

11. Il disconoscimento della paternità (art. 243-bis)

In attuazione di quanto richiesto dalla legge delega il decreto incide profondamente in materia di azione per il disconoscimento della paternità.

Com'è noto detta azione permette di superare la presunzione di paternità dimostrando che il figlio nato non è stato generato dal presunto padre e che pertanto la realtà è diversa dalla situazione presunta dalla legge.

Dato il *favor* che da sempre ha assistito la filiazione *legittima* l'azione per il disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio era, fino all'entrata in vigore del decreto in esame, consentita solo in casi determinati.

11.1. Evoluzione

Si consideri che nell'ambito della materia della filiazione e, in particolare nell'ambito dell'azione di disconoscimento della paternità, si contrappongono due diverse esigenze. Da un lato vi è l'importanza della verità, ossia della conoscenza o anche dell'attribuzione della genitorialità biologica, dall'altro vi è invece la tutela della famiglia legittima, sostenuta dall'ordinamento con varie norme e in particolare con decadenze e barriere processuali poste intorno alle azioni c.d. di *status*. Si tratta dell'annosa contrapposizione tra due principi il *favor legitimitatis* e il *favor veritatis*.

L'azione di disconoscimento della paternità è stata, dal momento della sua nascita a oggi, oggetto di vari interventi legislativi e giurisprudenziali che l'hanno allontanata da una iniziale preponderante tutela della legittimità per avvicinarla invece a una maggiore ricerca della verità dei rapporti familiari. In origine, nel testo del 1942, l'esigenza di garantire l'unità e la stabilità della famiglia legittima a discapito del *favor veritatis* si riscontrava nella ristrettezza dei soggetti legittimati ad agire e nella limitatezza delle condizioni in cui l'azione poteva essere esercitata. In particolare, unico soggetto legittimato era il marito, il quale poteva proporre l'azione entro tre mesi che decorrevano dal giorno della nascita se si trovava nel luogo in cui il figlio era nato, oppure dal giorno del suo ritorno nel luogo ove era avvenuta la nascita. L'azione inoltre poteva essere esercitata nell'ipotesi di adulterio della moglie solo nel caso in cui questa non avesse dichiarato la nascita del bambino, ossia solo se oltre all'adulterio ci fosse stato anche il celamento della gravidanza. In caso

contrario il marito non avrebbe potuto far emergere la verità sullo stato di filiazione. Singolare in tal senso è stato un provvedimento risalente al 1949 che dichiarò un bambino mulatto figlio legittimo di marito e moglie bianchi (C. App. Firenze 15 luglio 1949).

Con il passare del tempo però si è andata affermando un'impostazione più vicina al rispetto della verità biologica e tendente ad adeguare la realtà formale all'effettività dei rapporti familiari (cosiddetto *favor veritatis*).

Il primo passo in tal senso è stata la riforma del diritto di famiglia che, anche grazie al progresso scientifico che ha raggiunto la sicurezza della prova negativa della paternità, ha ampliato i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione per cui anche la moglie e il figlio possono richiedere l'accertamento dell'assenza di un rapporto di filiazione e di conseguenza possono chiedere che venga meno lo *status* di figlio legittimo.

Sempre grazie alla riforma del 1975, l'azione poteva essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni. La legge sull'adozione infine ha reso possibile la proposizione dell'azione anche su istanza del P.M., nel caso di minore infrasedicenne (art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184).

Nonostante tali cambiamenti comunque secondo la maggioranza dei commentatori, la norma non era ancora idonea a rispondere alle istanze di *favor veritatis* proprie del nostro tempo, né è riuscita ad adeguarsi ai significativi mutamenti del costume della vita familiare avvenuti dal momento della riforma del diritto di famiglia a oggi.

La giurisprudenza ha infatti più volte affrontato casi in cui la tutela della legittimità e soprattutto l'esigenza di dare certezza agli *status* prevaricava la verità dei fatti. Si è in tal senso affermato che "nonostante il legislatore abbia progressivamente ampliato le ipotesi di accertamento della verità biologica accentuando la propensione per una conformità dello *status* alla realtà della procreazione, il *favor veritatis* non rappresenta un valore in grado di prevalere comunque. È un principio di rilevanza costituzionale che trova fondamento nell'art. 30 Cost, il quale peraltro non attribuisce valore preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Anzi, la norma costituzionale, nel disporre al comma 4 che la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a

quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, affidandogli così anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore" (Cass. 23.10.2008, n. 25623).

11.2. La 219/2012

Tale situazione ha spinto il Legislatore del 2012, attraverso la più volte citata L. 10 dicembre 2012, n. 219, ad inserire nella delega al Governo un riferimento all'azione per il disconoscimento della paternità indicando in particolare come criterio direttivo la ridefinizione della disciplina con riferimento all'articolo 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3) del codice civile, ossia ai limiti cui era sottoposta l'azione, nel rispetto dei principi richiamati dai numerosi interventi della Corte Costituzionale succedutisi in materia (art. 2, L. 219/2012).

11.3. Il decreto in esame

Il decreto legislativo, in attuazione di detta delega, abroga l'art. 235 c.c. da sempre sede dei limiti all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità. L'azione infatti, com'è noto, poteva essere esercitata solo:

- 1) "se i coniugi non hanno coabitato nel periodo compreso tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita" e cioè nel periodo in cui deve aver avuto luogo il concepimento;
- 2) "se durante il tempo predetto il marito era affetto da impotenza anche se soltanto di generare";
- 3) "se nel detto periodo la moglie ha commesso adulterio o ha tenuto celata al marito la propria gravidanza e la nascita del figlio". In queste due ipotesi il marito era espressamente ammesso a provare che il figlio presenta delle caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con le proprie, nonché ogni altro fatto che sia idoneo a convincere il giudice che il concepimento non è avvenuto ad opera sua.

Il decreto in esame sposta la sede della regolamentazione dell'azione di disconoscimento della paternità nel nuovo Capo III, del Titolo VII del Libro primo del codice civile rubricato "Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio" e la inserisce in particolare nel nuovo articolo 243-*bis* del codice civile.

Attualmente l'azione, "può essere esercitata dal marito, dalla madre e dal figlio medesimo" senza più alcun limite. Si prevede infatti che "chi

esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre”.

È esclusa, come già stabilito nel testo previgente, la legittimazione di terzi estranei alla famiglia. Precedentemente tale esclusione era vista dalla giurisprudenza come una tutela della famiglia legittima dalle eventuali ingerenze del padre naturale. La questione era stata anche portata alla Corte Costituzionale la quale l'aveva rigettata sulla base dell'assunto secondo cui un simile ampliamento della legittimazione attiva rientra tra le scelte discrezionali del legislatore sulle quali il giudice delle leggi non può intervenire (C. Cost. 27 novembre 1991, n. 429). Si sosteneva in proposito che la controversia sul relativo riconoscimento non può avere ingresso sino a quando la presunzione legale di legittimità della filiazione non sia venuta meno con il vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento (Cass. 8 febbraio 2012, n. 1784).

Come in precedenza si stabilisce altresì che “la sola dichiarazione della madre non esclude la paternità”.

11.4. La rilevanza delle prove ematologiche

Problematico è stato a lungo il rapporto tra la prova dell'adulterio in sé e la prova ematologica. Come accennato l'azione per il disconoscimento era ammessa, tra gli altri casi, nell'ipotesi in cui la moglie avesse commesso adulterio. La legge precisava che in tal caso il marito era espressamente ammesso a provare che il figlio presenta delle caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con le proprie, nonché ogni altro fatto che sia idoneo a convincere il giudice che il concepimento non è avvenuto ad opera sua.

Fino ad un importante intervento della Corte Costituzionale la Cassazione sosteneva l'impossibilità per il marito di utilizzare l'esito della prova ematologica se prima non aveva dimostrato il tradimento, ciò in quanto si sosteneva che “il test del DNA non costituisce un'implicita prova dell'adulterio”, con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di prova dell'adulterio, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presentava caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento della paternità doveva essere respinta (Tra le altre Cass. 22.10.2002, n. 14887).

Nel 2006 la Corte Costituzionale, tenuto conto dei progressi della scienza biomedica che, attraverso le prove genetiche ed ematologiche,

è in grado di accertare l'esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione, dichiarava illegittimo l'art. 235 c.c. nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche, da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie. In particolare la Corte Costituzionale, ha ritenuto che "il subordinare l'accesso alle prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrelevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'articolo 24 Cost. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo status e alla identità biologica" (Corte Costituzionale, Sentenza 06.07.2006, n. 266).

La giurisprudenza successiva ha ritenuto di applicare la conclusione cui è pervenuta la Corte Costituzionale, per quanto dettata con riferimento all'ipotesi dell'adulterio, alla fattispecie del celamento della gravidanza, nonché all'ipotesi in cui il marito, sia affetto da impotenza, anche soltanto di generare. Ciò alla luce dell'obbligo dell'interprete, più volte enunciato dalla Corte Costituzionale, di preferire, tra le plurime interpretazioni possibili di un testo di legge, quella costituzionalmente orientata (Tra le altre Cass. 06.06.2008, n. 15089).

Si precisa in particolare che il celamento della gravidanza si poneva, nella disciplina dettata dal legislatore, come ipotesi parallela all'adulterio, ove il comportamento della moglie per il suo carattere anomalo consentisse di dubitare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che il figlio sia stato generato dal presunto padre. Di qui l'irrazionalità di una disciplina che subordini il ricorso alla prova ematologica e genetica alla previa dimostrazione dell'esistenza del celamento della gravidanza, in violazione dei principi di libero accesso alla prova e della pienezza del diritto di difesa.

In relazione poi all'ipotesi che il marito sia affetto da impotenza si sosteneva che in ragione dell'alto grado di affidabilità ormai proprio della prova ematico-genetica e per contro della difficoltà della prova dell'impotenza, sarebbe irragionevole subordinare l'accesso alla prova ematico-genetica all'esito favorevole della prova dell'impotenza. E per altro verso

tale limitazione si tradurrebbe in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione.

Recentemente la Cassazione ha in tal senso precisato che il giudice di merito deve procedere agli accertamenti genetici anche in mancanza di prova dell'adulterio, traendo argomenti di prova ex articolo 116 cod. proc. civ. dall'eventuale rifiuto di una parte di sottoporsi al prelievo. Si sostiene infatti che non può, negarsi che "di fronte ad un'indagine tecnica risolutiva, il rifiuto volontario di sottoporvisi da parte di un soggetto capace di autodeterminarsi è il frutto di una scelta non coercibile, ma certamente suscettibile di essere valutata ai sensi dell'articolo 116 cod. proc. civ. in modo tendenzialmente coerente con il grado di efficacia probatoria dell'esame, e non alla stregua di un qualunque altro comportamento processuale omissivo della parte. Tale indubbio rilievo non esclude, tuttavia, l'esigenza di procedere all'accertamento istruttorio dell'intervenuto adulterio, essendo l'azione di disconoscimento di paternità consentita soltanto in presenza di condizioni tipizzate e non suscettibili d'interpretazione analogica" (Cass. 19 luglio 2013, n. 17773).

La riforma tiene dunque conto di tale elaborazione giurisprudenziale rendendo libera la prova.

11.5. Decorrenza del termine

Il decreto adegua la disciplina relativa ai termini per esercitare l'azione ai numerosi interventi giurisprudenziali intervenuti in materia.

L'azione di disconoscimento in particolare come risultante dalle modifiche in esame prevede che la madre possa, come nel testo previgente, proporre l'azione nel termine di sei mesi dalla nascita del figlio. A quest'ipotesi il Legislatore ha aggiunto la possibilità per la donna di esercitare l'azione nel termine di sei mesi decorrenti dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento, adeguando così il testo alla sentenza della Corte Costituzionale del 14 maggio 1999, n. 170.

Per quanto riguarda il presunto padre questi può, come nel testo previgente, disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita, quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio, oppure dal giorno del suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio o in cui è la residenza familiare se egli, al tempo della nascita, ne era lontano. La norma ammette comunque che se il padre provi di non aver saputo della nascita in detti giorni, il termine decorre dal giorno in

cui ne ha avuto notizia. A queste ipotesi la riforma in esame ne ha aggiunte altre due conformandosi, come accennato, ad importanti interventi giurisprudenziali. Pertanto il termine dell'azione per il disconoscimento della paternità decorre:

- nel caso di adulterio, dal giorno in cui il marito è venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie (come già stabilito da C. Cost. 6 maggio 1985, n. 134);
- nell'ipotesi di impotenza solo di generare, dal giorno in cui è venuto a conoscenza della malattia (come già stabilito da C. Cost. 14 maggio 1999, n. 170).

Tali modifiche, sottolineava la stessa Corte Costituzionale, erano già al momento dell'emanazione delle sentenze citate, dovute alla “ulteriore evoluzione della coscienza collettiva nel senso della accordata preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione”. (C. Cost. 14 maggio 1999, n. 170).

Viene dunque ancora, in seguito alle modifiche, come in precedenza, presa in considerazione la nascita del bambino, la conoscenza dell'adulterio o la conoscenza dell'impotenza, e non si fa invece riferimento alla certezza dell'assenza del rapporto di filiazione, acquisita tramite esame ematologico. Si sostiene infatti, in giurisprudenza, che non conta che la prova ematica o del Dna sia intervenuta in un momento successivo (Cass. 26 marzo 2013, n. 7581; Cass. 30 maggio 2013, n. 13638).

11.6. Fecondazione artificiale

Da ultimo la Corte di Cassazione con la sentenza 11 luglio 2012, n. 11644 ha affermato che ai sensi della L.40/2004 il marito può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità allorché non abbia prestato il proprio consenso alla fecondazione artificiale. Il termine di decadenza in questo caso decorre dalla conoscenza dell'avvenuto ricorso alla pratica procreativa. La giurisprudenza di merito in passato aveva ritenuto possibile esercitare l'azione di disconoscimento anche nel caso in cui il marito avesse preventivamente prestato il proprio consenso all'inseminazione eterologa in quanto a tale consenso non poteva essere attribuito il significato di una rinuncia preventiva all'esercizio di una futura azione di disconoscimento (Trib. Roma 19/04/1956 e Trib. Cremona 17/02/1994). Di contrario avviso è stata invece la Cassazione che ha ritenuto inammissibile la domanda di disconoscimento del marito che aveva espresso il consenso all'inseminazione eterologa (Cass. 16 marzo 1999, n. 2315).

11.7. Grave infermità di mente

Sulla scorta di quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale viene modificato l'art. 245 c.c. La Corte costituzionale era infatti intervenuta affermando, tramite una dichiarazione di incostituzionalità della norma, che il soggetto che versi in uno stato di grave infermità di mente ha diritto alla sospensione dei termini per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità al pari di chi sia giuridicamente interdetto. L'assunto si basa sulla considerazione secondo cui la tutela accordata non deriva dal dato formale della perdita della capacità di agire, quale conseguenza della dichiarazione di interdizione, bensì dall'accertamento della sussistenza in concreto di una gravemente menomata condizione intellettuale e volitiva del soggetto. Poiché, però, la inequivoca previsione del codice non consentiva di estendere in via interpretativa la operatività dei termini previsti per l'interdizione anche ad un soggetto formalmente capace, tale esclusione determinava, secondo la Consulta, la lesione degli articoli 3 e 24 della Costituzione. Sosteneva la Corte che "si avrebbe altrimenti una irragionevole equiparazione del soggetto capace a quello di fatto incapace, o – specularmente – una altrettanto irragionevole diversità di trattamento per soggetti che versino in un'identica situazione di abituale grave infermità di mente" (Corte Cost. 25 novembre 2011 n. 322).

In seguito alle modifiche in esame pertanto i termini per l'azione di disconoscimento sono sospesi nel caso in cui la parte interessata si trovi in stato di interdizione per infermità di mente, nonché nei confronti "del soggetto che, sebbene non interdetto, versi in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, sino a che duri tale stato di incapacità naturale".

L'art. 245 c.c. prevede, inoltre, al fine di rendere uniforme la disciplina rispetto a quanto previsto per l'impugnazione del riconoscimento dall'articolo 264 c.c., una specifica regolamentazione dell'autorizzazione per il caso in cui ad essere interdetto sia il figlio (in materia si rinvia all'art. 264 c.c.).

11.8. Conservazione dello status

Il nuovo articolo 244 c.c. stabilisce comunque che in ogni caso l'azione della madre e del padre, ai sensi dei commi primo e secondo della disposizione, non può essere intrapresa quando sono decorsi cinque anni dalla nascita: decorso questo termine sul principio di verità della

filiazione prevale, infatti, l'interesse del figlio alla conservazione dello stato.

Pertanto nel caso in cui ad esperire l'azione siano i genitori tra i due interessi quello della verità e quello del figlio alla conservazione dello status viene ritenuto prevalente quest'ultimo.

11.9. Azione proposta dal figlio

Non è così peraltro quando ad esperire l'azione è il figlio.

Il quinto comma del nuovo articolo 244 c.c. stabilisce, infatti che il figlio può agire personalmente al compimento della maggiore età e che l'azione è, per lui, imprescrittibile. Nel testo previgente l'azione era invece limitata ad un anno entro il compimento della maggiore età o ad un anno dal momento in cui veniva successivamente a conoscenza dei fatti che rendevano possibile il disconoscimento.

La nuova disposizione rimette pertanto al figlio la valutazione dell'interesse a far prevalere il principio di verità di filiazione mentre gli altri legittimati non possono agire oltre il termine dei cinque anni dal giorno della nascita.

Tale soluzione, adottata in relazione all'azione di disconoscimento, viene inserita nella nuova versione dell'articolo 263 c.c. che disciplina l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: ciò al fine di parificare la tutela dello *status* dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, così come richiesto dalla legge delega che imponeva il rispetto del principio di unicità dello stato di figlio ed il superamento di ogni discriminazione.

La legge in particolare richiedeva di prevedere nel modificare la disciplina dell'impugnazione del riconoscimento l'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio. Tale principio viene pertanto nel decreto in esame introdotto in entrambe le azioni al fine di unificare il trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori di esso.

Viene inoltre, sempre in conformità a quanto stabilito dalla legge delega, ridotta da sedici a quattordici anni l'età minima del minore abilitato a proporre istanza per l'esperimento dell'azione di disconoscimento a mezzo di un curatore speciale.

11.10. Trasmissibilità dell'azione (art. 246 c.c.)

Innovando il contenuto dell'art. 246 c.c. relativo alla trasmissibilità dell'azione il decreto in esame stabilisce infine che nel caso in cui il pre-

sunto padre o la madre, titolari dell'azione di disconoscimento di paternità, muoiano senza averla promossa e non sia ancora decorso il termine l'azione può essere esercitata dai discendenti o dagli ascendenti. In tale ipotesi il termine decorre dalla morte del presunto padre o della madre, o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Nel caso in cui invece muoia il figlio senza aver promosso l'azione sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Termini per esercitare l'azione (art. 244 c.c.)		
Per il figlio	l'azione	è imprescrittibile
La madre	può proporre l'azione nel termine di sei mesi	– dalla nascita del figlio – dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento
Il presunto padre	può proporre l'azione nel termine di un anno	– dal giorno della nascita, quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio, – dal giorno del suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio o in cui è la residenza familiare se egli, al tempo della nascita, ne era lontano, – dal giorno in cui ha avuto notizia della nascita, – nel caso di adulterio, dal giorno in cui il marito è venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie – nell'ipotesi di impotenza solo di generare, dal giorno in cui è venuto a conoscenza della malattia – dal giorno in cui è venuto a conoscenza del ricorso alla fecondazione eterologa da parte della moglie se non ha prestato il proprio consenso (ex cass. 11644/2012)
L'azione della madre e del padre	non può essere intrapresa	quando sono decorsi cinque anni dalla nascita del figlio
I termini per l'azione di disconoscimento sono sospesi nel caso in cui la parte interessata si trovi in stato di interdizione per infermità di mente nonché nei confronti "del soggetto che, sebbene non interdetto, versi in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, sino a che duri tale stato di incapacità naturale" (art. 245 c.c.).		