

LA GENITORIALITÀ SOCIALE NEL PRISMA DEL DIRITTO COMPARATO*

Stefano Carabetta**

SOMMARIO: 1.- Genitorialità naturale, genitorialità legale, genitorialità sociale; 2.- La genitorialità sociale negli Stati Uniti d'America; 3.- La genitorialità sociale in Germania; 4.- La genitorialità sociale nell'ordinamento italiano; 5.- La genitorialità sociale in altri sistemi europei; 6.- Considerazioni conclusive.

1.- Genitorialità naturale, genitorialità legale, genitorialità sociale

L'espressione 'genitorialità sociale' costituisce una formula descrittiva di quel particolare segmento della formazione familiare che indica in via principale un peculiare tipo di rapporto che si instaura tra gli adulti e i figli.

Secondo l'etimologia del termine, genitore è propriamente colui che ha generato e definisce, pertanto, dal punto di vista biologico l'individuo che ha dato la vita al figlio.

È, invece, legittimo (o legale) l'individuo che è considerato genitore secondo l'ordinamento giuridico. Mentre lo *status* di madre legittima è legato all'atto della filiazione, ricollegandosi alla figura della donna che ha partorito il figlio, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, al fine di stabilire il rapporto di genitorialità con riferimento al padre, si ricorre alla presunzione fondata sul matrimonio con la madre del figlio.

L'aggettivo qualificativo 'sociale', invece, contrapposto a quello di 'legale' o 'legittimo' vale a escludere che si tratti di un rapporto fondato su un legame di tipo giuridico, ponendo l'accento, viceversa, su un connotato di tipo sostanziale qual è il rapporto di fatto così come si instaura in concreto e si riflette nel contesto della società in cui genitore e figlio vivono. Per tale motivo, si suole parlare in tali casi di genitore sociale o anche di genitore di fatto secondo una nomenclatura già invalsa nel lessico giuridico con riferimento alla «famiglia di fatto», o alla «coppia di fatto», ecc. (genitore *de facto* contrapposto appunto a quello *de iure*).

In senso lato, il riferimento è al coniuge o al partner del genitore biologico che, nei fatti, abbia instaurato un rapporto para-genitoriale con il figlio dell'altro genitore o partner, ma anche a colui che si aggiunga alla coppia genitoriale esistente, o, ancora più in generale, a chi rivesta un ruolo genitoriale in assenza del secondo genitore biologico perché, ad esempio, questo è venuto a mancare, o non è stato individuato con sicurezza, oppure non ha provveduto al riconoscimento, ovvero ancora nel caso di ricorso a procreazione assistita di tipo eterologo da parte di un componente della coppia omosessuale.

2.- La genitorialità sociale negli Stati Uniti d'America

In tema di genitorialità sociale, nell'ambito delle famiglie del "common law", il sistema nordamericano è certamente quello che offre spunti di riflessione maggiormente suggestivi e acquisizioni di livello più avanzato rispetto ad altre esperienze giuridiche¹.

* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta di un apparato bibliografico essenziale, la relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia il 24 febbraio 2024 nell'ambito del convegno dal titolo *Just Parent*.

** Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Messina.

Anche negli Stati Uniti il fenomeno familiare segue il trend della pluralizzazione e della moltiplicazione con la conseguenza che, rispetto al modello della famiglia fondata sul matrimonio, il rapporto genitori figli non risponde più solo esclusivamente ai vecchi schemi.

Occorre precisare che la materia della genitorialità costituisce oggetto della competenza statale piuttosto che federale e, pertanto, il riconoscimento della genitorialità sociale varia da Stato a Stato. In passato il matrimonio era l'unico atto idoneo a fondare la genitorialità; la donna coniugata che partoriva il figlio era considerata madre legittima dello stesso e il marito della donna assumeva la qualificazione di padre legittimo.

In assenza di matrimonio con la madre il padre biologico non poteva vantare alcuna relazione legittima con il figlio.

Negli anni Sessanta e Settanta, tuttavia, la Suprema Corte giudicò incostituzionale tale normativa che discriminava i figli di coppie non unite in matrimonio. Sebbene ancora oggi il matrimonio e la prova biologica rimangano strumenti importanti per stabilire lo *status* di genitore, molti Stati riconoscono ormai l'importanza della figura del genitore sociale secondo principi di equità o di diritto comune.

In tale contesto si è sviluppata la c.d. “*de facto parent doctrine*”. Con tale espressione si indica la dottrina del genitore sociale, o di fatto, ravvisabile nelle ipotesi in cui sussistano le seguenti condizioni:

1. il consenso del genitore biologico o adottivo a una effettiva e stretta relazione genitore-figlio;
2. la convivenza del genitore sociale e del figlio nel medesimo nucleo familiare per un significativo periodo di tempo;
3. l'assunzione spontanea da parte del genitore sociale dei doveri tipici del genitore legittimo attraverso la piena responsabilizzazione dello stesso nei confronti del figlio prestando a quest'ultimo cura, assistenza, educazione, sviluppo, inclusa la contribuzione (non necessariamente economica) senza aspettative di restituzioni in termini finanziari;
4. lo svolgimento di fatto di un ruolo genitoriale per un tempo sufficiente a stabilire un solido rapporto genitoriale in natura.

Sul piano degli effetti giuridici, il principale corollario che discende dallo *status* di genitore sociale è la sua piena equiparazione alla figura del genitore legittimo attraverso il riconoscimento dei medesimi diritti e dei medesimi doveri.

Tale dottrina è stata sostanzialmente recepita dallo *Uniform Parentage Act* (UPA), così come riformato dalla *Uniform Law Commission* nel 2017, che ha inserito come ulteriore criterio di riconoscimento la rispondenza della relazione di genitorialità sociale al “best interest of the child”, recependo così l'insegnamento della Suprema Corte del New Jersey. Quest'ultima ha chiarito che alla base del giudizio di riconoscimento della genitorialità sociale vi è l'accertamento relativo alla sussistenza di un forte interesse del figlio a mantenere stretti legami affettivi con gli adulti che lo assistono e provvedono ai suoi interessi. Siffatta normativa è entrata a far parte dell'ordinamento di alcuni Stati. Segnatamente, California, Connecticut, Maine, Rhode Island, Vermont e Washington hanno adottato l'UPA mentre lo stesso è in fase di discussione in altri Stati (Hawaii, Kansas, Massachusetts, Minnesota, Nevada e Pennsylvania).

Altri Stati hanno optato per un differente statuto, noto come la “holding out presumption”, la

¹ Per una comparazione in tema di genitorialità sociale si vedano C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary, *Social Parenthood in comparative perspective*, New York 2023.

c.d. presunzione di ‘resistenza’, sulla base della quale genitori biologici e non biologici, possono essere riconosciuti come genitori se risiedono nella stessa famiglia con il bambino e lo considerano apertamente come figlio.

In molte “jurisdictions” che riconoscono la filiazione sulla base della ‘resistenza’, una persona è considerata genitore se soddisfa la presunzione e nessuno contesta la filiazione della persona. La presunzione può essere contestata dal presunto genitore, dall'altro genitore legale o da un'altra parte che rivendica la filiazione. Per confutare la presunzione possono essere utilizzate prove biologiche. Tuttavia, il formante giurisprudenziale ha stabilito che la prova che il presunto genitore non sia il genitore genetico non necessariamente vale a confutare la presunzione.

Sebbene non sia espressamente previsto in alcuna normativa statale, uno degli assiomi diffusi in materia di filiazione è il principio della bi-genitorialità che, se da un lato esige che il figlio abbia rapporti con entrambi i genitori, dall'altro limita a due il numero massimo di genitori legittimi.

In applicazione della Sezione 613 dello *Uniform Parentage Act*, tuttavia, alcuni Stati (California, Connecticut, Maine, Rhode Island, Vermont e Washington) ammettono la possibilità di avere più di due genitori legittimi (c.d. multigenitorialità), attraverso una decisione giudiziale che può riconoscere genitori aggiuntivi ove ciò non sia pregiudizievole per il bambino ovvero, secondo diversa opzione normativa di altri Stati, se ciò risponde al superiore interesse del minore.

Tale condizione può crearsi *ab origine*, come deliberata programmazione ad esempio di tre soggetti che consentono e partecipano, a vario titolo, ad una procreazione medicalmente assistita con l'intenzione e l'accordo (addirittura suscettibile di “enforcement”) che ognuno di essi si comporti come genitori nei confronti del nascituro².

In altri casi, la famiglia multi-genitoriale può derivare da una situazione non programmata, da circostanze successive alla nascita. Anche nell'ambito delle “jurisdictions” prive di previsioni normative in tal senso, un genitore sociale aggiunto ai due genitori legittimi può trovare spazio in applicazione della “common law and equitable doctrine”³.

Il quadro sopra descritto con riferimento agli Stati Uniti d'America fa emergere un chiaro trend di riconoscimento della genitorialità sociale sebbene alcuni Autori abbiano messo in luce le possibili interferenze che possono in concreto venire a crearsi con i diritti dei genitori legittimi⁴.

3.- La genitorialità sociale in Germania

Volgendo lo sguardo ai sistemi di “civil law”, l'atteggiamento assunto dai vari formanti è per alcuni versi di neutra presa d'atto del fenomeno e in taluni casi di cauta apertura, certamente non ai livelli riscontrati nel diritto statunitense.

Nel sistema tedesco la pluralizzazione dei modelli familiari è un fenomeno in continua crescita, tant'è che il numero delle famiglie non coniugali è raddoppiato negli ultimi trent'anni e costituisce oggi più del 12% di tutte le famiglie.

Le regole in materia di filiazione sono in linea di massima sovrapponibili a quelle italiane. Lo *status* legale di genitore comporta un vincolo altamente formalizzato tra genitori e figli e di tipo

² Negli Stati Uniti, regole di questo tipo sono descritte come principi basati sulla genitorialità intenzionale (“intent based parentage principles”).

³ Cfr. C.G. Joslin, D. Nejaime, *Multi-Parent Families, Real and Imagined*, in *Fordham L. Rev.* 90.6 (2022) 2561ss.

⁴ Si veda J. Dewitt Gregory, *Family Privacy and the Custody and Visitation Rights of Adult Outsiders*, in *Family Law Quarterly* 36.1 (2002) 163ss.

permanente, destinato cioè a durare per tutta la vita. La *ratio* è quella di assicurare un rapporto stabile da cui discendono una pluralità di effetti, tra i quali, *in primis*, la responsabilità genitoriale.

Di regola, la genitorialità legale è assegnata al momento della nascita del figlio e questi può avere al massimo due genitori legali.

La madre legittima è sempre la donna che partorisce il figlio (§ 1591 BGB) e il suo *status* può cessare solo attraverso l'adozione. Nonostante l'ovodonazione e la surrogazione siano vietate dalla "Embryonenschutzgesetz", il divieto viene di fatto aggirato svolgendo all'estero le suddette pratiche. Laddove, anche in tali casi, sia applicabile la legge tedesca, la madre è sempre colei che partorisce il figlio anche nel caso in cui non sia il genitore genetico (naturale) e/o nel caso in cui vi sia stata la surrogazione.

Il padre legittimo è il marito della madre, se questa è coniugata. In alternativa, a prescindere dal legame naturale (genetico) il rapporto di paternità legale può originare dal riconoscimento del figlio, consistente in una dichiarazione formale con la quale si manifesta la volontà di divenire padre. È proprio attraverso tale riconoscimento che si può consentire ad un padre sociale di divenire padre legale sempre che non vi sia già un altro padre legale. Infine, lo *status* di padre legale in capo al padre genetico può derivare da una sentenza, emanata anche contro la sua volontà (§ 1592 BGB) mediante accertamento della paternità da parte del tribunale ai sensi del paragrafo 1600, lett. d), BGB o del paragrafo l'articolo 182, comma 1, della legge sui procedimenti in materia di famiglia e in materia di giurisdizione volontaria.

Il rapporto di paternità legale può cessare solo attraverso l'adozione ovvero se si prova la mancanza di legame genetico tra padre e figlio.

Occorre mettere nel dovuto rilievo che il sistema tedesco proprio in materia di filiazione ha adottato una soluzione di "policy" normativa che attribuisce importanza determinante al criterio della genitorialità sociale o, *rectius*, del legame socio-familiare.

Infatti, il diritto alla verifica della paternità è escluso quando il padre legale ha una relazione familiare sociale con il bambino ("sozial-familiäre Beziehung") (§ 1600 BGB così come riformato con la legge del 20 luglio 2017 entrata in vigore il 29 luglio 2017).

Al momento questo costituisce l'unico addentellato normativo nel contesto del BGB che attribuisce rilevanza giuridica ad un ruolo meramente sociale-fattuale consistente nella cura degli interessi del minore in modo analogo a quanto avviene per un genitore sociale.

Allo stesso tempo tale disposizione rappresenta per il sistema tedesco uno dei pochi esempi nei quali il diritto tutela le relazioni sociali, considerandole *pozziori* rispetto ai rapporti naturali/genetici al punto da costituire elemento fondativo della paternità anche nel contesto giuridico e, in quanto tale preclusivo dell'accertamento biologico.

Oltre a tale previsione, vi sono nell'ordinamento tedesco norme che prendono in considerazione la genitorialità sociale ma afferiscono ad un'area che può definirsi di rilevanza esterna al rapporto genitore-figlio. Così, ad esempio, in materia di congedo parentale - a differenza del congedo di maternità, che è legato al processo biologico della nascita e spetta solo alla persona che partorisce - è concesso ai genitori legali così come ad altre persone che prestano assistenza a tempo pieno come genitori adottivi, genitori acquisiti e persino nonni o fratelli (§. 15 n. 1 BENG) per un massimo di tre anni, mentre lo Stato sostituisce il reddito precedente fino a un massimo di due anni (§ 2 BKGG).

Allo stesso modo, ai fini dell'imposta di successione, i figli nati dal primo matrimonio del

coniuge che si è risposato e i figli di conviventi beneficiano delle stesse esenzioni previste per i figli legittimi (§ 15 n. 2 ErbStG).

Mentre per i genitori legittimi l'obbligazione più rilevante consiste nel mantenimento del figlio, che ricade su di loro indipendentemente dal fatto che abbiano anche la responsabilità genitoriale, viceversa, i genitori sociali sono tenuti a mantenere solo i membri dello stesso nucleo familiare secondo il principio del diritto sociale, ma tale obbligazione cessa al cessare della convivenza nel medesimo nucleo familiare (§ 7 SGB II).

Inoltre, sussistendo determinate condizioni, la giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di un contratto implicito tra gli adulti responsabili della nascita del figlio anche nel caso in cui uno di loro non sia genitore legittimo, al quale ultimo, pertanto, il minore può chiedere il mantenimento⁵.

La responsabilità genitoriale – intesa come complesso di diritti e doveri nei confronti dei figli – grava sui genitori legittimi e consiste nel potere/dovere di prendersi cura dei bisogni patrimoniali e personali del minore e del suo benessere, assistendolo quotidianamente, supportando la sua formazione, l'istruzione, lo sviluppo, il diritto di scegliere la residenza, le cure mediche, le questioni religiose. I genitori devono concertare e condividere le scelte e, in caso di disaccordo, possono rivolgersi al giudice che potrà assegnare ad uno di essi il diritto di decidere su una questione particolare (§ 1628 BGB).

Soggetti diversi dai genitori legittimi possono ottenere una sorta di responsabilità genitoriale limitata ("kleines Sorgerecht") esclusivamente con riferimento a decisioni concernenti esigenze e problemi di vita quotidiana (di ordinaria amministrazione), ma, di regola, rimangono fuori da quest'ambito le questioni di maggiore importanza.

La giurisprudenza, nel silenzio della legge, ammette che i genitori possano concedere, anche tacitamente, la potestà di esercitare la responsabilità genitoriale nei confronti di altri ("sorgerechtvollmacht"). Il caso affrontato per la prima volta dalla Corte di Cassazione tedesca nel 2020 ha riguardato l'autorizzazione di un genitore coaffidatario da parte dell'altro genitore, ma la giurisprudenza di merito ammette tale possibilità a favore anche del genitore sociale inteso come rapporto di base giustificativo della delega all'esercizio della responsabilità genitoriale sempre nell'interesse del minore⁶.

In tali casi, tuttavia, la delega all'esercizio della responsabilità genitoriale è sempre revocabile da parte del titolare. Tale istituto rappresenta, comunque, uno strumento utile per agevolare la figura del genitore sociale, il quale può acquisire per tale via il potere di esercizio di taluni diritti nei confronti del minore.

4.- Le genitorialità sociale nell'ordinamento italiano

Un primo dato, agevole da riscontrare nel sistema nostrano, è l'assenza di una normativa specifica che si occupi della questione. Manca nel diritto positivo una definizione (e una disciplina) del fenomeno e occorre, pertanto, attingere ad altre scienze (come l'antropologia o la sociologia) per definire il fenomeno nonché al contributo fornito dal formante giurisprudenziale, non di rado

⁵ BGH, 3/5/1995, XII ZR 29/94 (per una coppia eterosessuale). OLG Brandenburg, 26/10/2020, 9, UF 178/20 (per una coppia omosessuale femminile). Il tipo di contratto in virtù del quale acquista diritto al mantenimento un terzo (il figlio), si qualifica come contratto a favore di terzi ed è disciplinato dal § 328 BGB.

⁶ BGH, decisione del 29/4/2020 - XII ZB 112/19.

chiamato, proprio nella materia della famiglia, a svolgere un ruolo suppletivo di un legislatore spesso consapevolmente o colpevolmente agnostico.

Un fondamentale riconoscimento della rilevanza del fenomeno si deve alla giurisprudenza che ha ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale, derivante dalla morte del figliastro⁷.

In merito, i Giudici della legittimità hanno ritenuto rilevante il rapporto allorquando sia ravvisabile «una relazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura affettiva e para-familiare che (...) si espliciti in una comunanza di vita e di interessi con la vittima e nella reciproca assistenza morale e materiale» a prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridicamente stabilito⁸.

Secondo il diritto vivente elemento fondativo del rapporto in parola non è la semplice esistenza di generici sentimenti di affetto, bensì un autentico rapporto genitoriale, fatto di esercizio in concreto della responsabilità genitoriale, di condivisione della vita quotidiana, e di un amore 'totalizzante', paragonabile a quello che solitamente caratterizza la genitorialità biologica, consentendo così di delimitare il perimetro dell'area della genitorialità sociale.

Nel merito, poi, la sentenza individua espressamente «una serie (...) di indici presuntivi» della sussistenza del rapporto familiare di fatto, in parte coincidenti con quelli già usati dalla citata giurisprudenza di merito: «la risalenza della convivenza, la *diuturnitas* delle frequentazioni, il *mutuum auditorium*, l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*».

La rilevanza della genitorialità sociale nel nostro sistema si trae anche da quel diritto vivente che ha valorizzato proprio la prospettiva funzionale della genitorialità più che quella biologica, in un'ottica protettiva del preminente interesse del bambino con specifico riferimento al congedo parentale.

In particolare, la giurisprudenza di merito ha statuito che nel caso di copresenza di una madre biologica e di una madre che ha effettuato il riconoscimento, ex c.c., art. 254, come 'altra madre' dello stesso figlio – innanzi all'Ufficiale di Stato Civile con conseguente registrazione dell'atto amministrativo – alla madre naturale deve essere riconosciuta, in ragione del legame biologico con il nascituro, la tutela della maternità ed il congedo parentale riservato alla lavoratrice dall'art. 32, comma 1, lett. a), T.U.; mentre, la madre intenzionale è destinataria del congedo facoltativo del padre lavoratore, ex art. 32, comma 1, lett. b), T.U., nel pieno rispetto dei limiti di coppia tracciati dal legislatore, nel suddetto articolo, per le coppie eterosessuali⁹.

Tale soluzione apre una nuova prospettiva all'inquadramento giuridico dell'omogenitorialità – e, più in generale, di tutte le forme di genitorialità non biologica – attraverso l'esaltazione del legame genitoriale instauratosi tra il genitore sociale ed il minore, se corrispondente all'interesse superiore del bambino. In altri termini, la necessità di garantire una 'piena' tutela del minore consentirebbe di equiparare il rapporto affettivo in essere tra il genitore intenzionale e il bambino al legame biunivoco fra attribuzione dello *status* di figlio e sussistenza di un legame genetico con il genitore.

L'istituto che l'ordinamento prevede espressamente per consentire l'emersione giuridica di

⁷ Trib. di Milano, 21/2/2007; Trib. di Reggio Emilia, 2/3/2016.

⁸ Cass., 21/4/2016, n. 8037.

⁹ Trib. di Milano, Sez. lav., ord. 12/11/2020.

questo rapporto è l'adozione in casi particolari, nell'ipotesi di cui alla L. 184 del 4/5/1983, art. 44, lett. b), che consente questa forma di adozione al coniuge del genitore – anche adottivo – del minore nelle cc.dd. famiglie ricomposte.

È però necessario considerare alcuni potenziali ostacoli, che variano in base alle diverse situazioni. In particolare, quando il terzo genitore è il coniuge, il partner unito civilmente o il convivente di uno dei due genitori biologici, il secondo genitore biologico tenderà a negare il proprio consenso all'adozione, poiché questa comporta una significativa riduzione del suo ruolo genitoriale.

De iure condendo, si deve segnalare il disegno di legge n. 1320 del 2014 che mirava a introdurre nel codice civile, agli artt. 290 *bis* – 290 *quater*, l'istituto della «delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale» con il fine dichiarato di «consentire al compagno o alla compagna del genitore biologico di assumere rispetto al bambino alcuni diritti e doveri che gli siano espressamente “delegati” dal/dai genitori naturali, in virtù di un atto autorizzato dal tribunale, in quanto rispondente all'interesse del minore».

Il disegno prende spunto da altri istituti stranieri. In particolare, il riferimento è alla “*délégation de l'autorité parentale*” dell'ordinamento francese, che può declinarsi nella forma della “*délégation classique*” e in quella della “*délégation-partage*”, introdotta nel *Code* nel 2002 (artt. 377 e 377-1 *Code civil*). Entrambe le deleghe implicano l'intervento giudiziale, ed entrambe sono potenzialmente utilizzabili a favore di un genitore sociale.

Con la delega classica i genitori, o il solo genitore delegante si priva dei propri poteri, ma può farlo anche solo in parte; ad esempio, limitando la delega agli atti della vita quotidiana ad alcuni atti amministrativi, ecc.

La “*délégation-partage*”, invece, implica la condivisione di poteri tra genitore di fatto e i genitori, o il genitore, che esercitino la responsabilità genitoriale.

5.- La genitorialità sociale in altri sistemi europei

Anche in Olanda, dal 1° gennaio 1998, è in vigore una normativa che rende possibile l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale da parte del genitore biologico e di quello sociale previo provvedimento autorizzatorio dell'autorità giudiziaria, purché il minore abbia instaurato con il terzo genitore una relazione significativa.

Analogamente, la Danimarca, con la L. 360 del 2/6/1999, in vigore dal 1° luglio dello stesso anno, ha introdotto una normativa che consente, a prescindere dalla caratterizzazione sessuale della coppia, il riconoscimento del ruolo del genitore sociale in sostituzione del genitore biologico assente, purché concorrano una serie di requisiti: anzitutto, che il genitore sociale abbia instaurato con il minore una relazione significativa, garantita presuntivamente da un periodo di tre mesi di coabitazione; inoltre, che il minore sia soggetto a una responsabilità monoparentale, perché la madre è la sola che l'ha riconosciuto o perché la procreazione discende da un donatore anonimo o, infine, perché è deceduto l'altro genitore biologico.

Nel Regno Unito, l'art. 2 del *Children Act*, entrato in vigore nel 1989, prevede che le funzioni genitoriali di cura, assistenza e custodia della prole possono essere ripartite anche fra soggetti diversi dai genitori biologici. L'art. 4A (“Acquisition of parental responsibility by step-parent”), come modificato dal *Children Adoption Act* del 2002, ha introdotto la figura giuridica del terzo genitore come colui o colei che, sposato/convivente con il genitore biologico, acquisisca funzioni parentali in

conformità o a un accordo con uno o entrambi i genitori biologici (“agreement”), o in virtù di un provvedimento giudiziale, che può attribuire al genitore sociale una o più funzioni parentali, revocabili entrambi dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento, nonché da ciascuno dei soggetti fra i quali la responsabilità genitoriale è ripartita o mediante il ricorso al giudice da parte del minore stesso. In entrambe le ipotesi di delega delle funzioni (negoziale e giudiziale), il rilievo attribuito al genitore sociale non priva i genitori biologici della responsabilità genitoriale. Anche nei procedimenti di crisi familiare, il profilo dell’affidamento e, in ultima analisi, quello della bi-genitorialità, è superato dalla possibilità che il minore possa essere domiciliato presso un soggetto che non sia il genitore biologico, così come è possibile che al medesimo soggetto sia attribuito un diritto di visita, il tutto nell’obiettivo preminente di perseguire l’interesse della prole. In particolare, il “residence order” (il provvedimento giudiziale di domiciliazione), quando dispone la domiciliazione del minore presso un terzo che non sia il genitore naturale, attribuisce al terzo, per tutto il periodo della domiciliazione, i poteri genitoriali, così equiparando la figura del terzo genitore a quella dei genitori biologici esercenti la responsabilità parentale.

6.- Considerazioni conclusive

Una pur rapida disamina della condizione del genitore sociale consente di mettere in evidenza la nuova stagione che sta attraversando la famiglia, confermando come la stessa non sia più solo basata sull’atto (di matrimonio) ma prevalentemente sul rapporto e sul consenso quotidiano alle relazioni significative che si consumano e si rinnovano di giorno in giorno non solo all’interno della coppia ma anche tra genitori e figli.

Nella genitorialità sociale è proprio il consenso e il rapporto affettivo che conferiscono concretezza alla relazione di fatto, *more parente* o *more genitore*, costituendo così la cifra assiologica della rilevanza del fenomeno.

Torna di grande attualità e trova nuova conferma l’insegnamento di chi ha messo in evidenza che «la istituzione familiare vi appare oggi in Europa come un grande <<cantiere>> aperto in continuo fermento, nel quale gli stessi elementi portanti del tradizionale edificio familiare vengono continuamente rimessi in discussione e in alcuni casi hanno cominciato a vacillare con la caduta di antiche certezze e la contestuale emersione di visioni nuove, un tempo impensabili, nel modo stesso di intendere secolari istituti (per tutti, il matrimonio)»¹⁰.

Ricorda ancora il Maestro che «Il criterio fondativo di qualificazione non è d’altra parte nel l’«atto», ma resta nel <<rapporto>> e la famiglia non vi è concepita come nozione vuota o neutra, perché non a una qualunque unione viene dato rilievo, ma solo a quella che comporta una effettiva comunione (materiale e spirituale) di vita, non fittizia»¹¹.

La famiglia si conferma dunque come una realtà in costante evoluzione, e la riflessione sulle sue diverse stagioni nel diritto dimostra come anche questa istituzione fondamentale sia giunta a un passaggio storico decisivo. L’ordinamento giuridico appare sempre più impegnato in una rincorsa continua e faticosa rispetto a trasformazioni che la formazione familiare, a sua volta, genera incessantemente, spesso ponendo istanze difficilmente conciliabili con i valori tradizionalmente codificati nel sistema.

¹⁰ Così V. Scalisi, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in Riv. dir. civ. 1 (2013) 15.

¹¹ Ancora Id., «Famiglia» cit. 16s.

In questa permanente tensione dialettica tra l'essere e il dover essere, l'individuazione del criterio fondativo e identificativo della 'familiarità' assume un ruolo centrale. Per il diritto, che resta una tecnica di selezione di determinati interessi rispetto ad altri, il principio di famiglia non deriva né dalla norma formalmente posta né dalle elaborazioni giurisprudenziali.

Esso trae origine, piuttosto, dal basso, dall'esperienza concreta e vissuta della realtà storico-sociale dei consociati, poiché la famiglia, in quanto istituzione, non è creata dallo Stato, ma preesiste alla legge positiva, la quale non fa che riconoscerla come già presente nella realtà sociale.