

# **Diritto di famiglia**

Riassunto del libro

G. Amadio & F. Macario

2016

Il Mulino Editore

Riassunti

---

## Il matrimonio

Nel nostro sistema giuridico non esiste una definizione precisa di matrimonio, ma è possibile arrivare a una spiegazione plausibile facendo riferimento ad alcuni elementi normativi collegati: gli articoli 107 e 103 del codice civile, l'articolo 29 della Costituzione e gli articoli 1 e 2 della legge sul divorzio 898/1979. Da questi elementi possiamo trarre una definizione essenziale che considera il matrimonio come un atto che crea un legame legale tra due persone, preordinato all'instaurazione di una stabile comunione di vita che coinvolge rapporti spirituali e materiali.

L'atto di matrimonio viene riconosciuto come bilaterale e, secondo un orientamento consolidato, di natura negoziale, in quanto la volontà degli sposi a contrarre il matrimonio è rilevante. Ciò implica che la funzione del funzionario dello stato civile sia solo quella di certificare la volontà degli sposi.

L'atto di matrimonio è costitutivo e ha un impatto su rapporti giuridici di natura non patrimoniale, anche se pochi altri atti possono avere implicazioni economiche paragonabili a quelle derivanti dal matrimonio.

Matrimonio come atto e matrimonio come rapporto

Il termine matrimonio ha un duplice significato secondo una distinzione di matrice canonica:

- matrimonio come atto che lo porta all'esistenza;
- matrimonio come rapporto giuridico che si sviluppa tra gli sposi dopo la celebrazione.

Entrambe queste caratteristiche sono comuni a tutti i negozi giuridici che producono effetti obbligatori, ma nel caso del matrimonio questa distinzione è particolarmente significativa a causa della natura del rapporto giuridico che nasce dal matrimonio come atto. Infatti, dal matrimonio non deriva solo un semplice rapporto obbligatorio, ma un complesso insieme di diritti e doveri che caratterizzano la stabile comunione di vita tra i coniugi e definiscono gli aspetti giuridici di quella società naturale chiamata famiglia.

Inoltre, la disciplina del matrimonio tiene conto di diverse forme di matrimonio che influiscono sulla regolamentazione dell'atto, mentre l'ordinamento mira a salvaguardare l'unità della disciplina del rapporto.

Dal punto di vista logico-giuridico, l'atto precede il rapporto e la validità del primo condiziona la creazione del secondo. Tuttavia, le peculiarità che caratterizzano il "rapporto" matrimoniale giustificano alcune deviazioni dalla disciplina ordinaria e coerente di qualsiasi altro negozio giuridico.

Alcuni interpreti hanno enfatizzato l'importanza del "rapporto" matrimoniale al punto da rappresentare la disciplina del matrimonio come costruita principalmente per garantire il funzionamento effettivo del rapporto matrimoniale piuttosto che per soddisfare l'esigenza di perfezionamento e strutturazione dell'atto di matrimonio.

In realtà, l'importanza legislativa e sociale del rapporto coniugale non oscura o riduce il valore dell'atto di matrimonio. È proprio la conclusione di questo atto che certifica la nascita degli impegni negoziali finalizzati alla realizzazione del rapporto coniugale.

Il diritto dei singoli di formare una famiglia, anche se non esplicitamente riconosciuto nella Costituzione, rappresenta un diritto fondamentale della persona, che può essere interpretato come libertà dell'individuo che lo protegge da eventuali ostacoli o interferenze da parte delle autorità pubbliche o di soggetti privati.

Inoltre, in alcuni documenti sovranazionali questo diritto è esplicitamente riconosciuto, ad esempio nell'articolo 12 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e nell'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il riconoscimento del principio della libertà matrimoniale comporta una valutazione negativa da parte dell'ordinamento giuridico di tutte le iniziative negoziali volte a limitare questa libertà. Ad esempio, l'articolo 636 del codice civile considera illecita la clausola testamentaria che impedisce future nozze.

## **2. La promessa di matrimonio (artt 79-81 cc)**

La disciplina della promessa di matrimonio conferma l'orientamento secondo cui il riconoscimento del principio di libertà del consenso matrimoniale comporta una valutazione negativa da parte dell'ordinamento giuridico nei confronti di tutte le iniziative negoziali volte a limitare questa libertà.

Il legislatore non fornisce una definizione di promessa di matrimonio, che è stata invece elaborata dalla giurisprudenza identificandola come un fidanzamento ufficiale. Si verifica quando viene fatta una dichiarazione espressa o implicita, di solito resa nota nella cerchia familiare, con l'intenzione seria di sposarsi, affinché entrambi i promessi possano acquisire la maturità necessaria per onorare l'impegno assunto o riesaminare la situazione.

L'articolo 79 del codice civile prevede che "la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad adempiere a quanto convenuto nel caso di mancato adempimento".

Tuttavia, ciò non significa che la promessa di matrimonio non abbia alcun rilievo giuridico. Infatti, secondo l'articolo 81 del codice civile, se la promessa viene stipulata in forma (tramite atto pubblico o scrittura privata da parte di una persona maggiorenne o da un minore ammesso a contrarre matrimonio, o risultante dalla pubblicazione delle intenzioni) obbliga le parti a risarcire il danno subito dall'altro promittente per le spese sostenute e per gli impegni assunti in vista del matrimonio.

Il diritto al risarcimento si applica solo nel caso in cui il rifiuto non sia stato motivato da una valida ragione e con il limite della congruità delle spese e degli impegni rispetto alle condizioni sociali delle parti coinvolte.

Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che, a causa della propria colpa, ha dato motivo al rifiuto dell'altro.

La richiesta di risarcimento deve essere presentata entro un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio.

Una sentenza della Cassazione ha stabilito che l'obbligo derivante dall'esercizio del diritto di revocare la promessa non costituisce inadempimento contrattuale o precontrattuale, poiché la revoca rappresenta l'espressione del principio della libertà del consenso matrimoniale. La

Cassazione si è pronunciata su una sentenza che ha accolto solo parzialmente, per quanto riguarda le spese per gli omaggi nuziali, la richiesta di risarcimento ex articolo 81 del codice civile, stabilendo che l'onere della prova dell'attore era limitato alla dimostrazione dell'inadempimento della promessa, mentre spettava al convenuto dimostrare l'esistenza di una valida ragione per rifiutare l'esecuzione della promessa.

**Cass n 9052/2010** (L'obbligazione nascente dall'esercizio del diritto di recesso non si configura quale illecito contrattuale o precontrattuale, in quanto il recesso è espressione del principio della libertà del consenso matrimoniale). Per quanto riguarda la questione dell'onere probatorio nell'obbligazione risarcitoria ex art 81 cc. Secondo il ricorrente, l'articolo in questione non prevede l'inversione dell'onere probatorio, ma è invece responsabilità del danneggiato provare l'elemento colposo. Questo approccio considera la violazione dell'obbligo risarcitorio come una sanzione per un comportamento lesivo della buona fede. Tuttavia, il Collegio ritiene che l'obbligazione ex lege prevista dall'articolo 81 cc sia una forma particolare di riparazione che si collega direttamente alla rottura della promessa di matrimonio "senza giusto motivo". Pertanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'onere della prova dell'esistenza di un giusto motivo spetta al recedente.

La responsabilità extracontrattuale per la promessa di matrimonio utilizzata come strumento per ottenere la dedizione sessuale della donna e fatta con l'intenzione di non mantenerla è stata considerata dalla giurisprudenza come un fatto illecito, fonte autonoma di responsabilità extracontrattuale.

**Cass n 7493/1993:** riguarda il diritto alla restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio non contratta. Secondo l'articolo 80 cc, è possibile richiedere la restituzione dei doni entro un anno dal rifiuto di celebrare il matrimonio o dalla morte di uno dei promittenti. Questa pretesa non si applica ai beni consumabili e non è condizionata dalla forma della promessa o dalle cause di ripensamento. La restituzione di fotografie e corrispondenza è riconosciuta sulla base della consuetudine praeter legem. Le donazioni prenuziali sono fatte per consolidare il rapporto tra i promittenti e hanno lo scopo di produrre utilità durante il matrimonio.

**Cass n 1260/94 (Irrilevanza cause della rottura del fidanzamento per proporre domanda di restituzione donazioni prenuziali):** Secondo la Corte di Cassazione, per proporre l'azione di restituzione è necessario verificare che i doni siano stati fatti "a causa della promessa di matrimonio" e che il matrimonio non sia stato contratto. Le cause di rottura del fidanzamento non sono rilevanti per ottenere la restituzione dei doni.

### 3. Pluralità di tipi di matrimonio

Dopo l'unificazione del paese, la disciplina del matrimonio è stata regolata dal codice del 1865. Tuttavia, per ottenere il riconoscimento sia dall'ordinamento italiano che dalla Chiesa cattolica, i cittadini italiani erano costretti a contrarre due matrimoni distinti. I Patti Lateranensi del 1929 hanno introdotto un nuovo sistema di disciplina del matrimonio concordatario, che riconosce gli

effetti civili del matrimonio contratto secondo l'ordinamento canonico. Questa disciplina ha sollevato problemi riguardo alla cessione della competenza dello Stato italiano all'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica e alla discriminazione tra confessioni religiose. Nel corso degli anni sono state apportate modifiche per ridurre il privilegio della Chiesa cattolica e garantire una maggiore autonomia all'ordinamento civile e al riconoscimento degli effetti civili dei matrimoni celebrati secondo culti diversi.

#### **4. Il matrimonio concordatario e gli altri culti ammessi**

Nel passato, i Patti Lateranensi stabilivano che il matrimonio concordatario venisse celebrato davanti a un ministro di culto cattolico e fosse regolato principalmente dal diritto canonico. I tribunali ecclesiastici avevano il potere di decidere sulla validità del matrimonio e la registrazione dell'atto nei registri dello stato civile ne garantiva anche gli effetti civili. Lo Stato italiano aveva pochi controlli:

- In modo preventivo, la registrazione nei registri dello stato civile era vietata per i matrimoni contratti da persone che erano state dichiarate incapaci per infermità mentale o che avevano contratto un altro matrimonio civile valido;
- In modo successivo, le corti d'appello dovevano deliberare che la sentenza ecclesiastica non fosse contraria ai principi dell'ordine pubblico.

La nuova disciplina derivante dall'Accordo di revisione ha dato allo Stato italiano un maggior controllo, rendendo più restrittive le prescrizioni per la registrazione del matrimonio e eliminando la competenza dei tribunali ecclesiastici.

#### **Celebrazione**

La celebrazione del matrimonio concordatario è un atto complesso che ha sia un significato religioso, come sacramento del matrimonio, sia un aspetto amministrativo, poiché il parroco agisce come ufficiale pubblico.

Per poter celebrare un matrimonio concordatario, è necessario pubblicare i bandi, che sono una formalità preliminare mediante la quale viene comunicata l'intenzione dei nubendi di contrarre matrimonio e si permette a eventuali terze persone di segnalare eventuali impedimenti.

I bandi vengono pubblicati affissi presso la Chiesa parrocchiale per almeno 8 giorni e per due domeniche consecutive. Inoltre, gli sposi e il parroco devono richiedere all'ufficiale dello stato civile che vengano eseguite anche le pubblicazioni civili presso la porta del municipio.

Al termine di questo periodo, se non ci sono opposizioni, l'ufficiale dello stato civile rilascia un certificato di avvenuta pubblicazione che garantisce che il matrimonio verrà registrato nei registri dello stato civile.

La celebrazione avviene secondo il rito religioso, davanti al parroco o a un sacerdote delegato da lui, alla presenza di testimoni. Dopo aver ricevuto il consenso degli sposi, il celebrante dichiara che sono sposati.

Inoltre, il celebrante deve informare gli sposi che il matrimonio avrà anche effetti civili, leggendo gli articoli 143, 144 e 147 del codice civile. Tuttavia, la pratica di non leggere i articoli non impedisce la registrazione del matrimonio.

Alla fine del rito, viene redatto un atto di matrimonio in due copie originali, di cui una destinata all'ufficiale dello stato civile del comune in cui si è celebrato il matrimonio, che provvederà alla registrazione.

Attraverso la registrazione nei registri dello stato civile, il matrimonio concordatario acquisisce effetti civili dalla celebrazione. Secondo l'accordo di revisione del concordato, gli effetti civili del matrimonio concordatario sono riconosciuti solo se l'atto viene registrato nei registri dello stato civile. La mancata registrazione rende il matrimonio inefficace e di conseguenza le eventuali convenzioni stipulate tra i coniugi e inserite nell'atto di matrimonio canonico perdono validità.

Gli sposi possono inserire nell'atto di matrimonio dichiarazioni riguardanti il regime di separazione dei beni e il riconoscimento di figli naturali.

Il parroco invia un originale dell'atto di matrimonio con la richiesta di registrazione entro 5 giorni dalla celebrazione, e l'ufficiale di stato civile procede alla registrazione entro 24 ore, in modo che il matrimonio abbia retroattivamente effetti civili.

Se la trasmissione dell'atto di matrimonio viene effettuata in ritardo e la registrazione non può essere fatta tempestivamente, si può procedere a una **registrazione tardiva**. Questa è possibile solo se gli sposi concordano o se uno di essi lo richiede con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, e se entrambi gli sposi sono legalmente liberi al momento della celebrazione e al momento della richiesta.

Recentemente, la giurisprudenza ha respinto una richiesta di registrazione tardiva fatta da uno degli sposi dopo la morte dell'altro, poiché non è possibile fornire la prova che l'altro coniuge fosse a conoscenza e non si fosse opposto. Il consenso prestato dal coniuge defunto al momento della celebrazione non può essere utilizzato come prova.

La registrazione tardiva non può essere effettuata se sussistono determinate condizioni:

- Quando gli sposi non rispettano i requisiti di età stabiliti dalla legge;
- Quando tra gli sposi esiste un impedimento insuperabile.

### **Corte cost n. 18/1982**

La Corte costituzionale ha affermato che le corti d'appello non potevano limitarsi a un controllo formale e superficiale, ma dovevano garantire il diritto alla difesa e verificare che la sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico non fosse contraria all'ordine pubblico.

Questa sentenza ha anticipato la modifica del Concordato, infatti nell'accordo di revisione furono riportati i principi enunciati dalla Corte e le sentenze ecclesiastiche vennero equiparate a qualsiasi altra sentenza straniera.

### **Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità**

Nei Patti Lateranensi del 1929 era prevista la competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici per decidere sulla validità dei matrimoni concordatari. L'accordo del 1984 ha confermato che i tribunali ecclesiastici hanno ancora competenza per decidere sulla validità dei matrimoni concordatari, ma non ha mantenuto la previsione di una competenza esclusiva.

Di conseguenza, la giurisprudenza ha interpretato che ci sia una competenza concorrente tra i tribunali italiani ed ecclesiastici, come stabilito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 1824/1993.

La competenza segue la regola della prevenzione, quindi il tribunale italiano ha competenza se viene adito in precedenza senza che sia intervenuto il tribunale ecclesiastico. Questa regola si applica solo ai casi in cui si impugna la nullità del matrimonio per violazione del diritto canonico. L'intervento delle corti d'appello nel controllo delle sentenze ecclesiastiche è diventato più incisivo e non si limita più solo alla regolarità formale del procedimento. Ora possono valutare se ci sono eventuali violazioni dei principi di ordine pubblico e delle regole fondamentali e essenziali stabilite dalla Costituzione e dalle leggi dello stato per regolare il matrimonio. Non c'è una definizione chiara della giurisdizione concorrente, quindi ci sono varie incertezze in merito. Si dibatte se, alla luce delle modifiche apportate con l'Accordo di revisione, si possa ancora parlare di riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici nel giudicare i matrimoni concordatari. La questione è stata sottoposta alla Corte costituzionale, che ha confermato la competenza degli organi ecclesiastici nel giudicare sulla validità dei matrimoni celebrati secondo le regole canoniche sul consenso. Al contrario, la Corte di Cassazione, che in passato era stata contraria a questa tesi, di recente ha cercato di ribadire che la riserva di giurisdizione dovrebbe essere considerata abrogata. Tuttavia, ci sono diverse interpretazioni in merito, ad esempio riguardo alla possibilità che una sentenza di divorzio ostacoli la delibazione di una sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità di un matrimonio concordatario, o alla possibilità che la pendenza di un procedimento di divorzio impedisca la conclusione del caso nel caso in cui intervenga la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. Un orientamento consolidato prevede che, nel caso in cui nel procedimento di divorzio le parti non sollevino esplicitamente questioni sull'esistenza e sulla validità del matrimonio, la sentenza di divorzio non influisca sulla delibazione della sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità del matrimonio concordatario.

Tuttavia, è stato osservato che il passaggio in giudicato della sentenza che conferma l'efficacia della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario mette fine a ogni ulteriore controversia relativa all'esistenza e validità del matrimonio, quindi determina la fine del procedimento di divorzio instaurato successivamente alla presentazione del procedimento per il riconoscimento della sentenza ecclesiastica. Il controllo delle sentenze ecclesiastiche, come sentenze straniere, dovrebbe essere basato sui principi dell'ordine pubblico internazionale. Tuttavia, la giurisprudenza si adegua alle peculiarità delle relazioni tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, stabilendo che è necessario valutare l'ordine pubblico interno, più che quello internazionale, e che la semplice differenza tra le norme canoniche e quelle del sistema giuridico civile non è sufficiente per considerare una sentenza ecclesiastica incompatibile con questo ordine pubblico interno.

Pertanto, la delibazione deve essere negata solo se l'organo ecclesiastico ha riconosciuto valori completamente incompatibili con quelli vincolanti del nostro sistema giuridico.

### **La convivenza come causa ostativa alla delibazione**

Un recente orientamento ha suscitato controversie considerando la convivenza tra i coniugi come un ostacolo alla delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. Questo orientamento si basa sull'importanza della convivenza come conferma della volontà espressa al

momento della celebrazione del matrimonio e come ostacolo per l'ordinamento giuridico italiano a riconoscere l'invalidità del consenso matrimoniale. Una pronuncia successiva invita a considerare l'ostacolo della delibazione non solo nella durata prolungata del matrimonio, ma soprattutto nella durata effettiva della convivenza dei coniugi.

### **Il procedimento di delibazione**

Il procedimento di delibazione prevede che le sentenze di nullità del matrimonio dei tribunali ecclesiastici, munite del decreto di esecutività della Segnatura apostolica, siano dichiarate efficaci in Italia con una sentenza della Corte d'Appello. Nel procedimento di delibazione viene fatta una finzione di sentenza conforme, il che significa che anche se il giudizio potrebbe essere ripreso poiché il diritto canonico non prevede sentenze passate in giudicato, si presume che la sentenza sia passata in giudicato come avviene nell'ordinamento italiano. Sia i coniugi che possono presentare la domanda con un ricorso congiunto o una citazione unilaterale hanno la legittimazione nel procedimento di delibazione. La Corte d'Appello, al fine di deliberare una sentenza ecclesiastica, deve verificare:

- se si tratta di un matrimonio concordatario e se il tribunale ecclesiastico aveva effettiva competenza per decidere sulla questione,
- se è stata garantita la difesa del coniuge nel processo ecclesiastico,
- se non ci sia una sentenza passata in giudicato del giudice italiano contraria a quella ecclesiastica
- se non ci sia litispendenza e se la sentenza non violi l'ordine pubblico italiano.

Gli effetti della domanda sono gli stessi di quelli durante un procedimento di nullità del matrimonio: l'obbligo di assistenza morale tra i coniugi viene meno. Una novità importante è che la Corte d'Appello competente, quella in cui viene effettuata la trascrizione dell'atto di matrimonio, può emettere provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi nel caso in cui il matrimonio sia stato dichiarato nullo.

Rapporto tra giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello relativo alla cessazione degli effetti civili del matrimonio (Cass n 14906/2009).

Secondo la giurisprudenza attuale, se l'esclusione della parte da uno dei "bona matrimonii" è rimasta nella sfera psichica dell'individuo senza essere conosciuta dall'altro coniuge, la sentenza ecclesiastica di nullità non può essere ostacolata dall'ordine pubblico. Tuttavia, se l'esclusione è stata esteriorizzata e l'altro coniuge se ne è accorto, la sentenza ecclesiastica può essere delibata.

Si riconosce al coniuge incolpevole della nullità il diritto di scegliere tra la conservazione del rapporto o la dichiarazione della sua invalidità. Se il matrimonio viene dichiarato nullo dall'ordinamento canonico e la sentenza viene delibata, si applica l'articolo 129 che prevede un mantenimento per soli 3 anni.

Le norme dell'articolo 117 e seguenti e dell'articolo 129 prevedono un mantenimento breve perché si presume che un matrimonio con una causa di invalidità duri poco.

In passato, in alcuni casi un coniuge poteva richiedere la nullità nel diritto canonico per evitare il mantenimento e far annullare la sentenza di divorzio. Tuttavia, alcune sentenze hanno riconosciuto l'incompatibilità delle sentenze ecclesiastiche che invalidavano matrimoni durati molti anni.



Alcune sentenze hanno anche stabilito che se la sentenza di divorzio è passata in giudicato, non può essere annullata dalla delibazione della sentenza ecclesiastica.

Nel caso di annullamento del matrimonio in un altro ordinamento, il riconoscimento in Italia dipende dalla compatibilità con l'ordine pubblico interno. Le sentenze emesse secondo il diritto canonico godono di un regime di favore nel riconoscimento, e la delibazione è possibile solo se c'è una "incompatibilità relativa" che può essere superata in base a valutazioni di circostanze o fatti che confermino i valori essenziali della coscienza sociale e la norma matrimoniale.

**Cass. civ. Sez. Unite, 18-07-2008, n. 19809**

La Cassazione, con la sentenza n. 19809/2008, ha affermato anche il principio secondo cui non ogni contrasto con l'ordine pubblico preclude la delibazione delle sentenze ecclesiastiche. Per il riconoscimento in Italia, il giudice della delibazione deve tener conto delle specificità dell'ordinamento canonico.

In sintesi, il giudice italiano può individuare fatti rilevanti per l'ordinamento interno durante la delibazione di sentenze ecclesiastiche, anche se non rilevanti per il diritto canonico, a condizione che tali fatti incidano sulla validità del matrimonio e non siano incompatibili con le norme interne.

Questa apertura verso la delibazione delle sentenze ecclesiastiche deriva dal Protocollo addizionale del 18/02/1984 modificativo del Concordato, che impone all'Italia un criterio meno rigoroso nel riconoscimento di tali sentenze.

Nel caso specifico, la Corte di Cassazione ha confermato la delibazione della sentenza di nullità pronunciata dalla Corte d'Appello, poiché la nullità era stata dichiarata per l'esclusione concorde del bonum proles (inteso come procreatività) da entrambi i coniugi, una causa che non è considerata incompatibile assoluta secondo la giurisprudenza costante. Capitolo 1: Gli effetti dei vizi del consenso nelle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio

Non tutti i vizi del consenso rilevati nelle sentenze di nullità del matrimonio ecclesiastiche possono essere riconosciuti come validi nel diritto interno. Nel diritto canonico, si riconosce l'importanza di questi vizi come incidenti nell'iter formativo della volontà dei nubendi, anche se non significativi per l'ordine pubblico italiano, dove solo cause esterne e oggettive possono influire sulla formazione e manifestazione della volontà dei nubendi, viziandola o facendola mancare.

L'errore indotto da dolo, che è rilevante nel diritto canonico ma non nell'ordinamento italiano, può dare origine al riconoscimento di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio in Italia solo se è consistito in una falsa rappresentazione della realtà, che ha avuto come oggetto circostanze oggettive, incidenti su caratteristiche stabili e permanenti che qualificano la persona del nubendo.

Cass. Civ sez I n 13883/2015 Delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio per difetto di consenso, dovuto a cause di natura psichica. Il Trib ecclesiastico regionale pugliese di Bari dichiara con sentenza del 22.03.2010 la nullità del matrimonio contratto tra C e D per difetto di discrezione di giudizio, circa i diritti e doveri matrimoniali essenziali, dovuto a causa di natura psichica in capo a D. La corte d'appello di Lecce ha dichiarato efficace in Italia la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio per difetto di consenso, dovuto a cause di natura psichica, contratto tra C e D. La corte ha rilevato che il vizio del consenso

riscontrato non è incompatibile con l'ordine pubblico interno e che il giudice della deliberazione deve tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico. Inoltre, il vizio in questione non richiede come elemento essenziale la riconoscibilità secondo la disciplina del codice civile.

C ha proposto ricorso per cassazione contro la pronuncia della corte d'appello di Lecce, sostenendo l'esclusione del contrasto rispetto all'ordine pubblico nonostante la mancata conoscenza del deficit psichico, l'intervenuta convivenza coniugale per oltre un anno e la mancata applicazione del principio di salvaguardia del vincolo coniugale. Tuttavia, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso perché il motivo prospettato è infondato, in quanto non è stata eccepita tempestivamente la convivenza coniugale come causa ostacolo al riconoscimento della sentenza canonica e la durata indicata dalla ricorrente è inferiore a quella minima triennale richiesta. Inoltre, il riconoscimento di efficacia della sentenza ecclesiastica non contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, poiché il vizio psichico assunto dal giudice ecclesiastico come comportante inettitudine del soggetto a contrarre matrimonio non si discosta dall'ipotesi di invalidità contemplata dall'art 120 del codice civile. Il contrasto in questione non è presente nemmeno dal punto di vista del difetto di tutela dell'affidamento della controparte, poiché mentre nei contratti la buona o mala fede sono rilevanti, nel matrimonio è preminente l'eliminazione del vincolo coniugale inficiato da vizio psichico.

### **Matrimonio celebrato all'estero e il matrimonio dello straniero nello Stato**

I cittadini italiani possono celebrare il matrimonio in un paese straniero secondo le forme stabilite, purché siano presenti le condizioni necessarie previste dal codice civile. Vale anche per gli stranieri il principio per cui sono soggetti alle disposizioni del codice civile riguardanti l'interdizione per infermità di mente, la libertà di stato, i rapporti di parentela, il delitto e il divieto temporaneo di nuove nozze. Il matrimonio celebrato all'estero da un cittadino, nel rispetto delle forme previste dalla legge straniera, ha immediata validità ed efficacia nell'ordinamento italiano, anche se contratto in violazione delle leggi italiane, fintanto che non sia impugnato per una delle ragioni previste dall'art 117 del codice civile e non sia stata emessa una sentenza di nullità o di annullamento. Pertanto, erroneamente è stato negato il permesso di soggiorno a una straniera che era sposata all'estero con un cittadino italiano, sulla base del fatto che al momento del matrimonio il cittadino era già sposato, prima che sia stata emessa una sentenza che confermi l'invalidità di quel vincolo. In una pronuncia precedente, la Corte Suprema ha stabilito che la legge islamica, che consente la poligamia e prevede il ripudio, non impedisce che una cittadina straniera sposata con un italiano all'estero secondo le forme previste dalla legge del luogo, possa far valere i diritti successori derivanti dal matrimonio davanti al giudice italiano, in quanto ciò non contrasta con l'ordine pubblico e il buon costume.

Per lo straniero che desidera contrarre matrimonio in Italia, l'art. 116 del codice civile prevede che lo stesso debba presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del suo paese che attesti che, secondo le leggi a cui è soggetto, non ci sono ostacoli al matrimonio, oltre a un documento che certifichi la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. Tuttavia, anche lo straniero è soggetto alle disposizioni contenute negli articoli 85, 86, 87 n. 1, 2 e 4, 88 e 89. È stata sollevata una questione di legittimità costituzionale riguardo all'articolo 116 del codice civile, in relazione all'articolo 2 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che lo straniero possa dimostrare con ogni mezzo il rispetto delle condizioni per contrarre matrimonio secondo le leggi del paese di appartenenza, a meno che queste condizioni non contrastino con l'ordine

pubblico interno. Questa questione è stata sottoposta alla Corte costituzionale, che ha emesso un'ordinanza di manifesta inammissibilità (Corte costituzionale n. 14/2003). Più recentemente, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 116, comma 1 del codice civile, come modificato dall'articolo 1, comma 15 della legge, per quanto riguarda la disciplina sull'immigrazione e quindi la sicurezza pubblica.

### **Corte Costituzionale n. 245/2011**

La Corte Costituzionale ha stabilito che l'articolo 116 del Codice Civile, che regola il matrimonio tra uno straniero e un cittadino italiano, è parzialmente incostituzionale nella parte in cui richiede un documento di soggiorno regolare per la celebrazione del matrimonio. Secondo la Consulta, questa limitazione comporta una restrizione del diritto corrispondente del cittadino italiano.

## **5. Il matrimonio civile: i requisiti e celebrazione**

Condizioni per la celebrazione del matrimonio civile:

### **1. Capacità dei nubendi:**

- **Età maggiore**, tuttavia il tribunale può autorizzare un minore di 16 anni a contrarre matrimonio per gravi motivi, previa valutazione della maturità psicofisica e delle ragioni addotte. Questi gravi motivi possono essere intesi come le ragioni che giustificano l'anticipazione del matrimonio, se l'attesa della maggiore età può arrecare pregiudizio al minore.

- **Capacità mentale**, il matrimonio è precluso alle persone con infermità mentale, ma non è vietato per gli inabilitati, gli interdetti a causa di condanna penale e i beneficiari dell'amministrazione di sostegno, a meno che il giudice non disponga diversamente. Inoltre, il matrimonio può essere impugnato se si prova l'incapacità di intendere e di volere al momento della celebrazione. Una sentenza del 1995 ha riconosciuto che la presenza di una grave condizione di infermità mentale è sufficiente per richiedere la separazione.

### **2. Impedimenti al matrimonio:**

- **Parentela, affinità e adozione**: i parenti e gli affini in linea retta infinita e in linea collaterale fino al secondo grado non possono sposarsi tra loro. Questo divieto è valido per ascendenti e discendenti, fratelli e sorelle, affini in linea retta derivanti da un matrimonio valido, adottante e adottato e i loro discendenti, l'adottato e il coniuge dell'adottante e viceversa. Tuttavia, è possibile ottenere una dispensa per il matrimonio tra zii e nipoti e tra affini in linea collaterale di secondo grado. L'ordinamento canonico prevede invece la nullità del matrimonio tra figli di cugini, che viene riconosciuta anche nell'ordinamento italiano.

- **Vincolo di precedente matrimonio o unione civile**: il matrimonio richiede la libertà di stato dei nubendi, che non è influenzata da un contratto di convivenza. Pertanto, possono contrarre matrimonio validamente i conviventi tra loro o tra un convivente e una terza persona, con la risoluzione automatica del contratto di convivenza. Questa libertà di stato può essere originaria o successiva, nel caso in cui il precedente matrimonio sia stato sciolto o dichiarato nullo.

- **Delitto**: è vietato il matrimonio tra una persona condannata per omicidio doloso consumato o tentato nei confronti del coniuge dell'altro.

- **Lutto vedovile:** la vedova non può contrarre matrimonio nei 300 giorni successivi allo scioglimento, all'annullamento o alla cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio, per evitare incertezze sulla paternità dei figli che potrebbero nascere.

### 3. Procedura di celebrazione del matrimonio civile:

- **Pubblicazioni:** l'ufficiale di stato civile deve affiggere all'ingresso del municipio (dove uno degli sposi ha la residenza) per almeno 8 giorni la notizia del progetto di matrimonio e i dati identificativi degli sposi. La pubblicazione è anche prevista sul sito web del comune. In caso di gravi motivi, il termine delle pubblicazioni può essere abbreviato o omissso con autorizzazione del tribunale.

- **Opposizione al matrimonio:** genitori o altri ascendenti fino al terzo grado possono opporsi al matrimonio se conoscono un impedimento. Se uno degli sposi è sotto tutela, il curatore o tutore ha il diritto di opporsi. L'opposizione deve essere presentata al presidente del tribunale entro il luogo in cui sono state pubblicate le pubblicazioni, e il tribunale decide con un decreto motivato, potendo anche sospendere la celebrazione.

- **Celebrazione del matrimonio:** avviene presso il municipio in presenza di due testimoni. Se uno degli sposi è impossibilitato a recarsi al municipio per infermità o altro impedimento valido, l'ufficiale di stato civile si trasferisce in luogo dove si trova lo sposo impedito, alla presenza di quattro testimoni, per celebrare il matrimonio. Gli sposi dichiarano di prendersi come marito e moglie davanti all'ufficiale di stato civile, che li dichiara uniti in matrimonio. Le dichiarazioni degli sposi devono essere personali e non possono essere sostituite per dare il consenso. Tuttavia in casi particolari è consentito il matrimonio per procura (art 111 cc) per i militari e le persone che per ragioni di servizio si trovano al seguito delle forze armate in tempo di guerra, e per coloro che risiedono all'estero e concorrono gravi motivi.

### 6. Le invalidità (117 -129 bis cc)

Per parlare della invalidità del matrimonio, è necessario distinguere tra matrimonio come atto giuridico e matrimonio come rapporto tra i coniugi. La invalidità riguarda la non conformità dell'atto rispetto al modello stabilito, quindi si prende in considerazione l'atto matrimoniale stesso e tutte le disposizioni che contemplano un vizio nell'atto. Al contrario, la violazione di alcune prescrizioni non porta alla invalidità del matrimonio, ma solo a irregolarità, come ad esempio una sanzione pecuniaria per il pubblico ufficiale incompetente o la mancanza dei testimoni. Inoltre, esiste anche la categoria dell'inesistenza del matrimonio in caso di difetti genetici nell'atto, anche se questa categoria non è prevista dal codice. Questa categoria viene tradizionalmente invocata solo se non è stato prestato il consenso matrimoniale o se gli sposi sono di sesso diverso.

Quanto alla legittimazione per far valere l'invalidità del matrimonio, essa dipende dai soggetti interessati e dalla possibilità di sanabilità del vizio. Gli impedimenti causati dalla mancanza di libertà di stato, dal rapporto di parentela non dispensabile e dall'impedimento criminis sono disciplinati più severamente e non sono sanabili. In questi casi, i soggetti legittimati ad agire sono i coniugi, gli ascendenti prossimi, il pubblico ministero e tutti coloro che hanno un interesse legittimo e attuale.

La Cassazione, con la sentenza 720/1986, ha escluso che la disposizione abbia una nozione generica di interesse, ma fa riferimento a un interesse legittimo e attuale. Questo indica

l'intenzione del legislatore di non attribuire rilievo a interessi generici, ma solo a quelli che sono coerenti con i principi che regolano la legittimazione e che sono dirette conseguenze del matrimonio invalido.

La cerchia dei soggetti legittimati risulterebbe estremamente ampia se si considerasse qualsiasi interesse, ma ciò non sarebbe coerente con il carattere personalissimo del matrimonio e potrebbe affidare a estranei un'azione che coinvolge l'intima sfera delle persone coinvolte. Inoltre, confliggerebbe con i principi che regolano le cause di nullità del matrimonio, che devono contemperare l'interesse al riconoscimento del matrimonio viziato con l'interesse generale alla sua conservazione. Questo perché l'annullamento del matrimonio può avere gravi conseguenze sugli altri rapporti familiari.

È importante notare che, a seconda delle ipotesi, la legittimazione può essere estesa a soggetti diversi dai coniugi in base alla loro posizione nella famiglia o alla loro carica. Solo per le ipotesi previste dall'articolo 117 del codice civile, l'iniziativa può essere estesa a soggetti con un interesse personale specifico. La legittimazione dei terzi interessati è imprescrittibile e permane anche dopo lo scioglimento del matrimonio, ma non può essere fondata su un semplice interesse egoistico. Deve essere in armonia con i principi che regolano la legittimazione e deve essere direttamente conseguenza del matrimonio invalido. Inoltre, l'azione deve essere necessaria per rimuovere il pregiudizio causato dall'interesse in questione.

Queste indicazioni permettono di definire il concetto di "interesse legittimo ed attuale". È importante distinguere tra la rilevanza giuridica del vincolo matrimoniale per i soggetti diversi dai coniugi, a seconda che gli effetti giuridici riguardino direttamente o indirettamente i terzi. Solo nel primo caso si può configurare un interesse conforme, che si riferisce alle situazioni giuridiche dei terzi pregiudicate dagli effetti del matrimonio invalido. Solo in questi casi l'azione può essere intrapresa dal soggetto titolare di quella situazione sostanziale. Inoltre, la natura familiare del rapporto giustifica il riconoscimento di una legittimazione uguale a quella dei coniugi, senza dipendere dalla loro esistenza in vita.

In conclusione, la legittimazione per far valere l'invalidità del matrimonio non può essere basata su un interesse generico, ma deve essere conforme ai principi che regolano la legittimazione in materia e direttamente connesso al matrimonio invalido. Le conseguenze giuridiche del matrimonio invalido riguardano sia i coniugi che i terzi, e l'annullamento del matrimonio può avere gravi implicazioni per questi ultimi. La legittimazione dei terzi interessati dipende dalla loro posizione nella famiglia o dalle loro cariche, ma deve sempre essere basata su un interesse attuale e necessario per rimuovere il pregiudizio causato dal matrimonio viziato.

#### Limiti all'interesse a contrarre matrimonio

Questo capitolo riguarda i casi in cui l'interesse a contrarre matrimonio non può essere riconosciuto perché il matrimonio serve solo a identificare il soggetto come coniuge all'interno di una situazione giuridica. Quindi, il matrimonio non ha un effetto diretto su questo rapporto e non ha conseguenze pregiudizievoli per un terzo che ha una situazione giuridica indipendente. Alcuni esempi di invalidità sanabili sono la simulazione, l'interdizione e l'incapacità di intendere e di volere. Inoltre, la Corte Suprema ha stabilito che il riconoscimento di una sentenza ecclesiastica

che dichiara l'invalidità del matrimonio a causa di problemi psicologici non contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Inoltre, vi sono altri casi di invalidità che possono essere risolti, come la violenza, il timore e l'errore. In questi casi, è necessario che la coabitazione prosegua per un anno dopo la scomparsa del vizio. Per quanto riguarda il difetto di età, può essere sanato dopo un anno dal raggiungimento della maggiore età o dalla celebrazione del matrimonio, se era possibile ottenere l'autorizzazione del giudice. I soggetti legittimati sono diversi a seconda del caso. In caso di interdizione, sono il tutore, il procuratore generale e chiunque abbia un interesse legittimo. Per il difetto di età, sono i coniugi, i genitori e il procuratore generale. Nell'ipotesi di simulazione, ogni coniuge è legittimato a richiedere l'invalidità del matrimonio. Infine, il coniuge il cui consenso risulta viziato ha il diritto di richiedere l'annullamento del matrimonio.

- Il matrimonio può essere impugnato se uno dei coniugi ha una malattia fisica, psichica o un'anomalia sessuale che impedisce la vita coniugale. L'impugnazione richiede la prova che l'altro coniuge era affetto da tale malattia e che non si era a conoscenza di essa prima del matrimonio. Inoltre, il giudice dovrà valutare se l'infermità influisce sull'ordinaria vita familiare, considerando le aspettative del coniuge in errore.

- Il matrimonio può essere annullato se uno dei coniugi è stato condannato per un crimine non colposo con una pena detentiva di almeno cinque anni, a meno che non si sia riabilitato prima del matrimonio. L'azione di annullamento non può essere presentata prima che la sentenza sia diventata definitiva.

- Il matrimonio può essere annullato se uno dei coniugi è stato dichiarato delinquente abituale o professionale.

- Il matrimonio può essere annullato se l'altro coniuge è stato condannato per reati legati alla prostituzione con una pena detentiva di almeno due anni. L'azione di annullamento non può essere presentata prima che la condanna sia diventata definitiva.

- Il matrimonio può essere annullato se uno dei coniugi è rimasto incinto a seguito di un rapporto con una persona diversa da quella che ha commesso l'errore, a condizione che la paternità sia stata negata e la gravidanza sia andata avanti. Questa disposizione non si applica alla procreazione avvenuta prima del matrimonio.

- La simulazione si verifica quando gli sposi hanno concordato di non adempiere agli obblighi coniugali e ai diritti connessi al matrimonio. L'azione di annullamento non può essere presentata un anno dopo il matrimonio o se i coniugi hanno convissuto come coniugi dopo la celebrazione.

- Il matrimonio simulato è stato usato per scopi come ottenere la cittadinanza, l'alloggio, motivi economici o per evitare pressioni dalla famiglia di origine. In questo contesto, è importante considerare la valutazione delle prove tra la giurisdizione civile ed ecclesiastica. È stato dibattuto se il matrimonio simulato possa essere equiparato alla simulazione contrattuale. Mentre il contratto simulato non produce effetti tra le parti, si è sostenuto che il matrimonio simulato produce effetti anche se precari. Tuttavia, è stato obiettato che il matrimonio simulato non produce effetti giuridici direttamente legati alla convivenza come coniugi. Gli effetti prodotti dal matrimonio simulato sono quelli che riguardano i rapporti esterni alle parti. Il confronto tra la simulazione contrattuale e quella matrimoniale evidenzia che il riconoscimento dell'autonomia privata nell'ordinamento

giuridico è più ampio nel primo caso. In materia matrimoniale l'autonomia privata è limitata dalle esigenze di certezza dei rapporti coniugali e familiari.

### **Matrimonio putativo**

Il matrimonio putativo si verifica quando uno o entrambi i coniugi hanno contratto il matrimonio in buona fede, ignorando un vizio invalidante. Questa situazione si applica anche se almeno uno dei coniugi ha dato il consenso per violenza o timore eccezionale.

### **Effetti della nullità del matrimonio**

Secondo l'articolo 128 del codice civile, se un matrimonio viene dichiarato nullo, i suoi effetti si applicano ai coniugi fino alla sentenza di nullità. Tuttavia, se solo uno dei coniugi era in buona fede, gli effetti si applicano solo a lui.

### **Effetti sui figli**

I figli nati o concepiti durante un matrimonio dichiarato nullo sono considerati legittimi, nonostante la mala fede dei genitori, a meno che la nullità derivi da bigamia o incesto. Inoltre, i figli nati e riconosciuti prima della sentenza di nullità sono considerati legittimi se almeno uno dei genitori era in buona fede.

### **Obbligo di mantenimento**

Secondo l'articolo 129, se entrambi i coniugi si trovano in una situazione di matrimonio putativo, il giudice può imporre all'uno di versare somme periodiche all'altro per un massimo di tre anni, a condizione che quest'ultimo non abbia redditi adeguati e non si sia risposato. Questo ha lo scopo di garantire un sostentamento non inferiore a tre anni alla parte svantaggiata.

### **Indennità per la mala fede**

Se uno dei coniugi è colpevole di mala fede nella nullità del matrimonio, l'articolo 129 bis prevede che debba versare una congrua indennità all'altro coniuge in buona fede. Questa indennità deve includere almeno il mantenimento per tre anni. Inoltre, se un terzo ha contribuito alla nullità del matrimonio insieme a uno dei coniugi, è responsabile solidalmente per il pagamento dell'indennità.

### **Interpretazione dell'imputabilità**

La Corte di Cassazione ha stabilito che l'imputabilità della nullità del matrimonio non è direttamente riferita al vizio in sé, ma ai comportamenti e alle circostanze del soggetto che hanno causato il vizio. Pertanto, se un matrimonio viene annullato a causa dell'errore sulle qualità personali di un coniuge, la responsabilità può essere attribuita all'altro coniuge che ha richiesto l'indennità.

### **Matrimonio via telematica**

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso del Ministero dell'Interno contro il riconoscimento di un matrimonio celebrato tramite internet e senza la presenza fisica dei nubendi. Secondo la Corte, se un matrimonio è valido secondo la legge del paese in cui è stato celebrato, è valido anche nell'ordinamento italiano, a meno che non violi principi di ordine pubblico. La tesi contiene errori per due ragioni:

1. Afferma erroneamente che ogni volta che la legge straniera contiene una disciplina diversa da quella italiana si configura una violazione dell'ordine pubblico. In realtà, la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico deve basarsi sui valori fondamentali del nostro ordinamento, non sulle norme specifiche.

2. L'ordine pubblico deve essere valutato durante il processo di autorizzazione, prendendo in considerazione solo gli "effetti" dell'atto straniero e senza un controllo del contenuto o del merito.

I tribunali hanno rilevato che la forma matrimoniale descritta nell'articolo 107 del codice civile può essere derogata. ("Il giorno stabilito dalle parti, l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, legge agli sposi gli articoli 143, 144 e 147 (1); quindi ciascuna parte dichiara personalmente e separatamente che intende prendere l'altra come coniuge e successivamente dichiara che sono uniti in matrimonio [...]").

La legge italiana ammette la celebrazione del matrimonio INTER ABSENTES (articolo 111 del codice civile) solo in determinati casi. ("I militari e le persone che per ragioni di servizio sono al seguito delle forze armate possono celebrare il matrimonio per procura durante il tempo di guerra (1). Il matrimonio per procura può essere celebrato anche se uno dei coniugi risiede all'estero e se ci sono gravi motivi che devono essere valutati dal tribunale competente per il territorio in cui risiede l'altro coniuge. L'autorizzazione viene concessa con un decreto irrevocabile emesso in camera di consiglio, dopo aver ascoltato il pubblico ministero[...]").

Comunque, entrambi questi casi sono considerati espressione della volontà matrimoniale di due soggetti.

### **Parità tra i coniugi**

La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha eliminato dal codice civile tutte le disposizioni basate su una concezione gerarchica e autoritaria della famiglia, che assegnava al marito la potestà maritale e la patria potestà.

Dopo la riforma, è stata introdotta la regola di parità tra i coniugi nei diritti e doveri, come stabilito nell'articolo 143 del codice civile. Questa regola attua il principio costituzionale di uguaglianza morale e civile dei coniugi stabilito nell'articolo 29 della Costituzione e in generale esprime il principio fondamentale di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (articolo 3 della Costituzione).

Tuttavia, fino alla riforma, il principio stabilito dalla Costituzione non veniva rispettato, poiché il sistema giuridico era ancora basato su una concezione patriarcale della famiglia che non rifletteva i valori costituzionali.

Pertanto, durante questo periodo, la Corte costituzionale è stata chiamata più volte a bilanciare il principio di uguaglianza.

Fino alla fine degli anni '60, la Corte costituzionale ha adottato un atteggiamento cauto, in attesa di interventi legislativi per adeguare la normativa ai nuovi valori costituzionali, ma mantenendo una considerazione speciale per il marito/padre.

Ad esempio, nella sentenza 64/61, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla violazione dell'obbligo di fedeltà e, in particolare, sulla differenza di trattamento tra l'adulterio della moglie e



del marito. L'adulterio della moglie era considerato una causa di separazione e veniva punito come reato, a differenza dell'adulterio da parte del marito. La Corte si è chiesta se questa differenza fosse giustificata o arbitraria e ha giustificato l'attribuzione di un maggior peso al tradimento della moglie basandosi sulla "comunis opinio" e sulla necessità di garantire l'unità familiare.

Tuttavia, a partire dagli anni '70, la Corte ha adottato una posizione meno tollerante e ha iniziato a dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme. Infatti, i valori espressi dalla Costituzione hanno influenzato l'opinione pubblica, rendendo molte disposizioni del codice civile inadeguate ai tempi. Un esempio di questo nuovo orientamento è la sentenza 128/70, in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'ultima parte dell'articolo 156 del codice civile, che riguardava il cognome della moglie separata. L'articolo 156 prevedeva che, in caso di separazione personale per colpa della moglie, quest'ultima non potesse usare il cognome del marito, ma non prevedeva la possibilità, su richiesta della moglie, di non assumere il cognome del marito in caso di separazione per colpa del marito.

Nello stesso periodo, la Corte ha interpretato in modo innovativo l'articolo 29 della Costituzione, che limita la parità dei coniugi nell'interesse di tutelare l'unità familiare. Il sindacato di incostituzionalità riguardava la norma prevista dall'articolo 145 del codice civile in materia di mantenimento.

In particolare, la Corte costituzionale (sentenza n. 133/1970) ha affermato che le norme che comportano uno svantaggio per uno dei coniugi non possono essere giustificate dal fatto che altre norme concedano al coniuge stesso un vantaggio in altre situazioni derivate dal matrimonio. Poiché l'unità familiare è considerata il solo limite legittimo all'uguaglianza dei coniugi, solo questa può giustificare la diversità di trattamento.

Tuttavia, la Corte ritiene che questa disparità di trattamento non sia giustificata in funzione dell'unità familiare, ma che, quando si tratta di questioni patrimoniali tra i coniugi, è proprio l'uguaglianza che garantisce quell'unità.

In questa prospettiva, si sostiene che la determinazione dei diritti e doveri dei coniugi debba sempre tenere conto dell'unità familiare e del superiore interesse che essa rappresenta.

Nonostante la Corte costituzionale abbia eliminato gradualmente le norme legislative che favorivano uno squilibrio evidente nei rapporti familiari, ha esitato nel superare definitivamente la regola della potestà maritale. Solo di recente è emersa un'interpretazione dell'articolo 29 della Costituzione che conferisce il significato di stabilire il principio dell'eguale libertà dei coniugi per garantire la stabilità e l'unità familiare. Si è affermata una nuova prospettiva che collega l'articolo 29 con l'articolo 2 della Costituzione, riconoscendo un binomio libertà/solidarietà e una qualificazione primaria dei ruoli familiari in termini di uguale libertà e responsabilità.

## **7. Diritti e doveri dei coniugi**

L'articolo 143 del codice civile stabilisce un elenco dettagliato dei diritti e doveri che i coniugi hanno in virtù del matrimonio. È dibattuto se l'articolo 143 sia un elenco chiuso o aperto a integrazioni. Secondo alcune interpretazioni, non sarebbe un numero limitato di posizioni giuridiche, poiché possono esserci ulteriori doveri compatibili con gli articoli 143 ss.

Un problema complesso riguarda la possibilità per i coniugi di influire sul regime degli effetti del matrimonio, adattandolo alle proprie esigenze. Le riforme degli anni '70 hanno ampliato il ruolo dell'autonomia privata nel campo dei negozi familiari. Tuttavia, la giurisprudenza considera i doveri derivanti dal matrimonio come inderogabili e indisponibili. Questo principio può essere visto come una garanzia dell'equilibrio tra i coniugi e dei loro diritti e doveri paritari.

Gli sposi hanno la possibilità di determinare le modalità di esercizio dei diritti e degli obblighi derivanti dal matrimonio, personalizzando così il loro rapporto coniugale. L'articolo 143 del codice civile indica posizioni giuridiche soggettive senza un contenuto specifico, ma l'interprete può ricavare parte di questo contenuto dai principi costituzionali, dalle norme penali e da altre norme civilistiche che regolano la relazione coniugale. La determinazione del contenuto di queste posizioni giuridiche tiene conto del contesto storico, sociale e culturale della relazione coniugale specifica, consentendo agli sposi di adattare il loro progetto matrimoniale alle proprie sensibilità ed esigenze. Tuttavia, ciò non deve snaturare la sostanza del vincolo matrimoniale.

### **Il processo di ridefinizione del significato di obbligo di fedeltà**

Una legge del codice penale sanzionava l'adulterio della moglie, ma non quello del marito. Inoltre, l'adulterio della moglie era considerato motivo di separazione, mentre l'adulterio del marito era giudicato irrilevante a meno che non comportasse un grave danno alla moglie. Tuttavia, il concetto di obbligo di fedeltà è stato ridefinito, non riferendosi più solo all'astensione dall'adulterio, ma anche all'importanza di atteggiamenti di dedizione reciproca materiale e spirituale e all'impegno per la lealtà e la dedizione.

### **L'addebito della separazione**

Le singole infedeltà di per sé non sono considerate sufficienti per addebitare la separazione. In ogni caso, l'addebito è subordinato all'accertamento che la crisi dell'unione sia principalmente causata dalla violazione dell'obbligo di fedeltà. Inoltre, anche le relazioni con terzi estranei che non si traducono in prestazioni sessuali possono essere rilevanti nel determinare l'addebito della separazione se creano fondati sospetti di tradimento, ledono la dignità dell'altro coniuge e offendono i valori morali.

### **L'obbligo di assistenza morale e materiale**

L'obbligo di assistenza morale e materiale implica l'impegno a mantenere una vita coniugale unita, prestando attenzione ai bisogni dell'altro coniuge e rispettando la sua persona. Questo obbligo si basa sulla solidarietà familiare e include il supporto nella sfera spirituale, affettiva e psicologica, nonché il rispetto delle convinzioni e aspirazioni dell'altro coniuge. Dal punto di vista materiale, implica il sostegno nelle malattie e nell'attività lavorativa, nonché nel sostenere gli oneri familiari in linea con i redditi personali.

### **La coabitazione**

L'obbligo di coabitazione richiede ai coniugi di prendere in considerazione le esigenze di entrambi e quelle della famiglia nella decisione di stabilire una residenza. Prima della riforma, questo obbligo non presentava particolari problemi poiché era in linea con il principio di potestà maritale. Tuttavia, dopo la riforma, in cui la moglie non è più obbligata a seguire il marito ovunque egli vada, la decisione sulla residenza deve tener conto delle esigenze di entrambi. Inoltre, se uno dei coniugi è

costretto a vivere in una diversa città o a svolgere attività fuori casa per motivi professionali, ciò non necessariamente viola l'obbligo di coabitazione, ma va valutato caso per caso. Inoltre, la Cass (sent n 2861/2008) ha affermato che l'allontanamento dal domicilio coniugale può essere giustificato dalle tensioni già esistenti tra i coniugi, che hanno impedito ad uno di loro di pretendere dall'altro l'adempimento dell'obbligo di coabitare. È nullo ogni patto che viola tale divieto;

### **Collaborazione nell'interesse della famiglia**

Il dovere di collaborare nell'interesse della famiglia richiede di non evitare i compiti organizzativi e gestionali necessari per la convivenza familiare, impegnandosi anche nella supervisione e nell'educazione dei figli, e a prendersi cura dei rapporti esterni necessari per la gestione familiare.

### **Contribuzione ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze e alla capacità lavorativa**

Entrambi i coniugi hanno il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia in base alle loro rispettive capacità economiche. Il lavoro domestico viene equiparato al lavoro professionale. Questo obbligo è inderogabile e la violazione è sanzionata dall'articolo 570 del codice penale. I coniugi possono soddisfare questo dovere utilizzando i beni della comunione e i propri beni personali.

Violazione dei doveri coniugali come presupposto per la separazione coniugale

In passato, la violazione dei doveri coniugali costituiva il presupposto per la separazione personale dei coniugi. Tuttavia, secondo la recente riforma, è necessario accertare se la violazione del dovere coniugale abbia avuto un effetto causale sulla crisi coniugale. La base oggettiva per la separazione è ora l'impossibilità di convivenza.

### **Illecito endofamiliare**

Tradizionalmente, i rapporti familiari erano considerati immuni dall'illecito extracontrattuale, poiché il risarcimento del danno era considerato compreso nel dovere di mantenimento verso l'altro coniuge e i figli. Tuttavia, la Corte di cassazione ha iniziato a riconoscere l'illecito endofamiliare, rispondendo alle richieste di superare questo approccio. Il risarcimento del danno può essere richiesto se sono stati lesi i diritti fondamentali della persona.

### **Indirizzo di vita familiare**

Gli art 144 comma 1 prevede che i coniugi concordino tra loro l'indirizzo della vita familiare e la residenza della famiglia, tenendo conto delle esigenze di entrambi e delle esigenze preminenti della famiglia stessa. Questo accordo non richiede una specifica forma e può essere concluso anche in modo tacito. Alcuni autori sostengono che non abbia una natura negoziale e che sia liberamente modificabile, ma ciò potrebbe sollevare problemi di responsabilità e privare il giudice di un parametro di valutazione per le condotte contrastanti con l'accordo. Il co 2 dell'art 144 stabilisce che ciascun coniuge ha il potere di attuare l'indirizzo concordato, con margine di discrezionalità, fino a quando non ci sia un nuovo accordo o un dissenso da parte di uno dei coniugi a causa di cambiamenti nelle circostanze. La possibilità di vincolare l'altro coniuge riguardante agli atti di attuazione della vita familiare è un tema dibattuto. Si è discusso se le obbligazioni assunte da un coniuge per soddisfare i bisogni della famiglia possano coinvolgere anche l'altro coniuge o se la responsabilità sia limitata a colui che ha firmato il contratto. La

Cassazione ha escluso la responsabilità solidale del coniuge non firmatario, ammettendo solo una garanzia parziale dei suoi beni personali, se vi è un regime di comunione dei beni.

### **Intervento del giudice**

Il principio della parità dei coniugi implica che anche le scelte di vita siano di comune accordo, come stabilire la residenza, seguire l'indirizzo della vita familiare e decidere gli interessi familiari. In caso di disaccordo, l'articolo 145 del codice civile prevede la possibilità di richiedere l'intervento del giudice. Questo intervento è sollecitato da una o entrambe le parti e può essere un tentativo di conciliazione o una decisione del giudice, nel rispetto dell'autonomia familiare.

### **Cognome**

L'articolo 143 bis del codice civile prevede che la moglie ha il diritto e il dovere di aggiungere il cognome del marito al proprio. Questa norma è stata modificata per garantire l'uguaglianza tra i coniugi, ma alcune interpretazioni sostengono che l'obbligo sia ancora presente.

### **Cassazione 23934/2008**

La Corte di Cassazione ha riconosciuto che, nonostante l'uguaglianza tra marito e moglie, alcune forme di supremazia del marito rimangono nella disciplina del cognome della moglie. La giurisprudenza sostiene che l'articolo 143 bis non contrasti con il principio di uguaglianza, in quanto il diritto all'uguaglianza è garantito in modo sostanziale dall'articolo 29 della Costituzione.

### **Legge applicabile nei rapporti tra i coniugi**

Prima degli anni '80, la normativa nazionale comune veniva applicata nei rapporti tra i coniugi. Questa norma è stata dichiarata illegittima perché contraria al principio di uguaglianza dalla Corte costituzionale.

### **Unioni civili, convivenze e dintorni**

All'inizio, la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010 ha dichiarato che l'articolo 29 della Costituzione ostacola il riconoscimento di vari modelli familiari, escludendo quindi le unioni civili omosessuali e le convivenze, limitando il matrimonio come l'unica struttura legale adatta a costituire la famiglia.

Successivamente, ha escluso la possibilità che, tramite interpretazione giuridica, le unioni omosessuali potessero essere legalmente riconosciute o che a queste potesse essere estesa la definizione costituzionale di matrimonio.

Tuttavia, contemporaneamente, la Corte costituzionale e gli studiosi di diritto concordano nel riconoscere nell'articolo 2 della Costituzione e nell'importanza che essa attribuisce alle formazioni sociali, la base di una protezione costituzionale autonoma per le famiglie che non si basano sul matrimonio.

Dopo di ciò, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4184 del 2012, respingendo l'appello di due cittadini italiani dello stesso sesso sposatisi a L'Aja, che chiedevano la registrazione del loro matrimonio nei registri civili italiani, ha precisato che tale matrimonio, pur non essendo inesistente, è inadeguato a sortire effetti legali in Italia, poiché il legislatore italiano lo vieta. La Corte ha inoltre riconosciuto che le coppie omosessuali che convivono stabilmente sono titolari del

diritto alla vita familiare e possono intraprendere azioni legali in determinate circostanze per richiedere un trattamento paritario rispetto alle coppie sposate.

Nonostante sia da tempo accettato che le convivenze di fatto abbiano un'importanza costituzionale, persistono tentativi interpretativi di distinguere nettamente tra matrimonio e convivenze non matrimoniali. Questa distinzione è stata recentemente formalizzata nella Legge Cirinnà (Legge n. 76 del 2016), che ha introdotto una legislazione sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto.

La legge identifica l'unione civile come una specifica formazione sociale, omettendo deliberatamente il termine "famiglia", che rimane riservato alle unioni basate sul matrimonio. Nemmeno l'aggettivo "familiare" è menzionato in riferimento alle convivenze di fatto, se non in relazione a leggi esistenti che vengono applicate. Con la legge Cirinnà, la struttura della coniugalità è gerarchicamente organizzata in matrimonio, unione civile e convivenza di fatto, un sistema simile a quello francese post-riforma del 1999 con l'introduzione del PACS, ma con due differenze sostanziali: il PACS è indirizzato a coppie sia omosessuali che eterosessuali e, di recente, la Francia ha esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

In Germania, dal 2000 esiste una forma di protezione per le unioni omosessuali. Al contrario, il modello introdotto dalla Legge Cirinnà è fortemente influenzato dalla necessità di preservare la preminenza e l'eterosessualità del matrimonio, applicando alle unioni civili una legislazione molto simile a quella matrimoniale, ma con significative eccezioni come l'esclusione degli obblighi di collaborazione e fedeltà all'interno della coppia e la negazione della possibilità di adozione di figli, inclusi quelli del partner (step-child adoption).

La giurisprudenza ha cercato di aprire la strada, con i tribunali inferiori e la Cassazione che hanno interpretato l'articolo 44 della legge n. 184 del 1983 come applicabile alle famiglie omogenitoriali, non considerando l'impossibilità di affidamento preadottivo prevista dalla norma come un ostacolo assoluto, ma piuttosto come una situazione legale contingente quando un minore non è abbandonato e c'è un genitore capace di prendersene cura, mentre contemporaneamente esiste un rapporto genitoriale significativo con il partner. La Suprema Corte ha confermato questa interpretazione, supportata dalla tendenza dominante nella giurisprudenza europea e nella legislazione di molti stati membri. Tuttavia, ha chiarito che il caso in esame non rientrava nell'ambito della nuova legge Cirinnà, poiché non era in vigore al momento della decisione e non prevedeva disposizioni transitorie.

Per evitare discriminazioni, la legge '76 estende una regolamentazione abbastanza approfondita anche alle coppie eterosessuali non sposate, escluse dal regime delle unioni civili, incorporando e riorganizzando ciò che era già stato stabilito dalla giurisprudenza e dalle leggi speciali.

Questa nuova normativa si inserisce in una serie di misure legislative che hanno modificato in modo significativo il diritto di famiglia, come la legge sull'uguaglianza dei figli nati fuori dal matrimonio, proposta inizialmente nel 1975 ma non ancora pronta per essere adottata. Questa equiparazione è fondamentale perché, a differenza del passato quando non veniva riconosciuta una vera e propria famiglia, ora si riconosce un legame di parentela che costituisce una famiglia. Inoltre, la legge che ha reso privato il divorzio (legge n. 6 del 2014) ha introdotto la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale non tramite una sentenza giudiziaria, ma attraverso una

negoziante assistita da avvocati, un approccio che è stato anche considerato in Francia, mentre la Germania non prevede il divorzio tramite negoziazione assistita o con il sindaco.

### **Unioni civili**

Il professore Balestra si è interrogato sulla sufficienza dell'accoglienza sociale in Italia per le unioni civili, sottolineando che, solitamente, è richiesto un ampio accordo economico e sociale per l'istituzione di una normativa.

Nel contesto del diritto di famiglia, l'eguaglianza morale e sociale tra coniugi, specialmente in certe aree, non è stata completamente accettata o è stata apertamente respinta, in particolare nel Mezzogiorno. Tuttavia, si osserva che la legislazione ha il ruolo di promuovere l'accettazione di tale fenomeno.

La legge in questione è stata elaborata con rapidità, consolidando in un singolo articolo diviso in 69 paragrafi, il che ha reso complesso l'interpretare la norma. I paragrafi 1-35 disciplinano l'unione civile, i paragrafi 36-65 le convivenze more uxorio, e i paragrafi 66-69 dettagliano gli oneri finanziari, previdenziali e assistenziali.

Il primo comma definisce l'unione civile come entità sociale distinta dal matrimonio ex articolo 29 della Costituzione, una concezione ampia che viene poi precisata dal secondo comma, il quale delinea i criteri per la costituzione dell'unione civile: la maggiore età e l'identità di genere delle parti.

Nell'istituire il quadro legale per l'unione civile, il legislatore ha adottato diverse metodologie:

- a) Si sono utilizzate disposizioni che modellano, con alcune adattamenti, le norme del codice civile sul matrimonio;
- b) Alcuni riferimenti diretti alle norme matrimoniali del codice civile sono stati inclusi nelle disposizioni che mirano a rifondare, con alcune modifiche, la disciplina dell'unione coniugale;
- c) In due circostanze (commi 32 e 33) si è intervenuti modificando la legislazione esistente;
- d) È stata introdotta la possibilità di integrazione indiretta e adattamento delle norme vigenti attraverso una clausola (comma 20), che stabilisce l'applicazione delle disposizioni matrimoniali e dei termini correlati alle parti dell'unione civile, solo per garantire la tutela effettiva dei diritti e l'adempimento degli obblighi che derivano dall'unione omosessuale;
- e) Infine, la riforma rimanda (comma 28) la regolamentazione di alcuni aspetti più dettagliati a futuri decreti legislativi.

Il 14 gennaio 2016, il Consiglio dei ministri ha approvato definitivamente i tre decreti attuativi che rendono pienamente operativo il sistema di diritti per le coppie dello stesso sesso, tra cui la possibilità di celebrare l'unione civile in situazioni di pericolo di vita, la produzione di effetti in Italia del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero, e l'adattamento del ruolo di ufficiale dello stato civile.

Gli elementi positivi della legge includono:

- La sua stessa esistenza, che equipara le unioni civili alle formazioni sociali riconosciute dall'articolo 2 della Costituzione;
- L'eliminazione del periodo di separazione per lo scioglimento dell'unione civile;
- La rimozione dell'approvazione delle promesse di matrimonio;
- La possibilità per le parti dell'unione civile di scegliere un regime patrimoniale diverso dalla comunione dei beni;
- L'applicazione della disciplina sull'impresa familiare anche alle unioni civili;
- La previsione di sanzioni per i reati endofamiliari all'interno delle unioni civili, come la violenza domestica;
- L'applicabilità dei diritti successori e l'assegnazione di pensioni di reversibilità.

Si sollevano, tuttavia, questioni di legittimità costituzionale e trattamento disuguale tra le coppie, specialmente in relazione al mutamento di sesso di una delle parti e alla controversa questione della stepchild adoption, la quale non è stata espressamente inclusa ma è implicitamente riconosciuta dalla legge.

Altri punti critici riguardano la possibilità di unirsi civilmente per motivi non affettivi, l'applicabilità diretta di alcune norme penali e la mancanza di chiarezza in alcune disposizioni legali. Si critica anche l'ipocrisia legislativa nel creare un regime simile al matrimonio ma con terminologia differente e la mancata inclusione dell'obbligo di fedeltà, sebbene in altri ordinamenti europei come in Germania, il concetto di lealtà sia implicito anche senza menzione esplicita.

#### **Reg 24 giugno 2016 eu: Effetti patrimoniali delle unioni civili con elementi transfrontalieri**

Per quanto riguarda gli effetti patrimoniali delle unioni civili con elementi transfrontalieri, si applica il Reg 24 giugno 2016 EU. In assenza di normative europee in materia, Francia e Germania hanno stipulato una convenzione che si applica ai coniugi di tali nazionalità. Ciò semplifica anche il lavoro dei giudici che possono applicare una singola normativa.

Il procedimento di formazione dell'unione civile è diverso da quello previsto per il matrimonio. Nel matrimonio, l'ufficiale dello stato civile ha un ruolo più rilevante. La legge non specifica il contenuto della dichiarazione richiesta alle parti né si sofferma sulle attività che deve svolgere l'ufficiale dello stato civile. Tuttavia, il DPCM 144/2016 stabilisce che, oltre alle generalità e alla mancanza di cause impeditive, l'ufficiale dello stato civile deve verificare l'esattezza delle dichiarazioni e può acquisire documenti necessari per provare l'inesistenza delle cause impeditive. Ciò suggerisce che i compiti dell'ufficiale dello stato civile si limitano alla formazione di un atto pubblico secondo le regole previste dalla legge notarile.

Alcuni interpreti ritengono possibile superare la mancata menzione delle norme relative alla celebrazione del matrimonio attraverso l'applicazione analogica, che non è esclusa.

Il Co 3 stabilisce che l'ufficiale di stato civile registra gli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile. Secondo il Co 9, l'unione civile è certificata da un documento contenente i dati anagrafici, l'indicazione del regime patrimoniale e della residenza delle parti, nonché i dati anagrafici e la residenza dei testimoni.

Per quanto riguarda le cause impeditive all'unione civile tra persone dello stesso sesso, il Co 4 prevede un elenco simile a quello del matrimonio. Le cause includono un vincolo matrimoniale o un'unione civile tra persone dello stesso sesso, l'interdizione per infermità mentale, i rapporti di parentela e affinità proibiti e la condanna per omicidio nei confronti di un coniuge o di un partner civile. La legge stabilisce che se ci sono rinvii a giudizio o condanne in corso, la costituzione dell'unione civile è sospesa fino a una sentenza di proscioglimento.

Il Co 5 stabilisce che l'inosservanza degli impedimenti comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Si applicano varie disposizioni del Codice Civile, che riguardano la morte presunta, l'impugnazione del matrimonio da parte di interdetti o incapaci naturali, il matrimonio simulato e l'azione di nullità.

Secondo il Co 6, l'unione civile costituita in violazione di una causa impeditiva o dell'art. 68 del Codice Civile può essere impugnata da una delle parti, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da chiunque abbia un legittimo e attuale interesse. Tuttavia, l'unione civile costituita da una parte durante l'assenza dell'altra non può essere impugnata durante tale assenza.

Infine, il Co 7 stabilisce che l'unione civile può essere impugnata se il consenso di una delle parti è stato ottenuto mediante violenza o grave timore causato da cause esterne. Può anche essere impugnata se il consenso è stato dato in seguito a un errore sostanziale sull'identità o sulle qualità personali dell'altra parte.

Può essere altresì impugnata dalla parte il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte

La rilevanza dell'errore sulle qualità personali sussiste quando, tenendo conto delle condizioni dell'altra parte, si può dimostrare che questa non avrebbe dato il suo consenso se avesse conosciuto esattamente le qualità stesse, qualora l'errore riguardi:

a) la presenza di una malattia fisica o mentale che impedisca di svolgere una vita comune;

b) le circostanze descritte nell'articolo 122, punto 3, lettere:

- una condanna per un reato non colposo che comporti una pena detentiva di almeno cinque anni, a meno che non sia intervenuta riabilitazione prima del matrimonio;
- una dichiarazione di abitudine o professione criminosa;
- il fatto che l'altro coniuge sia stato condannato per reati legati alla prostituzione e la pena sia di almeno due anni.

## **Diritti e doveri**

La legge 76/2016, apportando modifiche marginali alla normativa codicistica del matrimonio (articoli 143 e 144 del codice civile), stabilisce all'articolo 11 che con l'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, i partner acquisiscono pari diritti e responsabilità. Dall'unione civile nasce l'impegno a vicenda di sostegno morale e materiale e alla convivenza. Entrambi i membri devono contribuire, in base alle proprie possibilità economiche e alla propria capacità lavorativa, sia in ambito professionale che domestico, ai bisogni comuni.



L'assenza di un esplicito richiamo al dovere di fedeltà non incide in modo significativo sulla pratica, poiché:

- la sua omessa menzione non pare escludere che tale dovere permei la legislazione come aspetto dell'obbligo di assistenza e cooperazione, secondo l'interpretazione comune della giurisprudenza;
- la trasgressione di tale dovere è soprattutto valutata ai fini dell'attribuzione della responsabilità per la rottura, procedura che non trova applicazione nel contesto delle unioni civili. Nonostante ciò, è plausibile che un membro dell'unione civile, responsabile di comportamenti che violino il dovere di fedeltà e che ledano l'onore o la dignità dell'altro, possa essere soggetto a richieste di risarcimento danni ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, anche senza un esplicito riferimento a tale obbligo.

Il comma 12 prevede che le parti si accordino sull'orientamento della vita comune e stabiliscano la residenza congiunta, con il diritto di ciascuno di attuare le decisioni prese di comune accordo.

Il comma 10 permette che, tramite dichiarazione all'ufficiale di stato civile, i partner possano decidere di adottare un cognome comune per tutta la durata dell'unione civile, scegliendolo tra i loro cognomi. È possibile aggiungere o postporre il proprio cognome a quello comune mediante dichiarazione ufficiale.

Il regime del cognome familiare in Italia potrebbe essere riveduto per riflettere la flessibilità consentita alle unioni civili, dove è possibile scegliere un cognome familiare e poi aggiungere o postporre l'altro cognome.

Nel comma 14, la legge estende l'applicabilità degli ordini di protezione anche alle unioni civili, autorizzando il giudice, su richiesta di una parte, a emettere uno o più provvedimenti previsti dall'articolo 342 ter in caso di gravi danni all'integrità fisica, morale o alla libertà dell'altra parte.

Secondo il comma 15, nella selezione dell'amministratore di sostegno, il giudice tutelare dà la preferenza, se possibile, al membro dell'unione civile. Quest'ultimo può anche promuovere o richiedere la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione, ma non è esteso a lui il diritto di avviare la procedura per la nomina dell'amministratore di sostegno, che può essere esercitato sfruttando l'articolo 417 del codice civile.

### **Effetti di carattere economico derivanti dall'unione**

In termini economici, il comma 13 stabilisce che, in assenza di accordi patrimoniali specifici, il regime patrimoniale dell'unione civile è la comunione dei beni, applicandosi le norme del codice civile riguardanti la forma, la modifica, la simulazione e la capacità per stipulare convenzioni patrimoniali. È vietato derogare ai diritti e doveri stabiliti dalla legge a causa dell'unione civile.

Anche se la legge non fa riferimento all'articolo 165, che concerne la capacità dei minori autorizzati a sposarsi riguardo alle convenzioni matrimoniali, ciò conferma che la costituzione dell'unione civile è riservata ai maggiorenni. Il comma 13 implica inoltre l'applicazione delle disposizioni del codice civile relative al fondo patrimoniale, alla comunione legale, alla comunione convenzionale, al regime di separazione dei beni e all'impresa familiare.

Dall'unione civile scaturisce l'obbligo alimentare, regolato dal comma 19 e operante secondo la clausola del comma 20. Inoltre, alcune norme relative alla trascrizione sono applicabili.

Il comma 17 prevede che in caso di morte del lavoratore, le indennità previste dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile siano erogate anche al membro dell'unione civile.

Ulteriori effetti dell'unione sono descritti dal comma 18, che sancisce la sospensione della prescrizione tra le parti, e dal comma 16, secondo cui la violenza costituisce motivo di annullamento del contratto anche quando riguarda la persona o i beni dell'altro membro dell'unione civile o dei suoi discendenti o ascendenti.

Per quanto riguarda lo **scioglimento dell'unione civile**, è previsto:

- In caso di morte o dichiarazione di morte presunta di un membro (comma 22);
- In seguito a una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, dove, se entrambi i partner desiderano mantenere l'unione, questa si trasforma automaticamente in unione civile, a meno che, una volta ottenuta la diversità di sesso, le parti decidano di sposarsi;
- Nei casi previsti dall'articolo 3, punto 1, della legge 898 del 1970, se dopo il matrimonio uno dei coniugi è condannato per determinati reati, e punto 2, lettere a, c, d ed e (comma 23);
- Se le parti esprimono, anche separatamente, la volontà di scioglimento davanti all'ufficiale dello stato civile, potendo presentare la domanda di scioglimento dopo tre mesi dalla manifestazione di tale volontà (comma 24).

Il comma 25 stabilisce che la domanda di scioglimento può essere avanzata in tre modi: giudizialmente, tramite negoziazione assistita o con un accordo presentato all'ufficiale dello stato civile, equiparando questa procedura al divorzio matrimoniale in termini di conseguenze economiche, ma lasciando aperte questioni sull'applicabilità delle norme relative alla separazione personale.

## **Convivenze**

La questione di fornire un quadro normativo, anche basilare, alle convivenze, sia eterosessuali sia omosessuali, è stata a lungo dibattuta in Italia, soprattutto per rispondere a necessità pratiche. Il maggiore impulso è provenuto da coppie eterosessuali non intenzionate o impossibilitate a sposarsi. Al contrario, la comunità omosessuale non ha particolarmente premuto per una regolamentazione delle convivenze more uxorio.

La normativa italiana si è orientata seguendo l'esempio dei PACS francesi. In Germania, però, il legislatore ha evitato di introdurre un'impostazione simile, preferendo lasciare spazio a accordi contrattuali privati tra conviventi, come i patti successori, con l'unica pressione riscontrata in ambito fiscale.

La seconda sezione della legge 76/2016 stabilisce le cosiddette convivenze di fatto, istituendo un insieme di diritti e privilegi per i conviventi (ad esempio, i diritti successori, le pensioni di reversibilità e il diritto al mantenimento, limitato agli alimenti) e lasciando all'autonomia privata la definizione degli aspetti patrimoniali connessi alla vita in comune.

All'articolo 36, la legge identifica i conviventi di fatto come due adulti in una relazione stabile fondata su affetto, sostegno morale e materiale reciproci, senza legami di parentela, affinità o adozione, e non vincolati da matrimonio o unione civile.

Sebbene per la convivenza di fatto non vi sia un riferimento diretto all'articolo 2 della Costituzione, ciò non esclude la convivenza dal contesto delle formazioni sociali, considerando anche l'interpretazione giurisprudenziale che conferisce importanza alla famiglia di fatto, sostenuta dal principio di libertà associativa dell'articolo 2 della Costituzione e dalle norme sovranazionali, in particolare l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Dalla definizione si evince che tali nuclei possono essere formati da individui di sesso differente o dello stesso sesso, basandosi su una relazione monogamica e escludendo quindi le configurazioni poligame.

Come per le unioni civili, si deduce che la normativa non si applica a minori o persone non libere nello stato civile, dato che matrimonio e unione civile rappresentano ostacoli alla formazione di una convivenza, e la presenza di legami di parentela, affinità o adozione tra i conviventi è esclusa, anche se non vi sono restrizioni esplicite in tal senso.

Oltre alla maggiore età e alla libertà di stato civile, è necessario un rapporto affettivo che comporti reciproco sostegno morale e materiale e la stabilità della relazione.

Il concetto di affectio serve a distinguere altre tipologie di convivenza che non mirano a creare un legame di coppia, e la semplice coabitazione, anche tra individui uniti da affetto.

Per quanto riguarda la stabilità, l'articolo 37 stabilisce che tale condizione è verificata attraverso la dichiarazione anagrafica stabilita dal DPR 223/1989. Vi è un dibattito sull'effetto di tale iscrizione anagrafica: alcuni sostengono che abbia valore costitutivo, mentre altri ritengono che abbia meramente valore probatorio.

### **Diritti derivanti dalla convivenza di fatto**

La legge n. 76 del 2016 conferisce alle convivenze more uxorio diritti paragonabili a quelli del coniuge in determinate situazioni, come nel contesto dell'ordinamento penitenziario e nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, riconoscendo ai conviventi un titolo o un motivo di preferenza equiparabile a quello dei nuclei familiari.

Riguardo alla salute del partner e alle questioni di fine vita, la legge prevede:

- Il diritto reciproco dei conviventi di fatto a visite, assistenza e accesso alle informazioni personali del partner in caso di malattia o ricovero, conformemente alle regole organizzative delle strutture di cura (articolo 39);
- La possibilità per ciascun convivente di nominare l'altro come proprio rappresentante con pieni o limitati poteri decisionali in materia di salute in caso di incapacità, nonché per decisioni riguardanti la donazione di organi, il trattamento post-mortem e le cerimonie funebri (articolo 40). Tale designazione deve essere fatta per iscritto e di proprio pugno o, se impossibilitato, in presenza di un testimone (articolo 41).

La legge 76/2016 introduce inoltre la figura del "fiduciario per la salute", normalmente previsto nei cosiddetti "testamenti biologici", per assicurare il rispetto delle volontà del disponente, un ruolo che, per colmare lacune normative, alcuni giudici hanno attribuito all'amministratore di sostegno.

La giurisprudenza prevalente, però, non considera ammissibile la nomina anticipata di un amministratore di sostegno per individui sani e capaci, richiedendo l'effettiva incapacità di cura dei propri interessi come requisito.

La Suprema Corte attribuisce grande importanza alle prerogative del rappresentante legale in ambito sanitario. Con una nota decisione, ha determinato che il rappresentante legale può chiedere l'autorizzazione a interrompere trattamenti salvavita dell'assistito in stato vegetativo permanente, purché dimostri che la richiesta rispecchi effettivamente la volontà del paziente.

L'articolo 48 stabilisce che il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, se l'altra parte è interdetta o inabilitata, o in casi previsti dall'articolo 404 del codice civile.

L'articolo 47 modifica l'articolo 712 del codice di procedura civile includendo i conviventi di fatto tra le figure da indicare nei ricorsi per interdizione o inabilitazione.

La legge pone attenzione alla casa di residenza della convivenza, stabilendo all'articolo 42 che, in assenza di figli minori o disabili, il convivente superstite ha diritto a permanere nell'abitazione comune per due anni dopo la morte del proprietario, o per un periodo pari alla durata della convivenza se superiore, fino a un massimo di cinque anni. Queste disposizioni si applicano anche in caso di contitolarità dell'abitazione.

L'articolo 43 specifica che il diritto di abitazione decade se il convivente superstite si risposa, forma una nuova unione civile o inizia una nuova convivenza di fatto.

In caso di morte del locatore o di recesso dal contratto di locazione, l'articolo 44 concede al convivente di fatto la possibilità di subentrare nel contratto.

Secondo l'articolo 61, la dichiarazione di recesso dall'affitto di una casa familiare deve prevedere un termine di preavviso non inferiore a 90 giorni.

La giurisprudenza fornisce una tutela specifica al convivente in relazione alla casa familiare, riconoscendo un diritto basato sull'interesse familiare che legittima il convivente non proprietario a rivendicare la tutela possessoria in caso di allontanamento forzato o clandestino dall'abitazione.

L'articolo 46 inserisce nell'articolo 230-ter del codice civile che il convivente di fatto che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro convivente ha diritto a una partecipazione agli utili e agli incrementi aziendali, a meno che non esista già un rapporto di lavoro subordinato o di società.

L'articolo 230-ter modifica l'approccio giurisprudenziale alle prestazioni lavorative svolte dal convivente dell'imprenditore, precedentemente considerate gratuite in base al legame affettivo.

L'articolo 49 afferma che, in caso di morte del convivente di fatto a causa di un atto illecito di terzi, i criteri per il risarcimento del danno alla parte superstite sono gli stessi applicati al coniuge superstite. Questo principio, già riconosciuto dalla giurisprudenza, estende il diritto al risarcimento del danno per la perdita di una persona cara non solo ai membri di una famiglia legale, ma anche a quelli di una famiglia di fatto, a condizione di dimostrare un legame affettivo stabile e duraturo.

paragonabile a quello coniugale. Per il danno patrimoniale, il convivente viene esonerato dalla necessità di dimostrare che la vittima fosse la sua effettiva fonte di sostentamento.

## Contratto di convivenza

Si sottolinea l'importanza del co 50, che permette ai conviventi di stabilire i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita insieme attraverso la firma di un contratto di convivenza.

Il co 53 stabilisce che il contratto deve indicare l'indirizzo di comunicazione di ciascuna parte e può contenere informazioni sulla residenza, la contribuzione alle spese comuni in base alle risorse di ciascun convivente e il regime patrimoniale della comunione dei beni.

È possibile modificare il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza durante la convivenza, come stabilito nel co 54.

È importante notare che il co 56 impedisce l'inserimento di termini o condizioni nel contratto di convivenza, e qualora vengano inseriti, non avranno valore legale.

Per quanto riguarda i requisiti formali del contratto, il co 51 stabilisce che deve essere redatto per iscritto e sottoscritto in forma autenticata da un notaio o un avvocato, pena la nullità. Tuttavia, la mancanza di riferimento alle norme di buon costume e la questione della responsabilità professionale degli avvocati hanno sollevato dubbi su questa disposizione.

Il co 52 stabilisce che per renderlo opponibile ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o ha autenticato la sottoscrizione deve inviare una copia al comune di residenza dei conviventi entro 10 giorni.

Per quanto riguarda l'invalidità del contratto, il co 57 elenca i casi in cui il contratto di convivenza è considerato nullo, come la presenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile, la violazione delle disposizioni sulle convivenze di fatto, l'età minore o la condanna per omicidio sul coniuge dell'altra parte

Il co 58 stabilisce che gli effetti del contratto di convivenza sono sospesi durante il procedimento di interdizione giudiziale o in caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare per omicidio sul coniuge dell'altra parte, fino a quando non viene emessa una sentenza di proscioglimento.

Infine, il co 59 prevede che il contratto di convivenza può essere risolto:

- per accordo delle parti
- per recesso unilaterale. In caso di recesso, il professionista che ha ricevuto l'atto deve notificare una copia all'altra parte. Se la casa familiare è di esclusiva proprietà del convivente che recede, la dichiarazione di recesso deve includere un termine di almeno 90 giorni per lasciare l'abitazione. La risoluzione del contratto deve essere redatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata da un notaio o un avvocato.
- Il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona implica l'obbligo per il contraente che ha contratto tale matrimonio o unione civile di fornire l'estratto di matrimonio o di unione civile all'altro contraente e al notaio che ha autenticato il contratto di convivenza.

- morte di uno dei contraenti, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono fornire all'atto di morte al notaio che ha autenticato il contratto di convivenza. In seguito, il notaio dovrà annotare la risoluzione del contratto di convivenza sul documento e inviarlo all'ufficio anagrafe del comune di residenza.

Nel caso in cui il regolamento del contratto di convivenza preveda il regime patrimoniale della comunione dei beni, la risoluzione del contratto comporta la fine della comunione stessa e l'applicazione delle norme relative alla comunione legale, in particolare per quanto riguarda lo scioglimento della comunione.

In ogni caso, il notaio mantiene la competenza per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari derivanti dal contratto di convivenza.

Infine, il co 64 stabilisce l'inclusione di una nuova norma di diritto internazionale privato nella legge 218/1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato). In base a tale norma, ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Nel caso di contraenti di diverse nazionalità, si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. Restano valide le norme nazionali, europee e internazionali che regolano i casi di cittadinanza plurima.

In assenza di un contratto di convivenza, i rapporti patrimoniali tra i membri della coppia saranno regolati dalle norme del diritto vivente. Si applica il principio secondo cui le attribuzioni patrimoniali a favore del convivente durante il rapporto sono considerate l'adempimento di un'obbligazione naturale ai sensi dell'articolo 2034. Tuttavia, è necessario rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza e le eventuali rinunce operate dal convivente, anche se suggerite o richieste dall'altro convivente, non devono causare una situazione di precarietà economica. Queste attribuzioni patrimoniali non hanno valore indennitario, ma esprimono la solidarietà tra due persone unite da un legame stabile e duraturo.

### **Scioglimento della convivenza**

La legge non stabilisce prescrizioni specifiche per regolare la fine della convivenza, ad eccezione dell'articolo 65 che prevede che in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente bisognoso a ricevere alimenti dall'altro convivente se non è in grado di provvedere al proprio mantenimento. Gli alimenti sono stabiliti in proporzione alla durata della convivenza e secondo l'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Per quanto riguarda l'ordine degli obbligati al pagamento degli alimenti, l'obbligo del convivente verso l'altro convivente ha priorità rispetto ai fratelli e alle sorelle.

Pertanto, si ritiene che, nella misura in cui sia compatibile, debbano applicarsi le disposizioni degli articoli 433 e seguenti.

### **Regime patrimoniale della famiglia**

Nel codice civile del 1865, vi era una netta distinzione tra il diritto patrimoniale della famiglia e il diritto personale dei singoli membri. Questa distinzione è stata superata e attualmente l'intera

materia è regolata nel Libro V del codice civile, dedicato alle persone e alla famiglia. In passato, il regime patrimoniale era incluso nel terzo libro del codice civile intitolato "dei modi di acquisto e trasmissione di proprietà e diritti sulle cose". L'obiettivo era regolare la circolazione dei beni e comprendeva la disciplina del contratto di matrimonio. Attualmente, la definizione di matrimonio come contratto è stata esclusa.

Un elemento interessante del codice del 1865 era la presenza dell'istituto della dote, con numerosi articoli dedicati ad essa. Tuttavia, con la riforma del 1975, tutte le disposizioni in merito alla dote sono state abrogate, in quanto in contrasto con i principi costituzionali, in particolare l'uguaglianza tra i coniugi. Attualmente, la convenzione di dote è considerata nulla secondo l'articolo 176 bis.

Nel corso degli anni, il regime patrimoniale di comunione dei beni è stato sempre più sostituito dalla separazione dei beni. Tuttavia, accanto a questi regimi, è possibile adottare altri regimi patrimoniali come la comunione convenzionale e l'impresa familiare, che vengono applicati automaticamente per tutelare i membri di un'impresa familiare.

### **Regime patrimoniale**

Tradizionalmente, si distinguono due regimi patrimoniali nella famiglia:

A) Regime primario-contributivo: riguarda il contributo al ménage familiare e comprende norme inderogabili che stabiliscono il dovere di contribuire alla conduzione della famiglia, sia per quanto riguarda i doveri reciproci tra i coniugi, sia per quanto riguarda i doveri dei genitori nei confronti dei figli.

B) Regime secondario-distributivo: è costituito dalle regole che determinano la spettanza dei beni dei coniugi, la loro amministrazione e le questioni connesse alla responsabilità patrimoniale. In questo ambito, i coniugi hanno un ampio margine di autonomia e possono optare per diverse soluzioni:

1. Se non esprimono la volontà di stabilire un regime convenzionale, i loro rapporti patrimoniali saranno regolati dal regime legale della comunione dei beni;
2. Possono scegliere la comunione convenzionale, modificando il regime di comunione per ampliarne o restringerne la portata, ma senza derogare alle norme sull'amministrazione dei beni comuni e l'uguaglianza delle quote;
3. L'opzione maggiormente praticata è quella del regime convenzionale della separazione

La scelta più comune tra le coppie è il regime di separazione dei beni. Questo può essere arricchito dalla creazione di un fondo patrimoniale, che consente di dedicare specifici beni ai bisogni familiari, limitando così la libertà di disposizione dei coniugi su tali beni e proteggendoli dalle richieste di certi creditori. È anche possibile istituire regimi patrimoniali non standard combinando elementi dei vari regimi tipici. I coniugi possono organizzare i loro rapporti patrimoniali anche utilizzando principi di altri sistemi legali, a condizione che ne descrivano chiaramente il contenuto.

La definizione del regime patrimoniale non richiede sempre una forma solenne; ad esempio, il regime di comunione dei beni si applica automaticamente al matrimonio, mentre la scelta della separazione dei beni può essere dichiarata in modo semplificato durante la cerimonia nuziale.

## **Convenzioni Matrimoniali**

Dall'articolo 159 del codice civile emerge che le convenzioni matrimoniali sono gli accordi con cui i coniugi determinano il regime patrimoniale del loro nucleo familiare, potendo deviare, anche parzialmente, dal regime legale di comunione dei beni. Secondo il codice del 1865, i rapporti patrimoniali coniugali erano disciplinati dalle convenzioni e dalla legge, ma queste potevano essere stipulate esclusivamente prima del matrimonio e non erano ammesse modifiche successivamente.

La riforma del 1975 eliminò la necessità di stipulare le convenzioni prima del matrimonio e riconobbe la possibilità di modificarle in qualsiasi momento durante il matrimonio senza la necessità di autorizzazione giudiziale. Le convenzioni matrimoniali possono definire i rapporti patrimoniali tra coniugi o stabilire la proprietà specifica di determinati beni. Nonostante la natura contrattuale delle convenzioni, è dibattuto se queste possano includere solamente la scelta tra i regimi patrimoniali alternativi alla comunione legale o se sia ammesso anche definire convenzioni non tipiche.

La visione più diffusa considera le convenzioni tipiche, presupponendo che il legislatore non abbia voluto concedere una piena autonomia contrattuale ai coniugi. Al contrario, altri accettano la possibilità di convenzioni atipiche, basandosi sul principio di autonomia contrattuale anche in ambito matrimoniale.

Le convenzioni matrimoniali non possono genericamente affermare che i rapporti patrimoniali siano regolati da leggi o usanze non applicabili direttamente, ma devono specificare in modo preciso il contenuto degli accordi che intendono stabilire.

### **Forma e Capacità**

Le convenzioni matrimoniali devono essere redatte sotto forma di atto pubblico, a meno che la scelta della separazione dei beni non avvenga contemporaneamente alla celebrazione del matrimonio, dove può essere espressa direttamente all'ufficiale di stato civile. La formalità solenne mira a promuovere la consapevolezza e la responsabilità dei coniugi nel prendere decisioni che regoleranno i loro rapporti patrimoniali futuri. Inoltre, l'atto pubblico assicura la certezza dell'accordo, facilitandone la dimostrazione e la conoscibilità da parte di terzi.

I coniugi sono le parti necessarie degli accordi, ma un terzo può istituire un fondo patrimoniale. In termini di capacità di agire, sono in vigore norme specifiche: i minori che possono sposarsi possono anche acconsentire alle convenzioni se assistiti dai genitori o da un tutore o curatore speciale, mentre gli inabilitati richiedono l'assistenza del curatore. Le convenzioni possono includere anche donazioni e, nel caso di interdetti, spetta al tutore stipulare le convenzioni. Qualsiasi convenzione stipulata in violazione delle norme sulla capacità di agire può essere annullata su richiesta dell'incapace o del suo rappresentante legale.

### **Pubblicità e simulazione**

Le convenzioni matrimoniali non sono opponibili ai terzi se non sono annotate a margine dell'atto di matrimonio. L'annotazione deve includere la data del contratto, il notaio rogante e le generalità dei contraenti o la scelta del regime di separazione dei beni.



L'annotazione delle convenzioni e delle relative modifiche deve essere richiesta dal notaio rogante entro 30 giorni dal matrimonio o dalla stipulazione della convenzione. La formalità dell'annotazione secondo la giurisprudenza non ammette deroghe o equivalenti, pertanto la convenzione non annotata non può essere opposta ai terzi che ne abbiano comunque conoscenza. Inoltre, se riguardano beni immobili, è prevista la trascrizione della costituzione del fondo patrimoniale, delle convenzioni che escludono tali beni dalla comunione tra i coniugi, degli atti e dei provvedimenti di scioglimento della comunione e degli atti di acquisto di beni personali a carico dei coniugi titolari del fondo patrimoniale e del coniuge titolare del bene escluso o che cessa di far parte della comunione.

Ci sono opinioni divergenti tra dottrina e giurisprudenza riguardo alla funzione della trascrizione. Secondo la dottrina, è un requisito integrativo per l'opponibilità ai terzi della convenzione che riguarda beni immobili. La giurisprudenza prevalente, invece, considera la trascrizione come semplice pubblicità informativa.

Le modifiche delle convenzioni matrimoniali non hanno effetto se non sono stipulate col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni stesse o dei loro eredi. Se uno dei coniugi muore dopo aver dato il consenso alla modifica delle convenzioni, essa produce i suoi effetti solo se le altre parti esprimono successivamente anche il loro consenso. Tuttavia, è necessaria l'omologazione del giudice, che può essere richiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modifica delle convenzioni o dai loro eredi.

Le modifiche convenute e la sentenza di homologazione hanno effetto rispetto ai terzi solo se sono state annotate a margine dell'atto di matrimonio. Se riguardano beni immobili, devono essere annotate anche a margine della trascrizione della convenzione matrimoniale.

Le convenzioni possono essere oggetto di simulazione assoluta o relativa. Le controdedichiarazioni scritte sono efficaci solo se fatte con la presenza e il consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni matrimoniali. La simulazione può essere provata solo con tali controdedichiarazioni scritte, mentre i terzi possono provare la simulazione con qualsiasi mezzo di prova.

### **Fondo patrimoniale**

Il fondo patrimoniale è un istituto disciplinato dagli articoli 167-171 del codice civile, che permette ai coniugi di destinare determinati beni per i bisogni della famiglia. Non si tratta di un regime patrimoniale generale, ma si affianca alla comunione o alla separazione dei beni. Deriva dall'istituto abrogato del "patrimonio familiare", ma si differenzia per le modalità di costituzione e amministrazione.

Nella pratica, il fondo patrimoniale è stato ampiamente utilizzato per preservare il patrimonio dei coniugi da eventuali creditori. Può essere costituito tramite atto inter vivos, compiuto da uno o entrambi i coniugi, o tramite testamento. Per garantire la tutela dei terzi interessati al fondo, possono essere inclusi solo beni immobili, beni mobili registrati o titoli di credito nominativi. La pubblicità del legame di destinazione impresso dalla costituzione del fondo viene garantita tramite l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

La proprietà dei beni inclusi nel fondo spetta ad entrambi i coniugi, a meno che non sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione. Tuttavia, alcune disposizioni normative fanno

dubitare di questa affermazione e portano a ritenere che, anche in regime di separazione dei beni, il fondo patrimoniale introduca una forma di comunione legale.

L'atto di costituzione può prevedere diverse modalità di attribuzione della proprietà, come la permanenza della proprietà nel coniuge costituente, l'attribuzione al coniuge oppure la proprietà che rimane nel 3° costituente.

Dopo l'estinzione del fondo patrimoniale, la titolarità dei beni e la loro destinazione si consolidano in una situazione di proprietà esclusiva o comunione ordinaria tra i coniugi.

La destinazione dei beni del fondo alla soddisfazione delle necessità della famiglia può avvenire in due modi.

Il primo è un impiego **diretto**, ossia utilizzando direttamente i frutti dei beni. Tuttavia, se i frutti non vengono effettivamente impiegati per i bisogni della famiglia, si applicano le norme dell'articolo 183 del codice civile. Questo consente di escludere il coniuge che non ha utilizzato correttamente i frutti per l'amministrazione del fondo, e di attribuire al giudice il potere di emettere norme per proteggere gli interessi dei minori (articolo 171, comma 2).

Il secondo modo è un impiego **indiretto**, ossia attraverso i limiti legali all'alienabilità e all'espropriabilità dei beni e dei frutti del fondo. L'articolo 169 del codice civile stabilisce che, se non è espressamente consentito nell'atto di costituzione, i beni del fondo non possono essere alienati, ipotecati o vincolati senza il consenso di entrambi i coniugi e l'autorizzazione del giudice, in presenza di figli minori, solo in casi di necessità o utilità evidente.

Una questione controversa riguarda la definizione dell'ambito applicativo della deroga convenzionale che può essere prevista nell'atto di costituzione del fondo. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, l'atto può prevedere la possibilità che l'alienazione dei beni sia compiuta solo dal coniuge proprietario dei beni o escludere la necessità di autorizzazione giudiziale, anche in presenza di figli minori.

Un'altra questione riguarda l'obbligo di reimpiego dei denari o dei beni derivanti dall'alienazione del fondo patrimoniale. Alcuni sostengono che il vincolo si trasferisce automaticamente sull'importo ricavato dalla vendita dei beni o sul bene designato dal giudice per l'investimento della somma. Tuttavia, la legge e l'interpretazione a contrario inducono a preferire la tesi che esclude l'obbligo di reimpiego e la surrogazione legale dell'oggetto del fondo patrimoniale.

Infine, un altro problema riguarda la qualificazione dell'atto di alienazione compiuto in violazione dell'art. 169 o di altre previsioni dell'atto di costituzione del fondo. Secondo una tesi, l'atto sarebbe annullabile secondo l'articolo 184 del codice civile, ma secondo un'interpretazione preferibile, l'atto dovrebbe considerarsi nullo o almeno inefficace.

### **Espropriabilità dei beni del fondo**

I beni del fondo patrimoniale sono soggetti a un limite legale di espropriabilità. Secondo l'articolo 170 del codice civile, i beni e i loro frutti non possono essere oggetto di esecuzione forzata da parte di un creditore che sia consapevole che il debito è stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia. Questo divieto si applica anche ai crediti sorti prima della costituzione del fondo. La prova della consapevolezza del creditore deve essere fornita dai coniugi.

La Corte Suprema ha stabilito che i crediti possono essere eseguiti sui beni del fondo solo se vi è una relazione diretta e immediata tra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti e i bisogni della famiglia. Quindi, i beni del fondo possono essere liberamente espropriati solo per debiti contratti per i bisogni della famiglia, che includono anche esigenze volte al mantenimento, allo sviluppo armonico della famiglia e al potenziamento della sua capacità lavorativa.

Tuttavia, i beni del fondo patrimoniale possono essere dichiarati inefficaci nei confronti di un creditore munito di titolo esecutivo, se il debito è estraneo ai bisogni della famiglia. In tal caso, il creditore può agire con un'azione derogatoria per far dichiarare inefficace l'atto costitutivo del fondo. I coniugi possono dimostrare che il creditore era consapevole dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia.

La costituzione del fondo patrimoniale può anche integrare il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte se mette in pericolo la garanzia patrimoniale nei confronti dell'erario.

### **Estinzione del fondo patrimoniale**

La destinazione del fondo termina con l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. In tal caso, si applicano le norme sullo scioglimento della comunione legale.

Regole per il fondo patrimoniale in presenza di figli minori:

- Il fondo si estingue solo quando tutti i figli minori raggiungono la maggiore età;
- Il giudice può stabilire regole per l'amministrazione del fondo su richiesta di chi vi ha interesse;
- Il giudice può assegnare ai figli una quota dei beni del fondo in godimento o proprietà, considerando le condizioni economiche dei genitori e dei figli.

Discussione sull'ammissibilità dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale con o senza autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori. Parte della giurisprudenza a favore dello scioglimento senza autorizzazione e nonostante la presenza di figli minori. Cassazione nega lo scioglimento convenzionale in presenza di figli, anche nascituri.

In caso di **fallimento**, il fondo patrimoniale è considerato un atto a titolo gratuito e non entra nella massa fallimentare. I doveri di solidarietà familiare non richiedono la costituzione del fondo patrimoniale. L'atto può essere considerato inefficace secondo l'articolo 64 della legge fallimentare, a meno che non si dimostri l'esistenza di una situazione che integri un dovere morale e il desiderio di adempiere solo a quel dovere tramite l'atto.

Se la dichiarazione di inefficacia o la revoca dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale supera i limiti di tempo, l'articolo 46 della legge fallimentare stabilisce che i beni costituenti il fondo patrimoniale non rientrano nel fallimento, tranne quanto stabilito dall'articolo 170 del codice civile

### **Vincolo di destinazione**

Con l'introduzione del vincolo di destinazione, si pone il problema del suo utilizzo in ambito familiare e del rapporto con il fondo patrimoniale. Se i coniugi vogliono vincolare determinati beni per i bisogni della famiglia, devono ricorrere al fondo patrimoniale. Il vincolo di destinazione può essere utilizzato solo per finalità diverse dal soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

La Cassazione ha stabilito che l'atto costitutivo del fondo patrimoniale è generalmente considerato un atto gratuito per l'azione revocatoria dei creditori.

L'amministrazione del fondo patrimoniale è regolata dalle norme sull'amministrazione della comunione legale. La Cassazione ha emesso pronunce sulla straordinaria amministrazione compiuta dai genitori in presenza di figli minori.

### **Vendita di beni costituiti in fondo patrimoniale senza autorizzazione giudiziale**

Si trattava di genitori con due figli minori che avevano venduto un immobile appartenente al fondo patrimoniale senza l'autorizzazione del tribunale, nonostante non fosse stata derogata la normativa legale con un atto costitutivo del fondo patrimoniale. La Cassazione, nella sentenza 12497/2010, ha stabilito che i figli, diventati maggiorenni, non possono contestare in tribunale la vendita dei beni costituiti nel fondo patrimoniale effettuata dai loro genitori senza le autorizzazioni prescritte. Infatti, la legge tutela solo i minori che, fintanto che lo sono, hanno un interesse a controllare l'utilizzo dei beni e dei frutti del fondo. Le figlie hanno intentato l'azione legale dopo essere diventate maggiorenni.

### **Esecuzione sui beni e frutti del fondo patrimoniale**

L'articolo 170 del codice civile disciplina l'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale, stabilendo che non può essere effettuata per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. La Corte Suprema ha stabilito che bisogna identificare i crediti i cui soddisfacimento può essere realizzato attraverso l'esecuzione sui beni del fondo in base alla relazione tra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti e i bisogni della famiglia. Pertanto, l'esecuzione sui beni del fondo o sui frutti può avvenire solo se il rapporto obbligatorio ha un diretto e immediato legame con i bisogni della famiglia.

### **Comunione legale**

#### **Caratteristiche generali**

Le disposizioni sul regime patrimoniale tradizionalmente si applicano a un matrimonio, ma la recente legge 76/2016 che disciplina le unioni civili e le convivenze di fatto ha esteso la disciplina del regime patrimoniale anche a queste unioni. In particolare, il regime di comunione è stato adottato come regime legale anche per le unioni civili e può essere scelto dai conviventi mediante un'opzione espressa nel contratto di convivenza. Questo solleva la necessità di ripensare norme e orientamenti consolidati che erano concepiti solo con riferimento alla posizione dei coniugi.

Prima della riforma del 1975, il regime legale era quello di separazione, ma con l'entrata in vigore della Costituzione si è sollevato il dubbio sulla legittimità di questo regime, che sembrava non essere sufficiente per attuare il principio stabilito all'articolo 29 della Costituzione. La questione è stata ritenuta infondata dalla Corte Costituzionale, ma il legislatore ha comunque elevato la comunione a regime legale per attuare il principio di parità tra i coniugi stabilito all'articolo 29 della Costituzione.

Alcuni hanno sottolineato che la scelta del regime di comunione ha lo scopo di compensare il coniuge che si dedica maggiormente alle responsabilità familiari, mentre altri tendono a escludere questa posizione. Questa scelta permette al coniuge economicamente più debole di partecipare

agli acquisti fatti dall'altro coniuge, offrendo così una protezione aggiuntiva rispetto alle garanzie fornite dal regime contributivo primario.

Dopo oltre 35 anni dall'introduzione del regime legale della comunione, si è notato che da una parte i coniugi mostrano sempre più disinteresse per questo regime, preferendo il regime di separazione, che è diventata la scelta prevalente per le coppie. D'altra parte, nonostante l'uguaglianza formale tra uomini e donne, non esiste una piena parità sostanziale nella coppia. Il regime di separazione sembra non garantire una partecipazione significativa del coniuge economicamente debole alle ricchezze accumulate durante il matrimonio dall'altro. Pertanto, sarebbe opportuno introdurre correzioni funzionali per garantire una divisione equilibrata delle risorse accumulate durante il matrimonio.

### **Natura giuridica della comunione**

Ci sono diverse opinioni sulla natura giuridica della comunione, che si basano principalmente sull'idea di soggettività o contitolarità. Secondo una visione superata, la comunione è considerata un soggetto di diritto autonomo rispetto ai coniugi. Altri interpreti ritengono che la comunione crei una contitolarità dei beni coniugali. Affrontando questa prospettiva, sorge il problema di determinare la natura della contitolarità che si instaura sui beni in comunione e come differisce da quella che si verifica nella comunione ordinaria.

### **Oggetto della comunione**

I beni oggetto della comunione possono essere divisi in tre categorie:

1. I beni che sono immediatamente in comunione, appartenendo ad entrambi i coniugi in egual misura e soggetti alle regole relative all'amministrazione dei beni in comunione. Questi includono gli acquisti fatti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad eccezione di quelli relativi ai beni personali, le aziende gestite da entrambi i coniugi costituite dopo il matrimonio e gli utili e gli incrementi derivanti dalla gestione comune delle aziende, se queste sono state costituite prima del matrimonio.
  2. I beni che sono nella comunione residuale, che possono essere oggetto di disposizione e amministrazione individuale, diventando comuni solo se esistono al momento dello scioglimento della comunione. Questi includono i frutti dei beni propri di ciascun coniuge, percepiti ma non consumati al momento dello scioglimento della comunione, e i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente.
  3. I beni che mantengono una natura personale, come i beni di proprietà o su cui si ha un diritto reale di godimento prima del matrimonio, i beni acquisiti tramite donazione o successione in cui non sia specificato che siano attribuiti alla comunione, i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge e i loro accessori, i beni destinati all'esercizio della professione del coniuge tranne quelli utilizzati per gestire un'azienda che fa parte della comunione, i beni ottenuti come risarcimento del danno e le pensioni correlate alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa, e i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopra elencati o con il loro scambio, a condizione che ciò sia specificato nell'atto di acquisto.
- Capitolo 1: L'acquisto di beni dopo il matrimonio

Dopo il matrimonio, l'acquisto di beni immobili o di beni mobili elencati nell'articolo 2683 può essere escluso dalla comunione se entrambi i coniugi sono parte dell'atto di acquisto.

### **Comunione immediata**

La condivisione dei beni che fanno parte della comunione immediata avviene automaticamente, indipendentemente da chi abbia effettuato l'acquisto e da chi sia l'intestatario formale del bene. La proprietà individuale del bene viene esclusa solo se il regime patrimoniale è quello della separazione o se l'acquisto è avvenuto prima dell'instaurarsi del regime legale o se vi sono indicazioni che il bene è di natura personale.

### **Incertezze sull'individuazione dei beni nella comunione immediata**

Ci sono diverse incertezze riguardo ai beni che possono essere considerati nella comunione immediata. In particolare, ci sono discussioni su:

- se i diritti di credito possano far parte della comunione. Alcuni ritengono che solo i diritti reali possano farne parte, mentre altri ritengono che anche i diritti di credito siano inclusi.
- se la partecipazione societaria faccia parte dei beni comuni.
- se i diritti reali minori, come il diritto d'uso e di abitazione, possano far parte della comunione.
- se i beni acquistati a titolo originario debbano essere considerati nella comunione.

### **La costruzione di un immobile sul terreno di proprietà individuale**

La Corte di Cassazione ha stabilito che se entrambi i coniugi contribuiscono alla costruzione di un immobile su un terreno di proprietà individuale di uno dei due, il bene appartiene esclusivamente a quest'ultimo. Il coniuge non proprietario del terreno ha il diritto a una quota del valore dei materiali e della manodopera impiegati nella costruzione.

### **Acquisto per usucapione di un bene immobile**

La Corte di Cassazione ha stabilito che se uno dei coniugi acquista un bene immobile per usucapione, l'altro coniuge diviene automaticamente comproprietario del bene. Questo avviene al momento in cui scade il termine di possesso richiesto per l'usucapione, non al momento della sentenza che dichiara l'usucapione.

### **Gli acquisti a titolo originario nella comunione immediata**

Gli acquisti a titolo originario, come quelli per usucapione, rientrano nella comunione immediata, secondo l'orientamento prevalente della dottrina. Nella seconda parte del testo si affronta il tema della qualificazione dell'alienazione di un bene in comunione legale come atto di ordinaria o straordinaria amministrazione al fine di estinguere un debito che grava sulla comunione stessa.

La Cassazione ha stabilito che l'alienazione di un bene immobile in comunione legale, anche se finalizzata a saldare debiti della comunione, non può essere considerata un atto di ordinaria amministrazione, poiché ha conseguenze significative sulla composizione del patrimonio comune. Pertanto, è necessaria l'accordo di entrambi i coniugi per effettuare tale operazione. Se uno dei coniugi compie l'atto unilateralmente e l'altro non lo convalida, quest'ultimo può impugnare l'operazione.

- riguardo la sorte dei beni conseguiti tramite fattispecie a formazione progressiva. Ci si chiede se sia opportuno considerare gli adempimenti precedenti all'instaurarsi della comunione o attribuire rilievo al momento in cui avviene il passaggio della proprietà. Inoltre, si stabilisce che i beni acquisiti tramite opzione durante la comunione sono considerati beni comuni.

### **Comunione de residuo**

Essa si occupa dei beni destinati a diventare comuni al momento dello scioglimento della comunione stessa. Questi beni includono i frutti dei beni propri di ciascun coniuge non ancora consumati, i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge e i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio. Durante la comunione, questi beni appartengono esclusivamente al coniuge titolare, ma al momento dello scioglimento della comunione, l'altro coniuge ha il diritto di condividere la metà di tali beni non ancora consumati. Il modo in cui interpretare questo diritto è stato oggetto di dibattito, con alcune interpretazioni che lo considerano come una contitolarità e altre come un diritto di credito. La legge stabilisce che spetta al coniuge non titolare dimostrare la presenza dei beni de residuo.

Nel caso in cui i coniugi esercitino un'attività d'impresa durante la comunione, esistono disposizioni specifiche che regolano la spettanza dei beni. Se l'impresa è stata costituita prima della comunione, entrano in comunione solo gli utili e gli incrementi. Se l'impresa viene costituita durante la comunione, entrano in comunione sia i beni aziendali che gli incrementi. In entrambi i casi, è importante considerare se l'attività d'impresa viene svolta da entrambi i coniugi o solo da uno di loro al fine di stabilire se i beni rientrano nella comunione immediata o de residuo.

In sintesi, il coniuge non titolare dei beni de residuo ha l'aspettativa di condividere tali beni al momento dello scioglimento della comunione, ma deve dimostrare la loro presenza. La gestione comune di un'impresa costituita dopo il matrimonio porta alla comunione immediata dei beni aziendali, degli incrementi e degli utili, mentre la gestione comune di un'impresa costituita prima del matrimonio porta alla comunione immediata solo degli utili e degli incrementi, mentre i beni destinati all'impresa rimangono di proprietà esclusiva del coniuge titolare.

### **La gestione dell'impresa e la comunione dei beni nel matrimonio**

Nel caso in cui l'azienda venga costituita successivamente al matrimonio e sia gestita individualmente, i beni aziendali, gli utili e gli incrementi fanno parte della comunione dei beni residua. Se invece l'azienda viene costituita prima del matrimonio e viene gestita individualmente, solo gli utili e gli incrementi rientrano nella comunione dei beni residua, mentre i beni destinati all'azienda rimangono di proprietà del coniuge imprenditore.

### **La gestione congiunta dell'attività di impresa**

Se i coniugi gestiscono l'attività di impresa insieme, sorgono complicati problemi riguardanti la disciplina degli accordi interni e quelli che coinvolgono terze parti. Un orientamento ritiene che la gestione congiunta dell'impresa debba essere considerata alla stessa stregua di una comunione legale, applicando quindi le norme relative all'amministrazione della comunione. Un altro orientamento ritiene invece opportuno applicare le norme relative alle società di persone. Infine, ci sono pareri che suggeriscono di distinguere tra gli aspetti legati alla gestione dell'impresa e quelli legati alla proprietà dei beni, applicando le norme sulla comunione per quest'ultima e le norme sulle relazioni societarie per la prima.

## **La titolarità dei proventi bancari**

La Corte di Cassazione si è occupata della questione di cosa accade alla quota di proventi non consumati del conto corrente bancario congiunto dei coniugi, al momento del decesso del coniuge. La Corte ha concordato con l'idea secondo cui la comunione legale tra coniugi non mira a proteggere la proprietà individuale, ma a proteggere la famiglia attraverso forme speciali di tutela della posizione dei coniugi. Pertanto, anche i crediti, come quelli derivanti da conti bancari, fanno parte della comunione dei beni. Quindi, il saldo del conto corrente bancario intestato a uno solo dei coniugi, in cui confluiscono i proventi dell'attività separata, fa parte della comunione dei beni al momento del decesso dell'intestatario. Lo scioglimento della comunione attribuisce al coniuge superstite il diritto a una quota di proprietà sulla comunione stessa, incluso il saldo attivo del conto corrente.

## **L'amministrazione della comunione**

L'articolo 180 del Codice Civile stabilisce che gli atti di ordinaria amministrazione, cioè l'amministrazione dei beni della comunione e la rappresentanza legale per gli atti ad essa correlati, spettano a entrambi i coniugi separatamente. Gli atti di straordinaria amministrazione, come la stipula di contratti che concedono o acquisiscono diritti personali di godimento, e la rappresentanza legale per queste azioni, spettano invece a entrambi i coniugi congiuntamente. Se uno dei coniugi rifiuta il consenso per la stipula di un atto di straordinaria amministrazione, l'altro coniuge può chiedere l'autorizzazione al giudice se la stipula dell'atto è necessaria per l'interesse della famiglia o dell'azienda che fa parte della comunione.

## **Atti compiuti senza il consenso necessario**

L'articolo 184 del Codice Civile disciplina le conseguenze della violazione della regola secondo cui gli atti di straordinaria amministrazione devono essere compiuti congiuntamente dai coniugi.

## **Annulabilità degli atti compiuti senza consenso del coniuge**

L'annulabilità degli atti compiuti da un coniuge senza il consenso dell'altro è prevista nel caso in cui riguardino beni immobili o beni mobili registrati. Se l'atto non è stato trascritto e il coniuge non ne aveva conoscenza prima dello scioglimento della comunione, l'azione di annullamento non può essere proposta oltre un anno dallo scioglimento stesso. Nel caso in cui gli atti riguardino beni mobili non registrati, il coniuge che li ha compiuti senza consenso è obbligato a ricostituire la comunione nello stato precedente o al pagamento dell'equivalente secondo i valori correnti.

## **Ambito di applicazione dell'articolo 184 cc**

Per definire l'ambito di applicazione dell'articolo 184 cc, bisogna chiarire se gli "atti di amministrazione" comprendano solo gli atti di disposizione dei beni già comuni o anche quelli di acquisto di beni destinati a farne parte. La maggioranza sostiene che solo gli atti di disposizione di beni comuni siano soggetti alle norme sull'amministrazione dei beni della comunione, mentre gli atti di acquisto vengono considerati estranei. Questa interpretazione è stata confermata dalla giurisprudenza di legittimità. Inoltre, è necessario individuare gli atti che possono essere considerati di straordinaria amministrazione, ovvero quelli che apportano modifiche significative al patrimonio familiare.



## **Differenze tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione**

La dottrina offre diversi criteri per distinguere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. Una prima impostazione considera atti di straordinaria amministrazione quelli che presentano un rischio di pregiudicare il patrimonio o alterarne la struttura. La dottrina prevalente, invece, basa la distinzione sull'idoneità dell'atto a modificare la composizione o la consistenza del patrimonio o a influire sulle condizioni di vita della famiglia. Gli atti funzionali al mantenimento e al godimento dei beni rientrano nella categoria di ordinaria amministrazione, mentre quelli che incidono sul patrimonio familiare sono considerati di straordinaria amministrazione. Tuttavia, la definizione di confine tra questi due tipi di amministrazione è complessa e non del tutto precisa.

## **Disposizione della quota nella comunione**

Per quanto riguarda la disposizione della quota nella comunione, si ritiene che non sia possibile un potere di disposizione, poiché significherebbe far entrare nella comunione legale un estraneo al posto di uno dei coniugi. Questo vale anche per il trasferimento della quota da un coniuge all'altro. Tuttavia, è valida la disposizione testamentaria dei diritti sulla massa indivisa in vista della morte. Il trasferimento di una quota del bene in comunione da un coniuge all'altro è possibile nei casi di accordi traslativi conclusi in sede di separazione consensuale. La validità di tali atti dispositivi non è esclusa dal fatto che i beni facciano parte della comunione legale.

## **Alienazione dell'azienda nella comunione legale**

L'alienazione dell'azienda nella comunione legale, effettuata senza il consenso del coniuge, non è soggetta all'annullabilità secondo la Suprema Corte. La comunione legale è definita come una "comunione senza quote" nella quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Pertanto, ogni coniuge può disporre dell'intero bene comune con il consenso dell'altro, che rappresenta un negozio unilaterale autorizzativo per rimuovere un limite all'esercizio del potere dispositivo dell'altro coniuge. Questa interpretazione è stata confermata anche dalla Corte Costituzionale.

## **Responsabilità gravanti sui beni della comunione**

Il regime legale della comunione ha un impatto significativo sulla responsabilità patrimoniale, che prevede un sistema definito di responsabilità incrociata (artt 186-190). I debiti contratti per le necessità della famiglia ricadono principalmente sui beni della comunione. Se questi beni non sono sufficienti a coprire i crediti dei creditori, la responsabilità può estendersi anche ai beni personali di ciascun coniuge. Se uno dei coniugi contrae debiti per esigenze personali, i creditori potranno soddisfare le loro pretese principalmente con il patrimonio personale del coniuge debitore. Se il patrimonio personale non è sufficiente a coprire il credito, la responsabilità si estende anche al patrimonio comune, fino alla metà dell'importo del credito. Questo vale anche per le obbligazioni contratte prima del matrimonio, dell'unione civile o della convivenza. Sono previste due eccezioni (artt 188 e 189 cc) in base alle quali i beni della comunione non rispondono delle obbligazioni contratte prima del matrimonio o delle obbligazioni derivanti da donazioni e successioni concordate durante il matrimonio.

## **Obblighi gravanti sui beni della comunione**

Secondo l'articolo 186 cc, i beni della comunione rispondono dei pesi e degli oneri ad essi gravanti al momento dell'acquisto, dei costi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e l'istruzione dei figli, nonché di ogni obbligazione contratta dai coniugi nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente da entrambi. Nel caso di obbligazioni contratte separatamente dai coniugi per i bisogni della famiglia, la Corte di Cassazione ha stabilito che le spese sostenute da uno dei coniugi per l'istruzione privata dei figli grava solo su colui che ha fatto tale scelta. Tuttavia, entrambi i coniugi possono essere responsabili in caso di esigenze primarie come le spese per la salute.

### **Cessazione della comunione**

L'articolo 191 cc elenca le situazioni che determinano la cessazione della comunione, quali la morte presunta o l'assenza di uno dei coniugi, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la separazione personale, la separazione giudiziale dei beni, il mutamento convenzionale del regime patrimoniale o il fallimento di uno dei coniugi. La recente modifica dell'articolo 191 cc prevede che la comunione si scioglie nel momento in cui i coniugi ottengono l'autorizzazione a vivere separati o alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi davanti a un presidente autorizzato, purché omologato. Questa modifica ha lo scopo di ridurre al minimo il periodo in cui i coniugi separati sono ancora soggetti alle regole della comunione legale. L'ordinanza di autorizzazione a vivere separati viene comunicata all'ufficiale di stato civile per l'annotazione dello scioglimento della comunione. Se la separazione riguarda un'azienda costituita dopo il matrimonio e gestita da entrambi i coniugi, lo scioglimento della comunione può essere deciso mediante accordo tra i coniugi, osservando le formalità previste dall'articolo 162. La cessazione della comunione comporta diversi effetti, come l'inclusione dei beni nella comunione di residuo nel patrimonio comune, l'applicazione delle regole della comunione ordinaria sui beni della comunione immediata, la fine dell'amministrazione congiunta, la non configurabilità della responsabilità per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia dopo la cessazione della comunione e il diritto di richiedere la divisione dei beni per ciascun coniuge. In caso di riconciliazione tra i coniugi separatiti, sorgono delle questioni riguardo alla ricostituzione del regime di comunione e alla tutela dei terzi. La giurisprudenza ha stabilito che la riconciliazione ripristina automaticamente il regime di comunione.

### **Gli effetti della riconciliazione sul regime di comunione**

La riconciliazione tra coniugi comporta la ricostituzione del regime di comunione legale. Tuttavia, questa ricostituzione non può essere opposta ai terzi che hanno acquistato diritti dai coniugi a titolo oneroso e in buona fede, a meno che non siano state fornite loro informazioni adeguate sulla riconciliazione avvenuta.

### **La divisione dei beni della comunione legale**

Secondo l'articolo 194, la divisione dei beni della comunione legale avviene ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo. Il giudice ha anche il potere di costituire un usufrutto a favore di uno dei coniugi su parte dei beni dell'altro coniuge, tenendo conto delle necessità dei figli e dell'affidamento di essi.

### **Rimborsi e restituzioni nella comunione legale**

Ciascun coniuge è tenuto a rimborsare alla comunione le somme prelevate per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni che gravano sulla comunione. Inoltre, deve restituire il valore dei beni che garantiscono l'adempimento delle obbligazioni contratte in eccesso all'ordinaria amministrazione, a meno che non dimostri che l'azione è stata vantaggiosa per la comunione o ha soddisfatto una necessità della famiglia. Ogni coniuge può richiedere la restituzione delle somme prelevate dal suo patrimonio personale e impiegate per spese e investimenti nel patrimonio comune. I rimborsi e le restituzioni avvengono allo scioglimento della comunione, anche se il giudice può autorizzarle prima se l'interesse della famiglia lo richiede.

### **La cessazione del regime di comunione legale**

La Cassazione ha stabilito che la procedura di divisione dei beni può essere avviata anche prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione. Tuttavia, lo scioglimento della comunione diventa effettivo solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione. Questo passaggio costituisce l'interesse ad agire per ottenere lo scioglimento della comunione e la divisione dei beni.

### **Automatismo della ricostruzione della comunione in caso di riconciliazione**

In caso di riconciliazione, si pone la questione dell'automatica ricostituzione della comunione legale e dei suoi effetti sui terzi che hanno acquistato diritti sui beni di uno dei coniugi. La Cassazione ha stabilito che, in assenza di pubblicità della riconciliazione, la ricostituzione della comunione non può essere opposta a terzi in buona fede che hanno acquistato beni successivamente alla riconciliazione.

### **Comunione convenzionale**

I coniugi hanno la possibilità di adottare come regime patrimoniale la comunione convenzionale, tramite una convenzione opportunamente pubblicizzata per aver effetto nei confronti dei terzi. Questo regime consente loro di modificare molte delle regole stabilite per la comunione legale, purché i patti non siano contrari alle disposizioni dell'articolo 161. I coniugi possono scegliere quali beni far o non far rientrare nella comunione legale, con alcune limitazioni per garantire una soglia minima di autonomia e individualità patrimoniale di ciascun coniuge. La gestione dell'azienda da parte del coniuge imprenditore può essere tutelata escludendo i beni destinati all'esercizio dell'impresa dalla comunione convenzionale. I coniugi possono includere volontariamente in comunione i beni di cui erano proprietari prima del matrimonio, acquisiti successivamente al matrimonio tramite donazione o successione, o acquisiti con il prezzo del trasferimento di beni personali. La comunione può comprendere i frutti dei beni personali e i proventi dell'attività separata dei coniugi, ma non può comprendere i diritti di credito. I beni della comunione sono responsabili solo delle obbligazioni contratte da uno dei coniugi prima del matrimonio, limitatamente al valore dei beni di proprietà del coniuge stesso prima del matrimonio che sono entrati a far parte della comunione. I coniugi possono decidere di escludere determinate categorie di beni dalla comunione, sia in modo preventivo per evitare la caduta in comune di acquisti futuri, sia per escludere beni già presenti nel patrimonio coniugale comune. Non è possibile derogare alle norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale. Le norme sull'amministrazione dei beni della comunione attribuiscono anche al coniuge non acquirente il potere di compiere atti di gestione e disposizione. L'uguaglianza delle quote non può

essere mutata convenzionalmente, ma è possibile convenire sulla divisione delle quote in sede di divisione del patrimonio coniugale. Le norme sulla responsabilità patrimoniale sono inderogabili e non possono essere oggetto di autonomia negoziale dei coniugi. Si discute se i coniugi possono intervenire nelle cause di scioglimento della comunione legale con previsioni convenzionali aggiuntive o escludendo alcune delle ipotesi legali. La scelta del regime di separazione dei beni come causa atipica di scioglimento della comunione, con l'obiettivo di passare al regime di separazione dei beni, comporterebbe la stipulazione di una convenzione matrimoniale posticipata all'evento stabilito dalle parti.

Secondo la dottrina, le convenzioni matrimoniali non sono considerate come atti legali ma ammettono l'inclusione di un termine iniziale o di una condizione sospensiva e, se la convenzione contiene una donazione, anche un modus. Pertanto, la convenzione matrimoniale sarebbe sempre la fonte di scioglimento del regime di comunione.

Tuttavia, non è possibile per i coniugi escludere l'estinzione della comunione legale nei casi indicati dall'articolo 191 del codice civile. Infatti, non sarebbe sensato mantenere una comunione legale tra persone che non sono più legate da vincoli di convivenza e collaborazione reciproca.

Inoltre, la dichiarazione di fallimento è prevista per proteggere gli interessi dei terzi, quindi anche in questo caso non sarebbe ammissibile che i coniugi pattuissero la sua inefficacia.

Infine, considerando che anche la separazione giudiziale dei beni è considerata un istituto di ordine pubblico per proteggere i casi in cui il comportamento patrimoniale di un coniuge mette a rischio l'adempimento degli obblighi di contribuzione nell'interesse della famiglia, si deve concludere che non esistono ambiti negoziabili in grado di ampliare le cause di scioglimento della comunione legale.

### **Natura della comunione convenzionale**

La dottrina presenta opinioni divergenti sulla natura giuridica della comunione convenzionale, sostenendo che possa essere considerata come un regime complementare a quello legale o come un regime autonomo.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 6575/2013, afferma che la natura della comunione legale dei beni, senza quote, comporta che l'espropriazione di un bene (o più beni) in comunione per debiti personali di uno dei coniugi riguarda l'intero bene e non la metà, con scioglimento limitato della comunione solo per il bene venduto o assegnato e il diritto del coniuge non debitore a ricevere metà del ricavato dalla vendita del bene o del suo valore in caso di assegnazione.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 21786/2008, risponde a un quesito specifico riguardante l'atto che i coniugi devono stipulare nel caso in cui decidano di includere nella comunione beni che dovrebbero essere esclusi per legge, come nel caso di acquisti prenuziali. La Corte afferma che i coniugi, che si sono sposati prima dell'entrata in vigore della legge n. 151 del 1975 e che, con un'apposita convenzione, hanno deciso di includere nella comunione legale tutti i loro beni, compresi quelli personali acquisiti prima del matrimonio, hanno stipulato un atto che non corrisponde alla fattispecie tipica prevista dalla legge ma che è valido in quanto esprime la volontà di istituire una comunione convenzionale, prevista dall'articolo 210 del codice civile.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 17033/2016, affronta la questione specifica dell'usucapione come modo di acquisizione originaria della proprietà quando il possesso inizia prima dell'instaurazione del regime di comunione ma il perfezionamento dell'acquisizione avviene durante il matrimonio. La Corte afferma che gli acquisti di beni immobili per usucapione fatti da uno dei coniugi durante il matrimonio, nel regime di comunione legale, entrano a far parte della comunione stessa, senza distinguere tra acquisizioni originarie e derivate.

## **Separazione dei beni**

La separazione dei beni è il regime patrimoniale convenzionale più comune, alternativo alla comunione dei beni, che prima della riforma del 1975 era il regime legale.

In questo regime si applicano le norme di diritto comune in materia di acquisizioni e obbligazioni, quindi ciascun coniuge conserva la proprietà esclusiva, l'uso e l'amministrazione dei beni acquistati durante il matrimonio.

Nel caso di beni acquistati insieme dai coniugi, si applicano le norme sulla comunione ordinaria e i coniugi possono anche derogare alla presunzione di uguale quota.

La separazione dei beni è un regime patrimoniale universale perché non prevede la coesistenza con le regole della comunione legale. Fa parte del regime patrimoniale primario ed è compatibile con la creazione di un fondo patrimoniale.

I coniugi possono scegliere il regime di separazione dei beni al momento del matrimonio, dichiarandolo al celebrante, o durante il matrimonio, tramite una convenzione matrimoniale.

A differenza della comunione convenzionale, i coniugi possono limitarsi a indicare la loro scelta per la separazione dei beni, senza specificare il contenuto delle regole a cui si sottopongono, perché il contenuto del regime è già definito dalla legge.

Inoltre, la separazione dei beni viene automaticamente istituita per effetto dello scioglimento della comunione legale per cause che non coinvolgono la permanenza del matrimonio, come la dichiarazione di assenza, la separazione personale, la separazione giudiziale dei beni o il fallimento di uno dei coniugi.

Non è chiaro se la separazione dei beni possa essere considerata un regime patrimoniale legale per le unioni di fatto.

## **L'amministrazione dei beni dell'altro coniuge nel regime di separazione**

Il legislatore ha disciplinato la situazione in cui, nonostante il regime di separazione dei beni, uno dei coniugi amministra i beni dell'altro, prevedendo tre situazioni:

**1. Amministrazione con procura e obbligo di rendiconto:** in questo caso, il coniuge amministratore è tenuto a rispondere nei confronti dell'altro coniuge secondo le regole del mandato. Tuttavia, l'obbligo di rendiconto, a differenza del contratto di mandato, richiede un'accordo esplicito tra i coniugi, altrimenti si presume che vi sia fiducia reciproca. La legge non specifica quale debba essere la forma della procura; in mancanza di indicazioni, si presume che possa essere libera, fatta

salva la forma scritta necessaria per gli atti per i quali la legge richiede specificamente la forma scritta.

**2. Amministrazione con procura, ma senza obbligo di rendiconto:** in questo caso, il coniuge amministratore (o i suoi eredi) è tenuto a consegnare i frutti esistenti all'altro coniuge, ma non risponde per quelli già consumati. La legge presume infatti che tali frutti siano stati consumati per le necessità della famiglia. Si ritiene che questa situazione includa anche il caso in cui un coniuge amministri i beni dell'altro senza una procura o un mandato specifico, ma senza l'opposizione dell'altro coniuge. In questo caso, la solidarietà coniugale porta a tollerare l'ingerenza amministrativa dell'altro coniuge nel proprio patrimonio, e la situazione può essere equiparata a un mandato tacito, in cui non si applica l'obbligo di rendiconto in assenza di accordo specifico tra i coniugi.

**3. Amministrazione contro la volontà dell'altro coniuge:** quando un coniuge amministra i beni dell'altro contro la sua volontà, si configura un atto illecito che comporta l'obbligo per il coniuge amministratore di risarcire i danni e restituire i frutti percepiti, come se fosse stato un usufruttuario. È importante notare che questa norma si applica solo agli obblighi connessi all'esercizio dell'usufrutto e non a quelli previsti nella fase costitutiva del diritto, come l'inventario e la prestazione di garanzie.

In caso di opposizione del coniuge all'attività amministrativa compiuta dall'altro, questa opposizione può essere espressa in qualsiasi forma, anche attraverso comportamenti concludenti. Gli atti compiuti nei confronti di terzi sono assimilabili agli atti di un falsus procurator, quindi la loro validità nei confronti di terzi potrebbe dipendere dalla ratifica effettuata dal coniuge fittizio rappresentato.

### **La prova della proprietà dei beni**

Può capitare che, nonostante la proprietà spetti a uno dei coniugi, l'altro coniuge gestisca o amministri i beni. A questo proposito, il legislatore ha stabilito due regole per la prova della proprietà dei beni:

1. Ogni coniuge ha la possibilità di provare con qualsiasi mezzo la sua proprietà esclusiva di un bene nei confronti dell'altro coniuge.
2. Vi è una presunzione di contitolarità paritetica tra i coniugi per i beni di cui uno dei coniugi non può dimostrare la proprietà esclusiva. Questa presunzione si applica principalmente ai beni mobili, per i quali non esistono restrizioni alla prova. Nel 2010, la giurisprudenza ha esteso questa presunzione alle somme di denaro e ai titoli depositati presso gli istituti di credito. Per i beni immobili, invece, l'acquisto deve essere comprovato da un atto scritto pena nullità, il che rende più agevole dimostrare la proprietà esclusiva.

La giurisprudenza ha stabilito che, se un immobile è intestato a uno dei coniugi e l'altro coniuge sostiene di aver intervenuto realmente nell'acquisto, non può provarlo né con giuramento né con testimoni, in quanto l'obbligo dell'interposito di trasferire i diritti acquisiti all'interponente deve risultare da un atto scritto.

Nel caso di usucapione, invece, si può applicare la presunzione di contitolarità, che si traduce nella presunzione di esercizio congiunto del possesso ad usucapionem. In tal caso, ciascun coniuge può dimostrare con qualsiasi mezzo di essere stato possessore esclusivo e che gli eventuali frutti dell'altro coniuge siano stati ottenuti per detenzione o mera tolleranza.

Nei confronti dei terzi, la presunzione di contitolarità non si applica e vengono applicate le regole ordinarie sulla prova. In questo contesto, si cita la sentenza della Corte di Cassazione n. 22549, che riguarda un matrimonio concordatario in cui non è stata registrata la scelta del regime di separazione dei beni nell'atto di matrimonio. Durante la separazione, uno dei coniugi desiderava reclamare un bene che aveva acquistato con il proprio denaro ma che era intestato alla moglie. Tuttavia, la moglie basava la sua titolarità sulla separazione che non era stata rilevata nei primi due gradi di giudizio.

La decisione della Cassazione riguarda il regime di separazione dei beni scelto da due coniugi nel loro rapporto interno. La Corte ha stabilito che, nonostante il regime non fosse stato pubblicizzato e quindi non opponibile ai terzi, era comunque valido tra i coniugi stessi. La sentenza si riferisce ad un caso in cui i coniugi, in regime di comunione legale, avevano acquistato un bene dichiarando che intendevano applicare il regime di separazione dei beni. La Corte ha osservato che per effettuare un acquisto in regime di separazione, i coniugi avrebbero dovuto stipulare una convenzione matrimoniale che derogasse al loro regime ordinario. Senza questa convenzione, non è ammissibile l'acquisizione di beni in regime di separazione.

### **Impresa familiare (art 230 bis e 230 ter cc)**

L'istituto dell'impresa familiare è stato introdotto nel 1975 come parte della riforma del diritto di famiglia. L'obiettivo di questa riforma era promuovere la parità dei rapporti familiari e realizzare i principi di solidarietà ed uguaglianza tra i coniugi. L'articolo 230 bis del Codice Civile regola l'istituto dell'impresa familiare ed è inserito nel capitolo dedicato al regime patrimoniale della famiglia. Questa collocazione indica che l'intento del legislatore non è stato quello di creare un nuovo modello di impresa, ma di fornire una disciplina interna per proteggere i membri della famiglia dell'imprenditore. In precedenza, la collaborazione dei familiari era basata sulla solidarietà derivante dal legame affettivo, ma la nuova normativa ha riconosciuto il valore del lavoro familiare anche al di fuori di questa solidarietà. La giurisprudenza ha chiarito che il lavoro familiare all'interno dell'impresa ha un valore giuridico e che la disciplina dell'articolo 230 bis si applica, a meno che le parti abbiano stabilito diversamente nel loro rapporto.

Le controversie riguardanti i diritti patrimoniali dei familiari nell'ambito dell'impresa familiare sono sottoposte alla competenza del giudice del lavoro, in quanto si tratta di rapporti di collaborazione con caratteristiche di parasubordinazione.

### **Principi della residualità applicazione istituto**

La normativa sull'impresa familiare ha una natura residuale, dato che le parti possono decidere di regolamentare il loro rapporto in maniera diversa. Tuttavia, se non viene stabilito nulla, si applica l'articolo 230 bis per tutelare il lavoro familiare all'interno dell'impresa.

### **Natura impresa familiare**

La natura giuridica dell'impresa familiare è stata oggetto di dibattito dalla riforma del '75. Alcuni si sono chiesti se il legislatore intendesse considerare il familiare come un collaboratore dell'attività imprenditoriale di altri (impresa individuale) o se dovesse condividere anche il rischio e la responsabilità dell'attività economica intrapresa (impresa collettiva). La giurisprudenza ha abbandonato l'interpretazione societaria dell'istituto a favore di una concezione individualistica, in cui l'imprenditore assume tutte le responsabilità. Tuttavia, la dottrina più recente propende per una soluzione eclettica, che considera l'effettività del rapporto tra le parti come criterio determinante.

L'istituto dell'impresa familiare si differenzia dall'azienda coniugale perché nella prima la responsabilità ricade solo sull'imprenditore, mentre nella seconda c'è una responsabilità solidale. L'impresa familiare viene considerata come un negozio giuridico, in cui c'è un accordo tacito di prestazione lavorativa, e non come un contratto. Il legislatore mira principalmente a proteggere il lavoratore familiare, indipendentemente da eventuali accordi tra le parti.

La giurisprudenza in materia di lavoro familiare ha stabilito che le prestazioni svolte nell'azienda gestita dal coniuge, un parente fino al 3° grado o un affine entro il 2° grado, di solito danno luogo a un rapporto di lavoro subordinato o di partecipazione a impresa familiare. Questo perché l'introduzione di tale istituto ha ridotto notevolmente il lavoro familiare gratuito. Nel caso specifico, la Corte di cassazione ha annullato la sentenza precedente, poiché ha ritenuto contraddittorio negare l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e al contempo individuare una causa gratuita per l'attività di collaborazione all'impresa.

Il concetto di impresa familiare residuale mira a coprire le situazioni in cui il lavoro svolto per l'azienda da parte di un parente non rientra nel rapporto di lavoro subordinato o non soddisfa i requisiti tipici della subordinazione, limitando così il lavoro familiare gratuito a un'area specifica.

Di conseguenza, se un familiare svolge un'attività lavorativa all'interno dell'azienda e il titolare eroga una forma di compenso, il giudice deve valutare le circostanze per distinguere tra lavoro subordinato e partecipazione all'impresa familiare, escludendo comunque la gratuità della prestazione lavorativa per motivi di solidarietà familiare.

### **Elementi costitutivi della fattispecie**

Gli elementi costitutivi di questa situazione sono i seguenti:

- La prestazione lavorativa deve essere continua e regolare nel tempo, anche se non necessariamente a tempo pieno, e può essere di qualsiasi tipo (manuale, intellettuale, direttiva, esecutiva) con caratteristiche di subordinazione, parasubordinazione o autonomia.
- Il lavoro deve essere svolto all'interno della famiglia o dell'impresa familiare.
- Deve esistere un legame familiare tra il lavoratore e il titolare dell'impresa. Sebbene la legge non specifichi chi debba valutare l'esistenza di tale vincolo familiare, si ritiene che ci si riferisca al titolare dell'impresa. Tuttavia, c'è anche l'opinione secondo cui il rapporto di parentela o affinità debba essere considerato per ciascun partecipante. Questa opinione sembrerebbe più conforme all'intento del legislatore, ma sembra essere smentita dal fatto che ciascun partecipante può trasferire il proprio diritto di partecipazione in favore del coniuge, dei parenti entro il terzo grado o degli affini entro il secondo, con il consenso di tutti gli altri partecipanti.



La legge definisce familiari il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, mentre l'impresa familiare è l'azienda in cui collaborano tali familiari.

Si è discusso in precedenza sulla posizione dei figli naturali prima della riforma del 2012 che ha equiparato i loro diritti a quelli dei figli legittimi, riconoscendo loro un rapporto di parentela con il lavoratore.

È stata sollevata anche la questione delle convivenze di fatto, poiché la legge parla solo di coniuge. L'interpretazione giurisprudenziale ha risolto questa questione con la legge sulle unioni civili del 2016, che ha introdotto l'articolo 230 ter per garantire al convivente una tutela simile a quella prevista per i familiari che partecipano all'impresa. Tuttavia, a differenza degli altri familiari, il convivente non ha diritto al mantenimento, né può prendere decisioni sugli utili dell'azienda, né può vantare il diritto di prelazione.

Lo scopo di questa disciplina è quello di proteggere adeguatamente il lavoro familiare e consentire ai familiari collaboratori di partecipare alle decisioni più importanti per la gestione dell'impresa, che altrimenti spetterebbero solo al titolare. Tuttavia, l'impresa familiare non viene istituita automaticamente, come afferma la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza della Corte di cassazione. La Corte ha stabilito che il semplice svolgimento di mansioni domestiche, che costituisce un adempimento degli obblighi matrimoniali, non è sufficiente per creare un'impresa familiare, ma è necessario che ci sia uno scopo ulteriore, funzionale e necessario all'attuazione dei fini di produzione o scambio di beni o servizi.

### 3. Impresa Familiare

La qualifica di membro della famiglia è solo il punto di partenza per l'ingresso nell'impresa familiare; la sua effettiva istituzione (a meno di un accordo contrattuale) deve essere dedotta da azioni intenzionali che indicano chiaramente l'esistenza di tale rapporto. Inoltre, la deliberata e consapevole partecipazione a tali atti implica che l'imprenditore possa rifiutare l'ingresso di un familiare nell'attività imprenditoriale, oppure contrastare il suo coinvolgimento lavorativo.

Se il contributo domestico della moglie fosse di per sé sufficiente per la partecipazione all'impresa del marito, non ci sarebbe modo per quest'ultimo di negare tale partecipazione senza infrangere gli obblighi di solidarietà familiare e sostegno reciproco che derivano dal matrimonio.

Queste riflessioni sono pertinenti quando si deve valutare se e in che misura il lavoro domestico di un membro della famiglia possa giustificare la sua partecipazione nell'impresa familiare, in assenza di accordi specifici. Tuttavia, l'imprenditore può concordare una partecipazione all'impresa anche per il coniuge che si dedica esclusivamente alle mansioni domestiche, definendo l'entità della partecipazione stessa (Cassazione Sezione Unica n. 89/1995).

Senza un accordo esplicito, la partecipazione all'impresa familiare non può essere inferita dal semplice svolgimento di compiti domestici (Cassazione Sezione Lavoro n. 27839/2005). La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, evidenziando come diverse norme, seguendo la giurisprudenza, abbiano valorizzato il lavoro casalingo. La scelta della comunione dei beni come regime patrimoniale legale è considerata l'apice di tale valorizzazione e dell'uguaglianza assoluta tra coniugi, voluta dal legislatore.

Tuttavia, proprio perché il lavoro domestico svolto nell'ambito dei doveri coniugali ha ricevuto riconoscimento anche patrimoniale, non può essere considerato da solo sufficiente per determinare la partecipazione all'impresa familiare del coniuge che si dedica unicamente a tale attività. La Corte ha sottolineato le difficoltà e l'arbitrarietà nel valutare economicamente un'attività determinata più dalla struttura familiare che dal contributo produttivo all'impresa.

La partecipazione all'impresa familiare da parte del coniuge o di un parente stretto del titolare deve essere legata al contributo effettivo e tangibile apportato all'azienda. In un'impresa familiare costituita tramite accordi specifici, non sorge alcuna presunzione assoluta di collaborazione nell'impresa, insindacabile da prova contraria.

Per riconoscere l'impresa familiare, occorrono due condizioni: la prova dell'attività lavorativa continua da parte del partecipante e la dimostrazione che tale lavoro abbia aumentato la produttività dell'impresa, necessaria per determinare la quota di partecipazione agli utili e agli incrementi.

#### Effetti

L'articolo 230 bis riconosce al familiare collaboratore:

- Diritti patrimoniali:
  - Diritto al mantenimento: il familiare ha diritto a ricevere quanto necessario per le sue normali esigenze di vita, indipendentemente dal bisogno o dall'andamento dell'impresa e non proporzionato al lavoro svolto. La misura del diritto al mantenimento dipende dalla situazione economica della famiglia dell'imprenditore, e si dibatte se includere anche le esigenze familiari dell'interessato. La visione prevalente considera che, pur non applicando il principio di sufficienza della retribuzione, è necessario valutare le necessità del familiare nel suo contesto familiare.
  - Diritto agli utili dell'impresa, ai beni acquistati con questi e agli incrementi aziendali, in proporzione al lavoro svolto. L'utile è la differenza tra il patrimonio attuale e quello al momento dell'inizio della collaborazione del familiare, mentre l'incremento si riferisce a qualsiasi miglioramento derivante dall'uso degli utili.
- Diritti gestori: il familiare partecipa alle decisioni sulla gestione degli utili e degli incrementi e su questioni straordinarie, seguendo il principio della maggioranza dei familiari collaboratori.

La natura dei diritti del familiare partecipante è oggetto di discussione:

A) Per quanto riguarda la partecipazione agli utili e ai beni, si dibatte se sia un diritto di credito, suscettibile di risarcimento in caso di inadempimento, o un diritto reale, che conferirebbe la possibilità di rivendicare i beni.

B) Per il diritto di partecipazione alle decisioni, è incerto se il criterio della maggioranza sia un requisito di validità delle decisioni oppure se le azioni dell'imprenditore non conformi o prese senza tali decisioni siano comunque valide, generando solo una responsabilità risarcitoria verso i collaboratori.

La visione prevalente interpreta i diritti di partecipazione come pretese di natura obbligatoria nell'ambito dei rapporti interni.

Ripartizione degli utili È essenziale verificare prima di tutto il successo economico dell'impresa per la distribuzione degli utili. Questi ultimi devono essere calcolati detraendo le spese di sussistenza che gravano sui redditi aziendali. Una volta accertata l'effettività degli utili, si procede a stabilire le quote individuali di partecipazione, basandosi sull'entità e sulla qualità del lavoro svolto da ogni collaboratore.

Decidere la parte di ciascuno è complesso, in quanto occorre determinare l'effettiva influenza del lavoro individuale sulla produzione degli utili e degli incrementi aziendali. I familiari, concordando a maggioranza, possono optare per una ripartizione diversa degli utili, forse in base a periodi stabiliti o riconoscendo le quote in un momento specifico ad alcuni membri della famiglia per esigenze particolari.

In mancanza di un accordo per la distribuzione periodica degli utili, si presume generalmente che il diritto maturi con la terminazione dell'impresa familiare o del contributo lavorativo di un singolo partecipante. Gli utili, dunque, tendono ad essere reinvestiti nell'impresa piuttosto che distribuiti.

Secondo il quarto comma dell'articolo 230 bis del codice civile, il diritto di partecipazione agli utili e agli incrementi è inalienabile, tranne che verso altri familiari "rilevanti", previo consenso di tutti i collaboratori dell'impresa. Questa misura è stata pensata per proteggere il lavoro del familiare partecipante, limitando la trasferibilità del diritto di partecipazione agli estranei, e quindi ai terzi.

Il diritto di partecipazione può essere liquidato in denaro al termine del rapporto lavorativo o in caso di vendita dell'impresa. Il pagamento può essere suddiviso in rate annuali, stabilite da un giudice in assenza di un accordo.

È emerso che la trasferibilità del diritto di partecipazione si applicherebbe esclusivamente ai diritti sui profitti e incrementi già accumulati o che matureranno in seguito alla liquidazione. Se così fosse, non sarebbe chiaro perché la legge escluda la possibilità di cessione del diritto di credito a terzi.

È stato riconosciuto che il trasferimento può riguardare l'intera posizione del cedente all'interno dell'impresa, tuttavia rimane il dubbio sull'obbligatorietà del consenso di tutti i partecipanti all'impresa.

Una soluzione plausibile è stata proposta: il legislatore avrebbe inteso permettere il trasferimento della partecipazione a un familiare che non ha contribuito all'impresa e che non contribuirà nemmeno in futuro, rendendo così l'unanimità dei consensi spiegabile per la sua eccezionalità.

Tuttavia, questa interpretazione sembra reintrodurre problemi precedenti: escluso il trasferimento del ruolo lavorativo, si ritorna al problema di non capire perché il collaboratore non possa cedere a terzi il proprio credito nei confronti dell'imprenditore senza il consenso degli altri partecipanti.

Si suppone che la cessione del diritto di partecipazione agli utili futuri non possa avvenire se il cedente non continuerà il lavoro nell'impresa, sia per l'assenza di una quota tecnica sia perché il criterio di partecipazione del cessionario sarebbe in tal modo compromesso.

Sembra più coerente con la normativa consentire la cessione dell'intera posizione lavorativa del cedente ai familiari, giustificando il consenso di tutti gli altri partecipanti con il fatto che si tratta della cessione di un rapporto di collaborazione e che il legislatore, data l'eccezionalità dell'istituto, fondato sulla solidarietà familiare, ha scelto di estendere la necessità del consenso oltre all'imprenditore a tutti i partecipanti all'impresa.

Non si condivide l'opinione che l'unanimità dei consensi non includa l'imprenditore, ma solo i familiari lavoratori.

In conclusione, si ritiene che qualsiasi trasferimento a terzi sia completamente nullo, anche se effettuato con il consenso unanime dei partecipanti, mentre il trasferimento a un familiare senza l'accordo di tutti i partecipanti sarebbe semplicemente inefficace, incapace di produrre effetti tra le parti o nei confronti dell'imprenditore finché non si ottenga il consenso unanime richiesto dalla normativa.

La partecipazione agli utili secondo l'articolo 230 bis del codice civile non è considerata un vero compenso, a differenza della retribuzione del lavoro subordinato, che è caratterizzata dalla corrispettività, ma può essere quantificata solo retrospettivamente, poiché è proporzionata ai risultati ottenuti dall'azienda.

La Corte di Cassazione ha annullato una sentenza di tribunale che aveva utilizzato come riferimento i parametri della retribuzione del lavoro subordinato, trovando una contraddizione: il giudice aveva basato il calcolo delle somme dovute sulla retribuzione del lavoro subordinato, la cui entità è indipendente dai risultati ottenuti, a differenza del diritto di partecipazione all'impresa familiare. Le somme dovute ai lavoratori nell'ambito dell'impresa familiare rientrano nell'ambito dei lavoratori cosiddetti parasubordinati, per i quali la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dell'articolo 36 della Costituzione.

La Corte di Cassazione ha osservato in un caso specifico che la sentenza di merito aveva accertato con un'adequata istruttoria che il sostentamento del partecipante (e della sua famiglia) era garantito da redditi diversi da quelli dell'impresa familiare, e in particolare dall'attività di idraulico svolta continuativamente e dai proventi di due immobili in proprietà.

### **Diritti Amministrativi o Gestori**

I familiari partecipanti decidono a maggioranza come impiegare utili e incrementi e prendono decisioni relative alla gestione straordinaria, agli orientamenti produttivi e alla cessazione dell'impresa.

Il legislatore ha voluto garantire ai familiari un controllo diretto sull'utilizzo dei profitti e degli incrementi e ha inteso coinvolgere i partecipanti all'impresa nelle decisioni che potrebbero alterare la struttura, la destinazione economica o il patrimonio aziendale.

Si presume che la maggioranza sia calcolata per capi e, in assenza di disposizioni specifiche, si ritiene richiesta la maggioranza assoluta. Non è necessaria un'assemblea formale né una delibera per esprimere la volontà dei partecipanti, che può essere manifestata in qualsiasi modo sufficientemente chiaro, anche con azioni conclamate.

Sorge la questione se anche l'imprenditore abbia diritto di voto o sia solamente soggetto alle decisioni dei familiari partecipanti. Sembra più ragionevole la prima ipotesi, dato che la legge non

sembra escludere l'imprenditore dal processo decisionale, ma piuttosto intende coinvolgere i familiari nelle scelte aziendali di particolare importanza.

L'iniziativa di richiedere una deliberazione può venire dall'imprenditore o da qualsiasi familiare partecipante. Alcune interpretazioni differenziano tra decisioni relative all'impiego di utili e incrementi, che potrebbero spettare anche ai partecipanti, e quelle riguardanti la gestione straordinaria e gli indirizzi produttivi, che sarebbero prerogativa dell'imprenditore.

Le decisioni sull'impiego di utili e incrementi possono riguardare la loro distribuzione e le modalità di ripartizione, o il loro reinvestimento in acquisti o altri investimenti. Le decisioni sulla gestione straordinaria si riferiscono a contenuti che vanno oltre la normale attività aziendale.

Sorgono interpretazioni sulle decisioni che trattano la cessazione dell'impresa. È stato notato che la legge non può essere interpretata in modo da concedere alla maggioranza dei familiari partecipanti il diritto di porre fine all'attività imprenditoriale o di imporre la sua continuazione contro il volere dell'imprenditore. Così, si è concluso che ai familiari spetta la decisione di terminare l'attività imprenditoriale come entità familiare, senza forzare l'imprenditore a proseguire o meno l'attività commerciale. Se la maggioranza decide di cessare l'attività contro il desiderio dell'imprenditore, questo comporterà l'obbligo per l'imprenditore di liquidare i diritti spettanti ai familiari.

La parte finale dell'articolo 230 bis comma 1 del codice civile stabilisce che i familiari che non hanno piena capacità giuridica e partecipano all'impresa sono rappresentati nel voto da chi ha l'autorità su di loro. Questa disposizione sembra contraddire l'articolo 2, che permette al lavoratore minorenne di esercitare i diritti derivanti dal contratto di lavoro. Tuttavia, si considera che la prudenza del legislatore nasca dalla considerazione che l'intervento diretto dei minori nelle decisioni aziendali potrebbe influenzare significativamente i diritti degli altri familiari. Se il minore è figlio dell'imprenditore, il diritto di voto è esercitato separatamente dall'altro genitore e si richiede la nomina di un tutore speciale solo se l'autorità sul minore spetta esclusivamente all'imprenditore genitore o se l'impresa familiare è gestita da entrambi i genitori.

## Diritto di prelazione

Il comma 5 stabilisce che in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda, i partecipanti all'impresa hanno il diritto di prelazione sugli utili e incrementi. Il legislatore ha cercato di equilibrare l'interesse dell'imprenditore a disporre dell'azienda e quello dei compartecipi a continuare l'attività lavorativa. In particolare, per il trasferimento dell'azienda, è previsto un procedimento specifico: l'imprenditore deve notificare ai partecipanti la proposta di vendita e il prezzo, e questi hanno due mesi per esercitare il diritto di prelazione. Se qualcuno desidera esercitarlo, deve rispondere per iscritto accettando la proposta.

La compatibilità dell'articolo 732 del codice civile con il diritto di riscatto è discussa perché manca la pubblicità dell'impresa familiare, rendendo impossibile per terzi in buona fede sapere che l'acquisto è soggetto a riscatto, e l'inapplicabilità del diritto di riscatto durante la comunione ereditaria. La visione prevalente, sebbene critica, riconosce la natura reale della prelazione, evidenziando che nelle prelazioni legali l'intento del legislatore è realizzato attraverso il retratto e che la norma mira a proteggere più il lavoro che la circolazione dei beni. Il termine per l'esercizio del diritto di prelazione è generalmente identificato nel momento in cui il familiare accetta la liquidazione della sua partecipazione, benché alcuni sostengano che il riscatto debba seguire il termine ordinario di prescrizione.

Si discute sulla definizione di trasferimento dell'azienda. L'orientamento maggioritario esclude trasferimenti mortis causa e donazioni, in quanto incompatibili con la prelazione tecnica e l'intuitus personae degli atti di liberalità. Tuttavia, alcuni sostengono che i familiari partecipanti debbano avere il diritto di acquistare forzatamente dall'erede non partecipante o dal donatario. Per trasferimenti onerosi tra vivi, si considera che l'applicazione dell'articolo 732 presuppone la fungibilità della controprestazione, che deve essere accettabile per l'alienante anche se offerta dal prelazionario.

La prelazione è riconosciuta nel trasferimento di un ramo dell'azienda e nell'affitto, quando è in gioco il godimento dell'azienda. Può essere esercitata da tutti, alcuni o solo uno dei partecipanti, anche da chi ha approvato l'alienazione. Si considera che la prelazione possa essere esercitata solo quando il trasferimento è effettuato dall'imprenditore proprietario. In caso di comproprietà, la prelazione si applicherebbe solo alla quota dell'imprenditore.

Per la divisione ereditaria, l'obiettivo è evitare che coeredi non partecipanti diventino assegnatari dell'azienda o di un suo ramo, interrompendo l'attività comune. Non si parla quindi di prelazione tecnica, mancando un terzo rispetto al quale il familiare possa essere preferito. Si discute se il diritto sia riconosciuto a tutti i partecipanti all'impresa familiare o solo ai coeredi partecipanti. La formula legislativa sembra includere entrambe le categorie, ma la preferenza sembra assegnata solo ai compartecipi eredi.

La presenza di un'impresa familiare agricola previene il diritto di prelazione agraria, favorendo il mantenimento dell'impresa esistente rispetto all'ampliamento di terreni confinanti.

Alla cessazione del lavoro o in caso di alienazione, il partecipante ha diritto alla liquidazione della sua partecipazione. Il pagamento può avvenire in più rate, definite dal giudice in assenza di accordo. La prelazione si applica anche alla divisione ereditaria e al trasferimento, secondo la disposizione compatibile dell'articolo 732.

**Estinzione del rapporto di impresa familiare**

L'estinzione del rapporto può riguardare tutti i familiari o un singolo partecipante.

1. La fine del rapporto per tutti i familiari si verifica in caso di morte o fallimento dell'imprenditore o se l'imprenditore decide di interrompere l'attività con il consenso della maggioranza dei compartecipi. Una decisione presa senza il consenso della maggioranza o senza giusta causa consentirebbe ai familiari di chiedere non solo la liquidazione delle loro quote, ma anche il risarcimento del danno.

Il trasferimento dell'azienda non è considerato una causa di estinzione del rapporto, tranne quando comporta l'impossibilità di continuare l'attività imprenditoriale.

2. Lo scioglimento del rapporto nei confronti di un singolo partecipante è legato a diverse cause: decesso, trasferimento del diritto di partecipazione, impossibilità definitiva di prestare lavoro.

3. La fine del rapporto di collaborazione e partecipazione all'impresa del singolo compartecipe può dipendere anche dal recesso operato dal lavoratore stesso o dall'imprenditore. Nel primo caso, non è chiaro se sia necessario un preavviso, ma si concorda sul fatto che possa essere considerato un recesso tacito o per comportamenti conclamati quando il familiare intraprende un'altra attività lavorativa incompatibile con la sua partecipazione all'impresa familiare. Inoltre, ha diritto a un risarcimento del danno quando il recesso è giustificato dalla condotta dell'imprenditore.

### **Esclusione del compartecipe e giusta causa di recesso**

È comunemente accettato che il compartecipe possa essere escluso unilateralmente dall'imprenditore, a meno che ci sia una giusta causa di recesso. Senza una giusta causa, l'esclusione sarebbe inefficace, ma l'imprenditore sarebbe obbligato a risarcire il danno.

La presenza di una giusta causa dovrebbe essere valutata in base alla nozione elaborata dal diritto del lavoro, tenendo conto della specificità dei legami tra i partecipanti all'impresa familiare.

Si dibatte se la fine del legame familiare comporti la cessazione del rapporto. Da un lato, si osserva che non può essere considerato lavoratore familiare chi non rientra tra i soggetti indicati dall'articolo 230 bis. Si ritiene che il vincolo familiare sia rilevante solo all'inizio del rapporto e che gli eventi familiari successivi non abbiano rilevanza.

### **Casi di annullamento del matrimonio o divorzio dell'imprenditore**

L'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza è che con il divorzio l'ex coniuge sia automaticamente escluso dall'impresa familiare. In caso di annullamento del matrimonio, la posizione del coniuge e dei figli viene regolata in base agli articoli 128 e ss (matrimonio putativo), con l'esclusione dell'effetto retroattivo dell'annullamento.

La separazione personale, invece, non comporta automaticamente la fine del rapporto di impresa familiare, ma può costituire una giusta causa di recesso per l'imprenditore o in caso di addebito di esclusione del coniuge. La decisione spetta alla maggioranza dei compartecipi.

### **Cessazione della prestazione di lavoro e alienazione dell'azienda**

Alla fine della prestazione di lavoro o in caso di vendita dell'azienda, il familiare lavoratore ha diritto a una liquidazione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro svolto. Di norma, la

liquidazione avviene in denaro, ma può essere diversamente concordato. Il valore della liquidazione è determinato al momento della fine del rapporto di lavoro, considerando gli utili e incrementi non distribuiti.

In caso di fallimento dell'impresa, il valore della partecipazione è nullo. Tuttavia, il partecipante può avanzare ragioni se prova che l'insolvenza è dovuta a debiti non riconducibili all'impresa familiare. La liquidazione del diritto di partecipazione può essere richiesta anche se la vendita dell'azienda non comporta la fine del rapporto di collaborazione nell'impresa familiare.

### **Impresa familiare e rapporto societario**

A differenza dell'impresa collettiva gestita come società semplice, in cui più persone ne sono proprietarie, l'impresa familiare appartiene solo al suo titolare. I familiari partecipanti hanno diritto alla loro quota di utili, ma ciò non modifica la struttura dell'impresa. Solo il titolare ha il ruolo di imprenditore e i poteri di gestione e organizzazione del lavoro.

La giurisprudenza ha evidenziato la differenza tra la posizione del familiare-imprenditore e quella dei partecipanti all'impresa per quanto riguarda il fallimento. Il fallimento dell'imprenditore non si estende automaticamente al semplice partecipante all'impresa familiare.

### **diritti dei conviventi nell'impresa familiare**

Secondo l'articolo 230 ter del codice civile, il convivente ha il diritto di partecipare agli utili, ai beni acquistati e agli incrementi dell'azienda, incluso l'avviamento. Tuttavia, questi diritti devono essere commisurati al lavoro svolto dal convivente nell'impresa.

Al contrario del coniuge, il convivente non ha diritto al mantenimento in base alla condizione patrimoniale della famiglia, né ha diritti sui beni e sugli incrementi dell'azienda. Non è previsto il diritto di prendere decisioni gestionali o di prelazione in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda.

### **Filiazione: Unificazione del rapporto familiare**

Secondo le regole tradizionali del codice civile del 1942, un bambino concepito da genitori sposati aveva uno status di figlio legittimo e godeva del pieno riconoscimento del rapporto con entrambi i genitori e le rispettive famiglie. D'altra parte, un bambino nato fuori dal matrimonio era considerato figlio naturale e incontrava alcune limitazioni nel rapporto con ciascun genitore.

Tuttavia, il legislatore costituzionale nel 1948 ha stabilito che la distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale dovesse essere superata, riconoscendo il diritto dei figli nati fuori dal matrimonio a ricevere tutela giuridica e sociale. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio gli stessi diritti dei figli nati all'interno del matrimonio. Tuttavia, il legislatore costituzionale ha anche riconosciuto la legittimità di alcune differenze nella regolamentazione, valutando la compatibilità della tutela dei figli nati fuori dal matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima e riconoscendo la conformità costituzionale di regole e limiti nella ricerca della paternità.

Successivamente, con la riforma del diritto di famiglia del 1975, si è operata una tendenziale equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, in conformità all'evoluzione dei costumi sociali. Tale processo è stato completato, almeno per quanto riguarda gli effetti, dalla legge 219/2012, che non solo ha stabilito regole di immediata applicazione, ma ha anche affidato al



governo il compito di eliminare ogni discriminazione tra figli. Questo obiettivo è stato raggiunto con il decreto legislativo 154/2013, che ha eliminato le differenze residue sugli effetti della filiazione e ha modificato anche la disciplina delle azioni legali.

Quindi, con la recente riforma, la distinzione formale dello status è stata eliminata ed è stato stabilito che "tutti i figli hanno lo stesso status giuridico" (art. 315 del codice civile), ma è stata anche richiesta una revisione del linguaggio normativo, sostituendo le espressioni "filiazione legittima" e "filiazione naturale" con le espressioni "filiazione nel matrimonio" e "filiazione fuori dal matrimonio".

L'unificazione dello status è pienamente coerente con la norma costituzionale, che considera la famiglia fondata sul matrimonio un istituto da proteggere, ma non da privilegiare, e con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che vieta le discriminazioni basate sulla nascita, e con la CEDU, che non consente trattamenti differenziati ingiustificati contrari al diritto alla vita privata e familiare.

Si è a lungo discusso se questa equiparazione costituisca una piena attuazione dell'equilibrio stabilito dal legislatore costituzionale o se abbia spostato tale equilibrio in una direzione più progressista. Secondo un'interpretazione evolutiva, questa equiparazione sarebbe coerente con i principi desumibili dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

Nonostante l'unificazione formale, ci sono ancora differenze tra la filiazione nel matrimonio e la filiazione fuori dal matrimonio, anche per quanto riguarda gli effetti legati all'inserimento del figlio nella famiglia di uno dei genitori e all'acquisizione del cognome. Le differenze più significative riguardano le modalità di costituzione dello status: se il figlio è nato da genitori sposati, lo status si costituisce automaticamente nei confronti di entrambi i genitori, altrimenti si costituisce solo nei confronti del genitore che lo ha riconosciuto o contro cui è stata dichiarata la paternità o maternità, senza incidere sulla situazione dell'altro genitore.

Anche le azioni legali sono regolate in modo diverso, anche se recentemente riformate. L'azione di reclamo dello status di figlio è riservata alla costituzione del rapporto di filiazione nel matrimonio. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ha lo scopo di costituire il rapporto di filiazione fuori dal matrimonio con il genitore che non ha riconosciuto il figlio. L'azione di contestazione della filiazione e di disconoscimento della paternità sono limitate alla rimozione dello status di figlio costituito automaticamente nel matrimonio, mentre lo stesso status acquisito fuori dal matrimonio può essere messo in discussione attraverso l'impugnazione del riconoscimento.

Sorge il dubbio se le differenze nella costituzione del rapporto di filiazione possano essere fonte di discriminazione o se siano giustificate dalla diversità delle situazioni regolate. Questo dubbio sembra non sorgere per la paternità, dato che la presunzione si basa sull'obbligo di fedeltà tra i coniugi, ma è valido per quanto riguarda la maternità, per la quale sembra non avere rilevanza il disposto costituzionale che riserva alla legge la fissazione delle regole e dei limiti per la ricerca del rapporto genitoriale.

A differenza della maggior parte degli altri paesi europei, in Italia la regola del riconoscimento automatico della maternità non si applica ai figli concepiti fuori dal matrimonio, in quanto non è stata ratificata la Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio. La regola tradizionale del riconoscimento automatico della maternità nel matrimonio è stata ridimensionata dalla riforma dell'ordinamento dello stato civile, che ha confermato il diritto della

madre coniugata di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, eliminando così la differenza nella costituzione della filiazione nel e fuori dal matrimonio.

La disciplina della filiazione è basata su alcuni principi generali, che nel tempo hanno avuto diversa importanza. La scelta originaria di favorire l'acquisizione e la conservazione dello status di figlio nato nel matrimonio e del conseguente rapporto di paternità del coniuge con la madre è stata progressivamente erosa dalla Corte costituzionale e dalle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, fino a confermare la preminenza del principio di accertamento della verità. Questa evoluzione, che ha comportato l'eliminazione progressiva dei vincoli in azioni di disconoscimento della paternità e di dichiarazione di paternità o maternità, è ora pienamente giustificata alla luce dell'equiparazione nel trattamento della filiazione.

Il principio di favorire l'interesse del minore ha assunto un valore preminente, sia come criterio di valutazione nelle procedure di acquisizione dello status, sia come criterio guida della responsabilità genitoriale verso i figli.

Secondo i principi del diritto internazionale convenzionale, l'interesse del minore deve influenzare le decisioni dei genitori e delle autorità amministrative e giudiziarie.

Assistenza alla Riproduzione Medica Regolamentata dall'ordinamento italiano con la legge n. 40 del 2004, dopo un percorso legislativo complesso e prolungato, l'Assistenza alla Riproduzione Medica (ARM) ha visto una limitazione marcata delle sue capacità rispetto alle pratiche antecedenti. Malgrado ciò, la regolamentazione è stata significativamente modificata da varie decisioni della Corte Costituzionale, che ha rimosso i più indifendibili limiti e divieti imposti dalla legge, facendo prevalere i diritti alla salute e all'autodeterminazione riproduttiva della coppia rispetto all'interesse contrapposto di protezione della vita e della dignità dell'embrione.

L'articolo 4 della legge n. 40 del 2004 prevede l'uso dell'ARM per coppie eterosessuali infertili, maggiorenni e conviventi o sposate, all'interno di un'età potenzialmente fertile (come attestato da un referto medico). Questi criteri devono essere mantenuti fino al momento della fertilizzazione dell'embrione, che può essere poi impiantato anche se le circostanze dovessero cambiare in seguito.

Alcuni esperti sostengono che questa regolamentazione contrasti con il diritto individuale di vivere l'esperienza genitoriale, garantito dalla Costituzione. Al contrario, si osserva che la legge considera l'ARM un trattamento per equiparare le coppie infertili a quelle fertili, e perciò non è permesso il suo utilizzo per ottenere un risultato che non si sarebbe potuto raggiungere tramite concepimento naturale.

Di conseguenza, l'ARM è vietata per le donne single, le coppie dello stesso sesso e le coppie in cui uno dei partner è deceduto o non è più in età feconda. L'accesso alla terapia è consentito solo a maggiorenni, per garantire un'adeguata consapevolezza dell'approccio alla riproduzione. Non è necessario che la coppia sia sposata; è sufficiente la coabitazione, sebbene tale condizione non sia verificata, ciò indica che l'ordinamento ritiene adeguata una doppia responsabilità genitoriale presunta.

La regolamentazione originale non permetteva l'ARM alle coppie senza infertilità comprovata, un limite che rappresentava uno dei punti più controversi della legge, poiché discriminava tra coppie con patologie genetiche, privilegiando quelle infertili rispetto a quelle fertili.

Questa discrepanza è stata annullata dalla Corte Costituzionale, allineandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dichiarando incostituzionale il divieto poiché contrastante con la normativa che permette l'interruzione di gravidanza nel caso in cui vi sia rischio per la salute della donna dovuto alla possibilità che il feto sia portatore di malattie genetiche.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 96 del 2015, ha invalidato le parti della legge che proibivano l'uso dell'ARM a coppie fertili con malattie genetiche trasmissibili gravi, equiparate a quelle che danno diritto all'interruzione terapeutica di gravidanza, attestata da strutture sanitarie pubbliche.

La Corte ha notato che tale divieto violava il diritto alla salute della donna, in quanto la legge riconosceva la possibilità di diagnosi prenatale e, quindi, di interrompere la gravidanza se il feto fosse malato, ma non consentiva alle coppie con malattie genetiche di utilizzare l'ARM per evitare la condizione problematica.

Secondo l'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, il consenso di entrambi i partner per l'uso dell'ARM deve essere espresso per iscritto al medico responsabile, secondo le procedure stabilite dai ministri della giustizia e della salute. Il consenso può essere revocato fino al momento della fecondazione, dopodiché l'impianto può essere rifiutato dal medico solo per ragioni mediche o sanitarie.

Gli studiosi ritengono che questa norma si riferisca al consenso all'attribuzione del vincolo genitoriale, mantenendo comunque il diritto della donna di accettare o rifiutare il trattamento medico per l'impianto dell'embrione fertilizzato.

Le tecniche di procreazione assistita sia in vivo che in vitro sono permesse e, solo dopo una sentenza della Corte Costituzionale, è stato ammesso l'uso della fecondazione eterologa, con gameti esterni alla coppia, superando il divieto iniziale del legislatore. Rimangono vietate la surrogazione di maternità, la clonazione e il commercio di embrioni e gameti.

La sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, rilevando una discriminazione nei confronti delle coppie con sterilità o infertilità assoluta e non garantendo loro il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata e familiare e all'autodeterminazione in tale ambito.

Le regole relative alla costituzione del rapporto di filiazione sono frammentarie e di portata controversa (articoli 8 e 9 della legge n. 40 del 2004), che stabiliscono che i nati da ARM sono figli della coppia consenziente; in caso di fecondazione eterologa, il partner consenziente non può negare la paternità, e non esiste alcun rapporto tra il nato e il donatore. Tali norme sono viste come basate sulla responsabilità piuttosto che sulla verità biologica e devono essere integrate nel sistema normativo del codice civile.

La sentenza n. 2315 del 1999 ha anticipato la normativa entrata in vigore con la legge n. 40 del 2004. Si discute sull'applicabilità dell'articolo 235 del codice civile (oggi 243 bis) sulla "azione di disconoscimento della paternità" ai casi di ARM, con la conclusione che il marito non può negare la paternità avendo contribuito alla nascita del bambino.

**Maternità Surrogata** Tra le varie tecniche di riproduzione, la maternità surrogata rappresenta la pratica più controversa dal punto di vista giuridico. Si tratta di un accordo, remunerato o meno, in

cui una donna si impegna a gestire una gravidanza per conto di un'altra. Si differenzia tra maternità surrogata in senso stretto, dove la madre surrogata è anche geneticamente legata al bambino, e l'affitto d'utero, dove l'embrione non ha legami genetici con la madre surrogata.

Nella giurisprudenza, specialmente in quella americana, in caso di dispute si privilegia la madre che ha commissionato la gravidanza, in quanto è stata l'unica a desiderare il bambino fin dall'inizio. In Italia, prima della legge n. 40 del 2004, vi erano state diverse interpretazioni giuridiche su questa pratica, con decisioni variabili. Tuttavia, il legislatore ha poi stabilito un divieto assoluto di maternità surrogata con la legge del 2004, prevedendo sanzioni sia per la madre surrogata sia per la coppia committente. La registrazione di un atto di nascita con una madre diversa da quella partorienti configura il reato di falsificazione di atto di nascita.

Sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009 - Riconoscibilità del 'Parental Order' Per quanto riguarda l'accettazione in Italia dei 'parental order' emessi nel Regno Unito, che assegnano la maternità su un bambino attraverso la maternità surrogata, si deve fare riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale. In questo contesto, il fatto che la legge italiana proibisca attualmente la maternità surrogata, e che si basi sul principio, peraltro non assoluto e talvolta derogabile, della superiorità della maternità biologica su quella sociale, non costituisce di per sé un motivo di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, soprattutto considerando che altre legislazioni, come quelle del Regno Unito e della Grecia, ammettono eccezioni a tale principio.

Per il riconoscimento o meno dei 'parental order' stranieri, è fondamentale dare priorità all'interesse maggiore del minore (vedi art. 3 della legge 27 maggio 1991, n. 176, che ratifica la convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989). Questo interesse rappresenta un criterio per determinare la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, un principio sottolineato anche a livello comunitario, in particolare per il riconoscimento delle sentenze straniere relative ai rapporti genitori-figli, come stabilito dall'art. 23 del Regolamento CE n. 2201/2003, che precisa come la valutazione della "non contrarietà all'ordine pubblico" debba essere fatta "tenendo conto dell'interesse superiore del figlio".

Caso Paradiso e Campanelli contro Italia alla CEDU (2015) La coppia italiana, dopo aver effettuato un contratto di maternità surrogata in Russia, e di fronte all'assenza di legami genetici tra loro e il bambino, al ritorno in Italia si è vista negare la registrazione di tale status e, anzi, il Tribunale di Campobasso ha ordinato la separazione del minore dalla coppia. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, benché non si sia espressa sulla mancata trascrizione, ha stabilito che la rimozione del minore costituisce una violazione dell'articolo 8 della CEDU, poiché tale azione è stata giudicata non necessaria in una società democratica. Le autorità italiane, secondo la Corte, non hanno posto l'interesse del minore al primo posto, ma hanno piuttosto inteso punire la coppia, lasciando il bambino senza identità e cittadinanza per più di due anni, violando così i suoi diritti fondamentali.

In questa sentenza è stato inoltre enunciato il principio secondo il quale tutte le decisioni e le misure prese devono tener conto in modo prioritario del miglior interesse del minore.

### **La formazione dell'atto di nascita**

L'articolo 236 stabilisce che la filiazione si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. In mancanza di questo titolo, il possesso continuo dello stato di figlio può essere sufficiente.

L'atto di nascita viene formato dall'ufficiale dello stato civile sulla base della dichiarazione di nascita resa da uno dei genitori, dal procuratore, dal medico, dall'ostetrica o da altro presente al parto. Questa dichiarazione è accompagnata dall'attestazione di avvenuta nascita rilasciata dal personale sanitario presente al parto, o da una dichiarazione sostitutiva che contiene le informazioni sulla madre e sul luogo e il tempo di nascita.

La natura dell'atto di nascita è oggetto di discussione dottrinale. Secondo il testo normativo, ha valore di prova legale dello stato di filiazione e può essere utilizzato in giudizio. Alcuni sostengono che debba essere qualificato come "titolo di stato", poiché solo attraverso di esso si può dimostrare il rapporto di filiazione e gli eventuali controinteressati che intendono contestarlo devono promuovere un'azione di stato. Tuttavia, secondo una visione più recente, l'atto di nascita ha natura dichiarativa e non costitutiva dello status di filiazione, che può essere dimostrato attraverso il possesso di stati.

Nell'atto di nascita, l'ufficiale dello stato civile indica il sesso, il nome, il luogo e il tempo della nascita del bambino. Se il figlio è nato da coppia non coniugata, viene indicato anche il nome dei genitori che hanno reso la dichiarazione di riconoscimento o hanno dato il consenso ad essere nominati.

In alcune circostanze, i presupposti per la costituzione automatica del rapporto di filiazione con entrambi i genitori non sono rilevanti. Ad esempio, se la madre coniugata esprime la volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, automaticamente non si costituisce alcun rapporto di filiazione, nemmeno con il coniuge. Questa tesi è stata sostenuta già nel codice civile del 1865 e successivamente nel codice del '42. La giurisprudenza ha accolto le argomentazioni del Cicu e ha continuato a consentire il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale del rapporto di paternità naturale del figlio adulterino anche prima della riforma del 1975.<sup>1</sup> La volontà della donna coniugata di non essere nominata

La questione riguarda la possibilità per una donna coniugata di esprimere la volontà di non essere nominata, sia nel caso in cui ritenga che il marito non sia il padre del figlio, sia nel caso in cui rifiuti il rapporto genitoriale per qualsiasi motivo.

Alcuni sostengono che permettere alla donna di evitare l'attribuzione del figlio ad un padre non corrispondente alla verità sarebbe coerente con la giurisprudenza penale e contribuirebbe a prevenire aborti e infanticidi. Questa posizione è sostenuta dal silenzio del testo e dalla possibilità di deroga prevista per la PMA.

D'altro canto, c'è chi ritiene che la volontà della donna di non essere nominata, indipendentemente dalla motivazione, obblighi il dichiarante e l'ufficiale di stato civile nell'atto di nascita.

Secondo l'orientamento prevalente, una donna coniugata può evitare che sia applicata la presunzione di paternità, impedendo così l'instaurazione automatica del rapporto di filiazione. Questo avviene quando riconosce il figlio come nato fuori dal matrimonio, in concomitanza con la dichiarazione di nascita. Tale soluzione è considerata coerente con la riforma del 1975 e con il principio del favor veritatis.

Esiste un'opinione minoritaria che nega alla madre il diritto di riconoscere autonomamente il figlio, contrapponendosi alla norma e a un'interpretazione costituzionalmente orientata che mira a parificare la posizione del padre e della madre. Inoltre, esiste un'opinione che prevede che l'ufficiale di stato civile possa negare alla donna coniugata il potere di riconoscere il figlio come nato fuori dal matrimonio, anche prima della redazione dell'atto di nascita. Su questa questione, appaiono poco convincenti anche le altre interpretazioni che ostacolano l'esercizio del diritto materno.

### **Le prove della filiazione e le azioni di stato**

In caso di controversie sulla filiazione, lo status di figlio può essere dimostrato tramite l'atto di nascita, che costituisce prova legale della filiazione nel matrimonio. Secondo l'orientamento tradizionale, sarebbe sufficiente che l'atto di nascita indichi la madre come donna coniugata, grazie alla presunzione di paternità. Tuttavia, si tende anche a richiedere che l'atto di nascita faccia riferimento esplicito al rapporto di paternità con il marito della madre. In mancanza di tali indicazioni, non sarebbe necessario procedere al disconoscimento per contestare la paternità.

Per la filiazione fuori dal matrimonio, l'atto di nascita è anche prova legale del rapporto di filiazione con il soggetto indicato nella dichiarazione di nascita o nell'atto di riconoscimento ivi annotato. In assenza dell'atto di nascita, lo stato giuridico della filiazione può essere dimostrato tramite il possesso di stato, cioè attraverso fatti dimostrativi delle relazioni filiali e parentali di cui si afferma l'appartenenza, che possono essere provati nel corso di un giudizio. La nuova legge del 2013 ha ampliato la disciplina del possesso di stato, consentendo di far valere in tribunale la condizione di figlio nato fuori dal matrimonio anche senza un riconoscimento formale o una sentenza giudiziale. Questa estensione va contro la tradizione che considerava il possesso di stato di figlio naturale solo come presupposto per l'azione legale di dichiarazione di paternità o maternità. Tuttavia, questa modifica solleva anche problemi sistematici, poiché non è stata prevista un'azione di stato per mettere in discussione l'accertamento incidentale dello stato di figlio nato fuori dal matrimonio. La nuova legge modifica anche i requisiti, non richiedendo più che la persona abbia sempre portato il cognome del padre. Se una persona non può produrre l'atto di nascita o dimostrare il possesso di stato, deve presentare un'azione di stato per affermare la sua relazione di parentela, mentre se l'atto di nascita è disponibile o il possesso di stato è dimostrato, colui che vuole contestare lo status di figlio deve proporre un'azione di stato come un'azione di disconoscimento o contestazione. È ben stabilito nella dottrina e nella giurisprudenza che la contestazione o il reclamo dello stato di figlio non possono essere fatti solo incidentalmente, ma richiedono un processo di stato con efficacia giudicata a tutti gli effetti.

In questa situazione è possibile rivendicare la relazione di parentela con entrambi i genitori semplicemente dimostrando la paternità del coniuge della madre, poiché il soggetto è stato concepito durante il matrimonio. Secondo la giurisprudenza, quando a un individuo viene automaticamente attribuito lo status di figlio, anche se è nato 300 giorni dopo la separazione, chi desidera contestare la paternità ha solo l'onere di dimostrare che il concepimento è avvenuto al di fuori del periodo presumibile, mentre spetta all'imputato provare l'esistenza del legame di paternità. Questo principio si applica anche nel caso di una riconciliazione dopo la separazione,

anche se il concepimento è avvenuto durante il periodo di separazione. Tuttavia, questa presunzione non si applica in tre casi specifici.

La presunzione automatica di filiazione non si applica nei seguenti casi:

1. Se sono trascorsi 300 giorni dal rilascio del provvedimento del giudice che autorizza la separazione dei coniugi, o dalla sentenza di separazione giudiziale, o dal decreto di omologazione della separazione. Tuttavia, l'articolo 234 del Codice Civile afferma che il coniuge o gli eredi possono provare che il figlio è stato comunque concepito durante il matrimonio.
2. Se la madre esprime la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita (ad esempio, in caso di relazione extraconiugale). La Corte Costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo giustificano questa soluzione riconoscendo alla donna una protezione durante il parto, al fine di scoraggiare aborti e infanticidi.
3. Se la donna accetta di essere nominata, ma esprime contestualmente la volontà di riconoscere il figlio come nato fuori dal matrimonio. Questa situazione è ammessa pacificamente dalla giurisprudenza ed è conforme al principio del favor veritatis.

### **Azione di disconoscimento della paternità**

L'attribuzione della paternità, in presenza di una relazione di parentela all'interno del matrimonio, può essere contestata con un'azione di disconoscimento della paternità, che dimostra l'assenza del legame di paternità con il marito della madre e porta alla perdita dello status di figlio. Una volta conclusa la relazione di parentela con il marito della madre, secondo la dottrina, il legame di parentela rimane solo con la madre senza la necessità di un atto di riconoscimento o dichiarazione giudiziale. Tuttavia, la circolare del Ministero dell'Interno del 2001 richiede il riconoscimento da parte della madre, anche se può essere dedotto implicitamente dalla dichiarazione di nascita. Nella legislazione precedente, l'azione di disconoscimento della paternità poteva essere promossa solo se la persona era nata entro 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio e se ricorrevano tre circostanze che rendevano probabile che il nato non fosse figlio del coniuge della madre: mancanza di coabitazione, impotenza, adulterio o occultamento della gravidanza o della nascita. Questa scelta tradizionale si basa sulla volontà di tutelare l'armonia della famiglia fondata sul matrimonio. Tuttavia, i limiti imposti dalla legge precedente hanno perso la loro ragione d'essere dopo che l'articolo 235 del Codice Civile è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non consentiva l'accesso ai risultati delle prove genetiche o ematiche prima che fosse dimostrato l'adulterio o l'occultamento della gravidanza. La mancata prova del legame di parentela può essere fornita con qualsiasi mezzo, ma la sola dichiarazione della madre non è sufficiente per escludere la paternità. Attualmente, la prova decisiva è rappresentata dalla consulenza genetica ematica, e si ritiene che il giudice possa trarre elementi di valutazione dal rifiuto di sottoporsi al test. I soggetti legittimati ad agire sono non solo il marito, ma anche la madre e il figlio maggiorenne. Prima della riforma, solo il marito aveva la legittimazione a promuovere l'azione entro tre mesi, a tutela del proprio onore. L'estensione della legittimazione mira a riconoscere una maggiore importanza alla ricerca della verità biologica, ma non include altri soggetti, come il padre biologico. L'articolo 244 del Codice Civile stabilisce i termini di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità: la madre deve agire entro sei mesi dalla nascita del figlio o dal momento in cui viene a conoscenza dell'impotenza del marito al momento del concepimento. Chi desidera agire in un momento diverso dalla nascita ha l'onere di provare, anche in via presuntiva, il momento in cui ha avuto

conoscenza dell'adulterio o dell'impotenza. Il marito deve agire entro un anno dalla nascita se si trovava nel luogo in cui è avvenuto il parto. Se non si trovava in quel luogo o si era allontanato dalla residenza familiare, il termine decorre dal giorno del suo ritorno o dalla notizia della nascita se dimostra di esserne stato ignaro anche al momento del suo ritorno. Se prova di aver scoperto, dopo la nascita, la propria impotenza o l'adulterio della moglie, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza. Il figlio non è soggetto ad alcun termine di prescrizione per consentirgli di esercitare il diritto di ripristinare il legame di parentela con il vero genitore (*favor veritatis*). Nel caso in cui il figlio sia minorenne, l'azione può essere promossa da un tutore speciale nominato dal giudice su richiesta del minore se ha compiuto 14 anni, o su richiesta del pubblico ministero o dell'altro genitore se è più giovane. In quest'ultimo caso, il giudice deve valutare se c'è l'interesse del minore a intentare l'azione, che lo priverebbe dello status di figlio nato nel matrimonio senza garantirgli lo status di filiazione verso il padre biologico. Il legislatore ha introdotto un ulteriore termine che impedisce di agire in tribunale dopo 5 anni dalla nascita. Questa disposizione ha lo scopo di garantire la stabilità del rapporto genitoriale per il figlio fin dalla sua entrata nella vita sociale, mettendo da parte l'interesse dei genitori di determinare la verità. Pertanto, il termine deve essere considerato "decadenziale". Alcuni autori sollevano dubbi sulla conformità costituzionale di questa disciplina, ma non attribuiscono importanza alle regole che prevedono espressamente la sospensione dei termini di azione nel caso in cui il coniuge o il figlio siano incapaci o si trovino in una condizione di abituale infermità mentale che li renda incapaci di curare i propri interessi.

#### 1. Azione di disconoscimento della paternità

Il capitolo tratta della scelta normativa che cerca di raggiungere un equilibrio tra il desiderio di ristabilire la verità biologica e la necessità di garantire la sicurezza della filiazione. La Corte Edu nel 2005 ha ammesso la validità di un termine per l'esercizio di quest'azione, che serve a proteggere gli interessi dei minori e a garantire la certezza giuridica dei rapporti familiari. Tuttavia, la Corte ha stabilito che il termine deve essere sufficientemente esteso per non precludere l'azione a colui che ha scoperto di non essere il padre solo dopo un anno dalla nascita del bambino. Si forniscono anche disposizioni sulla trasmissione dell'azione in caso di morte del presunto padre o della madre, e si precisa che se il figlio titolare dell'azione è deceduto, il coniuge o i discendenti possono agire in sua vece. Si specifica inoltre che se il discendente che sostituisce il coniuge o il figlio è ancora minorenne, l'azione può essere promossa da un curatore speciale. Si sottolinea che il termine dell'azione non può essere sospeso o interrotto, ad eccezione della minore età, che sospende temporaneamente il termine. Si evidenzia infine che l'azione di disconoscimento non è ammessa in caso di fecondazione eterologa se il bambino corrisponde all'embrione fecondato artificialmente.

#### 2. Azione di contestazione

Il capitolo parla dell'azione di contestazione dello status di figlio, che viene utilizzata soprattutto per contestare la maternità. Quest'azione non è soggetta a un termine di decadenza e può essere promossa da chiunque dimostri di avere un interesse rilevante, compreso il figlio stesso. L'azione è rivolta contro il figlio, se non è l'attore, e richiede la partecipazione di entrambi i genitori come litisconsorti necessari. In questo capitolo si specifica che l'azione può essere esercitata per contestare il legame di maternità in casi di supposizione di parto o di sostituzione di neonato. Si discute anche del significato del rinvio al secondo comma dell'articolo 239 del codice civile, che riguarda l'azione di reclamo dello stato di figlio. Infine, si suggerisce che l'azione potrebbe



anche essere basata sull'insussistenza del matrimonio tra i genitori o sulla nullità del matrimonio, anche se questo punto non è del tutto chiaro. La tesi dottrinale che sostiene la possibilità di utilizzare l'azione di contestazione quando la nascita avviene 300 giorni dopo la separazione o la cessazione del matrimonio è stata messa in discussione dalla giurisprudenza.

Un primo orientamento ha indicato la rettificazione come possibile soluzione in questo caso. Al contrario, un secondo orientamento ha sostenuto l'utilizzo di un'azione di disconoscimento della paternità su generis, in base alla quale spetta all'attore provare la separazione o la cessazione del matrimonio e al convenuto provare la paternità del marito.

La relazione illustrativa del decreto legislativo ha concordato con questo secondo orientamento, negando l'applicabilità dell'azione di contestazione in questi casi.

Secondo l'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza, l'azione di contestazione della legittimità non può essere utilizzata per superare la presunzione di paternità, ma va utilizzata l'azione di disconoscimento.

L'azione di reclamo dello stato di filiazione, in precedenza chiamata "azione di reclamo della legittimità", deve essere avviata da colui che non riesce a dimostrare il proprio status di figlio nato nel matrimonio con l'atto di nascita e/o il possesso di stato. L'azione può essere promossa quando il reclamante ha lo status di figlio di ignoti o figlio di coniugi diversi da quelli che assume essere i veri genitori.

L'azione di reclamo può essere esercitata anche quando manca l'atto di nascita o quando si può dimostrare di essere stato concepito durante il matrimonio, anche se nato dopo lo scioglimento del matrimonio.

Il figlio può proporre l'azione di reclamo senza limiti di tempo, mentre se è minorenne, interdetto o in condizione di grave infermità di mente, l'azione può essere avviata da un curatore speciale.

I legittimati passivi dell'azione sono entrambi i genitori, mentre in caso di genitori premorti, minori o persone incapaci si applica l'articolo 247 del codice civile.

In precedenza, in mancanza dei genitori, erano legittimati passivi gli eredi. La modifica della legge consente ora l'azione anche verso un discendente o ascendente, al fine di agevolare l'individuazione dei soggetti legittimati passivi.

### **3. Azione di reclamo**

L'azione di reclamo richiede la dimostrazione della maternità e dello stato di coniugo dei genitori, dopodiché possono essere utilizzate le presunzioni di paternità. Dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 154/2013, non ci sono più limitazioni probatorie sulla filiazione. Anche i convenuti possono utilizzare qualsiasi mezzo di prova, compresa la testimonianza, per negare la maternità o la paternità.

#### **Filiazione fuori dal matrimonio**

Nel caso di figli generati con persone diverse dal coniuge, il rapporto di paternità o maternità può essere costituito mediante un atto di riconoscimento del genitore o una dichiarazione giudiziale. La riforma del diritto di famiglia ha equiparato i due istituti, eliminando le restrizioni precedentemente presenti per la dichiarazione giudiziale di paternità.

## **Riconoscimento del figlio (art 250 e ss)**

L'articolo 250 del codice civile stabilisce che è possibile riconoscere un figlio nato fuori dal matrimonio sia da parte della madre che del padre, anche se al momento del concepimento erano già sposati con altre persone. Il riconoscimento può avvenire sia congiuntamente che separatamente.

Il riconoscimento di un figlio di età superiore ai 14 anni non ha effetto senza il suo consenso. Nel caso di un figlio di età inferiore ai 14 anni, il riconoscimento non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che ha già effettuato il riconoscimento. Tuttavia, il consenso non può essere negato se è nell'interesse del figlio.

Se un genitore desidera riconoscere il figlio ma l'altro genitore rifiuta il consenso, può rivolgersi al giudice competente, che fissa un termine per notificare il ricorso all'altro genitore. Se non vi è opposizione entro 30 giorni dalla notifica, il giudice decide con una sentenza che ha valore di consenso mancante. Se invece vi è opposizione, il giudice, dopo aver acquisito tutte le informazioni necessarie, ascolta il figlio minore di dodici anni o anche di età inferiore ma in grado di discernimento, e prende eventuali provvedimenti provvisori e urgenti per stabilire la relazione, a meno che l'opposizione non sia chiaramente infondata.

Con la sentenza che sostituisce il consenso mancante, il giudice può prendere le misure necessarie per l'affidamento e il mantenimento del minore in conformità all'articolo 315-bis e per il suo cognome in conformità all'articolo 262.

I genitori che non hanno ancora compiuto sedici anni non possono effettuare il riconoscimento, a meno che il giudice non li autorizzi, valutando le circostanze e tenendo conto dell'interesse del figlio.

Il riconoscimento di un figlio naturale è un atto irrevocabile che può essere dichiarato personalmente dal padre e/o dalla madre, sia congiuntamente che separatamente, nella dichiarazione di nascita fino al momento della redazione dell'atto di nascita, oppure con una dichiarazione successiva contenuta in un atto pubblico o in un testamento o resa davanti a un funzionario dello stato civile.

Se la dichiarazione avviene dopo la redazione dell'atto di nascita, deve essere annotata nell'atto stesso. L'ufficiale pubblico che riceve la dichiarazione deve inviarne una copia all'ufficiale dello stato civile competente entro 20 giorni per l'annotazione.

Se la dichiarazione è contenuta nel testamento, il notaio deve trasmetterla solo dopo la morte del testatore, entro 20 giorni dalla pubblicazione del testamento olografo o segreto o dal passaggio del testamento pubblico dal fascicolo a repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti tra vivi.

La dichiarazione può essere contenuta in una delle forme testamentarie ammesse dalla legge, e in tal caso produce effetti dalla morte del testatore, anche se il testamento viene revocato.

Il riconoscimento testamentario, inefficace durante la vita del testatore, può essere utilizzato come mezzo di prova per una dichiarazione giudiziale di paternità o maternità. Quindi, il riconoscimento può anche essere contenuto in un testamento olografo, ma per distinguerlo da un'altra dichiarazione autografa, che non è valida, è necessario accertare l'intenzione testamentaria.

È oggetto di discussione se la regola dell'irrevocabilità del riconoscimento si applichi solo nel caso in cui il testamento olografo sia revocato con una dichiarazione esplicita o anche nel caso in cui sia stato distrutto. La maggioranza della dottrina si è espressa a favore del secondo caso, considerando la questione come un problema di prova.

È ammessa la validità del riconoscimento testamentario anche se il testamento è invalido, a condizione che siano presenti i requisiti di validità della dichiarazione di riconoscimento.

La dichiarazione di riconoscimento può essere fatta anche prima della nascita del figlio, purché sia successiva al concepimento. L'efficacia del riconoscimento prenatale è subordinata alla nascita e il riconoscimento paterno non può precedere quello materno, ma deve essere almeno contemporaneo. Se è successivo alla nascita, deve essere subordinato al consenso della madre.

La legittimità costituzionale della normativa che disciplina il trattamento differito della posizione paterna è oggetto di dibattito nella dottrina.

Sorge il problema se una regola diversa che consenta il riconoscimento ancora prima del concepimento si applichi anche nei casi di procreazione medicalmente assistita (PMA). L'articolo 8 della legge 40/2004 stabilisce che "i nati da tecniche di procreazione assistita hanno lo stesso status dei figli riconosciuti dalla coppia che ha deciso di ricorrere a tali tecniche".

Il consenso deve essere espresso prima dell'applicazione delle tecniche di procreazione assistita.

È controverso quale sia la rilevanza del consenso: secondo un orientamento, la disciplina speciale non ha modificato la regola generale riguardante l'instaurazione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio, che richiede un riconoscimento formale dopo il concepimento.

Secondo un altro orientamento, il consenso espresso prima della fecondazione da entrambi i genitori ha valore come riconoscimento nei confronti del figlio nato da PMA e quindi la madre non può esprimere la volontà di non essere nominata.

La dichiarazione di riconoscimento può essere fatta anche dopo la morte del figlio, ma in tal caso ha un'efficacia limitata: non produce effetti a vantaggio del genitore (non sarà considerato il legittimo erede del figlio), ma opera solo a favore dei discendenti.

### **Presupposti e limiti**

Spetta a chi effettua il riconoscimento dimostrare l'assenza delle cause ostative previste dalla legge.

La dichiarazione di riconoscimento può essere fatta anche da un minorenne, che abbia almeno 16 anni o che, se più giovane, sia stato autorizzato dal giudice in base alle circostanze e all'interesse del figlio.

Il riconoscimento, essendo considerato un atto estremamente personale, deve essere dichiarato direttamente dal genitore, anche se minorenne. Si tratta di una capacità di agire speciale che è stata estesa anche ai minori di 16 anni dalla recente riforma, a condizione che siano autorizzati dal giudice.

Se un riconoscimento non autorizzato viene comunque annotato nell'atto di nascita, ne viene discussa la rilevanza: la posizione più minoritaria sostiene che il riconoscimento sarebbe nullo e l'atto di nascita sarebbe soggetto a rettifica. Secondo la dottrina prevalente, il riconoscimento sarebbe annullabile solo per incapacità del dichiarante. Capitolo 1: Termine di prescrizione o termine annuale di decadenza

Si è sollevato il problema di decidere se applicare il termine di prescrizione di 5 anni dopo il raggiungimento della maggiore età stabilito nella legge generale sull'annullamento del contratto, oppure il termine annuale di decadenza che decorre dal compimento dei 16 anni o dalla maggiore età.

Perché il riconoscimento sia valido, è necessario il consenso insindacabile del figlio, se ha compiuto 14 anni. Questo consenso viene annotato nell'atto di nascita e una volta dato, non può essere revocato dal genitore che ha effettuato il riconoscimento. Inoltre, il figlio ha il potere di manifestare il proprio assenso con effetto retroattivo.

La regola dell'assenso del figlio si basa sul timore che il riconoscimento effettuato dal genitore dopo tanto tempo dalla nascita possa derivare da interessi utilitaristici. L'ordinamento giuridico presume che il soggetto ultraquattordicenne sia in grado di valutare autonomamente il proprio interesse senza bisogno dell'intervento del rappresentante legale.

Se il figlio muore prima di dare il proprio consenso, si ritiene che il potere di assentire venga trasferito ai discendenti. Nel caso in cui il figlio muoia prima del riconoscimento, la mancanza di benefici per il genitore fa sì che la dichiarazione di riconoscimento sia immediatamente efficace anche senza il consenso.

Se il figlio non ha ancora compiuto 14 anni, il suo consenso non è necessario. Tuttavia, se il figlio è già stato riconosciuto da uno dei genitori, l'altro genitore non può riconoscerlo senza il consenso del primo. Il consenso può essere manifestato prima o contemporaneamente al secondo riconoscimento e in mancanza di consenso, l'ufficiale di stato civile non può ricevere il secondo riconoscimento.

Il consenso può essere manifestato davanti a un ufficiale di stato civile tramite atto pubblico o testamento.

Se il riconoscimento è stato annotato nonostante l'assenza di consenso, alcuni studiosi considerano il riconoscimento inefficace, mentre altri ritengono che il consenso possa essere annotato successivamente. La novella prevede che nel medesimo procedimento giudiziario si emetta una sentenza che tenga conto del consenso e si prendano i provvedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento del minore.

Se l'altro genitore si oppone al consenso, il genitore può presentare ricorso al giudice che stabilisce un termine per notificare il ricorso all'altro genitore. Se entro 30 giorni l'altro genitore non si oppone, il giudice emette una sentenza che sostituisce il consenso mancante e prende i provvedimenti opportuni per l'affidamento, il mantenimento e il cognome del minore. In caso di opposizione, il giudice avvia un'istruttoria, sentendo il minore, e adotta i provvedimenti necessari per stabilire una relazione, a meno che l'opposizione non sia evidentemente infondata.

Se non vi è opposizione, sembra che la sentenza sia sempre a favore del genitore che ha riconosciuto il figlio, senza che il giudice possa valutare concretamente l'interesse del minore, come dimostra il fatto che non è prevista l'audizione del minore.

Il consenso del genitore è richiesto anche se è sospeso dalla responsabilità genitoriale o è incapace.

Se il genitore è interdetto o è morto, si discute se chiedere il consenso al tutore del genitore o a quello del figlio del genitore morto, oppure se il consenso non sia più necessario o possa essere sostituito da una sentenza del giudice.

Al fine di valutare l'interesse del minore, è prevista l'audizione del minore, che deve essere disposta d'ufficio e non può essere delegata a un consulente tecnico, in quanto il minore assume la qualità di parte nel procedimento.

Le possibilità di impugnazione dell'atto di riconoscimento sono limitate e cancellano lo stato di filiazione precedentemente stabilito con l'atto di riconoscimento.

L'azione di impugnazione del riconoscimento può essere presentata davanti al giudice se sussiste un difetto di veridicità. Questa azione mira a tutelare l'interesse generale alla verità dello stato filiale e può essere proposta da qualsiasi persona interessata, compreso l'autore del riconoscimento. È imprescrittibile verso il figlio, ma è necessario dimostrare che chi ha effettuato il riconoscimento non è il vero genitore. Questa azione protegge indirettamente la volontà di chi ha effettuato il riconoscimento a causa di un errore sulla relazione di filiazione. Può essere esperita anche se il dichiarante è consapevole della mancanza del rapporto di filiazione e ha utilizzato il riconoscimento per ottenere gli effetti tipici dell'azione giuridica.

Fino alla novella, questa azione non era soggetta ad alcun termine di prescrizione o decadenza. Tuttavia, il decreto legislativo 154/2013 ha introdotto limiti di tempo per esercitarla, al fine di consolidare la posizione del figlio. L'autore del riconoscimento decade entro un anno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, a meno che dimostri di aver successivamente scoperto la propria impotenza o quella del partner. In ogni caso, l'autore e gli altri interessati decadono entro cinque anni dall'annotazione del riconoscimento, a meno che non vi sia una ragione di sospensione del termine.

Se l'autore del riconoscimento muore entro i termini di decadenza, l'azione può essere portata avanti dai discendenti o dagli ascendenti, e inizierà un nuovo termine di impugnazione di un anno dalla morte, dalla nascita del figlio in caso di morte postuma o dal raggiungimento della maggiore età del discendente che intende agire. Se il soggetto riconosciuto muore, l'azione può essere esercitata dal coniuge o dai discendenti entro un anno dalla morte, o dal raggiungimento della maggiore età del discendente che intende impugnare il riconoscimento. Se il soggetto riconosciuto è minorenne, l'azione può essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del riconosciuto che ha compiuto almeno 14 anni o su istanza del pubblico ministero o dell'altro genitore.

Se il riconoscimento è impugnato dall'autore, il soggetto riconosciuto sarà il legittimato passivo e viceversa. Se invece è impugnato da un terzo, sia l'autore del riconoscimento che il soggetto riconosciuto saranno i legittimati passivi. La morte dell'autore del riconoscimento o del soggetto riconosciuto non impedisce l'esercizio dell'azione da parte di un terzo interessato. Tra i terzi

legittimati vi sono i parenti o gli eredi dell'autore del riconoscimento o coloro che affermano di essere i veri genitori. Il pubblico ministero, invece, non ha il diritto di proporre questa azione.

Per evitare conflitti di interessi, la giurisprudenza nomina un curatore speciale per il soggetto riconosciuto minore nel giudizio di impugnazione del riconoscimento.

Per dimostrare il difetto di veridicità, la giurisprudenza richiede la prova dell'impossibilità assoluta del rapporto di filiazione. È necessario dimostrare che al momento del concepimento, l'autore del riconoscimento fosse impotente e non potesse avere rapporti con la madre. Secondo un altro orientamento, è sufficiente provare di essere il vero padre. Il rifiuto di sottoporsi a prove ematologiche e biologiche può essere valutato liberamente. È ammesso il ricorso al test solo se l'attore fornisce un principio di prova. Secondo la giurisprudenza più recente, dopo la novella non è più necessario dimostrare un principio di prova per disporre della consulenza tecnica.

La disciplina dell'impugnazione per difetto di veridicità è stata estesa anche ai casi in cui, pur essendoci il rapporto di filiazione, il dichiarante ha omesso di denunciare una relazione incestuosa e quindi il riconoscimento non è stato autorizzato dal tribunale. Se è stato espresso il consenso alla procreazione medicalmente assistita, il riconoscimento di un bambino nato da fecondazione eterologa non può essere impugnato per difetto di veridicità.

### **Impugnazione per violenza morale**

L'azione di impugnazione per violenza morale può essere proposta solo dall'autore del riconoscimento. Questa azione si basa sulla presenza di una minaccia che ha causato un vizio di volontà. Il termine per presentare l'azione è entro un anno dalla cessazione della violenza. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel precisare che l'impugnazione per errore o dolo non è ammessa.

### **Impugnazione per interdizione giudiziale**

L'azione di impugnazione per interdizione giudiziale può essere esperita dal rappresentante legale dell'interdetto o, nel caso in cui quest'ultimo ritorni capace, dallo stesso interdetto entro un anno dalla revoca dell'interdizione. Questa azione è posta a tutela di chi ha effettuato il riconoscimento e può essere sollevata solo in suo interesse entro un periodo di tempo limitato.

Nel caso in cui l'azione di impugnazione non sia stata promossa entro il termine previsto e l'autore del riconoscimento muore, i discendenti, gli ascendenti e gli eredi possono agire in tribunale al suo posto. È oggetto di dibattito se l'atto dell'interdetto sia impugnabile anche se è stato compiuto durante un lucido intervallo. Inoltre, si ritiene che i parenti in linea retta e gli eredi possano esercitare la stessa azione che sarebbe stata spettata all'autore del riconoscimento. Pertanto, se l'interdizione o la violenza persistono al momento della morte dell'autore del riconoscimento, il termine per i parenti e gli eredi inizia a decorrere dalla data della morte. Capitolo 1: La decorrenza del termine di 1 anno nel caso di cessazione di interdizione o violenza al momento della morte.

Se lo stato di interdizione o la violenza già sono cessati al momento della morte, il termine di 1 anno iniziato alla data della cessazione continua a decorrere verso i parenti ed eredi.

### **La protezione del soggetto riconosciuto durante il processo di impugnazione del riconoscimento.**

Durante il processo di impugnazione del riconoscimento, è necessario evitare che il soggetto riconosciuto subisca danni, sia morali che materiali, derivanti dal rapporto con l'autore del riconoscimento. Il giudice può quindi prendere tutte le misure necessarie nell'interesse del figlio, inclusa la possibilità di influire sulla potestà, affidamento e persino di allontanare il minore dall'autore del riconoscimento. Questi provvedimenti sono modificabili e revocabili in qualsiasi momento, e quindi non possono essere impugnati in Cassazione secondo l'articolo 111 della Costituzione.

### **La valutazione dell'interesse del minore attraverso l'adozione del minore come parte nel procedimento.**

L'interesse del minore viene accertato attraverso l'adozione dello stesso, pertanto il giudice deve sentire direttamente il minore e non può delegare questa responsabilità al consulente tecnico dell'ufficio. Anche se viene nominato un curatore speciale, il minore ha la qualificazione di parte nel procedimento secondo l'articolo 78 del Codice Civile.

### **Il diritto del genitore al riconoscimento come diritto del minore stesso.**

Il diritto del genitore al riconoscimento corrisponde perfettamente al diritto del minore di acquisire un'identità personale completa come figlio di una madre e di un padre specifici. Pertanto, il diritto dell'altro genitore di esprimere o negare il consenso al riconoscimento è una misura che definisce l'interesse del minore. Questo consenso può essere negato solo se vi è un grave danno allo sviluppo psicofisico del minore, sia dal genitore opposto al riconoscimento che dal giudice.

### **Sentenza della Corte di Cassazione del 27 marzo 2017 n. 7762.**

Nel caso specifico, dopo aver accertato la paternità biologica dell'attore, la Corte ha rilevato che il riconoscimento corrispondeva all'interesse della minore e che non c'erano motivi o conflitti tra i genitori che potessero ostacolare tale riconoscimento. Sono state escluse prove certe di comportamento lesivo dell'attore nei confronti della madre della minore e non vi era alcuna consulenza negativa sulla capacità genitoriale dell'uomo. La Corte d'appello di Roma ha confermato questa decisione.

### **I motivi addotti dalla Corte d'appello di Roma.**

La Corte d'appello di Roma ha ritenuto che il riconoscimento da parte dell'attore fosse nell'interesse della minore, considerando i vantaggi dell'essere cresciuta in un ambiente affettivo bigenitoriale. Inoltre, ha ritenuto che l'accanimento dell'attore nel voler stabilire una relazione con la figlia potesse essere interpretato come un desiderio sincero. Sono state negate le accuse di violenza del padre nei confronti della madre, considerando che non provavano una personalità violenta e aggressiva. Anche la vicenda giudiziaria negli Stati Uniti è stata considerata irrilevante poiché riguardava una questione fiscale. Infine, la Corte ha ritenuto che la situazione psicopatologica non fosse attuale e che le dichiarava

### **Affermazione giudiziaria di genitorialità (articoli 269 e seguenti)**

La costituzione del legame tra genitore e figlio avviene fuori dal matrimonio attraverso il riconoscimento del genitore o l'iniziativa del figlio. Tuttavia, il figlio non può limitarsi a una dichiarazione non giudiziativa, ma deve intraprendere un'azione legale per ottenere una pronuncia che confermi il rapporto di maternità o paternità.

La richiesta di una dichiarazione giuridica di maternità o paternità non può essere accolta se il soggetto che aziona il processo è già riconosciuto come figlio legittimo o figlio naturale, poiché ci sarebbe un'incapacità logico-giuridica tra i due stati, o se è stata già dichiarata l'adottabilità del figlio e si è proceduto a un affidamento preadottivo.

Sotto il regime precedente, la possibilità di intraprendere tale azione doveva essere valutata dai giudici in una camera di consiglio, consentita solo quando vi erano circostanze specifiche che potevano giustificarla. Tuttavia, la costituzionalità di questa disposizione è stata messa in discussione.

Inizialmente, la Corte costituzionale dichiarò la questione inammissibile, ritenendo che questa valutazione preliminare di ammissibilità proteggesse il genitore da azioni temerarie e preservasse l'interesse del minore. Successivamente, nella sentenza n. 50/2006 del 10 febbraio, la Corte dichiarò incostituzionale la norma poiché violava l'articolo 24 della Costituzione, ossia il diritto alla difesa in tribunale. La Corte ritenne che, essendo un'azione volta a proteggere un diritto fondamentale, la norma in questione costituiva un grave ostacolo all'esercizio del diritto alla difesa e violava anche l'articolo 111 della Costituzione riguardante il giusto processo, in particolare la ragionevole durata del procedimento.

Di conseguenza, l'interesse del minore alla costituzione del legame dovrà essere valutato durante il processo e potrà essere negato se sussistono le condizioni per la revoca della potestà genitoriale o se vi sono gravi rischi oggettivi per l'equilibrio del minore.

Tuttavia, un'eccezione a questa regola è prevista nel caso di figli incestuosi, in cui l'interesse dovrà essere valutato al momento dell'autorizzazione ai sensi dell'articolo 251 del Codice civile. Nella dottrina, si discute se tale autorizzazione debba essere concessa anche nel caso in cui l'azione sia proposta da un figlio maggiorenne.

L'azione è imprescrittibile e la legittimazione attiva spetta al figlio (articolo 270 del Codice civile). Se il figlio è minorenne, i genitori esercitanti la potestà o il tutore possono agire con l'autorizzazione del giudice.

Tuttavia, se il minorenne ha compiuto 14 anni, è necessario il suo consenso per promuovere o proseguire l'azione. Nel caso di figli interdetti, l'azione può essere intrapresa dal tutore o proseguire su autorizzazione del giudice.

Il consenso del figlio maggiorenne può essere espresso anche al termine del processo, ma deve essere presente fin dall'inizio.

Se il figlio muore senza che l'azione sia stata intrapresa, i discendenti possono promuoverla entro 2 anni dalla morte. Se, invece, il figlio ha già intrapreso l'azione prima della sua morte, i discendenti possono proseguirla (articolo 270 del Codice civile).



Il soggetto nei confronti del quale si dovrà accertare l'esistenza del legame è il legittimato passivo. Se il soggetto muore, tutti i suoi eredi sono legittimati passivi come litisconsorti necessari. In caso di mancanza di eredi, l'azione dovrà essere intrapresa nei confronti del curatore nominato dal giudice (articolo 276 del Codice civile).

Fino alla modifica normativa, in dottrina e giurisprudenza era dibattuto se la richiesta di dichiarazione giudiziale potesse essere promossa anche in caso di mancanza non solo del presunto genitore, ma anche dei suoi eredi. La risposta prevalente era negativa, perché si preferiva escludere l'interpretazione degli eredi come tutti i successori a titolo universale per evitare un'ampliamento sproporzionato dei legittimati passivi e quindi il rischio di inammissibilità della richiesta. Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, questa interpretazione limitava il diritto all'accertamento del legame di filiazione. Nelle sentenze del 2008 e 2009, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità, riconoscendo al legislatore la discrezionalità nella scelta dei legittimati passivi, che possono essere gli eredi degli eredi o solo un curatore speciale.

Le altre persone che hanno un interesse morale o patrimoniale contrario alla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità possono intervenire nel processo, ma non sono considerate parti necessarie del procedimento.

La prova della paternità o maternità deve essere fornita con ogni mezzo, comprese le presunzioni qualificate. Per la maternità, è necessario provare l'identità dell'attore con il soggetto che ha partorito il presunto figlio. Nel caso della paternità, la semplice dichiarazione della madre o la dimostrazione dell'esistenza di rapporti tra il presunto padre e la madre al momento del concepimento non sono sufficienti.

Anche se il procedimento di accertamento della maternità o paternità si svolge in camera di consiglio, ha comunque una natura litigiosa, quindi le parti devono presentare i fatti da allegare e dedurre le prove. Nel procedimento di dichiarazione di paternità, l'accertamento della maternità può essere effettuato incidentalmente.

È oggetto di dibattito se la prova della maternità, nel caso in cui la madre abbia scelto l'anonimato, possa essere ottenuta mediante elementi indiziari o testimonianze, e attraverso la prova del DNA. Negli ultimi decenni, la prova della paternità è stata principalmente effettuata tramite l'indagine del DNA, con il supporto di consulenze tecniche d'ufficio, per accertare l'esistenza dei fatti.

A partire dagli anni '90, la giurisprudenza ha stabilito che il rifiuto di sottoporsi al test del DNA è legittimo, ma costituisce un elemento di alto valore indiziario. Pertanto, tale rifiuto può essere valutato insieme ad altri elementi indiziari, come la dichiarazione della madre e la dimostrazione dei rapporti tra la madre e il presunto padre (ultima sentenza Cassazione n. 10933/2016).

In conclusione, il suddetto rifiuto può essere valutato anche insieme ad altri elementi indiziari per accertare la maternità o la paternità. Indicatori determinanti dovranno essere chiari e convergenti e potranno anche riferirsi al comportamento del padre dopo la nascita del figlio e all'atteggiamento nei suoi confronti.

Inizialmente, il codice prevedeva l'istituto della legittimazione, che trovava giustificazione nella differenza, in termini di effetti, tra la filiazione fuori dal matrimonio e quella all'interno del matrimonio.

Era consentito, in determinate circostanze, attribuire lo status di figlio legittimo al soggetto che avesse acquisito o volesse acquisire lo status di figlio naturale. Tuttavia, secondo la parificazione degli status di figli, tale istituto è stato abrogato dall'articolo 21 della legge del 2012.

Il rapporto di filiazione e parentela comporta una serie di diritti e doveri tra genitori e figli ed è alla base degli obblighi di sostentamento e dei diritti successori.

Solo di recente è stata eliminata la distinzione tra filiazione nel matrimonio e filiazione fuori dal matrimonio, che comportava l'assenza di relazioni giuridiche con i parenti dei genitori. Nonostante i tentativi della dottrina, non si era giunti ad una diversa soluzione interpretativa a causa della resistenza della Corte costituzionale, che riteneva che la regolamentazione della materia dovesse essere demandata al legislatore.

La giurisprudenza, considerando irrilevante il rapporto tra figlio biologico e parenti del genitore, ha mantenuto l'interpretazione tradizionale del concetto di parentela, limitandolo alla parentela legittima.

La riforma del 2013 ha modificato il rapporto tra il figlio nato fuori dal matrimonio e i parenti del genitore che lo ha riconosciuto o che è stato dichiarato giudizialmente, modificando l'articolo 74 del codice civile e riformulando l'articolo 258. Di conseguenza, è stata modificata anche la disciplina successoria.

Resta comunque l'assenza di relazioni tra l'adottato e i parenti dell'adottante, nel caso di adozione di persone adulte e in casi particolari, poiché l'adottato mantiene i legami con la sua famiglia di origine.

Non sussiste alcun rapporto, invece, tra il soggetto che non ha acquisito lo status di figlio e i parenti del genitore biologico, nel caso in cui non sia stato riconosciuto o non abbia intrapreso azioni per la dichiarazione giudiziale.

I genitori hanno il dovere e il diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, secondo l'articolo 30 della Costituzione. Questo dovere per i genitori è anche un diritto che non può essere limitato, neppure dalla legge, se non in caso di incapacità dei genitori.

Il rapporto tra famiglia e Stato nell'esercizio dei diritti è complicato, poiché lo Stato ha il compito specifico dell'educazione dei minori, che concorre con quello della famiglia. Mentre i genitori esercitano il diritto di cura e educazione del figlio in base alle proprie convinzioni.

La dottrina ha posto il problema se l'esercizio del diritto dei genitori all'educazione dei figli sia vincolato dall'obiettivo di garantire allo stesso un pieno sviluppo della personalità, senza separare l'educazione familiare dai valori generali della comunità.

Questo dovere, secondo l'articolo 30 della Costituzione, ha rilevanza fin dalla nascita del figlio, senza bisogno di acquisire lo status di figlio. Quindi, anche nel caso in cui il rapporto di filiazione non sia riconducibile o dichiarabile, il soggetto può agire verso i genitori biologici per far valere i loro doveri costituzionali.

Se il figlio è minorenne, l'azione può essere intrapresa da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o dal genitore responsabile. Nel caso di figli incestuosi, la legge 154/2013 stabilisce che l'azione non può essere intrapresa senza autorizzazione.

Secondo la dottrina, i diritti di cui all'articolo 279 del codice civile possono essere fatti valere da qualsiasi soggetto che non sia stato riconosciuto o non abbia intrapreso azioni per la dichiarazione giudiziale.

In giurisprudenza, è stato ammesso anche a favore del figlio nato nel matrimonio autentico dei genitori biologici, ogni volta che il minore non abbia potuto acquisire lo status di figlio tramite la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, perché non ha agito tempestivamente per negare la paternità. Tuttavia, questa giurisprudenza deve essere considerata superata dalla legge una volta che l'azione del figlio per negare la paternità è divenuta imprescrittibile.

L'articolo 30 della Costituzione è ribadito dall'articolo 315 bis del codice civile, che prevede che "Il figlio ha il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni", senza distinzione tra filiazione nel matrimonio, filiazione fuori dal matrimonio e adozione.

Questo dovere ricade su ciascun genitore, proporzionalmente alle proprie risorse e capacità lavorative, che possono essere professionali o domestiche, e deve essere rapportato al tenore di vita della famiglia, alle esigenze del minore e alle risorse economiche dei genitori. Pertanto, tale dovere può essere adempiuto sia assumendo direttamente compiti domestici e di cura, sia contribuendo economicamente.

Il figlio che agisce per chiedere il mantenimento deve dimostrare di avere le condizioni economiche di incapacità che costituiscono il presupposto. La giurisprudenza precisa che questa condizione è presunta e spetta al genitore dimostrare il contrario.

Il dovere di ciascun genitore di mantenere il figlio in base alle proprie risorse è autonomo e concorrente rispetto a quello dell'altro genitore.

Per quantificare la somma dovuta a titolo di mantenimento, si devono considerare le condizioni economiche di entrambi i genitori, non solo per stabilire la proporzione con il contributo dovuto dall'altro genitore, ma anche per confrontare il livello di soddisfacimento delle esigenze del figlio con il tenore economico sociale del genitore.

### **La responsabilità genitoriale e il rapporto tra i genitori**

Il rapporto proporzionale tra i genitori si applica solo internamente, mentre nei confronti dei terzi i genitori sono tenuti a fornire un sostegno economico in modo solidale. Nel caso di inadempimento dell'obbligo, l'altro genitore ha il diritto di essere rimborsato per le spese sostenute fin dalla nascita del figlio. Questo principio si applica anche ai figli nati fuori dal matrimonio, per il periodo precedente al riconoscimento o alla dichiarazione giudiziale. Tuttavia, si ritiene che la richiesta di rimborso possa essere avanzata solo dopo che lo stato filiale sia stato accertato, in quanto fino ad allora ci sarebbe un impedimento legale. Inoltre, il presidente del tribunale può ordinare il pagamento diretto di una parte dei redditi del debitore a chi sostiene le spese di cura e mantenimento, su richiesta di chiunque abbia interesse.

### **La responsabilità genitoriale al di là della maggiore età**

La responsabilità del genitore per il sostegno finanziario del figlio non termina con il raggiungimento della maggiore età, ma continua fino a quando il figlio non sia in grado di essere autonomo. Una volta raggiunta l'autonomia, se il figlio si trova in uno stato di bisogno, ha diritto solo al sostentamento economico. Tuttavia, nel caso in cui il figlio abbia bisogni a causa di una disabilità fisica o mentale, il sostegno finanziario persiste per un tempo indefinito. L'obbligo del genitore continua fino a quando il figlio non si sia avviato a una professione o un mestiere che corrisponda alle sue inclinazioni e preparazione e che sia adeguato alle condizioni sociali della famiglia. Secondo una recente giurisprudenza, l'obbligo potrebbe cessare anche quando il figlio maggiorenne raggiunge una certa autonomia economica, anche se ottenuta attraverso un lavoro precario. Tuttavia, spetta al genitore interessato a dimostrare che il figlio abbia raggiunto l'indipendenza economica o che non sia stato in grado di ottenerla per colpa propria o per sua scelta.

### **L'obbligo dei genitori e la responsabilità degli ascendenti**

Quando i genitori non dispongono di risorse sufficienti per adempiere ai loro doveri verso i figli, i loro ascendenti legittimi o naturali possono essere chiamati in causa secondo un ordine di prossimità. Tuttavia, soltanto i genitori possono richiedere il sostentamento finanziario agli ascendenti. Questo viene fatto per evitare intrusioni da parte degli ascendenti nell'esercizio della responsabilità genitoriale. L'obbligo sorge solo quando il genitore non ha mezzi sufficienti e non quando, pur avendoli, è inadempiente colpevolmente. Inoltre, si ritiene che l'obbligo non sussista se la mancanza di mezzi dipende da un comportamento negligente.

### **Il diritto di mantenere rapporti con i parenti**

La recente disciplina riconosce il diritto del figlio di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Inoltre, riconosce agli ascendenti il diritto di far valere in tribunale il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori. Qualora l'ascendente si trovi privato del diritto di mantenere tali rapporti, può ricorrere al tribunale dei minori per adottare i provvedimenti più adeguati nell'interesse del minore. Prima della riforma, tale diritto era già stato riconosciuto dalla giurisprudenza.

### **La potestà genitoriale**

Il concetto di potestà genitoriale deriva dal diritto romano e, fino all'età delle codificazioni, non ha subito grandi cambiamenti. Tuttavia, a partire dall'unificazione dell'Italia, ci sono state numerose modifiche legislative riguardanti il rapporto tra genitori e figli. La legge cerca di definire questo rapporto, ma in realtà è qualcosa che esiste prima del diritto e dello Stato. È una realtà quasi naturale che il legislatore deve riconoscere. Pertanto, il legislatore fornisce solo una definizione generica del concetto di potestà genitoriale, poiché il suo contenuto non può essere definito in modo preciso. Questo problema è sorto sin dall'età delle codificazioni.

### **La patria potestà nel codice del 1865**

Nel codice del 1865, la patria potestà era concepita nell'interesse dei figli come un insieme di regole per adempiere ai doveri nei loro confronti, nonché nell'interesse pubblico e generale. Questa versione del codice privilegiava gli aspetti patrimoniali e prevedeva numerose disposizioni riguardo alla rappresentanza, all'usufrutto e all'amministrazione dei beni dei figli. Veniva meno la distinzione tra patria potestà naturale, attribuita in teoria a entrambi i genitori ma in pratica

esercitata solo dal padre, e la madre poteva subentrare solo in caso di impedimento del padre. Questo perché il padre era considerato il capo della famiglia e tale sistema evitava conflitti tra i genitori. La prevalenza della decisione del padre è durata fino al 2013.

### **I diritti e doveri della patria potestà nel codice del 1942**

Nel codice del 1942, la patria potestà era definita come i diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli. Il padre esercitava la patria potestà, ma nella morte del padre o in altri casi determinati dalla legge, veniva esercitata dalla madre. Inoltre, il padre poteva collocare il figlio in un istituto di correzione se non riusciva a controllare il suo cattivo comportamento, previa autorizzazione del presidente del tribunale.

### **Trib. di Roma sez I civ 19 ottobre 2016 “interesse del minore e responsabilità genitoriale”**

La pronuncia riguarda il conflitto sorto tra due genitori in sede di separazione all’esito di un procedimento ex art 709 ter cpc, circa la responsabilità genitoriale. Il padre ricorrente chiede: - la modifica delle modalità di frequentazione della figlia, predisposte nell’affidamento condiviso, anche in considerazione di atteggiamenti non collaborativi o ostruttivi alla frequentazione da parte della madre;

- l’adozione da parte della madre verso la figlia di un regime alimentare equilibrato, comprensivo di tutti i cibi, in quanto la resistente avrebbe sottoposto la figlia a un regime alimentare vegano. Asserendo a sostegno della propria richiesta che tale decisione:

- era stata presa senza il consenso del padre;

- fosse pregiudizievole per l’aspetto psicologico, in quanto la minore subirebbe una “ghettizzazione” a scuola, essendo costretta a mangiare cibi diversi dagli altri bambini; - fosse pregiudizievole per lo sviluppo della bambina, adducendo un certificato medico, indicante la scarsa crescita fisica della minore.

La madre, in opposizione, chiede:

- Nel caso in cui il cambiamento delle modalità venga accettato, che l'introduzione dei pernottamenti sia graduale;
- Il rigetto delle altre richieste.

A sostegno della sua richiesta, la madre afferma:

- Di non aver ostacolato le frequentazioni paterne;
- Al contrario, il padre non ha rispettato le condizioni previste, interrompendo le relazioni con la figlia per motivi lavorativi;
- Di non imporre una dieta vegan alla figlia, ma solo vegetariana;
- La bambina si trova in ottima salute, come certificato dal pediatra e dal medico che la segue;
- Di aver condiviso la scelta con il padre e non averla imposto.

Prima dell'udienza, il padre presenta una memoria in cui afferma di aver interrotto le frequentazioni con la figlia a causa della condotta della madre e chiede:

- In via principale, l'affidamento esclusivo;

- In via subordinata, l'affidamento condiviso, con la minore che viva con lui;
- In via ancora più subordinata, la modifica delle modalità di frequenza, come richiesto nel ricorso, e chiede alla parte di non prendere decisioni unilaterali riguardo all'alimentazione della figlia.

La madre chiede di non accettare il contraddittorio sulle domande specifiche. Il Collegio, però, respinge questa richiesta in quanto contraria al principio del giusto processo e sottolinea l'impossibilità di un accordo tra i genitori.

### **Decisione del Collegio**

Prima questione - modifica delle condizioni di frequentazione:

- Viene redatto un nuovo accordo di frequentazione;
- Il calendario non potrà essere modificato per nessuna ragione, tranne per motivi di salute della figlia, da essere sempre certificati dal pediatra;
- Il padre potrà delegare la nonna paterna per accompagnare la minore;
- Una volta ripresa la frequenza, il padre potrà far dormire la figlia da lui;
- Il nucleo familiare sarà monitorato dai servizi socio-assistenziali per verificare il rispetto di tali condizioni.

Seconda questione - regime alimentare della minore:

- La minore seguirà una dieta senza restrizioni, basandosi su alcune osservazioni:

a) La segnalazione dei servizi sociali, allegata al padre, dimostra che la madre aveva presentato un certificato medico in cui si richiedeva una dieta vegan (e non vegetariana) e il padre era contrario a tale scelta;

b) Motivi medici: la madre ha dichiarato che la figlia gode di ottima salute, quindi non è necessario imporre limitazioni basandosi su criteri statistici di normalità.

Il rapporto tra l'interesse della minore e i doveri dei genitori implica che, pur avendo i genitori il diritto di educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose, pedagogiche ed etico-morali, tale potere deve essere esercitato nel rispetto dell'interesse del minore.

### **Conclusione**

Il tribunale di Roma giudica preliminarmente che la decisione riguardante il regime alimentare del figlio rientri nelle questioni "di maggiore interesse dell'art. 337 ter cc, che richiedono il comune accordo e l'intervento del giudice in caso di disaccordo.

I genitori e i figli hanno la stessa dignità, pertanto l'interesse del minore diventa il criterio decisivo per garantire la sua salute.

L'interesse del minore prevale nel bilanciamento dei valori costituzionalmente protetti.

Nel caso esaminato, dato che si tratta del diritto alla salute del minore (art. 32 Cost), che è indisponibile e irrinunciabile da parte dei genitori, essi non possono prendere decisioni che le danneggino.

### **Responsabilità genitoriale oggi**

Il dovere di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli non è solo un dovere dei genitori, ma anche un loro diritto che possono esercitare nei confronti dei figli che cercano di sfuggire al rapporto e nei confronti dei terzi che interferiscono.

Ai genitori spetta il compito di curare gli interessi pubblici e privati del figlio, di sostenerlo materialmente e moralmente e di amministrare il suo patrimonio, prendendo le relative decisioni. Quindi, è compito dei genitori individuare i criteri per gestire gli interessi del minore e rappresentarlo nelle relazioni giuridiche con terzi.

Questo insieme di funzioni costituisce il contenuto della responsabilità genitoriale, che si differenzia dalla potestà genitoriale in quanto non cessa con la maggiore età o l'emancipazione del figlio, ma permane fino all'indipendenza economica del figlio.

Nell'esercizio della responsabilità, secondo l'art. 147 cc, i genitori devono considerare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli. Questa formula parte dal presupposto che il minore abbia una personalità che deve essere rispettata dai genitori.

La formula originale prevedeva che l'educazione e l'istruzione dovessero essere conformi ai principi morali.

Il cambiamento di prospettiva del legislatore riflette l'idea che il figlio non deve essere oggetto di interventi genitoriali mirati a conformare il suo comportamento a modelli di morale comunemente accettati, ma deve essere il protagonista dello sviluppo della propria personalità, con i genitori che svolgono una funzione di orientamento e assistenza sempre più limitata man mano che il figlio cresce e diventa in grado di assumere decisioni autonome.

La normativa italiana trova riscontro nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1998, che riconosce e garantisce al minore la libertà di esercitare personalmente i propri diritti come individuo. I genitori e gli altri soggetti responsabili hanno solo il diritto e il dovere di fornire al minore, in base alle sue capacità, l'orientamento e i consigli adeguati. Capitolo 1: Libertà di pensiero, coscienza e religione

Uno dei diritti più importanti riconosciuti ai minori è la libertà di pensiero, coscienza e religione. I genitori hanno il diritto e il dovere di guidare il minore in modo coerente con il suo sviluppo delle capacità. Inoltre, il minore, se capace di discernimento, ha il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda e il diritto alla libertà di espressione in ogni forma. Gli viene anche riconosciuta la libertà di associazione, di riunirsi pacificamente e di partecipare alla vita culturale e artistica.

### **Limiti alla responsabilità genitoriale**

Il diritto internazionale, vincolante per il legislatore nazionale, fornisce parametri importanti per l'interpretazione e specifica i limiti entro cui i genitori possono esercitare i loro poteri e responsabilità. Secondo la legge, un figlio minore, di almeno 12 anni o con la capacità di discernimento, ha il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano.

### **Scelte sessuali dei minori**

C'è un dibattito sulle limitazioni alla responsabilità genitoriale riguardo alle scelte sessuali dei minori. Secondo l'articolo 2 della legge 194/1978, i minori hanno il diritto di accedere ai mezzi

contraccettivi, il che implica il riconoscimento di una sfera di libertà sessuale anche per i figli minori, almeno sopra i 14 anni.

### **Status di filiazione**

Se non è stato riconosciuto ufficialmente lo status di filiazione, il dovere di mantenimento, educazione e istruzione può essere adempiuto attraverso un semplice contributo monetario, senza il diritto di decidere come utilizzare tali risorse a favore del figlio, né i poteri di rappresentanza e amministrazione. Pertanto, secondo la tesi predominante, l'esercizio della responsabilità genitoriale presuppone la costituzione dello status di figlio.

### **Nascita della responsabilità genitoriale**

La dottrina si divide sull'inizio della responsabilità genitoriale. L'orientamento maggioritario sostiene che inizia al momento della nascita del figlio, mentre l'orientamento minoritario sostiene che inizia prima della nascita del figlio (articoli 320, 643, 748 del codice civile).

### **Cessazione della responsabilità genitoriale**

Le cause di cessazione della responsabilità genitoriale includono la morte del genitore o del figlio, la decadenza della responsabilità e la cessazione dello status filiale (come la controversia sulla legittimità, il rifiuto della paternità, l'impugnazione del riconoscimento o l'adozione).

### **Indipendenza economica del figlio**

Dopo la riforma del 2013, la responsabilità genitoriale continua fino a quando il figlio raggiunge l'indipendenza economica.

### **Esercizio della responsabilità genitoriale**

La responsabilità genitoriale deve essere esercitata da entrambi i genitori di comune accordo. Tuttavia, è consentito compiere gli atti di ordinaria amministrazione separatamente. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, uno dei genitori può rivolgersi al giudice per proporre la soluzione che ritiene più idonea. Il giudice, sentiti entrambi i genitori e il figlio se maggiore di 14 anni, suggerisce le soluzioni più utili, rispettando il principio dell'autonomia familiare.

### **Impedimenti all'esercizio della responsabilità genitoriale**

Se un genitore non può assolvere ai propri doveri a causa di lontananza, incapacità o altro impedimento come la malattia, la responsabilità è esercitata esclusivamente dall'altro coniuge. Se un genitore è sottoposto a una misura di protezione come l'interdizione, l'inabilitazione o l'amministrazione di sostegno, l'esercizio della responsabilità si concentra sull'altro genitore senza l'intervento del rappresentante legale dell'incapace. Tuttavia, un genitore incapace può partecipare all'esercizio della responsabilità genitoriale nei limiti delle proprie capacità.

### **Crisi familiare e affidamento dei figli**

In caso di crisi familiare, sia a causa della separazione coniugale che dei contrasti tra genitori non sposati sull'affidamento dei figli, il figlio ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori. Il giudice deve valutare prioritariamente la possibilità di affidare il figlio



congiuntamente a entrambi i genitori, stabilendo i tempi e le modalità della loro presenza e contribuzione al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione del figlio.<sup>67</sup> di 113

Se ci sono divergenze riguardo a questioni importanti riguardanti l'istruzione, l'educazione e la salute dei figli, la decisione spetta al giudice su richiesta di uno dei genitori. Se il giudice ritiene che l'affidamento congiunto dei genitori vada contro l'interesse del minore, può decidere di affidare il figlio a uno solo dei genitori. In questo caso, il genitore affidatario ha il diritto di prendere decisioni riguardanti la responsabilità genitoriale, tranne che per le decisioni più importanti, che devono essere prese da entrambi i genitori, a meno che il giudice stabilisca diversamente. Il genitore non affidatario ha il diritto e il dovere di sorvegliare l'istruzione e l'educazione del figlio e può rivolgersi al giudice se ritiene che siano state prese decisioni pregiudizievoli per il suo interesse.

La nuova disciplina entra in contrasto parziale con la recente giurisprudenza che affermava che la responsabilità genitoriale sarebbe stata esercitata congiuntamente sia nel caso di affido condiviso che esclusivo, basandosi sul silenzio del legislatore e sulla valenza generale del principio di bigenitorialità.

### **Rappresentanza e amministrazione**

Art 320 cc "I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri, fino alla maggiore età o all'emancipazione, in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni.

Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti singolarmente da ciascun genitore.

In caso di disaccordo o di esercizio diverso rispetto alle decisioni concordate, si applicano le disposizioni dell'articolo 316. I genitori non possono vendere, ipotecare o dare in pegno i beni del figlio, né accettare o rinunciare all'eredità o ai legati, accettare, sciogliere comunioni, stipulare mutui o locazioni a lungo termine (o compiere altri atti che vanno oltre l'ordinaria amministrazione) né promuovere, transigere o compromettere arbitrati relativi a tali atti, se non per necessità o evidente utilità del figlio previa autorizzazione del giudice tutelare.

I capitali non possono essere riscossi senza l'autorizzazione del giudice tutelare, che determina il loro utilizzo.

L'esercizio di un'attività commerciale non può essere continuato senza l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Quest'ultimo può consentire l'esercizio temporaneo dell'attività fino a quando il tribunale non si pronuncia sulla richiesta.

Se sorge un conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale o tra loro e uno dei genitori che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina un curatore speciale per i figli. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza spetta esclusivamente all'altro genitore."

Il genitore che esercita la responsabilità ha il potere di prendere decisioni nell'interesse del figlio, sia per il suo aspetto personale che patrimoniale (poteri di amministrazione).

La responsabilità genitoriale ha una duplice rilevanza:

- Interna = il potere di prendere decisioni nell'interesse del minore;

- Esterna = il potere di rappresentare il minore in tutti gli atti civili, personali o patrimoniali, nei rapporti con i terzi.

La giurisprudenza specifica che il genitore non è tenuto a dichiarare esplicitamente di rappresentare il figlio, ma è sufficiente che l'atto indichi che agisce per conto del figlio.

Nell'esercizio dei poteri rappresentativi nel compimento degli atti di amministrazione, la disciplina prevede una distinzione tra:

- Atti di ordinaria amministrazione = possono essere compiuti singolarmente da ciascun genitore;
- Atti di straordinaria amministrazione = devono essere compiuti congiuntamente dai genitori, previa autorizzazione del giudice tutelare che valuta la necessità o l'utilità evidente dell'atto per il minore.

La mancanza di autorizzazione preventiva non può essere sanata da un'autorizzazione successiva. Tuttavia, i genitori possono convalidare l'atto stipulato senza autorizzazione, ma anche la convalida richiede una previa autorizzazione.

L'articolo 320 al terzo comma elenca gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere compiuti congiuntamente dai genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, previa autorizzazione del giudice tutelare.

Sono inclusi: vendita, concessione di ipoteca o costituzione di pegno, accettazione o rinuncia di eredità o legati, accettazione di donazioni, scioglimento della comunione, stipulazione di mutui o locazioni a lungo termine, promozione di azioni legali, transazioni o clausole compromissorie relative ad atti di straordinaria amministrazione.

L'elenco non è esaustivo, ma solo esemplificativo, quindi è necessario valutare se un atto specifico rientri o meno nell'ordinaria amministrazione. Si ritiene che la valutazione debba essere fatta anche in base alle tipiche ipotesi indicate dal legislatore.

C'è discussione sull'individuazione di criteri omogenei per estendere analogicamente la disciplina ad atti simili alle singole fattispecie testualmente previste. In giurisprudenza (Cass. 8720/2010) si è affermato che gli atti di ordinaria amministrazione sono quelli che presentano alcune caratteristiche:

- Obiettiva utilità per la conservazione del valore e della struttura del patrimonio;
- Valore economico modesto rispetto al totale del patrimonio;
- Margini di rischio contenuti, date le caratteristiche del patrimonio.

Alcuni studiosi, invece, sostengono che la disciplina sull'esercizio dei poteri rappresentativi non adotti criteri omogenei per distinguere tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, permettendo l'estensione analogica della disciplina a casi simili a quelli espressamente previsti.

I contratti che concedono o acquistano diritti personali di godimento, anche se sono atti di ordinaria amministrazione, devono essere compiuti congiuntamente senza autorizzazione del giudice tutelare.

La Cass. 2484/1953 ha stabilito che gli atti di straordinaria amministrazione sono tutti quegli atti che esulano dalla normale amministrazione per contenuto e caratteristiche. 68 di 113

La disposizione legale 320, paragrafo 3, comma 5 regola la situazione in cui il minore riceva in donazione o successione un'impresa commerciale già avviata. La legge consente al minore di continuare a gestire l'impresa, ma solo previa autorizzazione del tribunale. Questa previsione rappresenta un'eccezione al divieto per il minore di avviare o acquisire un'attività commerciale già avviata.

Una volta ottenuta l'autorizzazione del tribunale, il minore può svolgere autonomamente gli atti straordinari di amministrazione relativi all'attività commerciale o ad essa collegati (esclusi: mutuo, avallo, concessione di garanzie reali e personali). Partecipare a una società di persone viene considerato esercizio di impresa da parte del minore, mentre partecipare a una società di capitali viene considerato solo un atto straordinario di amministrazione.

Tuttavia, l'autorizzazione del tribunale non è necessaria per continuare un'attività agricola, un piccola impresa o partecipare a un'impresa familiare.

In caso di disaccordo sulla decisione da prendere o di esecuzione non conforme alle decisioni adottate, si può applicare la disciplina prevista dall'articolo 316, secondo comma (richiedendo l'intervento del giudice). Non è chiaro se l'intervento del giudice sul disaccordo debba avvenire solo nei casi di amministrazione straordinaria o anche nei casi di amministrazione ordinaria con funzione preventiva.

Ai genitori che hanno la responsabilità genitoriale viene attribuita una funzione sostitutiva e di rappresentanza anche per gli interessi personali del figlio (in particolare, devono tutelare i diritti personali del figlio) e hanno il diritto di agire in relazione all'esercizio delle azioni di status (come la dichiarazione di paternità o maternità e il disconoscimento di paternità).

Tuttavia, questa funzione sostitutiva non si estende agli atti personalissimi, come il testamento o il riconoscimento del figlio, o agli atti in cui il legislatore ritiene che il minore possa decidere autonomamente (come l'accesso ai mezzi contraccettivi).

L'articolo 320, comma 6 disciplina il caso di conflitto di interessi personali tra il minore e i genitori, ad esempio nel caso in cui i genitori debbano riscuotere le quote di profitti spettanti al minore che partecipa all'impresa familiare.

Inizialmente si fa riferimento alla normativa che regola le situazioni in cui il genitore, che deve compiere un atto patrimoniale nel nome del figlio, ha un interesse incompatibile con quello del figlio o deve scegliere tra gli interessi contrapposti dei figli.

Se solo uno dei genitori è in conflitto di interessi, il potere di compiere l'atto nel nome dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore. Se entrambi i genitori sono in conflitto di interessi o se il conflitto riguarda i figli, il tribunale tutelare nomina un curatore speciale che rappresenta i figli nell'atto.

Inoltre, vanno considerate le disposizioni che vietano ai genitori, che esercitano la responsabilità genitoriale, di acquisire beni, diritti del minore o posizioni di credito in rapporti in cui il debitore è il minore.

L'articolo 323 stabilisce gli atti vietati ai genitori: "I genitori che esercitano la responsabilità genitoriale sui figli non possono, nemmeno all'asta pubblica, acquisire direttamente o tramite terzi

i beni e i diritti del minore. Gli atti compiuti in violazione di questo divieto possono essere annullati su richiesta del figlio, dei suoi eredi o di chi ha un interesse legittimo".

La prima regola è in linea con il principio che proibisce di acquistare beni di altre persone da parte di chi li amministra legalmente o per decisione del tribunale. Questa norma mira a impedire all'amministratore di approfittare della posizione per ottenere il bene a un prezzo vantaggioso.

La seconda regola, invece, ha un motivo incerto. Il fatto che il genitore si sostituisca ad altri nei rapporti di credito non sembra in astratto dannoso per il minore, che sarebbe comunque obbligato ad adempiere il credito e potrebbe ottenere vantaggi diversi da quelli ottenibili sul mercato.

Questa norma potrebbe essere spiegata dall'intento di evitare che il rapporto tra genitore e figli sia influenzato dall'esistenza di rapporti di credito che interferiscano con l'adempimento degli obblighi familiari.

Se, nonostante l'assenza di conflitto di interessi, il/i genitore/i con responsabilità genitoriale non può o non vuole compiere uno o più atti che vanno oltre l'amministrazione ordinaria e che corrispondono all'interesse del figlio, il tribunale, su richiesta del figlio, del pubblico ministero o di un parente interessato, può nominare un curatore speciale e autorizzarlo a compiere l'atto (articolo 321 cc).

Secondo l'articolo 322 (in base anche all'articolo 1425 cc e 1441 cc), "Gli atti compiuti senza rispettare le norme che richiedono la rappresentanza congiunta dei genitori, l'autorizzazione del tribunale o la nomina di un curatore speciale, pur comportando una mancanza di legittimazione, non sono nulli ma possono essere annullati su richiesta dei genitori con responsabilità genitoriale o del figlio (quando maggiorenne) o dei suoi eredi o aventi causa".

Al contrario, le controparti negoziali o i terzi non sono legittimati a richiedere l'annullamento. In caso di conflitto di interessi, l'atto concluso dal genitore è sempre annullabile, anche se il conflitto è noto o conoscibile da parte del terzo.

### **Usufrutto legale (articoli 324-329 cc)**

I genitori che esercitano la responsabilità genitoriale hanno un diritto di usufrutto legale sui beni del figlio, il che significa che possono godere di tali beni e trarne profitto o utilità.

Il diritto di usufrutto, se entrambi i genitori esercitano la responsabilità, è considerato comune.

Il diritto di usufrutto legale è uno strumento che permette ai genitori di godere dei beni dei figli e di utilizzare il loro profitto per soddisfare le necessità familiari, senza doverne rendere conto ai figli.

È un istituto che deriva da antiche tradizioni, il cui scopo nell'attuale contesto normativo è incerto, anche se tendenzialmente viene spiegato dalla necessità di parificare il tenore di vita dei membri del nucleo familiare.

Tuttavia, a differenza dell'obbligo di contribuzione, il diritto di usufrutto termina quando il figlio diventa maggiorenne e non è legato alla convivenza.

### **Destinazione dei frutti dell'usufrutto**

I proventi dei beni soggetti all'usufrutto devono essere utilizzati per il sostentamento della famiglia e l'educazione dei figli (art. 324, 2° co.).

## **Maturazione dei frutti prima della cessazione dell'usufrutto**

I proventi generati prima della fine dell'usufrutto e non utilizzati diventano parte del patrimonio dei genitori.

## **L'usufrutto legale dei genitori che si risposano**

I genitori che si risposano mantengono l'usufrutto legale, ma devono riservare al figlio quanto eccede le spese necessarie per il suo mantenimento e la sua educazione.

## **Limiti dell'usufrutto legale nei confronti della famiglia acquisita**

Non è chiaro se la norma debba essere interpretata in senso letterale, escludendo i genitori usufruttuari e i fratelli germani del minore dal godimento dei frutti, o se si riferisca solo alla famiglia acquisita.

## **Esenzioni dall'usufrutto legale**

I redditi da lavoro del figlio e i beni acquistati con tali redditi non sono considerati parte dell'usufrutto legale. Inoltre, se il figlio ha beni destinati alla sua carriera o se i beni sono stati accettati contro la volontà dei genitori, essi non rientrano nemmeno nell'usufrutto legale. Infine, se uno o entrambi i genitori sono dichiarati indegni di ereditare, i beni non fanno parte dell'usufrutto.

## **Obblighi dell'usufrutto legale**

Tutti gli obblighi che incombono sull'usufruttuario sono estesi anche ai genitori usufruttuari, ad eccezione del pagamento di garanzie in caso di usufrutto legale.

## **Limitazioni sull'alienazione e la garanzia dei beni dell'usufrutto legale**

L'usufrutto legale non può essere venduto o dato come garanzia ai creditori, in quanto è strettamente legato alla responsabilità genitoriale e al diritto di proprietà del figlio. I creditori dei genitori possono chiedere esecuzione solo sui frutti dei beni, non sui beni stessi.

## **Cessazione dell'usufrutto legale**

L'usufrutto legale termina quando il figlio raggiunge la maggiore età o si emancipa, o quando i genitori perdono la loro responsabilità. Tuttavia, se un genitore continua a godere dei beni del figlio senza obiezioni, è tenuto solo a restituire i proventi al momento della richiesta.

## **Rimedi per la responsabilità e l'amministrazione dei genitori**

Il tribunale dei minori è responsabile della supervisione della responsabilità e dell'amministrazione dei genitori, e può prendere decisioni graduali in base alla gravità del pregiudizio. Tuttavia, la competenza del tribunale dei minori non si applica se la richiesta riguarda provvedimenti quali la separazione o il divorzio dei genitori o una controversia sulla responsabilità genitoriale. Il tribunale prende decisioni dopo aver ascoltato il genitore interessato e il pubblico ministero, e può adottare provvedimenti temporanei nell'interesse del minore.

## **Decadenza della responsabilità genitoriale**

La decadenza della responsabilità genitoriale è la misura più grave e comporta la sospensione dei poteri connessi alla titolarità della posizione genitoriale. Si verifica quando il genitore viola o

trascura i doveri genitoriali o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio per il figlio. Secondo alcune opinioni, la decadenza richiede anche un comportamento volontario o colposo del genitore, mentre secondo altri basta che l'inadempimento sia così grave da non lasciare fiducia nel genitore. Inoltre, è controverso se il pregiudizio debba essere attuale o se sia sufficiente il rischio di pregiudizio.

### **Limitazione e condizionamento dell'esercizio della responsabilità genitoriale**

In caso in cui non siano presenti le condizioni per la decadenza della responsabilità genitoriale a causa di un pregiudizio non grave per il minore, il giudice ha il potere di adottare gli opportuni provvedimenti, tenendo conto delle circostanze. Questo potere può essere utilizzato per mantenere i rapporti tra nonni e nipoti, superare la contrarietà dei genitori o il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per il figlio. Inoltre, il giudice può anche disporre l'allontanamento del minore dalla residenza familiare, o dell'allontanamento del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore. Il tribunale per i minorenni, che ha deciso la decadenza o la limitazione della responsabilità, può ordinare l'allontanamento dalla residenza familiare del minore che ha subito maltrattamenti o dell'abusante. Questa disposizione può essere estesa anche ai casi in cui il minore è testimone di maltrattamenti o abusi su un altro membro della famiglia. La sanzione per maltrattamenti o abusi da parte del convivente del genitore si applica anche se il genitore stesso ha un comportamento omissivo che giustifichi la limitazione della responsabilità genitoriale.

### **Limitazione dell'amministrazione del patrimonio del minore**

Nel caso in cui vi sia un problema specifico di inadeguatezza nella gestione del patrimonio del minore, il tribunale per i minorenni può stabilire le regole che i genitori devono seguire durante l'amministrazione, sotto la supervisione del giudice tutelare. Nei casi più gravi, il giudice può rimuovere uno o entrambi i genitori dall'amministrazione del patrimonio del minore e privarli del diritto di usufrutto legale. Se il provvedimento è rivolto a uno solo dei genitori, l'amministrazione è affidata all'altro genitore, anche se non è l'affidatario del minore. Se nessuno dei genitori può amministrare il patrimonio del minore a seguito del provvedimento di rimozione, il giudice nomina un curatore speciale che gestirà anche la rappresentanza legale del minore. La rimozione dell'amministrazione del patrimonio non ha un carattere sanzionatorio, ma può essere disposta anche in assenza di colpa se il genitore non ha le capacità necessarie per gestire il patrimonio.

### **Revoca dei provvedimenti**

I provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale, di limitazione dell'amministrazione e di privazione del diritto di usufrutto sono revocabili su richiesta del genitore interessato, ogni volta che siano cessate le ragioni che hanno portato alla loro pronuncia. La reintegrazione della responsabilità è possibile solo quando è escluso ogni pericolo per il minore e solo se si accerta una situazione completamente rinnovata, essendo la decadenza dalla responsabilità una situazione tendenzialmente irreversibile. La reintegrazione avviene con effetto dal momento in cui è stata decisa, e il genitore decaduto non ha un interesse giuridicamente rilevante nel interferire con la procedura di adozione del minore.

### **Risarcimento del danno**

Oltre ai rimedi specifici, la tutela degli interessi del minore può essere ottenuta anche attraverso il risarcimento del danno. La giurisprudenza ha stabilito che i danni, anche non patrimoniali,

derivanti dalla violazione degli obblighi familiari possono essere risarcibili, quando il genitore ha trascurato il figlio. Questa regola si applica ai danni subiti dal figlio a causa del comportamento illecito del genitore che non ha adempiuto ai suoi doveri derivanti dalla responsabilità genitoriale. La natura del risarcimento del danno previsto dall'articolo 709 ter del Codice di Procedura Civile è invece oggetto di controversia. Secondo alcune interpretazioni, questo rimedio avrebbe un valore sanzionatorio e sarebbe applicabile anche quando il comportamento illecito non comporta un danno per il soggetto lesato.

### **Doveri dei figli**

I figli hanno anche dei doveri, oltre ai diritti: devono rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia, in base alle loro capacità, sostanze e reddito, finché rimangono nella famiglia. La rilevanza giuridica del dovere di rispettare i genitori è oggetto di dibattito. Per alcuni, si tratta di una regola esortativa di carattere morale, mentre per altri, assume rilevanza giuridica perché consente ai genitori di svolgere la funzione educativa. Il dovere contributivo si riferisce ai frutti dei beni non compresi nell'usufrutto legale e ai corrispettivi delle attività lavorative del figlio che superano i suoi bisogni. Questo dovere persiste oltre la maggiore età, per favorire la solidarietà familiare e consentire alla famiglia di mantenere un tenore di vita adeguato alle sue condizioni economiche e sociali. Il dovere contributivo sorge indipendentemente dai legami di parentela tra il figlio e gli altri membri della famiglia convivente. La misura e le modalità della contribuzione sono decise dai genitori, ma se il figlio maggiorenne è considerato obbligato, spetta a lui il potere di stabilire la destinazione dei suoi contributi.

### **La convivenza del figlio con i genitori**

Fino alla maggiore età o all'emanipazione, il figlio ha il diritto di vivere con i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale. Se i genitori non vivono insieme, ma entrambi esercitano la potestà, il figlio dovrà vivere nella dimora stabilita dai genitori di comune accordo nei tempi stabiliti. Se il figlio si allontana senza permesso, i genitori hanno il diritto di riportarlo con sé, anche utilizzando una coercizione fisica limitata. Se necessario, possono rivolgersi al giudice tutelare del luogo di residenza del minore, che decide attraverso un decreto soggetto a reclamo al tribunale ordinario. Questo provvedimento giudiziale può essere eseguito dalla forza pubblica ed è valido anche contro terzi. Si ritiene che l'allontanamento senza permesso possa essere giustificato se è nell'interesse del minore, soprattutto se il minore è in grado di discernimento.

### **L'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia di uno dei genitori**

Una delle principali differenze tra la filiazione nel matrimonio e quella fuori dal matrimonio riguarda l'inserimento del figlio nella famiglia del genitore. Se il figlio è nato da un precedente matrimonio, non ci sono problemi; tuttavia, se si desidera inserire un figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori, è prevista una disciplina specifica.

La legittimità costituzionale di questa norma è dubbia, soprattutto perché sembra non applicabile al figlio di genitori bigami. Questa regolamentazione può interferire con quella dell'affidamento, impedendo la possibilità di affidamento esclusivo al genitore che non può inserire il figlio nella propria famiglia coniugale. Tuttavia, sembra consentito affidamento condiviso sia nel caso di inserimento nella famiglia coniugale di uno dei genitori, sia nel caso in cui tale inserimento non sia possibile. Se il riconoscimento del figlio avviene dopo il matrimonio, il figlio può essere inserito

nella famiglia legittima solo se il coniuge e i figli maggiori di 16 anni conviventi danno il loro consenso. Inoltre, è necessario ottenere l'autorizzazione del giudice, che valuta se l'inserimento sarebbe contrario agli interessi del minore. Il tribunale può negare l'autorizzazione anche se c'è motivo di sospettare la falsità del riconoscimento. Se il riconoscimento avviene prima del matrimonio, è richiesto solo il consenso del coniuge e dell'altro genitore naturale. Tuttavia, il consenso del coniuge non è necessario se il figlio è già stato convivente al momento del matrimonio o se ne era a conoscenza.

### **Il cognome dei figli**

Le regole sull'attribuzione del cognome non sono state modificate dall'unificazione dello status, ma sono influenzate dalla modalità di formazione del rapporto di filiazione. Nel caso di figli nati all'interno del matrimonio, il figlio assume il cognome del padre, mentre il nome viene stabilito dai genitori d'accordo. La prevalenza del cognome paterno è stata considerata una garanzia dell'unità familiare, ma la giurisprudenza ha ritenuto questa regola discriminatoria nei confronti della madre. La Corte costituzionale ha ammesso la discriminazione, ma non ha ritenuto sufficienti i motivi per una modifica legislativa.

Successivamente, la questione è stata sollevata alla Corte di Strasburgo, che ha dichiarato la disciplina italiana discriminatoria ai sensi dell'articolo 8 e 14 della CEDU e ha invitato lo Stato italiano a modificare la legge. Per i figli nati fuori dal matrimonio, viene attribuito il cognome del genitore con cui è stato formato il primo rapporto di filiazione. Se il rapporto viene costituito contemporaneamente con entrambi i genitori, il figlio assume il cognome del padre. Se il rapporto con il padre viene stabilito dopo quello con la madre, il figlio maggiorenne ha il diritto di mantenere solo il cognome della madre o di assumere il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre.

### **Attribuzione del cognome al figlio minorenni**

Quando il figlio è ancora minorenne, spetta al giudice, dopo aver sentito il parere del minore stesso, decidere quale cognome attribuirgli. La stessa regola si applica quando uno o entrambi i genitori riconoscono il figlio dopo che il cognome è già stato assegnato dall'ufficiale di stato civile. In tal caso, il figlio può scegliere di mantenere il cognome già assegnato se rappresenta un segno autonomo della sua identità personale, oppure può sostituirlo, aggiungerlo o anteporlo al cognome del genitore che lo riconosce per primo o al cognome del padre in caso di riconoscimento congiunto. La decisione del giudice deve essere basata sull'interesse del minore e non è prevista alcuna automaticità per la prima attribuzione del cognome o per il patronimico.

### **Adozione**

L'adozione può avere finalità diverse a seconda delle circostanze dei soggetti coinvolti, il che comporta differenze nei requisiti, nella procedura e negli effetti della decisione di adozione. La legge prevede tre tipi di adozione: l'adozione di minori (legge 184/1983), l'adozione di maggiorenni (art. 291 ss) e l'adozione internazionale di minori stranieri e provvedimenti di adozione o affidamento emessi da autorità straniera (art. 29 e ss legge 184/1983).

L'adozione è un istituto molto antico che nel corso dei secoli ha subito notevoli cambiamenti sia dal punto di vista giuridico che fattuale. In passato aveva lo scopo di garantire la discendenza di una persona, riguardo alla trasmissione del nome e del patrimonio, mentre oggi è considerata uno



strumento per garantire una famiglia ai minori in condizioni svantaggiate. In Italia, l'evoluzione dell'istituto è passata attraverso diverse tappe fondamentali:

- Il codice civile del 1942 ha mantenuto una disciplina limitata alla sua funzione originaria di garantire la discendenza, con ipotesi ed effetti limitati;
- Nel 1967 è stata introdotta la cosiddetta "adozione speciale", che ha creato un nuovo tipo di adozione destinata a dare una famiglia ai minori privi di assistenza morale e materiale. Questo ha portato all'ampliamento dei requisiti e degli effetti per la costituzione dello stato di filiazione;
- Con la riforma del 1983, l'adozione di minori ha assunto una posizione centrale e prevalente. La "adozione speciale" è stata soppressa e sono state create nuove tipologie di adozione di minori in casi particolari. È stata mantenuta la distinzione tra l'adozione di minori, disciplinata dalla legge speciale, e l'adozione di maggiorenni prevista dal codice civile. Inoltre, l'adozione ha assunto una nuova funzione nella formalizzazione di rapporti di accoglienza familiare;
- La legge 149/2001 ha sancito esplicitamente il diritto del minore a una famiglia, rafforzando le garanzie processuali e disciplinando l'informazione sullo stato dell'adottato. Il decreto d'azione si inserisce tra i provvedimenti volti a conciliare il diritto del minore con le esigenze di controllo e supporto delle relazioni familiari, come le misure a sostegno della famiglia e la decadenza della potestà genitoriale.

Riguardo ai minori, l'adozione ordinaria e l'adozione in casi particolari sono considerate come tecniche alternative per garantire ai minori privi di una famiglia un posto di relazioni e affetti. L'interesse del minore, al centro della disciplina legale, è quello di crescere ed essere educato all'interno della propria famiglia d'origine. Per questo motivo, la legge prevede interventi di sostegno per le famiglie svantaggiate. Tuttavia, tali interventi risultano spesso carenti in termini di effettività a causa della mancanza di disposizioni di attuazione della legge sull'adozione. La giurisprudenza di legittimità ribadisce la necessità di valutare attentamente la situazione in cui vive il minore prima di adottare misure estreme come l'adozione.

### **Finalità dell'adozione**

L'adozione rappresenta un modo per creare rapporti familiari rilevanti dal punto di vista giuridico, indipendentemente dalla discendenza biologica, al fine di tutelare e proteggere gli interessi dell'adottato, degli adottanti e della famiglia d'origine. La commistione tra le regole di legge e gli interessi familiari e personali è fondamentale, poiché la disciplina legale dell'adozione consente di creare un legame diverso da quello di filiazione.

La constatazione che l'adozione rientra tra i rapporti di filiazione implica la necessità di garantire sostegno sia sul piano sostanziale che procedurale, prevedendo stati preferenziali volti a realizzare l'obiettivo primario di assicurare al soggetto privo di una famiglia l'effettività di una vita familiare e di relazioni familiari. La dottrina migliore sottolinea che l'adozione è uno strumento volto a superare una situazione di svantaggio e a garantire una nuova famiglia nel senso sostitutivo. Di conseguenza, diventa importante selezionare attentamente la famiglia che sarà autorizzata a diventare la nuova famiglia del minore.

Un'evoluzione futura della disciplina dell'adozione dovrebbe focalizzarsi sul potenziamento degli strumenti di sostegno nelle relazioni familiari e personali, non solo nel momento iniziale della

filiazione derivante dall'adozione, ma anche nel futuro sviluppo del rapporto di adozione o di filiazione in generale. Una possibile evoluzione nella figura del tutore dei minori potrebbe essere data da una nuova disciplina, ispirata a esperienze già sperimentate in altri paesi dell'Europa continentale, dove si è riconosciuta la diversificazione delle varie forme di cura dei minori e delle figure giuridiche di tutela.

### **Prospettiva europea e internazionale**

A livello europeo e internazionale, le principali fonti normative sono la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (ratificata in Italia nel 1976) e riformata nel 2008, e la Convenzione per la tutela dei bambini e la cooperazione nell'adozione internazionale del 1993 (ratificata in Italia nel 1998) e recepita nel nostro ordinamento con la modifica della legge numero 184 del 1983 sull'adozione internazionale.

L'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo svolge una funzione di uniformazione, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo ha una funzione interpretativa.

Dal punto di vista dottrinale, non esiste ancora un'elaborazione sistematica dei principi europei in materia di adozione, ma è possibile tracciare alcune linee guida prendendo in considerazione gli obiettivi fondamentali delle fonti internazionali, che mirano ad adeguare la disciplina dell'adozione alle evoluzioni della società e del diritto, nel rispetto dell'interesse superiore del minore.

In base alla Convenzione europea sull'adozione dei minori, sono previsti alcuni principi minimi essenziali, tra cui la necessità che l'adozione sia disposta da un'autorità giudiziaria o amministrativa e che la decisione venga accettata liberamente dai genitori del minore. È richiesto il consenso del padre, anche se il minore è nato fuori dal matrimonio, e, se il minore è in grado di esprimerlo, anche il consenso del minore stesso.

La possibilità di adozione è estesa alle coppie eterosessuali non sposate, se registrate presso un registro delle unioni civili. Il consenso all'adozione da parte di coppie omosessuali o coppie dello stesso sesso che convivono in modo stabile è lasciato alla discrezionalità degli Stati membri. Nel caso di adozione da parte di una persona singola, invece, vengono considerati i rapporti di vita instaurati con il minore e l'età minima dell'adottante, che deve essere compresa tra i 18 e i 30 anni.

È garantito un equilibrio tra il diritto del minore adottato di conoscere le proprie origini e quello dei genitori biologici di rimanere anonimi, e si vieta l'adozione a catena. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che, nel caso di abbandono del minore senza il consenso della madre all'adozione, è necessario un consenso chiaro e inequivocabile. Inoltre, la Corte ha rilevato l'importanza dei rapporti di vita già instaurati con il minore nel riconoscimento degli effetti legittimanti di un'adozione da parte di una persona singola, nonché delle condizioni di vita future del minore nel caso di adozione da parte di una persona omosessuale. La Corte ha anche confermato la vasta discrezionalità nella decisione di respingere una richiesta di adozione da parte di una donna che desidera adottare il figlio che il suo partner dello stesso sesso ha concepito all'estero tramite procreazione assistita con donazione di gameti.

La Convenzione dell'Aja del 1993 traccia i principi di natura procedurale per le adozioni internazionali. Tra di essi rientrano il principio di sussidiarietà dell'adozione internazionale, l'istituzione di un'autorità centrale per il coordinamento delle attività di autorità di Stati diversi, l'accertamento dell'idoneità e capacità all'adozione, la consulenza adeguata, il concerto tra le

autorità centrali sulla convenienza dell'adozione nel caso specifico, l'onere della certificazione dello Stato che riceve il minore, l'abolizione delle procedure di riconoscimento negli Stati aderenti, e la possibilità di conversione dell'adozione.

La Convenzione si applica alle adozioni internazionali che coinvolgono Stati diversi di residenza abituale per il minore e per gli adottanti, indipendentemente dalla cittadinanza delle parti. L'azione dell'autorità statale competente si basa sul principio di prossimità.

Nel nostro ordinamento italiano, la disciplina dell'adozione internazionale è contenuta nel Titolo III della legge 184/1983, riformata con la legge numero 476/1998 a seguito della ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1993. Il coordinamento tra le norme interne e internazionali è esplicitamente previsto.

La disciplina è divisa in due parti: una riguarda l'adozione di minori stranieri e l'altra l'espatrio di minori per scopi di adozione. La seconda parte tratta delle procedure per le adozioni internazionali e prevede specifici accertamenti sull'idoneità degli adottanti, l'obbligo di rivolgersi a enti autorizzati e l'istituzione di una Commissione per le adozioni internazionali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il tema della legge applicabile all'adozione è disciplinato dagli articoli 38 e 39 della legge 218/1995. I presupposti, la costituzione, la revoca e gli effetti dell'adozione sono disciplinati dalla legge del paese di origine del minore adottando o del paese di origine comune degli adottandi. Nel caso in cui gli adottandi abbiano cittadinanze diverse, si applica la legge del paese della loro residenza abituale comune. Per l'adozione di una persona maggiore di età, il consenso è soggetto alla legge del paese di origine del maggiorenne.

Esistono regole specifiche per l'adozione di un minore che si trovi in Italia in stato di abbandono.

Sorgono questioni particolari quando si richiede il riconoscimento di un'adozione estera, basato su un atto negoziale o su un altro provvedimento. Secondo i principi nazionali e internazionali, il riconoscimento di un atto di adozione consensuale o contrattuale è subordinato, oltre ai requisiti della Convenzione dell'Aja del 1993, alla sua omologazione nel paese di origine da parte di un organo giudicante o amministrativo.

La Corte costituzionale è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità dell'articolo 32 della legge sull'adozione.

### **Riconoscimento degli effetti di adozione straniera:**

La Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa, ha stabilito che i provvedimenti stranieri di adozione basati sul consenso dei genitori biologici possono essere resi efficaci in Italia. Tuttavia, è necessario che l'adozione avvenga quando manchino la cura e la custodia, un adeguato sostegno materiale e l'affetto che giustificano il ricorso a una famiglia sostitutiva. (Corte cost, 536/98)

### **Riconoscimento dell'adozione kefalah secondo il diritto musulmano:**

Il divieto di riconoscimento degli effetti dell'adozione kefalah, previsto espressamente in alcuni ordinamenti, può essere superato solo per i minori nati e residenti nel territorio in cui viene richiesto il riconoscimento. La giurisprudenza italiana considera il provvedimento di kefalah equiparabile all'affidamento familiare ai fini del ricongiungimento familiare di minori stranieri

abbandonati con cittadini stranieri. Tuttavia, questa equiparazione non si applica se la richiesta di ricongiungimento è volta a far entrare un minore straniero in stato di abbandono nella famiglia di un cittadino italiano. Si basa sul fatto che l'adozione internazionale ha efficacia vincolante nei confronti dei cittadini italiani e che non si possono applicare automaticamente le norme previste per il riconoscimento dei provvedimenti stranieri. Di conseguenza, il kefalah non viene considerato un valido strumento per l'adozione in Italia. (Cass n 1908/2010)

### **Affidamento eterofamiliare dei minori:**

Quando si verificano difficoltà in una famiglia, il minore può essere affidato a una famiglia diversa temporaneamente per garantire il suo sviluppo armonioso. Questo affidamento differisce dai casi in cui i genitori prendono decisioni sull'affidamento o viene ordinato dal giudice. L'affidamento temporaneo può essere seguito da un provvedimento di adozione. È importante valutare attentamente le circostanze specifiche del caso per garantire una protezione adeguata ai minori e rispettare il loro diritto alla vita familiare. (Capitolo: Affidamento eterofamiliare dei minori)

### **Requisiti e procedimenti dell'adozione:**

L'adozione viene disciplinata da regole specifiche che stabiliscono i requisiti necessari da parte dei soggetti coinvolti. La distinzione tra adozione ordinaria e adozione in casi particolari è necessaria per garantire la tutela di interessi privati e pubblici e bilanciare i diritti familiari e personali. Il consenso libero degli adottandi e dell'adottato è richiesto per l'adozione, mentre per i genitori e i coniugi è sufficiente il loro mero assenso. In caso di mancato consenso da parte dei genitori biologici, la situazione di abbandono o il rifiuto non giustificato o contrario all'interesse dell'adottando sostituiscono il loro consenso. È importante che il consenso sia dato da persone capaci di agire e che siano adeguatamente informate sugli effetti dell'adozione. Il minore di quattordici anni deve acconsentire al procedimento, e il suo consenso può essere revocato fino alla pronuncia definitiva dell'adozione. A partire dai dodici anni, il minore ha il diritto di essere ascoltato nel procedimento, ma l'ascolto può essere concesso anche a minori più giovani a seconda della loro capacità di discernimento. Le modalità di ascolto variano a seconda del procedimento legale. È fondamentale prendere in considerazione le attuali e future condizioni di vita della persona coinvolta nell'adozione. Solo le persone legate da matrimonio e con un rapporto stabile possono richiedere l'adozione, con la stabilità del rapporto definita come "effettività della convivenza" per almeno tre anni. In alcuni ordinamenti, il convivente registrato può adottare il figlio del partner. (Capitolo: Requisiti e procedimenti)

La dottrina italiana specifica che, sebbene il diritto di adozione sia collegato al matrimonio, non fa parte del diritto matrimoniale, poiché spetta al legislatore definire lo status delle persone unite in matrimonio. L'adozione di persone singole è consentita solo in casi particolari, ovvero in determinate condizioni di vita del minore (orfano di entrambi i genitori e con un legame di parentela fino al 6° grado o con un rapporto stabile e duraturo, stati di infermità, impossibilità di affidamento preadottivo). La giurisprudenza italiana ha escluso la possibilità di adozione piena da parte di persone singole, sia in base alle norme interne che facendo riferimento all'articolo 6 della Convenzione di Strasburgo del 1967, che non viene applicata direttamente in Italia. La Corte Costituzionale si è espressa in merito, affermando che la convenzione non attribuisce immediatamente ai giudici italiani il potere di concedere l'adozione a persone singole al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge nazionale, e che è necessaria un'apposita legge interna per determinare i

requisiti e gli effetti dell'adozione da parte di una persona singola. La legge italiana del 1983 ha previsto l'adozione solo in circostanze speciali o in casi particolari e in quest'ultimi senza gli effetti dell'adozione piena.

La Corte di Cassazione si è pronunciata sulla questione del riconoscimento dell'adozione internazionale da parte di single, escludendo la possibilità di un riconoscimento generalizzato in base all'ordinamento nazionale. Tuttavia, la Corte ha suggerito che il legislatore nazionale potrebbe ampliare l'ammissibilità dell'adozione da parte di un singolo, se ritenuto più conveniente per l'interesse del minore, pur mantenendo il criterio di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi. Inoltre, si negano gli effetti dell'adozione quando viene riconosciuto un provvedimento straniero, ma si ammettono gli effetti se l'adozione è considerata speciale o in casi particolari. Tuttavia, si sostiene che negare il riconoscimento degli effetti pieni di un provvedimento straniero di adozione da parte di single priverebbe il minore dei rapporti di parentela. La Convenzione di Strasburgo del 2008, le limitazioni costituzionalmente garantite e il diritto del minore straniero a una famiglia adottiva potrebbero superare gli ostacoli normativi e permettere una lettura aggiornata del diritto interno, in vista di una possibile modifica legislativa. La Corte europea si è pronunciata sull'idoneità del partner di una persona omosessuale a prendersi cura del minore nel caso di adozione da parte di single omosessuali. La Corte ha sottolineato che le condizioni in cui il minore vivrà sono rilevanti e ha dichiarato la violazione degli articoli 8 e 14 della Cedu da parte delle autorità francesi, che hanno respinto una richiesta di adozione presentata da una persona omosessuale. Di norma, è vietata l'adozione congiunta da parte di due persone non sposate o registrate e l'adozione di un figlio di entrambi i coniugi, nato fuori dal matrimonio, non è consentita. Il rapporto che nasce dall'adozione impone una disciplina riguardo ai diritti di informazione sulle origini e i dati della persona adottata, in particolare del minore. Il minore ha il diritto di essere informato sul suo stato di adozione, ma le modalità e i tempi delle informazioni possono essere stabiliti in base all'opportunità. L'adottato maggiorenne ha il diritto di ottenere informazioni sui suoi genitori biologici a 25 anni, a meno che ciò non porti a gravi turbamenti fisici. I genitori adottivi possono conoscere l'identità dei genitori biologici del minore solo con l'autorizzazione del tribunale dei minorenni, se sussistono gravi e comprovati motivi. Sono previste delle eccezioni per l'informazione dell'adottato maggiorenne prima dei 25 anni o per le strutture sanitarie in caso di grave pregiudizio per la salute del minore. È vietato divulgare informazioni sullo stato adottivo di una persona a terzi. Gli ufficiali di stato civile e gli ufficiali dell'anagrafe non possono fornire informazioni sullo stato di adozione, a meno che non vi sia un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Non è necessaria un'autorizzazione se la richiesta proviene dall'ufficiale di stato civile per verificare l'assenza di impedimenti.

### **Accesso alle informazioni sull'identità biologica**

Non è permesso alla madre che ha richiesto l'anonimato di accedere alle informazioni sull'identità biologica. Questa decisione è basata sulla difficoltà che la gestante in difficoltà avrebbe nel decidere di partorire in una struttura medica adeguata e rimanere anonima, senza il rischio di essere interpellata dall'autorità giudiziaria in futuro per confermare o revocare la sua dichiarazione di volontà.

### **Contemperare i diversi interessi**

Diversi interessi sono coinvolti nell'accesso alle informazioni sull'identità biologica. Da un lato, c'è l'interesse dell'adottato a conoscere le proprie origini, che è protetto dall'art 8 Cedu. Dall'altro lato, ci sono i diritti del figlio all'azione giudiziale di maternità per accertare il legame di maternità o per accedere alle informazioni genetiche per cura medica.

### **La decisione della Corte europea**

La Corte europea ha dichiarato che la norma nazionale che impedisce al minore nato in forma anonima di conoscere le proprie origini viola l'art 8 Cedu e privilegia l'interesse della madre all'anonimato. Secondo la legge, l'accesso alle informazioni sulla madre è possibile solo dopo 100 anni dalla nascita del figlio.

### **Sentenza della Corte Costituzionale**

La sentenza della Corte Costituzionale del 22 novembre 2013 ha cambiato prospettiva, dando importanza ai bisogni dei figli adottivi. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del comma VII dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983, che non prevede la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio per una possibile revoca della sua dichiarazione di non voler essere nominata.

### **Interessi contrapposti**

La Corte ha evidenziato come ci siano interessi contrastanti tra il diritto della madre all'anonimato e l'aspirazione del figlio a conoscere le proprie origini. La protezione della salute e della vita sono i beni primari coinvolti nella scelta di favorire la genitorialità.

### **Rigidità dell'attuale sistema**

Il sistema attuale presenta una cristallizzazione e immobilizzazione dei diritti coinvolti. Una volta che la madre ha scelto l'anonimato, la sua volontà diventa irrevocabile e impedisce al figlio di avere altre opzioni. Questo sistema priva il figlio del suo diritto di conoscere le proprie origini.

### **La decisione della Corte costituzionale**

La Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto dell'adottato, nato da parto anonimo, di conoscere le proprie origini, con il limite della volontà persistente della madre di mantenere il segreto. Questo diritto è garantito sia dall'art. 8 della CEDU, interpretato dalla Corte di Strasburgo, sia dalla pronuncia additiva di principio della Corte Costituzionale.

### **Adozione piena**

L'adozione piena è consentita solo ai coniugi che sono sposati da almeno 3 anni e non hanno separazioni. Gli adottanti devono essere idonei affettivamente e in grado di educare, mantenere e istruire il minore che vogliono adottare. Il minore deve essere dichiarato adottabile dopo essere stato dichiarato abbandonato. La legge 184/1983 stabilisce che i minori che sono privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti che ne sono responsabili possono essere dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto in cui si trovano. Tuttavia, questa mancanza di assistenza non può essere dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio. La dichiarazione dello stato di adottabilità viene fatta solo dopo una valutazione dell'idoneità dei genitori, che deve essere provata che abbia causato o possa causare danni gravi e irreversibili alla crescita equilibrata del minore. Inoltre, la valutazione dello stato di

abbandono deve coinvolgere anche i parenti fino al 4° grado, e non può essere dichiarato se i parenti hanno avuto relazioni significative con il minore. Per valutare l'interesse del minore, è necessario verificare se ci sono rapporti effettivi e duraturi tra il minore e i suoi parenti. Se le indagini dimostrano che i genitori e i parenti non sono idonei a prendersi cura del minore, il tribunale per i minorenni dichiara lo stato di adottabilità. Questo stato può essere revocato in caso di adozione, raggiungimento della maggiore età o se le condizioni di abbandono cessano.

In una situazione in cui due bambini sono stati vittime di abusi e maltrattamenti da parte del padre, la Suprema Corte ha deciso sul ricorso presentato dalla nonna e dalla zia materna. Le due donne sostenevano che non era presente lo stato di abbandono dei minori. Tuttavia, i giudici hanno evidenziato che non c'erano rapporti significativi tra i minori e le ricorrenti, sia nel presente che nel passato, quando le due donne erano affidatarie temporanee dei nipoti. Non sono state in grado di garantire una protezione adeguata ai minori rispetto all'iniziativa materna di consentire incontri con il padre dopo la scoperta degli abusi e maltrattamenti. Pertanto, la Corte ha concluso che le due donne non sono in grado di garantire la stabilità e l'autonomia necessarie per favorire lo sviluppo equilibrato dei minori.

Per quanto riguarda la revoca dello stato di adottabilità, l'articolo 21 della legge 184/1983 prevede che ci siano due requisiti: l'interesse del minore e la cessazione dello stato di abbandono. L'interesse del minore deve essere valutato in modo obiettivo, prendendo in considerazione il possibile pregiudizio che potrebbe derivare dal reinserimento nella famiglia naturale per le condizioni psicofisiche del minore. Questa valutazione deve essere fatta caso per caso dal giudice, tenendo conto delle caratteristiche specifiche della situazione esaminata e delle aspirazioni del minore. In ogni caso, viene valutata la capacità dei potenziali genitori di prendersi cura del minore che intendono adottare.

La legge italiana ha una prospettiva diversa rispetto ad altri ordinamenti europei per quanto riguarda l'accertamento dello stato di abbandono, che costituisce una particolare situazione in cui non è necessario il consenso per l'adozione. Questa differenza può essere spiegata dal passaggio graduale in questi paesi da un sistema di adozione contrattuale a uno di adozione per decreto del giudice, di origine anglosassone. Questo ha portato a una disciplina mista, con una componente negoziale. Ad esempio, in Austria, l'adozione inizia con un contratto e viene perfezionata con l'omologazione del giudice, mentre in Germania la procedura di adozione inizia con una richiesta notarile e richiede il consenso delle parti interessate. I genitori adottivi possono dare il loro consenso solo dopo che il figlio ha compiuto 8 settimane e solo verso una persona o una coppia specifica. Non è consentito il consenso generico. Il consenso di uno dei genitori può essere dispensato solo se l'adozione potrebbe essere particolarmente dannosa, se il genitore è incapace di intendere e di volere o se non conosce il luogo di residenza. Può essere dispensato anche in caso di surrogazione giudiziale del consenso o se ci sono gravi violazioni degli obblighi derivanti dalla filiazione.

In Italia, una lettura che tiene conto degli obblighi derivanti dal rapporto di filiazione potrebbe consentire di privilegiare un'interpretazione dello stato di abbandono che implica la presenza dei presupposti per l'adozione, anche se lo stato di abbandono morale e materiale non è assoluto, ma solo prolungato nel tempo e difficile da eliminare o risolvere. Tuttavia, la certezza dello stato di

abbandono del minore rimane un presupposto fondamentale per l'adozione, specialmente considerando il fenomeno delle madri surrogati e delle cliniche di fertilità. La giurisprudenza italiana considera lo stato di abbandono come uno stato di fatto, non transitorio e non intenzionale, che indica l'inadeguatezza dei genitori naturali nel fornire assistenza e stabilità affettiva al minore e che compromette in modo grave e irreversibile il suo sviluppo psicofisico. La valutazione riguarda il periodo di vita precedente, le caratteristiche fisiche e psicologiche, l'età, lo sviluppo e le potenzialità del minore. La manifestazione di affetto o di volontà di cura da parte dei genitori o dei parenti entro il 4° grado non esclude lo stato di adottabilità se non è supportata da elementi oggettivi, come la tempestività della manifestazione di volontà o la dimostrazione concreta di idoneità alla cura o al recupero della capacità genitoriale entro tempi compatibili con le esigenze del minore. L'assenza di mezzi economici di sostentamento può essere considerata uno stato di abbandono solo se è responsabilità dei genitori. Condizioni di povertà causate dalla negligenza delle autorità possono dar luogo a misure coercitive e risarcimento del danno.

### **I requisiti di età per l'adozione**

Per quanto concerne l'età degli adottanti, è stabilito che la loro età non deve essere inferiore ai 18 anni né superiore ai 45 anni (55 in casi eccezionali) rispetto all'età dell'adottando. Questa differenza di età può essere derogata qualora si dimostri che la mancata adozione arrecherebbe un grave danno non altrimenti evitabile al minore.

La Corte europea ha stabilito che le autorità nazionali hanno un margine di valutazione rispetto al requisito di età e al divieto di adottare un secondo figlio per una persona single di determinata età. Nel caso *Schwizgebel c Svizzera* (2010), la Corte ha respinto l'accusa di violazione dell'articolo 8 della Cedu riguardo al rifiuto delle autorità svizzere di concedere ad una donna single l'autorizzazione ad adottare un secondo figlio, a causa di una differenza di età eccessiva. La Corte ha ritenuto che la decisione delle autorità interne non fosse arbitraria, ma basata sull'interesse superiore del minore adottando e sull'altro figlio adottivo della ricorrente. Il criterio dell'età del genitore adottante rispetto al figlio adottato non era stabilito rigidamente dalla legge, ma era stato applicato in modo elastico dal tribunale svizzero, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso.

### **Il procedimento di adozione**

La legge prevede un procedimento in tre fasi:

#### **a) Dichiarazione dello stato di abbandono**

Questo processo non può essere avviato prima della nascita del minore da adottare. Una soluzione favorevole, adottata in altri ordinamenti giuridici, potrebbe essere l'accertamento dell'abbandono qualora la madre dichiarasse durante la gravidanza di voler abbandonare il neonato. La dichiarazione di abbandono comporta obblighi di segnalazione, penali e civili, il coinvolgimento del pubblico ministero e del tribunale dei minorenni, l'obbligo di informare i genitori o i parenti entro il quarto grado di parentela e l'assistenza da parte di un difensore, anche nominato d'ufficio. Una volta emessa una sentenza di adottabilità e sospesa la potestà genitoriale, il giudice adotta provvedimenti nell'interesse del minore, come la nomina di un tutore o l'allontanamento dalla famiglia di origine. Lo stato di abbandono cessa se il minore non risulta più adottabile o se viene



revocata la dichiarazione di adottabilità, che richiede una valutazione dell'atteggiamento manifestato e l'esistenza di un progetto educativo adeguato da parte di almeno uno dei genitori.

### **b) Affidamento preadottivo**

Questa fase ha una durata minima di un anno ed è strutturata secondo regolamenti che promuovono la cura del minore, con controlli da parte dei servizi locali e del giudice. Esiste sempre la possibilità di revoca in caso di gravi difficoltà o incompatibilità della convivenza. Nel sistema giuridico tedesco, l'affidamento preadottivo comprende un periodo di prova flessibile. Tuttavia, questa fase non è obbligatoria e può essere omessa se il bambino ha già vissuto con gli adottanti.

### **c) Provvedimento di adozione**

Questo step conclude il procedimento giudiziario e richiede l'ascolto del minore e di altre parti interessate, come gli adottanti, il pubblico ministero, il tutore, i servizi sociali e i discendenti legittimi degli affidatari.

### **Gli effetti dell'adozione**

L'adozione produce gli stessi effetti della filiazione derivante dal matrimonio. Anche se tradizionalmente si afferma che i legami con la famiglia biologica del minore cessino, in realtà viene meno solo il legame giuridico. Il minore adottato acquisisce lo status di figlio e gli adottanti quello di genitori. Il figlio adottato ottiene la cittadinanza dei genitori adottivi e assume il loro cognome. Si creano nuovi legami di parentela diretta, con diritti e obblighi derivanti dal rapporto di filiazione, così come diritti alimentari e successori. L'estensione dell'equiparazione dei figli anche ai figli adottivi comporta l'esistenza di relazioni di parentela anche tra parenti di grado collaterale e, quindi, derivano diritti successori. La potestà genitoriale conferisce ai genitori adottivi la facoltà di gestire i rapporti affettivi con i membri della famiglia biologica. Non è prevista la revoca, ma una nuova adozione può essere consentita solo se viene nuovamente accertato lo stato di abbandono.

Nel caso *Kurochkin c Ucraina* (2010), la Corte europea si è pronunciata sulla revoca dell'adozione a seguito del divorzio dei genitori. Le autorità ucraine avevano revocato l'adozione di un figlio da parte del ricorrente e della sua ex moglie a seguito della richiesta di quest'ultima, a causa del comportamento aggressivo del minore nei confronti della madre adottiva, senza che il padre adottivo la difendesse. La Corte ha ritenuto che questa misura, sebbene prevista dalla legge e finalizzata a un obiettivo legittimo, non fosse proporzionata e necessaria in una società democratica. Ha considerato ingiustificata la decisione secondo cui il padre adottivo non era idoneo a crescere il figlio in un ambiente familiare. Quindi, è stata riscontrata una violazione dell'articolo 8 della Cedu.

### **Sentenza della Corte di Cassazione sull'adozione e dichiarazione di adottabilità**

La Cassazione Sezione 1, con sentenza del 17 maggio 2017, numero 12393, ha stabilito che un minore non può essere considerato adottabile se non sono state adottate tutte le misure necessarie per favorire il suo ricongiungimento con i genitori biologici e proteggere il suo superiore interesse a crescere nella famiglia di origine. La dichiarazione dello stato di adottabilità è legittima solo se non è possibile prevedere un recupero delle capacità genitoriali entro un periodo di tempo compatibile con la necessità del minore di vivere in un contesto familiare stabile. Spetta al giudice valutare se possa essere fornito un sostegno utile per rimuovere le difficoltà o i disagi familiari.

Nel fatto di causa, la Corte d'Appello di Torino ha confermato una sentenza che aveva dichiarato lo stato di adottabilità di un minore. La Corte ha riferito della situazione di inadeguatezza genitoriale della madre e dello stato di abbandono in cui si trovava la minore. La madre ha proposto ricorso in Cassazione contro questa sentenza.

La madre ha sollevato l'eccezione di nullità della sentenza impugnata in quanto non è stata ascoltata nel primo grado di giudizio, essendo stata anticipata la data dell'udienza stabilita per la sua audizione. La ricorrente ha anche sostenuto la violazione e la falsa applicazione della legge 148/1983. Ha inoltre lamentato che non sono stati esaminati punti cruciali della disputa riguardanti la valutazione delle sue condizioni.

La Corte rigetta il primo motivo del ricorso e accoglie il secondo e il terzo motivo.

### **Accoglimento del ricorso e rinvio alla Corte d'appello**

Di conseguenza, il ricorso viene accolto e la sentenza impugnata viene cassata, con il rinvio del caso alla Corte d'appello di Torino, composta da giudici minorili diversi, che dovrà riesaminare il caso, attenendosi ai principi.

### **Adozione in casi particolari**

Gli articoli 44-57 della legge 184/1983 disciplinano l'adozione in casi particolari (nota anche come adozione semplice o adozione aperta).

L'articolo 44 stabilisce che "1. I minori possono essere adottati anche quando non sono presenti le condizioni previste dal comma 1 dell'articolo 7:

- a) da persone legate al minore da un legame di parentela fino al sesto grado o da una relazione stabile e duratura preesistente, quando il minore è orfano di padre e madre;
- b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
- c) quando il minore si trova nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ed è orfano di padre e madre;
- d) quando è impossibile affidare il minore in modo preventivo."

La peculiarità di questa adozione è che consente l'esistenza di un duplice legame di filiazione.

A differenza dell'adozione piena, questa è ammessa anche in presenza di figli nati nel matrimonio, è consentita al coniuge del genitore biologico del minore ed è estesa anche ai single. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha recentemente limitato l'applicazione di questa forma di adozione, affermando che l'intenzione del legislatore era quella di prevedere questa forma di adozione solo nei casi previsti dalla legge, senza voler concedere l'adozione ai single come forma di adozione piena nel nostro sistema legale. L'obiettivo è garantire ai minori uno sviluppo armonioso e sereno all'interno di una famiglia stabile con entrambi i genitori.

### **Decisione della Corte costituzionale**

La Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44, comma 1, lettera b della legge 184/1983, che non consente al coniuge sopravvissuto, in caso di morte

dell'altro genitore del minore che si desidera adottare, di richiedere l'adozione del minore, per violazione del principio di ragionevolezza previsto dall'articolo 3 della Costituzione.

Tuttavia, se l'adottante è sposato e non separato, l'adozione viene autorizzata solo se richiesta da entrambi i coniugi.

La disciplina si applica anche ai casi di semiabbandono e ai parenti entro il quarto grado, che hanno stabilito relazioni significative con il minore. Vi sono margini di discrezionalità per i limiti di età e l'adozione in casi particolari è stata estesa anche ai minori stranieri.

La dottrina ha elaborato una disciplina per i casi di semiabbandono permanente, che risolve rapidamente situazioni in cui la decisione di adozione piena viene ritardata anche per anni in attesa di una modifica della situazione del minore.

Il consenso dell'adottante (o degli adottanti) e del minore adottando o del suo rappresentante legale è un requisito essenziale. È anche necessario ottenere il consenso dei genitori o del coniuge del minore adottando.

Il procedimento è abbreviato e non richiede la determinazione dello stato di abbandono. Durante il procedimento, vengono acquisiti il consenso e i consensi richiesti e viene verificato l'interesse del minore. Il procedimento si conclude con un decreto di adozione, che può essere impugnato in appello e in Cassazione.

Un'altra differenza rispetto all'adozione piena è che nell'adozione in casi particolari:

- il rapporto di filiazione del minore con la famiglia d'origine non viene interrotto;
- il figlio adottato aggiunge il cognome della famiglia adottiva al proprio;
- il figlio acquisisce la cittadinanza italiana;
- non vengono creati legami di parentela diretta.

La nuova formulazione dell'articolo 74 non specifica se la norma che equipara i figli adottivi a quelli naturali si applichi anche ai casi di adozione in casi particolari. Una interpretazione restrittiva potrebbe essere giustificata sostenendo che il mantenimento del rapporto di parentela del minore con la famiglia di origine e l'esclusione esplicita dell'adozione di persone adulte dall'ambito di applicazione dell'adozione speciale sono caratteristiche tipiche dell'adozione in casi particolari.

Se non è possibile ripristinare i rapporti con la famiglia di origine, un eventuale riconoscimento degli effetti dell'adozione piena sull'adozione in casi particolari condurrebbe a una completa equiparazione anche per quanto riguarda i rapporti di parentela e i diritti successori.

Il rapporto di filiazione comprende la responsabilità genitoriale e l'amministrazione dei beni del minore.

Sul minore gravano i doveri imposti dalla legge ai genitori, in particolare quelli definiti dall'articolo 147 del Codice Civile.

Il genitore adottante è tenuto a provvedere in modo primario al sostentamento del minore, anche se l'obbligo persiste anche per il genitore biologico, che sarà tenuto a rimborsare solo in caso di perdita della potestà da parte dell'adottante o in caso di insufficienza di mezzi economici dell'adottante.

Un eventuale accordo sul sostentamento del minore sarà valido se mira a determinare i singoli contributi di sostentamento, tenendo conto delle circostanze del caso specifico. L'accordo sarà nullo se implica una completa esenzione dall'obbligo per uno dei genitori.

L'adottato ha diritti successori nei confronti dei genitori adottivi.

L'adottato conserva il diritto di ricevere legittima e di ereditare secondo la legge, così come altre posizioni ereditarie previste dalla legge, nei confronti dei genitori biologici. Anche i genitori legittimi o naturali dell'adottato mantengono i loro diritti successori.

Al contrario, l'adozione non conferisce al genitore adottante diritti ereditari e i figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti del genitore adottante, poiché l'adozione instaura solo legami giuridici tra l'adottato e l'adottante.

Eventuali modifiche al diritto successorio potrebbero derivare dal riconoscimento di nuovi rapporti di parentela ai sensi della nuova formulazione dell'articolo 74 e da eventuali modifiche del sistema successorio in seguito alla legge sull'equiparazione dello status di figlio.

Il rapporto di adozione si estingue, in seguito a un procedimento, per indegnità dell'adottato o dell'adottante a causa della violazione dei doveri che l'adottante ha nei confronti del minore.

### **Adozione delle persone adulte (art 291 cc)**

L'adozione delle persone adulte (chiamata adozione civile perché è regolata dal codice civile) ha tradizionalmente lo scopo di trasmettere il nome e il patrimonio.

Oggi, l'adozione di persone adulte può essere finalizzata al consolidamento dell'unità familiare, attraverso la formalizzazione di una relazione di accoglienza già esistente e vissuta, oppure per motivi di solidarietà e assistenza, tenendo conto dell'autonomia e del consenso della persona adottata.

L'utilizzo dell'adozione per ottenere un nome diverso o per perseguire interessi economici o fiscali può rappresentare un abuso di diritto o una frode di legge.

Il codice civile stabilisce i requisiti per l'adozione:

- L'adozione è consentita alle persone che non hanno figli legittimi o legittimati, che hanno almeno 35 anni e che superano di almeno 18 anni l'età di coloro che intendono adottare;
- Vietato l'adozione da parte di più persone;
- Ammessa solo per le coppie sposate;
- Preclusa in presenza di figli, sia nati nel matrimonio che al di fuori = tuttavia, questo divieto non si applica nel caso in cui il figlio maggiorenne acconsenta o non sia in grado di dare il suo consenso, dopo aver ascoltato il figlio minore e dopo aver consultato il tutore speciale.

Non ci sono precedenti sull'ammissibilità dell'adozione di persone adulte da parte di persone omosessuali.

La procedura e gli obblighi di pubblicità sono simili all'adozione in casi particolari. Tuttavia, gli effetti sono meno completi e rientrano nelle forme di adozione semplice o aperta.

Gli effetti dipendono dalla situazione personale dell'adottato, dai suoi rapporti di filiazione preesistenti e dalla sua capacità di agire.

- La persona maggiorenne mantiene il cognome di origine che viene posposto al cognome dell'adottante;
- Non si interrompono i rapporti con la famiglia di origine, ma i diritti di filiazione relativi alle funzioni di cura cessano quando la persona raggiunge la maggiore età;
- Il genitore adottante ha l'obbligo di istruzione e mantenimento fino a quando l'adottato raggiunge l'autonomia economica;
- Sorgono obblighi alimentari;
- L'adottato ha diritti successori nei confronti dei genitori adottivi;
- L'adozione non conferisce all'adottante diritti ereditari;
- Gli adottati non hanno diritti di successione nei confronti dei parenti dell'adottante.

L'adozione può essere revocata per indegnità dell'adottato o dell'adottante.

Alcuni ordinamenti (come la Germania) regolano l'adozione delle persone adulte consentendo l'adozione completa solo se richiesta sia dall'adottante che dall'adottato. In questo caso, la procedura e gli effetti dell'adozione sono simili a quelli dell'adozione di un minore.

### **Sentenza della Corte costituzionale n. 120/2001**

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.299, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non consente all'adottato, che è figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, di aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli.

Inoltre, la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art.299, primo comma, del codice civile, sollevata in relazione agli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione.

Il secondo comma dell'art. 299 del codice civile, che regola l'assunzione del cognome in caso di adozione di un maggiorenne figlio naturale non riconosciuto, prevede che l'adottato assuma solo il cognome dell'adottante. Questa norma contrasta con l'art. 2 della Costituzione, che stabilisce che il diritto al nome, inteso come segno distintivo dell'identità personale, è inviolabile e protetto. L'adottato ha sempre utilizzato quel cognome e lo ha anche trasmesso ai propri figli, quindi privarlo di questa parte della sua identità sarebbe un'ingiusta privazione. Inoltre, l'opinione pubblica e la nostra Costituzione hanno superato l'idea che i figli nati fuori dal matrimonio siano svantaggiati. Pertanto, il fatto che l'adottato acquisisca uno status al quale non aveva accesso prima non è sufficiente per negare la violazione dell'art. 2 della Costituzione. Inoltre, la norma è irrazionale alla luce della riforma dell'adozione del 1983, che ha delineato una netta distinzione tra l'adozione di minori e l'adozione di maggiorenni. Mentre l'adozione di minori ha lo scopo di fornire una famiglia idonea per agevolare il loro sviluppo e comporta l'acquisizione del cognome dell'adottante e la cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine, l'adozione di maggiorenni non crea legami di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, e l'adottato mantiene tutti i suoi precedenti rapporti, specialmente quelli con la famiglia d'origine. Pertanto, l'eliminazione del cognome originario nel caso di adozione di persone adulte appare priva di giustificazione razionale e viola l'art. 3 della Costituzione.

### **La sentenza della Corte costituzionale 557/1998**

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 291, nella parte in cui non consente l'adozione a persone che hanno discendenti maggiorenni e consenzienti. La Corte ha stabilito che questo limite viola l'articolo 3 della Costituzione. Ha sottolineato che il legislatore può

disciplinare l'adozione all'interno dei limiti ritenuti appropriati per garantire i diritti dei membri della famiglia legittima. Tuttavia, è importante che queste norme non comportino restrizioni eccessive e irrazionali rispetto allo scopo dell'adozione, altrimenti violano l'articolo 3 della Costituzione. Nella fattispecie specifica, la Corte ha evidenziato che mentre la presenza del coniuge non preclude l'adozione, a condizione che dia il suo consenso, la presenza di figli legittimi o legittimati, sebbene maggiorenni e consenzienti, impedisce l'adozione. La Corte ha ritenuto incoerente questa diversa valutazione legislativa dell'assenso del coniuge rispetto a quello dei figli, entrambi membri della famiglia legittima dell'adottante e ugualmente interessati dal punto di vista morale e patrimoniale. Non esiste infatti una ragione razionale per proteggere adeguatamente la posizione del coniuge attraverso il consenso, ma non fare lo stesso per i figli maggiorenni e consenzienti.

### **La sentenza della Corte costituzionale 170/2003**

Il reclamante in questa fattispecie era il padre di una figlia minorenni, nata dal suo attuale matrimonio, mentre l'adottanda faceva parte della famiglia da circa 20 anni a seguito di questo matrimonio. Inoltre, il padre aveva già espresso il suo consenso all'adozione. La Corte ha riconosciuto che l'adozione di persone adulte svolge una nuova funzione come strumento giuridico per l'ampliamento e l'arricchimento della famiglia, consentendo anche l'adozione di persone adulte in presenza di figli minorenni.

### **La sentenza della Corte costituzionale 245/2004**

La Corte costituzionale ha dichiarato che l'adozione di persone adulte non può essere pronunciata in presenza di figli naturali riconosciuti dall'adottante, che siano minori o, se maggiorenni, non abbiano prestato il loro consenso necessario. La Corte ha affermato che questo articolo 291 del Codice civile è incostituzionale a causa della disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali riconosciuti, a discapito dei secondi. Le ragioni di natura morale e patrimoniale, che permettono ai primi di opporsi all'adozione, valgono anche per i figli naturali. La Corte di Cassazione, d'altra parte, in diverse occasioni ha sostenuto un'applicazione meno rigida dell'istituto delle adozioni internazionali, forzando talvolta l'interpretazione dell'articolo 291 del Codice civile.

### **L'adozione internazionale**

L'adozione internazionale può assumere diverse forme, come l'adozione di un minore straniero, l'adozione di un minore italiano all'estero e l'adozione all'estero riconosciuta in Italia. L'adozione di un minore straniero da parte di coppie italiane o di adottanti stranieri residenti in Italia è disciplinata dalla legge 184/1983. Questa legge stabilisce una procedura precisa che richiede il coinvolgimento di servizi sociosanitari, enti autorizzati italiani e autorità straniere. I requisiti sono gli stessi dell'adozione nazionale e sono elencati nell'articolo 6 della legge 183/1983. È consentito solo alle coppie sposate da almeno 3 anni o che abbiano raggiunto questo periodo sommando la durata del matrimonio e il periodo di convivenza prematrimoniale e che non siano separati né in fatto né in diritto. È richiesta la capacità di educare, istruire e mantenere il minore che si intende adottare. È necessaria anche una differenza di età minima di 18 anni e massima di 45 anni tra adottanti e adottato, che può essere derogata nel caso di adozione di due o più fratelli o figli minori naturali o adottivi. Questi requisiti vengono verificati in parte in modo formale, ma richiedono

comunque una valutazione nel merito affidata all'organo giudiziario e ai servizi socioassistenziali degli enti autorizzati, in collaborazione con i servizi delle ASL. Si richiede un approccio interdisciplinare per valutare correttamente la relazione di coppia e la loro vera disponibilità ad accogliere un figlio e le loro risorse per affrontare eventuali difficoltà di inserimento. Per l'adozione di un minore straniero che si trova in Italia in stato di abbandono, si applicano regole speciali stabilite dalla legge 184/1983 e dalla successiva modifica della legge 476/1998, che ha recepito la Convenzione dell'Aja del 1993. Il fondamento di queste norme risiede nel principio di sussidiarietà dell'adozione internazionale rispetto a quella nazionale, nonché nella solidarietà e nel sostegno verso i minori abbandonati. Modifiche ai compiti e alle competenze tra Commissione centrale, enti autorizzati e servizi sociali presso gli enti locali sono state effettuate con la legge 476/98. Alla Commissione sono stati assegnati compiti politici e autorizzativi, mentre agli enti autorizzati e ai servizi sociali presso gli enti locali sono affidate attività di informazione, promozione e sostegno all'adozione.

L'adozione internazionale ha sperimentato un notevole aumento, raggiungendo oltre 4.000 adozioni nel 2013. Le riduzioni in alcuni Paesi (Vietnam e Cambogia) sono spesso correlate ad riforme legislative per la protezione dell'infanzia e delle adozioni, sia nazionali che internazionali.

Da un punto di vista economico, bisogna considerare i vantaggi finanziari e lavorativi.

L'adozione internazionale segue le procedure e le leggi del Paese di origine del minore e viene riconosciuta in Italia attraverso procedure nazionali e internazionali. L'inosservanza delle leggi sull'adozione può costituire un reato.

Il percorso comprende diverse fasi, sia in Italia che all'estero:

- La dichiarazione di disponibilità: in Italia viene regolata da regole di competenza per materia e territorio, e richiede la dichiarazione di consenso dei genitori adottivi, insieme a certificati personali ed economici. È soggetta a una doppia verifica da parte del tribunale e dei servizi territoriali.
- L'indagine dei servizi territoriali: ha lo scopo di verificare e valutare le potenzialità genitoriali, come la cura del minore, la volontà di adottare e la situazione socioeconomica, e fornisce informazioni.
- Il decreto di idoneità: viene emesso dal tribunale dopo una valutazione della necessità di ulteriori approfondimenti. Viene inviato alla Commissione per le adozioni internazionali e all'ente autorizzato.
- La procedura con un ente autorizzato: l'ente assiste i coniugi durante l'adozione nel Paese straniero scelto, li informa delle proposte di incontro ricevute dalle autorità straniere e trasmette documenti e relazioni alla Commissione per le adozioni internazionali in Italia. In caso di rifiuto dell'ente, gli aspiranti genitori adottivi possono rivolgersi direttamente alla Commissione.
- L'incontro all'estero: una volta ricevuta la documentazione sull'incontro dall'ente autorizzato, la Commissione autorizza l'ingresso e la permanenza del minore adottato in Italia, a condizione che l'adozione sia conforme alla Convenzione dell'Aia.
- Il ritorno in Italia.
- La conclusione: il tribunale per i minorenni ordina la trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile, a tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti

coinvolti. Se il provvedimento proviene da un Paese non aderente alla Convenzione dell'Aja del '93, viene considerato un'affidamento preadottivo e, dopo un anno, viene ordinata l'adozione e la trascrizione. Il tribunale competente è quello per i minorenni del luogo di residenza dei genitori al momento del loro ingresso in Italia con il minore. Con la trascrizione, il minore ottiene lo status di figlio e la cittadinanza italiana.

Le adozioni all'estero di minori italiani seguono regole specifiche di competenza e territorio, anche se viene applicata anche la disciplina della Convenzione dell'Aja del '93 da parte degli Stati che l'hanno ratificata.

In altre situazioni, l'adozione pronunciata all'estero secondo la legge del luogo può avere effetti nell'ordinamento italiano in base agli articoli 64 e 65 della legge 218/1995, sia che si tratti di un minore straniero che di una persona maggiorenne.

Secondo i principi di diritto internazionale privato dell'ordinamento italiano, i presupposti, la costituzione, la revoca e gli effetti dell'adozione sono regolati dalla legge del Paese di origine dell'adottando o del Paese comune di origine degli adottandi, e, in caso di cittadinanza diversa, dalla legge del luogo di residenza abituale comune.

Per l'adozione di persone adulte, il consenso è soggetto alla legge del Paese di origine della persona maggiorenne.

L'efficacia di un provvedimento straniero di adozione è subordinata al rispetto dei requisiti degli articoli 64 e 65 della legge 218/1995, che richiedono il rispetto dei principi di competenza e di legge applicabile e che l'adozione straniera non contrasti con l'ordine pubblico interno e internazionale.

Il riconoscimento di un'adozione consensuale e/o contrattuale, ammessa in alcuni ordinamenti come l'Etiopia o il Guatemala, richiede l'omologazione nel Paese di origine da parte di un organo giudicante o amministrativo.

L'articolo 32, secondo comma, lettera b consente la dichiarazione di corrispondenza dell'adozione al superiore interesse del minore, anche se all'estero l'adozione non comporta l'acquisizione dello status di figlio nato nel matrimonio o la sospensione dei rapporti legali tra il minore e la famiglia di origine, purché i genitori biologici abbiano espressamente acconsentito a tali effetti.

La Corte costituzionale ha respinto la contestazione di incostituzionalità di tale norma, affermando che l'adozione di minori stranieri deve essere efficace nel nostro ordinamento solo se non si basa unicamente sulla prospettiva di un miglioramento materiale ed economico per il minore, ma richiede anche la mancanza di cure, sostegno essenziale e affetto che solo una famiglia sostitutiva può fornire.

Quindi, l'adozione non può essere considerata contraria all'ordine pubblico se il consenso dei genitori all'adozione o alla custodia di un terzo è un'espressione di abbandono e dell'impossibilità di garantire la sopravvivenza, il mantenimento e l'educazione del minore nel Paese di origine.

In Italia, il riconoscimento dell'adozione piena di un minore pronunciata all'estero a favore di un singolo è stato limitato dalla giurisprudenza, ma la dottrina prevalente sostiene che sia possibile solo in casi particolari o in caso di morte o incapacità di uno dei coniugi durante l'affidamento preadottivo. La Corte europea ha dichiarato che una legge interna che impedisce l'attuazione piena



di una adozione avvenuta all'estero viola gli articoli 6, 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quando il rifiuto di riconoscimento basato sulla legislazione interna, che non ammette l'adozione completa da parte di un singolo genitore, determina una preminenza ingiustificata del diritto interno sul diritto del minore a una famiglia già avviata e mantenuta con la madre adottiva, in una fase in cui i legami con la famiglia biologica si sono interrotti e non possono essere ripristinati (Corte europea, 2007, Wagner e JMWL c Lussemburgo).

Si potrebbe prevedere una soluzione che attenui le conseguenze della violazione delle norme imperative sull'adozione e riconosca retroattivamente gli effetti completi, ogni volta che siano presenti i requisiti per la effettiva vita familiare e l'impossibilità di ripristinare i legami con la famiglia di origine.

Le Sezioni Unite della Corte suprema, pronunciandosi su una richiesta del Procuratore generale ai sensi dell'articolo 363 del codice di procedura civile, hanno affermato che, per quanto riguarda l'adozione internazionale, il decreto di idoneità per l'adozione emesso dal tribunale per i minori ai sensi dell'articolo 30 della legge n. 184 del 1983 e successive modifiche non può essere basato sull'etnia dei minori adottivi, né può contenere indicazioni relative a tale etnia, che violano non solo l'interesse del minore, che è il criterio guida per le decisioni, ma anche il divieto di discriminazione sancito da una serie di disposizioni costituzionali, internazionali e interne.

Nonostante il fatto che il rifiuto degli adottanti di accogliere un minore di una determinata etnia si manifesti spesso attraverso la scelta del Paese di provenienza, correlata alla scelta dell'ente autorizzato a gestire la procedura di adozione, la Corte ha precisato che, se tale rifiuto si traduce in una chiara opzione espressa davanti alle autorità pubbliche, il giudice deve valutare tale condotta nell'ambito dell'idoneità per l'adozione, chiaramente compromessa da una disponibilità condizionata al possesso di determinate caratteristiche genetiche da parte del minore.

### **Crisi del matrimonio**

Il nostro sistema, prima della recente riforma, si caratterizzava per il fatto di avere regole diverse a seconda che una coppia sposata giungesse alla separazione o al divorzio, ma in ogni caso la modifica dello stato coniugale derivava sempre da una decisione giudiziaria rappresentata dal decreto di omologazione della separazione consensuale o dalla sentenza di separazione giudiziale o divorzio.

Le regole attualmente in vigore nel nostro ordinamento sono state recentemente affiancate da ulteriori disposizioni, introdotte al fine di alleviare il carico di lavoro degli uffici giudiziari.

Il decreto-legge 132/2014, convertito con modifiche dalla legge 162/2014, disciplina, sulla base di regole sostanzialmente uniformi, particolari procedure che, attribuendo un'importanza decisiva all'autonomia delle parti nell'ottica di una sempre maggiore privatizzazione delle questioni legate alla crisi coniugale, consentono alle coppie sposate di raggiungere una separazione o un divorzio extragiudiziale.

Procedimenti per instaurare una separazione:

#### **1. Giudiziario**

- Richiesta consensuale (sia per la separazione che per il divorzio)

- Richiesta giudiziale (art. 151 cc)

Successivamente, il giudice chiede alla parte resistente di presentare in cancelleria la documentazione reddituale degli ultimi tre anni e una dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, in modo che il giudice abbia tutti i documenti necessari per prendere una decisione equa sull'assegno di mantenimento. In caso contrario, possono essere presi in considerazione elementi che vanno contro la parte inadempiente.

Alle parti viene chiesto di intraprendere un percorso di mediazione per arrivare a un accordo.

La separazione consensuale è preferibile, in quanto attribuire la colpa della separazione ha dei costi sia economici che morali maggiori.

Nella nuova disciplina, la separazione o il divorzio possono essere ottenuti consensualmente, al di fuori di un procedimento giudiziario, attraverso due modalità previste dall'articolo 6 e 12 del decreto-legge 132/2014:

2. Conclusione tra i coniugi di una convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per ciascuna parte al fine di raggiungere un accordo consensuale di separazione personale, cessazione degli effetti legali del matrimonio o scioglimento del matrimonio (nei casi in cui sia stata emessa una sentenza di separazione giudiziale tra i coniugi, o sia stata omologata una separazione consensuale o sia avvenuta una separazione di fatto iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970) o modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

L'accordo raggiunto viene trasmesso al procuratore della Repubblica, ma va fatto un distinguo nel caso in cui ci siano figli minori, maggiorenni incapaci o con gravi disabilità o che siano economicamente autosufficienti.

Nel caso di queste situazioni, il procuratore deve valutare se l'accordo sia nell'interesse dei figli e, se lo ritiene, autorizza l'accordo. In caso contrario, entro cinque giorni lo trasmette al presidente del tribunale che, entro i successivi trenta giorni, fissa l'udienza delle parti e provvede senza indugio.

Nel caso in cui non vi siano figli o siano economicamente autosufficienti e privi di gravi disabilità, il procuratore verifica l'assenza di irregolarità e comunica agli avvocati la sua autorizzazione.

L'accordo raggiunto in seguito alla convenzione produce gli stessi effetti e sostituisce le decisioni giudiziali che regolano i procedimenti di separazione personale o divorzio, con l'obbligo per l'avvocato di inviare una copia autenticata dell'accordo all'ufficiale di stato civile entro dieci giorni.

3. Conclusione tra i coniugi di un accordo di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti legali del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o divorzio davanti al sindaco come ufficiale di stato civile.

L'ufficiale di stato civile riceve personalmente da ciascuna parte la dichiarazione di voler separarsi o divorziare secondo le condizioni concordate. Compilazione e firma dell'accordo avvengono subito dopo aver ricevuto le dichiarazioni.

Dopo aver ricevuto le dichiarazioni dei coniugi, l'ufficiale dello stato civile, solo nei casi di separazione personale e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, li invita a

comparire nuovamente entro 30 giorni per confermare l'accordo e per fare le annotazioni e le registrazioni necessarie negli archivi dello stato civile.

Anche l'accordo ricevuto dall'ufficiale di stato civile ha gli stessi effetti e sostituisce i provvedimenti giudiziari che regolano le procedure di separazione personale o divorzio.

A differenza dell'accordo raggiunto tramite la negoziazione assistita, è possibile fare ricorso solo se non ci sono figli in comune (come specificato dal Ministero degli Interni) che siano minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti.

L'accordo raggiunto non può includere patti di trasferimento di beni.

Il Ministero, con la circolare 6/2015, ha specificato che il riferimento a patti di trasferimento di beni si riferisce solo ai patti che producono effetti reali e non impedisce la previsione di un obbligo di pagamento di una somma di denaro come assegno periodico.

Tuttavia, il Tar Lazio nel 2016 ha interpretato in modo differente tale circolare e ha escluso la possibilità di prevedere un contributo periodico, leggendo in modo ampio il riferimento alla mancanza di patti di trasferimento patrimoniale, che si applica sia a beni specifici che a somme di denaro, con diverse modalità di pagamento.

Quindi, il Tar ha dichiarato che la circolare del Ministero era interpretata in modo erroneo.

Riguardo al rapporto tra genitori e figli dopo la crisi della coppia, e nel caso in cui separazione e divorzio siano causati da una decisione giudiziale, il nostro sistema ha regole uniformi da tempo.

Dopo l'emanazione della legge 54/2006, è stato introdotto nel codice civile una disciplina del rapporto genitore-figlio indipendente e non influenzata dalla scelta del tipo di unione tra i partner e dal suo esito, che regola il rapporto tra genitori e figli nella crisi della coppia in caso di separazione, divorzio, invalidità del matrimonio, dissoluzione di una famiglia di fatto e anche nel caso di un bambino nato da una relazione occasionale.

Dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 154/2013, che ha riformato le disposizioni sulla filiazione, introducendo un unico status per i figli, sono state introdotte norme uniformi per regolare il rapporto tra genitori e figli dopo la crisi, basate su quelle già introdotte dalla legge 54/2006 e che si trovano negli articoli 337 bis e 337 octies.

### **Separazione (articoli 150 e seguenti)**

La separazione è la regolamentazione legale per la protezione delle persone coinvolte nella fine della comunione familiare o personale, come stabilito dalla legge 76/2016. Lo scopo di questo istituto è proteggere le persone coinvolte.

La separazione può essere:

- **Consensuale:** quando i coniugi sono d'accordo, specialmente per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali;
- **Giudiziale:** quando uno dei coniugi, a causa della mancanza di accordo con l'altro, avvia un procedimento giudiziario.

Il diritto di richiedere la separazione è personale e spetta solo ai coniugi. Questo diritto viene esercitato attraverso un'azione legale.

A differenza del passato, l'esercizio di questo diritto non è condizionato dalla salvaguardia dell'interesse della famiglia.

Nel sistema familiare attuale, soprattutto dopo l'introduzione della legge 55/2015 che ha ridotto i tempi per presentare una domanda di divorzio dopo la separazione, la separazione è considerata come l'inizio di una sequenza che porta allo scioglimento del matrimonio.

È opinione comune che la separazione consensuale sia un momento significativo che mette in luce la "privatizzazione delle questioni familiari" poiché permette ai coniugi di decidere l'emergere degli effetti giuridici in relazione alla crisi in corso.

La separazione giudiziale e con addebito sono forme ormai residue e dannose per i coniugi. Pertanto, si preferisce la separazione consensuale, che può essere raggiunta anche tramite negoziazione assistita con l'aiuto di avvocati o attraverso la separazione davanti all'ufficiale dello stato civile quando non ci sono condizioni patrimoniali complesse o la presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti. Il ruolo del giudice nel contesto dell'interesse dei figli come garante dei diritti che loro spettano è evidente. È importante che i genitori esercitino la loro funzione esclusivamente nell'interesse dei figli e che intervenga un'azione per bloccare la volontà dei genitori, anche se espressa di comune accordo, ogni volta che possa essere dannosa per l'interesse dei figli.

La Cassazione ha stabilito che gli accordi di separazione omologati possono essere disciplinati come contratti, con la sola limitazione della compatibilità (ad esempio, la disciplina dei vizi del consenso).

Per quanto riguarda il contenuto dell'accordo, la legge sulla separazione non impone limiti specifici, pertanto si ritiene che la volontà dei coniugi possa riguardare vari aspetti legati alla fine della convivenza. Si è introdotta una distinzione tra "contenuto necessario", che riguarda l'affidamento dei figli e il mantenimento del coniuge senza mezzi adeguati, e "contenuto eventuale", che riguarda gli interessi derivanti dalla crisi della coppia. Alcuni considerano invece che l'unico elemento necessario dell'accordo sia il consenso alla separazione.

### **Cass n 23801/2006**

Il contenuto eventuale può includere accordi patrimoniali tra i coniugi, che costituiscono un contratto atipico valido, a meno che non pregiudichino i diritti e doveri derivanti dal matrimonio e che non possano essere impugnati tramite il procedimento camerale, ma solo attraverso un normale giudizio.

La Corte di Cassazione ha stabilito che gli accordi di separazione consensuale possono includere diverse clausole, anche se non hanno un immediato collegamento con il contenuto tipico dell'accordo. Ad esempio, l'accordo può riguardare la cessione di beni immobili, come la casa coniugale, e costituire un contratto atipico con propri presupposti e finalità, che non necessariamente richiedono un corrispettivo specifico o un riferimento alla donazione. Inoltre, l'assegnazione della casa familiare all'altro coniuge in caso di separazione può essere opponibile a un acquirente successivo per un periodo di 9 anni dall'assegnazione. Pertanto, l'acquirente deve rispettare i diritti del coniuge assegnatario nello stesso modo dell'assegnazione originaria.

La validità di tali accordi accessori dipende dal fatto che siano vantaggiosi per l'interesse protetto dalla norma o riguardino un aspetto non considerato dall'accordo omologato e compatibile con esso, oppure siano clausole meramente specifiche dell'accordo stesso. Spetta all'interprete ricostruire il legame tra i vari patti dell'accordo di separazione consensuale, specialmente se l'accordo non viene omologato o se i coniugi si riconciliano successivamente. La questione della revoca del consenso precedentemente prestato da uno dei coniugi interferisce con i provvedimenti di omologa e i delicati problemi legati al loro rapporto. La soluzione a tale questione dipende se la revoca avviene prima o dopo l'udienza presidenziale. La giurisprudenza tende a considerare la revoca possibile nel primo caso e attribuisce importanza all'efficacia dell'accordo secondo l'articolo 1372 nel secondo caso. Durante la separazione consensuale, possono essere stipulati accordi non omologati, la cui validità dipende dal fatto che non interferiscano con l'accordo omologato o prevedano condizioni che siano più vantaggiose per l'interesse tutelato. La trasferimento di proprietà di immobili durante la separazione assume un'importanza notevole e la Cassazione ha stabilito linee guida chiare per la loro ammissibilità e causa. L'uso dei trasferimenti immobiliari durante la separazione è frequente a causa del regime fiscale favorevole e della necessità di risolvere le complesse questioni legate alla divisione dei beni in comunione, alla casa familiare e al mantenimento del coniuge o dei figli.

### **Separazione giudiziale (art 151 cc)**

La separazione giudiziale, secondo l'articolo 151 del codice civile, non è più richiesta solo in casi di colpa o violazione dei doveri coniugali, ma quando la convivenza è diventata intollerabile o dannosa per l'educazione dei figli, indipendentemente dalla volontà dei coniugi. Il legislatore ha abbandonato l'approccio sanzionatorio, concentrandosi sull'assenza di consenso. La separazione non si basa più sulla violazione dei doveri coniugali, ma sulla tollerabilità della convivenza. Ciò ha portato a un dibattito sulla valutazione dei fatti che giustificano la separazione. Il giudice deve valutare i fatti in base alla situazione di intollerabilità, anche senza prove concrete che la causino. La natura delle circostanze che giustificano l'intollerabilità è oggetto di discussione. Mentre la giurisprudenza tende a considerare valutazioni oggettive basate sul modello di vita concordato tra i coniugi, sono importanti anche gli aspetti soggettivi. Nonostante l'adesione formale alla concezione oggettiva, la giurisprudenza raramente ha respinto domande di separazione basate sull'intollerabilità della convivenza. La stabilità del matrimonio dipende dalla volontà dei coniugi e la separazione diventa un rimedio per affrontare la crisi di coppia. La colpa può essere dichiarata solo su richiesta di una delle parti durante la pronuncia di separazione.

### **Concezione soggettiva e diritto alla separazione**

La Cassazione ha adottato la concezione soggettiva e afferma il diritto dei coniugi di porre fine al matrimonio quando la comunione spirituale e materiale è venuta meno. È necessario verificare la presenza di una condizione di disaffezione al matrimonio in almeno uno dei coniugi che renda intollerabile la convivenza. La separazione può essere richiesta anche per fatti che danneggiano l'educazione dei figli. Tuttavia, questa causa di separazione è stata criticata perché richiama l'applicazione di misure previste dall'art. 330 del codice civile invece di essere considerata un rimedio per affrontare la crisi tra i genitori.

### **Affidamento del figlio al comune**

La sentenza affronta il caso in cui il figlio viene affidato al comune a causa della litigiosità dei genitori che potrebbe influire negativamente sul suo sviluppo. La Cassazione stabilisce che la separazione dei coniugi deve essere giustificata da una situazione di intollerabilità della convivenza, che non può essere solo la volontà di un coniuge di separarsi. Inoltre, l'intollerabilità della convivenza non può essere esclusa solo perché uno dei coniugi mostra accettazione e disponibilità, ma potrebbe essere dovuta a motivi pratici, etici o prospettive irrealistiche di ripristino del rapporto.

### **Addebito della separazione**

Se un coniuge viola i doveri del matrimonio, può essere addebitata la separazione. I presupposti per l'addebito sono: la violazione consapevole e volontaria di uno dei doveri del matrimonio, e un nesso di causalità tra la violazione e l'intollerabilità della convivenza o il grave pregiudizio per i figli. L'addebito comporta la perdita del diritto al mantenimento (tranne gli alimenti), dei diritti successorii (con diritto a un assegno ereditario) e il diritto alla pensione di reversibilità. La prova della violazione del dovere matrimoniale spetta al coniuge che richiede l'addebito, mentre l'altra parte deve provare l'esistenza di una crisi matrimoniale precedente alla violazione e la presenza di una convivenza formale.

### **Criteri per l'addebito della separazione**

Nel caso dell'infedeltà coniugale, l'addebito della separazione può essere giustificato se esiste un nesso causale tra l'infedeltà e la crisi matrimoniale. Tuttavia, fatti che violano norme di condotta imperativi e inderogabili (come violenza fisica o morale) non possono essere giustificati. Per quanto riguarda gli altri doveri matrimoniali, possono essere considerati per l'addebito la freddezza e il rifiuto di rapporti affettivi, il comportamento di mobbing, l'abbandono della casa coniugale o il rifiuto di fissare una residenza familiare. Anche il comportamento che danneggia il patrimonio familiare o ostacola l'educazione dei figli può giustificare l'addebito.

### **Mutamento di fede religiosa**

Il cambio di fede religiosa di un coniuge non può essere di per sé una ragione per addebitare la separazione, in quanto è un diritto costituzionalmente garantito. Tuttavia, se comporta comportamenti incompatibili con i doveri coniugali o di genitore, potrebbe giustificare l'addebito.

### **L'addebito come misura asimmetrica nelle violazioni dei doveri coniugali**

La prospettiva delle scienze sociali ha permesso di evidenziare come l'attribuzione di colpa costituisca una misura asimmetrica, poiché l'addebito viene applicato solamente al coniuge economicamente debole che ha violato i doveri coniugali portando alla sopraggiunta insopportabilità della convivenza. Per compensare questa asimmetria, è possibile configurare una responsabilità civile per il coniuge che ha violato i doveri matrimoniali causando un danno al partner.

### **Diverse prospettive sull'addebito della separazione**

L'orientamento prevalente considera l'addebito come una sanzione per la violazione consapevole e volontaria da parte di uno dei coniugi dei doveri derivanti dal matrimonio. Un altro orientamento ritiene invece che l'addebito costituisca un rimedio per la parte più debole del matrimonio che ha subito la violazione da parte dell'altro coniuge, e quindi merita l'applicazione di un regime di

separazione più favorevole. Secondo questa prospettiva, è possibile addebitare la separazione al coniuge non imputabile.

### **La valutazione delle condotte dei coniugi da parte del giudice**

Prima di emettere la sentenza, il giudice deve valutare complessivamente e comparativamente le condotte di entrambi i coniugi per verificare che il comportamento di uno di essi non trovi giustificazioni nelle provocazioni dell'altro coniuge.

### **La necessità di causare la frattura del rapporto coniugale per l'addebito**

La giurisprudenza stabilisce che è indispensabile accertare che la violazione dei doveri coniugali abbia causato o contribuito alla rottura del rapporto matrimoniale, non è sufficiente che ne sia un semplice effetto. Inoltre, l'addebito della separazione deve essere negato se la crisi coniugale è già irrimediabilmente in atto e la violazione dei doveri coniugali si inserisce in un contesto di convivenza puramente formale.

### **Il tradimento come causa di addebito della separazione**

La violazione dell'obbligo di fedeltà può portare all'addebito della separazione. Tuttavia, il tradimento in sé non costituisce automaticamente una causa di addebito della separazione, è necessario che sia il fattore scatenante della crisi coniugale. Una relazione extraconiugale stabile rappresenta una grave violazione dell'obbligo di fedeltà e determina l'intollerabilità della convivenza. In questo caso, vi è una presunzione di causalità e spetta al coniuge infedele provare l'assenza di nesso causale tra il suo tradimento e l'intollerabilità della convivenza.

### **La decisione della Corte Suprema nel caso specifico (Cass n.19450/2007)**

Nel caso specifico, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso l'addebito della separazione alla moglie, la quale aveva tenuto comportamenti vessatori e violenti per tutta la durata del matrimonio a causa delle difficoltà di adattamento alla cultura diversa. Secondo la Corte, le ragioni che hanno causato il comportamento intollerabile non sono rilevanti per l'addebito. La pronuncia stabilisce che l'addebito della separazione implica la prova che la convivenza insopportabile sia stata direttamente causata dai comportamenti volontariamente contrari ai doveri matrimoniali tenuti da uno dei coniugi.

### **La decisione della Corte Suprema in un altro caso (Cass n 1202/2006)**

La Corte di cassazione ha ritenuto corretta la sentenza di merito che ha riconosciuto come giusta causa per l'allontanamento dalla casa familiare della moglie la situazione di frequenti litigi con la suocera che ha portato al deterioramento dei rapporti sessuali tra i coniugi. La Corte ha stabilito che l'allontanamento dalla casa familiare, effettuato unilateralmente da un coniuge senza il consenso dell'altro, non può essere considerato una causa per l'addebito della separazione quando è legittimato da una giusta causa determinata da situazioni o comportamenti incompatibili con la convivenza.

### **Sent relazione omosessuale extraconiugale, addebito della separazione e affidamento condiviso (Trib di Milano sez IX, 19 marzo 2014)**

Nel caso in questione, il marito chiede l'addebito della separazione alla moglie che ha intrapreso una relazione stabile con un'altra donna. La moglie sostiene che la crisi è dovuta al progressivo

disinteresse del marito nei suoi confronti e chiede l'affidamento condiviso dei figli minori e l'assegnazione della casa familiare. Il giudice rigetta la domanda di addebito ritenendo che il comportamento della moglie non sia colpevole, ma piuttosto una conseguenza naturale della evoluzione del rapporto matrimoniale. La sentenza ha discriminato l'orientamento sessuale, confondendo la scoperta dell'omosessualità con il tradimento omosessuale. Il tradimento è sempre una violazione del dovere di fedeltà e il coniuge che intraprende una relazione omosessuale agisce consapevolmente.

### **La scoperta dell'omosessualità come desiderio inconsapevole**

L'orientamento sessuale verso persone dello stesso sesso potrebbe essere considerato un impulso inconscio e irrefrenabile della propria volontà, quindi non imputabile, ma questo non può essere detto per il tradimento omosessuale.

### **Separazione temporanea**

La separazione temporanea è disciplinata dall'articolo 126 del Codice Civile. Quando viene presentata una richiesta di annullamento del matrimonio, il tribunale può, su richiesta di uno dei coniugi, ordinare la separazione temporanea durante il processo; può anche ordinarla d'ufficio se entrambi i coniugi o uno di essi è minorenne o interdetto.

La pendenza del procedimento di annullamento del matrimonio è sufficiente per il legislatore affinché il giudice pronunci la separazione temporanea dei coniugi, che ha un effetto interinale e precauzionale. Il provvedimento di separazione temporanea ha gli stessi effetti dell'ordinanza presidenziale nella separazione giudiziale, consentendo il distacco dalla casa familiare e determinando gli obblighi relativi al nuovo rapporto che si instaura tra i coniugi a causa dell'interruzione della convivenza. Pertanto, anche in questo tipo di procedura devono essere emessi provvedimenti temporanei e urgenti che regolamentano le relazioni personali e patrimoniali tra i coniugi e tra loro e la prole.

### **Separazione di fatto**

In presenza di normative che prevedono e disciplinano la separazione legale, la cessazione di fatto della convivenza dovrebbe essere irrilevante per l'ordinamento giuridico. Tuttavia, in alcuni casi, ignorare la separazione di fatto può pregiudicare ingiustamente il coniuge più debole, la cui tutela è lo scopo della disciplina sulla separazione. Pertanto, la Corte Costituzionale, nella sentenza 404/1988, ha dichiarato illegittimo, per violazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione, l'articolo 6 comma 3 della legge 392/78 nella parte in cui non prevedeva la successione della locazione della casa coniugale in caso di separazione di fatto, se ciò è stato convenuto dal conduttore e dal suo coniuge.

Pertanto, questa situazione non può ricevere un trattamento diverso da quello previsto nel terzo comma dell'articolo 6, poiché, per quanto riguarda il bene primario dell'abitazione, il titolo della separazione (di fatto o consensuale) non può avere un effetto discriminatorio. E il fatto che la separazione di fatto non comporti una prova documentale di quanto concordato tra i coniugi non è motivo sufficiente per giustificare l'assenza della previsione legale.

### **Mediazione familiare**



La mediazione è un procedimento alternativo al giudizio per la risoluzione delle controversie, con le sue regole, funzioni e finalità proprie. Questo istituto, introdotto dalla legge 54/2006, si rivolge principalmente alle coppie sposate o di fatto che si trovano in una situazione di conflitto di natura personale o patrimoniale.

A differenza del processo, nella mediazione le parti cercano di raggiungere una situazione in cui entrambe possono vincere. Per raggiungere questo obiettivo, la mediazione familiare si articola in diverse fasi, i cui obiettivi sono il ripristino e il potenziamento della comunicazione all'interno della coppia, la gestione del conflitto e l'elaborazione di programmi genitoriali. Lo scopo della mediazione familiare è raggiungere un accordo spontaneo e non imposto chiamato memorandum di intesa, che riguarda una serie di questioni riguardanti le problematiche affrontate dalle parti durante la mediazione.

La giurisprudenza ha dimostrato una certa apertura alla possibilità di raggiungere una soluzione negoziata di una controversia tra coniugi.

Questo istituto è stato introdotto per evitare problemi personali e patrimoniali. Si tratta di un procedimento diverso dalla transazione e dall'arbitrato, che mira a ricostruire la vita delle parti in situazioni di crisi familiare (separazione o divorzio) con l'aiuto di un esperto di psicologia e diritto.

In Italia, questo istituto non ha avuto molto successo a causa della mancanza di obbligatorietà e nonostante i vari sforzi, si preferisce il ricorso al sistema giudiziario.

La mediazione è citata nel Codice Civile negli articoli 342 ter (provvedimenti di protezione in caso di violenza o pericolo fisico) e 337 octies che disciplina la mediazione nell'interesse del minore tramite l'ascolto di quest'ultimo, al fine di raggiungere una soluzione favorevole ai figli.

La mediazione ha lo scopo di ricostruire la vita personale dei coniugi durante momenti di crisi della relazione, nell'interesse dei figli. È qualcosa di più di una terapia di coppia ed è diversa dal cosiddetto "diritto collaborativo" in cui gli avvocati si impegnano a trovare una soluzione.

**Tribunale di Bari, 21 novembre 2000:** Il giudice, in caso di crisi familiare, se accerta la disponibilità delle parti a partecipare attivamente a un programma di mediazione per affrontare le opposte esigenze e richieste, può indirizzare le parti a un organismo o Centro qualificato di mediazione familiare al fine di raggiungere un accordo e aderire consapevolmente a una soluzione voluta dalle parti stesse e non imposta dall'alto. Tale indirizzo, in conformità con i poteri-doveri del giudice e con la normativa nazionale e internazionale che auspica l'intervento di un soggetto imparziale diverso dal giudice, non esclude che la decisione finale spetti sempre al giudice, di cui i mediatori possono considerarsi aiuti atipici ai sensi dell'articolo 68 del Codice di Procedura Civile. Inoltre, i mediatori, in materia di diritti di famiglia e delle persone, non devono avere alcun potere decisionale, neanche indiretto, e non devono essere considerati giudici o assistenti nel processo, mentre i membri del nucleo familiare (anche di fatto) non devono considerarli tali. Il tribunale di Bari considera la mediazione familiare una forma di giustizia compositiva che può diventare prevalente, ma non incontrollata, nel dettare la via delle famiglie, legittime di fatto, nei momenti di rottura e di dissidio.

**Il Tribunale di Lamezia Terme e il Tribunale di Campobasso** hanno riconosciuto l'utilità della mediazione familiare in presenza di controversie tra i coniugi, che coinvolgono anche i minori.

La mediazione serve a evitare che la crisi familiare danneggi irrimediabilmente i rapporti che erano nati dalla famiglia, senza un patto generato dalla fine dell'affetto coniugale. Serve a raggiungere un accordo di separazione sospensivamente condizionato all'omologazione e indispensabile per il presidente del processo.

### **Effetti personali e patrimoniali della separazione**

La separazione comporta una sospensione dei doveri coniugali direttamente collegati alla comunione di vita (coabitazione, assistenza, fedeltà, collaborazione..).

L'art. 156 bis permette al giudice di vietare alla moglie l'uso del cognome del marito se ciò nuoce gravemente al marito. La moglie può anche essere autorizzata a non usare il cognome del marito se può subire gravi danni da tale uso.

**Secondo il Tribunale di Milano**, l'autorizzazione all'uso del cognome del marito da parte della moglie dopo la separazione deve essere richiesta da uno dei coniugi e non è necessariamente legata all'accusa di colpa. L'autorizzazione a mantenere il cognome può essere giustificata dall'interesse artistico o lavorativo dell'ex coniuge, pur avendo la possibilità per la donna divorziata di utilizzare il cognome del marito in un ambito specifico e in base a un titolo estraneo alla famiglia.

Il diritto di mantenere il cognome del coniuge dopo il divorzio è tutelato se riguarda l'ambito lavorativo, commerciale o artistico della moglie, o se riguarda profili di identificazione sociale e di relazioni di vita meritevoli di tutela, oltre a considerazioni morali o relative alla prole (che potrebbe subire danni da un cambio di cognome).

La valutazione di tali presupposti può essere fatta attraverso documenti relativi alla vita privata della moglie che potrebbero essere rilevanti, come quelli sulla sua salute (certificati medici che indicano la prevalenza del cognome del marito), vita professionale e affari. Se risulta da tali documenti che l'uso del cognome del marito non è essenziale per la vita della moglie rispetto ai profili sopra citati, non ha il diritto di mantenerlo.

La questione dei doveri coniugali dei coniugi separati è stata oggetto di dibattito nel corso degli anni. La concezione attuale è che i doveri derivanti dal matrimonio non persistono dopo la separazione. In ogni caso, il rispetto e la correttezza reciproca rimangono obbligatori per entrambi i coniugi.

### **Mutamento del titolo**

La questione dibattuta riguardante gli effetti dei comportamenti che violano i doveri coniugali di un coniuge legalmente separato (mutamento del titolo) è stata affrontata dalla giurisprudenza.

Inizialmente, la Cassazione ammetteva il mutamento del titolo, ma successivamente, dopo la riforma del 1975, ha stabilito che non è più possibile. Nel caso di una moglie che ha iniziato una relazione adulterina dopo la separazione consensuale, la Cassazione ha affermato che i fatti successivi possono essere rilevanti per l'addebito della separazione se sono in violazione dei doveri ancora esistenti verso i coniugi e i figli e se impediscono la ripresa della convivenza coniugale, che nonostante la riduzione dei doveri, è ancora favorita dal legislatore per la tutela degli interessi dei figli.

Pertanto, la separazione non è più considerata solo una fase temporanea ma un titolo autonomo che segna la fine della convivenza e può essere seguito da un divorzio o protrarsi indefinitamente. La dichiarazione di addebito rappresenta una forma di accertamento della non prosecuzione della convivenza, che può essere riconosciuta solo se espressamente richiesta e se presenti le circostanze necessarie. L'ordinamento attribuisce importanza all'intollerabilità della convivenza per determinare la responsabilità della sua cessazione, la quale si verifica solo al momento della separazione e l'interruzione della convivenza viene considerata come una conferma di questa separazione. I comportamenti successivi possono influire sul cambiamento delle condizioni della separazione. Per quanto riguarda il grave pregiudizio per i figli, non è possibile utilizzarlo come base per modificare il titolo.

### **Effetti patrimoniali**

Gli effetti patrimoniali della separazione riguardano principalmente la dissoluzione della comunione e il diritto del coniuge più debole di ricevere un assegno di mantenimento.

Per molto tempo si è discusso dell'individuazione del momento in cui avviene la dissoluzione della comunione. In passato, la giurisprudenza collegava questo momento alla sentenza di separazione giudiziale o all'omologazione della separazione consensuale. Tuttavia, questa soluzione creava difficoltà a causa della persistenza del regime di comunione tra i coniugi in crisi. Questo problema è stato risolto con la modifica recente dell'articolo 191 comma 2 che stabilisce che, in caso di separazione personale, la comunione si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati o alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale, purché omologato. Tuttavia, questa regola non prende in considerazione i casi in cui la separazione avviene attraverso un accordo raggiunto tramite negoziazione assistita o direttamente davanti all'ufficiale di stato civile. Pertanto, si è suggerito di collegare la dissoluzione della comunione all'atto dell'accordo, a condizione che l'accordo sia sottoposto alla condizione risolutiva di un'eventuale mancata concessione del nullaosta o autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica o della mancata comparizione dei coniugi davanti all'ufficiale di stato civile per la conferma dell'accordo.

**L'assegno di mantenimento** deve essere versato al coniuge che non ha adeguati redditi propri e a cui non può essere addebitata la separazione. L'obiettivo è garantire il mantenimento del tenore di vita che il coniuge aveva durante il matrimonio, anche se, in realtà, la cessazione della convivenza matrimoniale comporta una riduzione delle disponibilità economiche di entrambi i coniugi. La norma intende proteggere la condizione di vita di entrambi i coniugi. Pertanto, in assenza di addebito, il coniuge con maggiori risorse finanziarie deve garantire al coniuge più debole il mantenimento, almeno in misura tendenziale, dello stile di vita che aveva prima della separazione. Il giudice deve considerare non solo il reddito risultante dai documenti fiscali, ma anche altri elementi economici che possono influire sulle condizioni delle parti e, se necessario, effettuare le opportune verifiche anche con l'assistenza della polizia tributaria. L'interpretazione di questa norma ha causato incertezze, in particolare riguardo al parametro per valutare la adeguatezza dei mezzi del richiedente. Secondo la giurisprudenza consolidata, nella separazione si instaura un regime che cerca di preservare gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e il tenore di vita di entrambi i coniugi. Pertanto, la Corte di cassazione ha affermato che, per valutare l'adeguatezza dei redditi del richiedente, il parametro di riferimento è rappresentato dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio.

Inoltre, l'assegno di mantenimento viene riconosciuto solo se non è possibile attribuire la separazione al coniuge che lo richiede e se non ha redditi idonei a mantenere il precedente tenore di vita. L'inattività lavorativa del richiedente l'assegno rappresenta una circostanza estintiva solo se è il risultato di un effettivo rifiuto di opportunità di lavoro, mentre la giurisprudenza tende ad avere una posizione favorevole nei confronti del coniuge destinatario dell'assegno, che in generale non si riscontra negli altri Paesi europei.

**Cassazione n. 12121/2004** - In caso di attribuzione della colpa per la separazione al marito, la semplice capacità lavorativa della moglie, senza la prova di suo rifiuto di opportunità di guadagno lavorativo, è stata considerata insufficiente per escludere il diritto all'assegno per lei

La recente linea interpretativa adottata dalla giurisprudenza, specialmente di Cassazione, segue una direzione di maggiore severità nel concedere l'assegno di mantenimento. La Cassazione ha stabilito che è necessario valutare la capacità di ogni coniuge di generare entrate economiche. Un assegno di mantenimento a favore dell'ex coniuge non può essere stabilito in mancanza di una reale incapacità da parte di quest'ultimo di procurarsi risorse sufficienti per mantenere uno standard di vita simile a quello avuto nel corso del matrimonio, quando questo si occupava principalmente delle faccende domestiche (vedi Cass. civ. 11870/2015 e Cass. n. 24324/2015).

Inoltre, se la moglie benestante ha una relazione extraconiugale e non dimostra l'assenza di un nesso causale tra l'infedeltà e l'insopportabilità della vita coniugale, sarà lei a essere ritenuta responsabile della separazione e a dover versare il mantenimento all'ex marito (vedi Cass. civ. 10823/2016).

Questa posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza di merito, che ha negato il mantenimento alla donna la cui casa coniugale è gravata dal mutuo a carico dell'ex marito, il quale deve anche sostenere le spese per un nuovo alloggio (vedi Trib. Roma 31.05.2016). È stato inoltre negato il diritto all'assegno di divorzio all'ex moglie lavoratrice, già beneficiaria di mantenimento durante la separazione, che avesse iniziato una nuova convivenza, nel caso in cui l'ex marito perdesse il lavoro (vedi Trib. Napoli 23.03.2016).

Gli aumenti di reddito avvenuti dopo la separazione sono considerati importanti, in quanto l'obbligo di solidarietà economica comporta la condivisione degli incrementi anche nella fase di separazione. Pertanto, qualsiasi aumento di reddito di un coniuge avvenuto dopo la separazione può influire sia sulla revisione dell'assegno di mantenimento sia sulla determinazione dell'assegno divorzile.

Per ottenere la revisione dell'assegno di mantenimento, il coniuge economicamente più debole deve dimostrare che tali incrementi siano l'evoluzione prevedibile di condizioni già esistenti al momento della separazione. Tuttavia, la giurisprudenza mostra alcune incertezze, come sottolineato dalla dottrina, dovute alla difficoltà di prevedere quali incrementi possano essere considerati come sviluppo prevedibile, ad esempio, l'avanzamento nella carriera accademica o l'espansione di un'attività autonoma, ma non l'assunzione di una carica politica.

Si sono poste questioni delicate anche in merito alla valutazione della disoccupazione del coniuge richiedente e alla sua capacità di reperire le risorse per il proprio sostentamento. È stato chiarito che le potenzialità lavorative del coniuge richiedente l'assegno sono rilevanti solo se si traducono in una reale possibilità di svolgere un lavoro retribuito.

Nel contesto della separazione personale, si enfatizza tanto il dovere di solidarietà coniugale quanto l'intenzione di preservare lo standard di vita preesistente alla rottura della convivenza. Il diritto al mantenimento, quindi, non può essere negato se vi è solamente una teorica possibilità che il coniuge senza reddito trovi un lavoro.

La Corte di Cassazione ha anche evidenziato che queste considerazioni sono valide quando il coniuge non è stato in grado di procurarsi mezzi adeguati e si è dedicato al lavoro domestico durante il matrimonio. La decisione presa di comune accordo di non intraprendere un'attività lavorativa esterna al nucleo familiare merita di essere protetta, almeno durante la separazione, senza forzare il coniuge che si è dedicato alla casa a cercare immediatamente un impiego.

La concezione della separazione come momento per permettere al coniuge più debole di mantenere uno standard di vita simile a quello matrimoniale è stata oggetto di critica. È stato sostenuto che questa visione sia obsoleta a seguito della riforma del diritto di famiglia, che vede la separazione come un passo verso il divorzio. È stata criticata l'interpretazione giurisprudenziale che misura l'adeguatezza delle risorse del richiedente basandosi sullo standard di vita che avrebbe potuto avere.

Questa critica non sembra centrare il punto, poiché alla base di tale interpretazione vi è la constatazione di una violazione di un principio indisponibile. Recentemente è stata messa in discussione anche l'idea di uguagliare lo standard di vita matrimoniale, sottolineando la difficoltà di questo concetto da conciliare con la realtà che la separazione comporta inevitabilmente un ridimensionamento dello standard di vita di entrambi i coniugi.

L'idea di eguagliare lo standard di vita coniugale è stata considerata artificiosa e impraticabile; si è invece sottolineato che sarebbe stato più adeguato adeguare l'insufficienza del reddito del coniuge richiedente alla nuova situazione economica creata dalla duplicazione delle spese domestiche.

Questo è particolarmente vero in casi di separazione che coinvolgono persone giovani o di brevi matrimoni, dove il riferimento allo standard di vita durante il matrimonio può sembrare inappropriato, nonostante la breve durata del matrimonio non influenzi il diritto a un assegno di mantenimento, se i presupposti sono comprovati.

Il mantenimento di uno standard di vita matrimoniale è un obiettivo solamente indicativo, poiché l'aumento delle spese dovute alla separazione rende spesso difficile mantenerlo.

Alla luce dell'articolo 156 comma 2, il giudice dovrà basare la sua valutazione su una varietà di elementi per determinare se il coniuge richiedente manchi realmente di mezzi adeguati e in quale misura l'altro coniuge possa compensare questa mancanza. Saranno considerate tutte le circostanze economiche.

L'orientamento stabilito secondo cui il sostegno economico da parte del convivente more uxorio, che elimina o riduce il bisogno del coniuge separato, influisce sulla sussistenza del diritto all'assegno di mantenimento, o sulla sua entità, è stato recentemente rivisto in modo più stringente dalla Corte di Cassazione. È stato affermato che, nel caso in cui la convivenza more uxorio sia caratterizzata da stabilità, continuità e regolarità, creando una vera e propria famiglia di fatto, si perde ogni collegamento con lo standard e il modello di vita precedenti alla separazione, eliminando ogni fondamento per il riconoscimento dell'assegno di separazione.

È controverso se, nelle circostanze che il giudice deve considerare, debbano essere incluse eventuali somme ricevute dal coniuge richiedente dalla sua famiglia d'origine.

Per proteggere i diritti patrimoniali del coniuge separato, l'articolo 156 del codice civile fornisce speciali garanzie e strumenti di tutela nel caso in cui l'obbligato non adempia ai suoi obblighi.

## **Riconciliazione**

La riconciliazione si identifica in ogni intesa mirata a interrompere o prevenire lo stato di separazione, operante in qualunque modalità, come si può inferire dagli articoli 154 e 157 del codice civile. La riconciliazione che ha rilevanza giuridica si verifica dopo l'avvio del procedimento di separazione. La distinzione si basa sul momento di occorrenza:

- dopo l'avanzamento della richiesta di separazione, comportando la desistenza da questa (articolo 154 cc);
- dopo la sentenza di separazione giudiziale o l'omologazione della separazione consensuale, che annullano gli effetti della separazione. Per qualificarsi come riconciliazione in senso giuridico, è essenziale la ristabilizzazione del consorzio familiare attraverso il ripristino della vita comune materiale e spirituale dei coniugi.

La manifestazione di volontà alla riconciliazione può essere rilevata:

- da una dichiarazione esplicita dei coniugi, sia verbale che scritta, tramite scrittura privata, atto pubblico o, se avviene durante il processo, mediante verbale sottoscritto dal presidente del tribunale;
- da un comportamento non ambiguo che sia incompatibile con la condizione di separazione. Il magistrato è chiamato a effettuare una verifica basata su un esame di fatto, partendo dal presupposto che ci sia un limite oltre il quale la prosecuzione e la conservazione della relazione coniugale si dimostra incompatibile con lo stato di separazione. Il fondamento della riconciliazione è dunque l'insorgere di una situazione incompatibile con l'interruzione dei doveri matrimoniali. Il fatto che i coniugi abbiano ripreso a vivere sotto lo stesso tetto, sebbene non conclusivo, è un indizio che può attestare la riconciliazione avvenuta.

La formulazione dell'articolo 157 comma 1 solleva dubbi riguardo la natura della riconciliazione, ponendo sullo stesso piano la semplice dichiarazione di riconciliazione e il comportamento che ha effettivamente riattivato la vita coniugale comune. Di conseguenza, trovano fondamento sia la teoria che vede la riconciliazione come atto giuridico, sia quella che la considera un mero fatto giuridico.

Per quanto riguarda gli effetti della riconciliazione, due sono le tematiche più discusse:

1. Se, in caso di nuova crisi coniugale, si possa considerare rilevante la condotta pre-riconciliazione che aveva reso intollerabile la convivenza. La normativa stabilisce che una nuova separazione può essere decretata solo in riferimento a fatti successivi alla riconciliazione. Parte della dottrina fa una distinzione tra:

- "riconciliazione post-conclusione del processo di separazione", che impedisce ai coniugi di utilizzare gli stessi fatti già adoperati per una successiva separazione;
  - "riconciliazione durante il processo", dove sarebbe possibile riportare le medesime ragioni di intollerabilità in un eventuale futuro procedimento.
2. Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale tra i coniugi. La riconciliazione dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione elimina gli effetti della dissoluzione della comunione legale da quel momento in poi. Invece, per quanto riguarda i terzi, per l'opponibilità della riconciliazione è necessario un atto scritto che deve essere registrato a margine dell'atto di matrimonio.

In giurisprudenza predomina l'approccio che valuta prioritariamente gli atti concreti e i comportamenti dei coniugi, anziché fattori psicologici più ardui da dimostrare, poiché appartengono alla sfera intima dei sentimenti e della spiritualità personale.

### **Cassazione n. 12314/2007**

Per riconciliazione si intende il completo e definitivo ristabilimento della vita coniugale, con il recupero dei legami materiali e spirituali propri del matrimonio e del consorzio familiare. La ripresa della convivenza, benché non costituisca di per sé la vita coniugale vera e propria, è dotata di un significativo valore indiziario, specialmente considerando la sua durata, per la sua capacità di attestare la volontà dei coniugi di superare la precedente separazione. La condizione oggettiva del ritorno alla coabitazione tra i coniugi può quindi costituire la base per la convinzione del giudice riguardo alla riconciliazione avvenuta, spettando al coniuge che la contesta il compito di dimostrare che il nuovo equilibrio raggiunto, per accordi tra le parti o per le modalità di vita familiare condivisa, non costituisca una vera ripresa della vita comune e dunque non sia un evento riconciliativo.

### **Divorzio**

Il divorzio è l'istituto legale che pone fine al matrimonio civile o fa cessare dall'istante della sentenza gli effetti civili del matrimonio concordatario, quando è irrimediabilmente compromessa la condivisione di vita materiale e spirituale tra i coniugi, consentendo loro di ritornare allo stato di persone non sposate. Introdotta con la legge n. 898 del 1970, a seguito di mutamenti sociali e dibattiti politici, questa normativa ha superato la previsione codicistica originaria che contemplava lo scioglimento del matrimonio solo per decesso di uno dei coniugi. È curioso osservare come il legislatore abbia evitato l'uso del termine "divorzio", optando invece per espressioni quali "scioglimento" o "cessazione degli effetti civili".

L'articolo 1 della legge n. 898 del 1970 determina che il divorzio viene pronunciato dal giudice quando viene constatato che la comunione di vita non può essere preservata o ripristinata a causa di motivi specificati nell'articolo 3 della medesima legge. Pertanto, prima di emettere una sentenza di divorzio, il giudice deve verificare due condizioni:

1. Una di carattere soggettivo, ovvero la fine dell'affetto coniugale, che segna la cessazione della vita comune tra i coniugi;

2. Una di carattere oggettivo, ossia la presenza di una delle cause espressamente indicate dalla legge (articolo 3). Secondo una ben consolidata interpretazione giurisprudenziale, la verifica di questi due elementi è indispensabile per arrivare alla pronuncia di divorzio.

Cassazione n. 26165 del 2006 La sentenza di divorzio non segue in maniera automatica l'identificazione di una delle cause previste dall'articolo 3 della legge sul divorzio, ma richiede che il giudice accerti l'irreversibile deterioramento del rapporto coniugale. Lo stato di separazione dei coniugi costituisce un presupposto necessario per la domanda di divorzio. Prima di pronunciarsi sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio, il giudice deve essere convinto che il deterioramento della convivenza materiale e morale sia irreparabile, basando tale convinzione su vari elementi, come delineato dalla giurisprudenza. La presenza di una delle cause di divorzio è quindi essenziale, ma non sufficiente, per dichiarare la fine del matrimonio.

Cassazione n. 7799 del 1990 La Cassazione specifica che l'analisi deve essere modulata a seconda delle circostanze specifiche e delle argomentazioni avanzate dalle parti. Quindi, quando la separazione dei coniugi si protrae per oltre un decennio, i giudici di merito possono inferire la definitività della rottura del rapporto coniugale non solo dalla durata e conflittualità della separazione ma anche dall'assenza di uno dei coniugi alla seduta per il tentativo di conciliazione e dalla divisione dei beni familiari seguita a contenzioso.

Dopo l'adozione della legge n. 898 del 1970, la Corte Costituzionale ha affrontato questioni relative alla presunta incompatibilità tra la nuova normativa sul divorzio e i Patti Lateranensi del 1929. Sorse il dubbio se lo Stato si fosse impegnato a non introdurre il divorzio per rispettare l'indissolubilità del matrimonio. La Corte osservò che, sebbene nelle trattative iniziali fosse stata proposta l'obbligazione per lo Stato Italiano di aderire a tale principio, nel testo definitivo del Concordato non vi era alcun riferimento. Inoltre, il Concordato non incorporava la disciplina canonica, riconoscendo semplicemente effetti civili al matrimonio concordatario registrato negli atti civili. Dalla distinzione dei due ordinamenti emerge che il vincolo matrimoniale è istituito e regolato dalla legge civile. Qualsiasi limitazione alla competenza statale dovrebbe essere espressamente definita da una norma, e in assenza di questa, non può essere inferita da interpretazioni.

Il matrimonio concordatario è tutelato costituzionalmente nell'articolo 7 della Costituzione, ma nei limiti in cui il regime del Concordato rifletta la volontà delle parti. Quindi, non avendo subito modifiche i Patti Lateranensi, la legge impugnata non sottrae ai tribunali ecclesiastici la giurisdizione sulla nullità del matrimonio, e l'adozione del nuovo regime di dissolubilità per il matrimonio civile non necessita di una revisione costituzionale (Corte Costituzionale n. 169 del 1971).

La seconda questione esaminata riguardava il possibile contrasto del divorzio con la riserva di giurisdizione sulla nullità matrimoniale dei tribunali ecclesiastici. La Corte respinse l'eccezione, affermando che la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici fosse limitata alla dichiarazione di nullità del matrimonio e alla dispensa del matrimonio rato e non consumato.

Nel corso del tempo, la normativa sul divorzio ha ricevuto vari aggiornamenti legislativi:

- Legge n. 898 del 1970 e modifica con la legge n. 74 del 1987 ("nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio");



- Leggi n. 80 del 2005 e n. 54 del 2006: armonizzazione delle procedure di separazione e divorzio;
- Legge n. 55 del 2015: introduzione del divorzio breve, che anticipa gli effetti dello scioglimento della comunione tra i coniugi. Questo è rilevante perché prima lo scioglimento della comunione segnava il termine del processo, mentre ora può essere attuato in anticipo.

Le richieste di divorzio che si incontrano comunemente sono quelle successive alla separazione legale dei coniugi. Inizialmente erano necessari cinque anni dalla separazione per richiedere il divorzio, poi ridotti a tre anni con la legge n. 74 del 1987. Con la legge n. 55 del 2015, è stato introdotto il cosiddetto divorzio breve, permettendo di richiedere lo scioglimento del vincolo coniugale dopo 12 mesi dalla comparizione dei coniugi davanti al presidente del tribunale in caso di separazione giudiziale, e dopo 6 mesi in caso di separazione consensuale o giudiziale trasformata in consensuale nel corso del giudizio.

### **Articolo 3 Legge 898/1970**

L'articolo 3, denominato "elenco disordinato", contiene una serie di fatti e comportamenti che indicano un'incompatibilità con la vita matrimoniale. Il giudice deve comunque accertare l'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione di vita. Tra le cause di scioglimento del matrimonio, è importante il passaggio in giudicato della sentenza di separazione o l'omologa della separazione consensuale. In questi casi, è possibile presentare una richiesta di divorzio se la separazione è durata almeno 12 mesi dalla comparizione dei coniugi dinanzi al presidente del tribunale (nel caso di separazione giudiziale) o 6 mesi (nel caso di separazione consensuale). Se i coniugi hanno optato per la separazione extragiudiziale, il termine è di 6 mesi dalla data certificata dell'accordo di separazione raggiunto attraverso la negoziazione assistita da un avvocato o dalla data di registrazione dell'accordo di separazione davanti all'ufficiale di stato civile.

Le altre cause di divorzio sono molto rare e sono legate a situazioni particolari, come la condanna penale di uno dei coniugi per un reato grave con una lunga pena detentiva, l'annullamento o il divorzio avvenuto all'estero di uno dei coniugi cittadino straniero, la mancata consumazione del matrimonio o il cambio di sesso di uno dei coniugi. Originariamente, c'era un dibattito sulla necessità di presentare una specifica richiesta di divorzio dopo il cambio di sesso di uno dei coniugi. La giurisprudenza ha stabilito che il divorzio dovesse essere automatico dopo il cambiamento di sesso per preservare l'essenza del matrimonio, ma la Corte di Cassazione ha sollevato dubbi sulla costituzionalità di questa automatizzazione e ha chiesto alla Corte Costituzionale di pronunciarsi. La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa automatizzazione, sottolineando l'importanza di bilanciare l'interesse dello Stato nel mantenere il modello matrimoniale eterosessuale con l'interesse della coppia di mantenere un rapporto giuridicamente regolato. La Corte ha quindi sollecitato il legislatore a intervenire e ad introdurre una forma alternativa al matrimonio per le coppie in questa situazione.

Successivamente, la legge 76/2016 ha stabilito che il cambiamento di sesso di uno dei coniugi comporta automaticamente l'instaurazione di una unione civile tra persone dello stesso sesso, a condizione che entrambi i coniugi manifestino la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili.

## **La separazione legale e il contesto europeo**

Per la maggior parte delle coppie coniugate, la separazione legale rappresenta ancora un passaggio obbligatorio. Tuttavia, a differenza di altri paesi europei, come Norvegia, Finlandia e Portogallo, dove è possibile divorziare senza una separazione legale (divorzio immediato) o con il semplice consenso dei coniugi, in Italia la separazione legale è ancora necessaria. Questa differenza è diventata ancora più evidente con l'entrata in vigore del Regolamento CE 2201/2003, che riconosce in Italia i provvedimenti di scioglimento del matrimonio emessi in uno Stato membro dell'Unione Europea. Recentemente, è stato introdotto anche il Regolamento CE 1259/2010, che si applica solo in caso di conflitto di leggi e coinvolge solo 14 Stati membri, compresa l'Italia. Questo regolamento permette alle coppie di scegliere autonomamente la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, anche se tale scelta ha dei limiti e deve avvenire entro determinati ambiti. Il regolamento stabilisce anche quale legge si applica in caso di mancata scelta da parte delle coppie.

## **Procedura**

La procedura di divorzio riguarda diritti personali e non trasferibili, ed è considerata un procedimento ordinario costitutivo, poiché mira a ottenere una pronuncia che ponga fine allo stato coniugale. Tuttavia, presenta caratteristiche speciali:

- La presenza obbligatoria del pubblico ministero ai sensi dell'articolo 5 della legge 898/70, pena l'annullamento della sentenza;
- L'applicazione del principio della domanda e del principio della corrispondenza tra ciò che viene richiesto e ciò che viene pronunciato, limitato a questioni specifiche. Infatti, il giudice può decidere per suo conto su determinate questioni, anche in modo diverso dalle richieste delle parti.

La sentenza di divorzio può essere emessa attraverso due procedure diverse, entrambe portanti allo stesso risultato ma con una diversa forma:

- Il procedimento contenzioso, che inizia con la richiesta di un coniuge nei confronti dell'altro. Viene avviato tramite un ricorso che deve contenere solo una esposizione dei fatti e gli aspetti legali su cui si basa la richiesta, nonché l'indicazione dei figli (anche adottivi);
- Il procedimento semplificato e più rapido, che si basa su una domanda presentata congiuntamente da entrambi i coniugi e che deve indicare anche le condizioni relative ai figli e agli aspetti economici.

In questo secondo caso, che è il più comune, il consenso dei coniugi può essere vanificato se il giudice valuta che le condizioni concordate non siano nell'interesse dei figli. In tal caso, la procedura contenziosa viene applicata invece di quella semplificata.

La procedura inizia con la presentazione di una unica domanda congiunta da parte dei coniugi, che si basa sul reciproco consenso. Il tribunale, in una seduta privata, emette una decisione conclusiva che rende effettivo l'accordo, una volta che essa sia diventata definitiva.

La giurisprudenza ha riconosciuto all'accordo di divorzio una particolare efficacia, sottolineando che non si tratta di un caso di divorzio consensuale né di una privatizzazione del diritto di divorzio.

Infatti, il giudice non è vincolato dal consenso dei coniugi, ma deve verificare se sussistano i requisiti di legge per lo scioglimento del matrimonio.

È quindi inammissibile revocare in modo unilaterale il consenso già espresso mediante la firma del ricorso congiunto per il divorzio, poiché tale domanda ha una natura negoziale, limitata agli aspetti patrimoniali e processuali, e non consente di cambiare idea senza motivo.

Inoltre, va precisato che la domanda congiunta di divorzio non è la combinazione di due domande separate, né il risultato dell'adesione di una parte alla richiesta dell'altra. Pertanto, la rinuncia di una delle parti, a meno che la domanda congiunta non sia stata fatta per errore, violenza o frode, non è ammissibile e solo le parti possono rinunciare congiuntamente.

Per presentare una domanda di divorzio è necessaria la capacità giuridica, che è riconosciuta anche ai minori emancipati secondo l'ordinamento italiano. Tuttavia, per gli accordi di divorzio, il tutore deve dare il suo consenso previa autorizzazione del giudice tutelare. Per quanto riguarda i soggetti incapaci, se il coniuge convenuto è malato di mente o legalmente incapace, il tribunale nominerà un tutore speciale.

La legge non menziona la situazione del coniuge richiedente che sia incapace di intendere e volere. La Corte di Cassazione, nell'ottica di favorire la libertà, ha stabilito che anche quest'ultimo può presentare una domanda di divorzio, a condizione che sia rappresentato in tribunale da un tutore con l'autorizzazione del giudice tutelare.

Per stabilire la giurisdizione del giudice civile, la legge del 31 maggio 1995 stabilisce come criterio la residenza o il domicilio del convenuto, e la cittadinanza italiana, anche di uno solo dei coniugi, oppure il fatto che il matrimonio sia stato celebrato in Italia. La Corte di Cassazione, con una sentenza del 1985, ha affermato che per la questione del divorzio tra coniugi stranieri che hanno contratto matrimonio all'estero, la giurisdizione del giudice italiano deve essere valutata secondo i criteri di connessione stabiliti dall'articolo 4 del codice di procedura civile, poiché non sono previste disposizioni in trattati internazionali. Non si applica l'articolo 4 della legge 898/70 che stabilisce esclusivamente la competenza territoriale del giudice. Pertanto, la giurisdizione italiana viene stabilita quando, oltre al coniuge attore, anche il coniuge convenuto ha residenza in Italia, tenendo conto che tale residenza sussiste se le abitudini di vita e di lavoro nel territorio nazionale sono prevalentemente italiane rispetto a eventuali soggiorni all'estero.

### **Bifasicità del rito**

Il legislatore del 2005 ha introdotto disposizioni per coordinare le due fasi (presidenziale e contenziosa) dei procedimenti di separazione e divorzio, stabilendo così la cosiddetta bifasicità del procedimento.

Queste cause si svolgono in due fasi:

**1. Fase presidenziale:** inizia con un'udienza davanti al presidente del tribunale, che ha competenza in base all'importanza della materia. Le parti devono comparire personalmente, anche se assistite da un'avvocato, per essere ascoltate separatamente e poi insieme.

In questa sede, il giudice tenta di conciliare le parti, secondo una consolidata orientazione giurisprudenziale, che è un requisito necessario per passare alla fase istruttoria del procedimento. L'omissione del tentativo di conciliazione comporta la nullità degli atti processuali successivi, ma

questa nullità, essendo nell'interesse della parte che la invoca, non può essere rilevata d'ufficio, ma solo su richiesta di parte.

3. **Fase contenziosa:** La Corte di Cassazione, con una sentenza del 1983, ha stabilito che tale tentativo può essere omesso se il convenuto non compare senza giustificazione o se le motivazioni addotte impediscano di fissare un'altra udienza per il tentativo entro un ragionevole lasso di tempo.

#### **(Cassazione n. 11059/2001)**

Quando il convenuto afferma di avere un impedimento temporaneo e chiede semplicemente che l'udienza venga posticipata, il presidente non può passare alla fase successiva a meno che non accerti che il motivo addotto sia infondato, non grave, non tempestivo o non provato. Se tali accertamenti non vengono fatti, la prosecuzione del processo con il passaggio alla fase istruttoria è illegittima e compromette la validità della successiva sentenza di divorzio se il convenuto ha fatto valere la nullità. La Corte di Cassazione ha stabilito che i tentativi di conciliazione successivi predisposti dal giudice istruttore non possono sostituire il tentativo di conciliazione iniziale.

#### **(Cassazione n. 21245/2010)**

La fase presidenziale si conclude con l'ordinanza presidenziale, che fa da collegamento con la fase del merito. In questa fase, il giudice adotta provvedimenti provvisori e urgenti nel caso in cui non ci sia accordo tra le parti riguardo all'affido dei minori, all'assegnazione della casa, al mantenimento dei figli e, eventualmente, al mantenimento del coniuge. La novità più importante riguarda l'assoluta impossibilità di preclusioni durante la fase presidenziale. In dottrina e in giurisprudenza si discute sulla natura dei provvedimenti temporanei adottati durante l'udienza presidenziale. La corrente prevalente li considera come provvedimenti volontari interinali con solo eventuale carattere anticipatorio. Essi vengono infatti pronunciati prima della sentenza che definisce il giudizio e servono a regolare la situazione familiare in attesa della decisione definitiva. La Corte di Cassazione ha affermato che il giudice ha il potere di influire sui rapporti patrimoniali della separazione durante questa fase del procedimento. Ad esempio, può stabilire provvisoriamente una misura di mantenimento a favore del coniuge più debole. Tuttavia, questo provvedimento presidenziale non si può cumulare con quanto stabilito durante la separazione. Quindi, non possono coesistere due regimi patrimoniali diversi tra i coniugi e i provvedimenti presidenziali, in quanto cautelari, costituiscono la disciplina unica che regola i rapporti tra i coniugi dalla loro emissione.

#### **(Cassazione n. 11838/2003)**

Sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale relativamente alla possibilità che il tribunale emetta una sentenza non definitiva sul divorzio, ma che debba proseguire per stabilire l'assegno di divorzio. L'applicazione dell'articolo 4 della legge 898/70 prevede che la questione dello status coniugale sia definita rapidamente, mentre la definizione delle questioni patrimoniali sia rimandata a un momento successivo. La Corte di Cassazione ha escluso che questa disposizione sia in contrasto con gli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione, poiché è stata introdotta per accelerare il processo di divorzio e favorire una decisione tempestiva sulla separazione. Questa disposizione si applica non solo ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, ma anche a questioni che riguardano i figli o altre questioni pendenti tra le parti. Il differimento della definizione dei diritti e doveri connessi al

nuovo status non rappresenta un motivo di pregiudizio o discriminazione nei confronti delle parti coinvolte. Non vi è alcun principio costituzionale che imponga che la definizione finale dei diritti e doveri derivanti da uno specifico status sia stabilita in un unico contesto. I provvedimenti temporanei e urgenti, la loro modificabilità da parte del giudice istruttore e la possibile retroattività degli effetti dell'assegno di divorzio garantiscono il coniuge più debole fino alla definizione definitiva dell'assegno stesso.

### **(Cassazione sent. 19595/2004)**

Ai fini della determinazione del tribunale competente per la richiesta di separazione personale dei coniugi, si considera il luogo di residenza del convenuto al momento in cui viene presentata la domanda (ovvero il momento in cui viene depositato il ricorso). Generalmente, il luogo di residenza familiare, che presuntivamente corrisponde al luogo di dimora abituale della coppia, individua il luogo di residenza del convenuto. Tuttavia, questa presunzione può essere legittimamente superata se il convenuto contesta tale circostanza e riesce a dimostrare che la sua dimora abituale si trova in un altro luogo. In questo caso, la competenza territoriale spetta al giudice di quest'ultimo luogo. Le informazioni anagrafiche hanno solo un valore presuntivo e possono essere superate da prove contrarie provenienti da qualsiasi fonte e valutate dal giudice di merito.

### **Procedura alternativa**

Oltre alla legge 898/70, la disciplina del divorzio è regolata anche dal decreto legislativo 132/2014 che prevede due strumenti per il divorzio in via stragiudiziale.

La legge 162/2014 ha introdotto due innovazioni.

1. **Anagrafe** Presso l'Anagrafe è permesso avanzare richiesta di separazione consensuale o di divorzio congiunto, oltre alla possibilità di modificare le condizioni precedentemente stabilite di separazione o di divorzio, rivolgendosi al sindaco in qualità di ufficiale dello stato civile nel comune di residenza di uno dei coniugi o dove è registrato l'atto di matrimonio. Questo procedimento non è applicabile se ci sono figli minori, maggiorenni non autonomi economicamente, persone incapaci o con handicap grave. È inoltre proibito stipulare accordi che comportino trasferimenti patrimoniali.
2. **Negoziazione Assistita** La negoziazione assistita si svolge davanti a un avvocato e l'accordo raggiunto deve essere inviato alla procura presso il Tribunale competente, che entro dieci giorni deve rilasciare il nulla osta. Successivamente, l'avvocato deve inoltrare la documentazione all'ufficio di stato civile.

### **Sentenza 169/2008 Corte Costituzionale**

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 4, comma 1, della legge n. 898/79 per quanto riguarda il criterio di determinazione della competenza territoriale basato sull'ultima residenza comune anagrafica dei coniugi, nel caso di procedimenti di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Questo perché si considera irrazionale basare la competenza su un collegamento cessato da tempo.

Effetti Personali e Patrimoniali Conseguenziali al Divorzio Effetti Personali

- I coniugi divorziati riacquistano la libertà di stato e possono risposarsi, salvo le limitazioni temporali imposte dal divieto di nuove nozze (articolo 89 cc), una volta che la sentenza di divorzio è definitiva e registrata nei registri dello stato civile;
- La cittadinanza dei coniugi non subisce cambiamenti;
- Cessano i doveri coniugali, come definiti dall'articolo 143 cc (fedeltà, coabitazione, assistenza morale e materiale);
- Si estingue il rapporto matrimoniale;
- L'ex moglie perde il diritto all'uso del cognome del marito, a meno che non ottenga l'autorizzazione dal tribunale, che valuta l'esistenza di un interesse significativo per lei o per i figli.

Cassazione n. 8081/1994 In caso di uso improprio del cognome del marito da parte della moglie divorziata, quest'ultimo ha il diritto di richiedere la cessazione dell'uso lesivo e il risarcimento dei danni, sebbene per ottenere l'inibitoria basta dimostrare l'uso illegittimo e un potenziale pregiudizio. Per il risarcimento, invece, è necessario un danno effettivo e che il comportamento dell'utilizzatore improprio sia qualificabile come reato.

La giurisprudenza ha identificato i casi in cui la donna divorziata ha diritto a mantenere il cognome del marito. Una sentenza del Tribunale di Napoli stabilisce che l'autorizzazione è concessa solo in circostanze eccezionali e non può basarsi su interessi artistici o professionali dell'ex coniuge. In una specifica causa, è stato riconosciuto l'uso del cognome nell'ambito accademico senza necessità di autorizzazione, applicando le norme a tutela del diritto d'autore relative all'uso di nome d'arte o pseudonimo.

### **Caso "Marina Puntieri/Lante della Rovere"**

Un caso noto ha sollevato la questione dell'uso del cognome dell'ex marito da parte della donna divorziata. La Corte d'Appello di Roma ha stabilito che tale uso è illecito se pregiudica la riservatezza o la reputazione dell'ex marito. La Corte ha riconosciuto la necessità di interrompere l'uso del cognome dell'ex marito, poiché non impedisce l'identificazione dell'ex moglie e evidenzia lo scioglimento del matrimonio.

### **Il Vincolo di Affinità**

La questione della persistenza del vincolo di affinità dopo il divorzio è stata molto dibattuta. La Cassazione nel '78 aveva suggerito che il vincolo di affinità potesse continuare a esistere anche dopo la sentenza di divorzio, implicando la permanenza dell'obbligo alimentare tra affini. Una successiva sentenza (n. 7358/94) ha confermato l'esistenza del vincolo di affinità ma ha escluso l'obbligo alimentare post-divorzio, considerando che il divorzio attenua la relazione di parentela e di affinità. L'articolo 78 comma 3 stabilisce che l'affinità non cessa con la morte, il che si presume valga anche in caso di divorzio.

**Cassazione n. 7358/1994** Le disposizioni legali che regolano lo scioglimento del matrimonio e la cessazione degli effetti civili dello stesso non contemplano il persistere di un onere alimentare o di mantenimento a carico dell'ex coniuge. Queste norme prevedono solo l'erogazione di un contributo finanziario per permettere al coniuge in condizioni economiche meno favorevoli di

mantenere uno standard di vita paragonabile a quello avuto durante il matrimonio. Detto contributo non ha una finalità alimentare, ma piuttosto di supporto generale.

Si esclude che possa permanere un dovere alimentare a carico dell'ex coniuge, poiché con la fine del matrimonio o con la cessazione dei suoi effetti civili, l'onere di fornire supporto economico ricade in primo luogo sui figli della persona che ne ha bisogno.

L'assegnazione dell'abitazione familiare di esclusiva proprietà di un coniuge, stabilita in fase di separazione, deve essere revocata. Nel caso comune in cui l'abitazione coniugale sia di proprietà comune di entrambi i coniugi, si dovrà procedere con un'azione legale per dividere la proprietà e decidere se riscattare la quota dell'altro o procedere alla vendita.

#### **Effetti Patrimoniali:**

- Si ha lo scioglimento della comunione dei beni, siano essi legali o convenzionali, o la fine del regime di separazione dei beni, se il divorzio è stato pronunciato per ragioni indipendenti dalla separazione;
- Termina l'esistenza del fondo patrimoniale;
- Decadono i diritti successori.

#### **Effetti Personali:**

- Alcuni doveri matrimoniali vengono meno, come la coabitazione e l'assistenza morale, mentre altri restano in forma attenuata;
- La moglie mantiene il diritto di utilizzare il cognome del marito;
- L'assegnazione dell'abitazione familiare alla moglie si mantiene solo in presenza di figli minori o non autosufficienti, o per accordo delle parti (articolo 337 sexies cc);
- Il matrimonio è sospeso nei suoi effetti.

#### **Effetti Patrimoniali:**

- Termina la comunione legale dei beni ma persiste il fondo patrimoniale per i bisogni familiari;
- Continua il diritto successorio, a meno che non vi sia addebito.

Riguardo all'assegno di mantenimento, questo viene calcolato in base allo standard di vita tenuto durante il matrimonio. Il coniuge separato ha diritto alla pensione di reversibilità e alle indennità per il coniuge defunto indipendentemente dalla percezione dell'assegno.

#### **Assegno di Divorzio**

Con l'introduzione del divorzio nel 1970, il legislatore ha stabilito che, in caso di rottura del vincolo matrimoniale, uno dei coniugi debba fornire un contributo periodico all'altro coniuge, se questo è economicamente svantaggiato. L'articolo 5 della legge n. 898 del 1970 pone come condizione per il diritto all'assegno che il richiedente non disponga di mezzi adeguati o sia impossibilitato a procurarseli per cause oggettive. Il giudice, nell'ammontare dell'assegno, deve considerare vari fattori:

- Le circostanze personali dei coniugi;
- Le motivazioni della decisione;
- Il contributo fornito da ciascuno alla gestione familiare e alla creazione del patrimonio comune durante il matrimonio;
- I guadagni di entrambi. Questi elementi devono essere valutati considerando la durata del matrimonio.

Il giudice deve anche stabilire un meccanismo di aggiustamento automatico dell'assegno per tener conto dell'inflazione, a meno che non sia escluso per manifesta ingiustizia.

La giurisprudenza distingue l'assegno di mantenimento da quello di divorzio, il quale si basa su criteri propri e indipendenti. La Cassazione ha stabilito che gli accordi di separazione non possono comportare rinuncia all'assegno di divorzio, quindi il diritto a quest'ultimo persiste anche se durante la separazione consensuale è stata concordata una somma una tantum per il coniuge più debole.

Si afferma che la valutazione della capacità lavorativa del coniuge richiedente deve basarsi su una considerazione concreta, tenendo conto di tutti i fattori del caso specifico, comprese le condizioni economico-sociali, individuali, ambientali e territoriali.

La Cassazione ha anche chiarito quali circostanze devono essere valutate per la quantificazione e revisione dell'assegno divorzile, precisando che qualsiasi miglioramento nelle condizioni del coniuge obbligato deve essere una conseguenza naturale e prevedibile delle attività svolte durante il matrimonio. Non possono essere considerati miglioramenti risultanti da eventi esterni, non collegati alle condizioni effettive e alle aspettative sviluppatesi durante il matrimonio.

### **Funzione dell'assegno e criterio del "tenore di vita"**

L'attribuzione dell'assegno di mantenimento post-divorzio da parte dell'autorità giudiziaria tendeva ad essere un processo quasi automatico, basato su specifici parametri. Era compito del giudice equilibrare le situazioni economiche tra i coniugi e fornire sostegno a colui che aveva sperimentato un declino nel proprio standard di vita rispetto al periodo del matrimonio. La legge del 1987 ha tentato di ridurre la flessibilità del giudice nella determinazione dell'ammontare dell'assegno e nelle assegnazioni quasi sistematiche. L'interpretazione giuridica di questa legge si è concentrata sul criterio dei "mezzi congrui" e, in una significativa sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 1990, è stato stabilito che l'assegno di divorzio dovesse avere unicamente una funzione assistenziale, escludendo le funzioni compensative o indennizzatorie precedentemente considerate.

Tuttavia, si pose la questione della definizione di assistenza. Se questa dovesse essere intesa in senso strettamente civile, ovvero necessaria solo quando il coniuge ne avesse bisogno, oppure in un'accezione più amministrativa, al fine di garantire un sostegno assistenziale a chi aveva visto peggiorare le proprie condizioni di vita, secondo l'articolo 31 della Costituzione. Prevalse questa seconda interpretazione, prendendo in considerazione come unico parametro il deterioramento



del tenore di vita di uno dei coniugi rispetto a quello mantenuto durante il matrimonio, anche se l'individuo aveva mezzi propri per sostentarsi.

La Cassazione Civile, con la sentenza del 10 maggio 2017, numero 11504, ha modificato questa visione, ancorando il diritto all'assegno di divorzio alla condizione di non autosufficienza economica del coniuge più vulnerabile, giudicando superato il criterio del livello di vita condiviso durante il matrimonio come riferimento per la concessione dell'assegno, applicato all'an debeatur.

Questa svolta giurisprudenziale si fonda sull'idea che il divorzio estingue il rapporto matrimoniale non solo a livello personale ma anche patrimoniale, e tale criterio, una volta limitato all'aspetto economico del "tenore di vita coniugale", avrebbe di fatto ristabilito il legame coniugale.

Di conseguenza, la Cassazione ha riconosciuto all'assegno di divorzio una funzione di supporto ma intesa in senso civilistico, come un dovere post-matrimoniale di solidarietà, che consiste nell'occuparsi delle necessità e dei bisogni dell'altro coniuge, senza opprimere ingiustamente l'altro.

Cass. civ. sez 1 n 11504/2017

Con il divorzio, il legame matrimoniale si dissolve sia a livello di stato sociale sia a livello economico, cessando l'obbligo di assistenza morale e materiale ex art 143 cc. Se il coniuge ha mezzi adeguati, non deve essere concesso l'assegno. Altrimenti si verificherebbe un arricchimento ingiustificato basato esclusivamente sulla preesistenza di un legame patrimoniale ormai estinto, e potenzialmente senza fine.

Il criterio del livello di vita durante il matrimonio rivitalizzerebbe il legame coniugale.

Principi:

a) Verifica giudiziale bifasica

1. An debeatur:

- riguarda l'esistenza del diritto all'assegno di divorzio;
- deve essere basato sull'autosufficienza economica dei singoli ex coniugi.

2. Quantum debeatur

- basata sul principio di solidarietà economica (articoli 2 e 23 della Costituzione);
- attiene alla definizione dell'ammontare dell'assegno.

b) Attività del giudice nelle due fasi

1. An debeatur

- criterio = autonomia finanziaria o capacità di auto-sostentamento;
- segni di autosufficienza (possesso di entrate e/o beni patrimoniali, reali abilità e opportunità di lavoro autonomo; permanente disponibilità dell'abitazione principale, ulteriori elementi significativi in ogni caso specifico)

- esame del comportamento basato su prove, attestazioni e dichiarazioni fornite dall'istanziante.

## 2. Quantum debeatur

- considerazione dei fattori secondo l'articolo 5, comma 6 (stato dei coniugi, motivi della decisione, ecc.);
- collegamento di tali fattori alla durata dell'unione coniugale;
- giudizio da compiersi sulla base di affermazioni, argomentazioni e riscontri.

Revisione dell'assegno di mantenimento sentenza civile sezione prima n. 15481/2017 Il caso Tizio, in seguito ad un verdetto di divorzio, è tenuto al pagamento di un assegno di mantenimento all'ex moglie Caia. Con il miglioramento della situazione economica di Caia, Tizio avanza al Tribunale una richiesta di revisione ai sensi dell'articolo 9 della legge n. 898 del 1970. Il tribunale modifica in minima parte la richiesta riducendo la cifra da corrispondere ma mantiene l'obbligo del pagamento dell'assegno in base allo standard di vita avuto durante il matrimonio. Così, Tizio contesta la decisione del Tribunale presso la Corte d'Appello, sperando di annullare il diritto di Caia all'assegno di mantenimento. La Corte d'Appello nega il ricorso di Tizio, basandosi sulla persistente disparità economica tra i due ex coniugi. In seguito, Tizio presenta un appello alla Corte di Cassazione.

Argomentazioni dell'appello:

- raccolta di documentazione incompleta da parte del giudice di distretto;
- omissione di considerare altre fonti di reddito;
- mancata analisi della documentazione presentata;
- valutazione errata del comportamento divergente tra le parti. La Corte reputa non necessario rimettere la questione in mano alle Sezioni Unite. Riprende e rafforza i principi enunciati dalla Cassazione nella decisione 11504/2017, ritenendoli applicabili anche nella revisione dell'assegno. Ricorda l'obbligo del giudice di fornire motivazioni sul comportamento negligente della parte inadempiente. Constata la mancata verifica approfondita dei fatti. Ritiene inadeguata per l'an debeatur la persistente differenza economica tra le parti. Giudica fuorviante il criterio del "standard di vita durante il matrimonio". Infine, annulla la sentenza e rinvia alla Corte d'Appello. Pertanto, la Cassazione ha concluso che la concezione del matrimonio è mutata, ora considerato come un luogo di affetti e vera comunione di vita, e quindi dissolubile. Afferma che è superato il criterio dello standard di vita anche nella revisione dell'assegno e che è obsoleto l'orientamento precedente.

Riconoscimento assegno Il magistrato deve svolgere una tripla verifica di conseguenza, con l'impossibilità di passare al controllo successivo se il precedente risulta negativo: a) assenza, per il coniuge richiedente l'assegno, di mezzi economici sufficienti; b) incapacità di procurarsi per motivi obiettivi; c) la quantità dell'assegno alla luce del reale accertamento delle condizioni dettate dall'articolo 5 della legge n. 898/70: Quindi, l'assegno di divorzio andrebbe concesso al coniuge che non dispone di risorse economiche sufficienti per il proprio sostentamento. Dopo aver fissato il massimo dell'assegno, per evitare la creazione di redditi passivi immotivati e di indebite estensioni di un legame ormai cessato, si procede con una seconda fase in cui emergono altri criteri che

servono unicamente a moderare le richieste del richiedente. L'aspetto che diventa di primaria importanza è la durata del matrimonio, che funge da criterio per valutare l'effettiva importanza dei singoli fattori normativi e, in particolare, il contributo di ciascun coniuge alla vita familiare. Tale criterio viene preso in considerazione solo dopo aver risolto la questione del diritto all'assegno e definito il suo massimo teorico, guadagnando importanza nella determinazione dell'ammontare. La possibilità di adattare l'assegno di divorzio in base alla durata del matrimonio potrebbe essere il punto di partenza per un trattamento differenziato delle conseguenze patrimoniali della dissoluzione del matrimonio. In questo modo si potrebbe prevenire che l'assegno post-matrimoniale:

- possa essere percepito come uno strumento troppo inflessibile, incapace di riflettere completamente le situazioni in cui il coniuge economicamente più debole ha dedicato molti anni della propria vita al matrimonio;
- conduca a una protezione eccessiva per coloro che, dopo un'unione di breve durata, possano godere di un sostentamento praticamente a vita. La necessità di differenziare la tutela offerta dall'assegno post-matrimoniale considerando le esigenze specifiche che possono sorgere nel caso specifico porta all'identificazione di tre tipologie di famiglia in crisi: a) quella dove la separazione avviene dopo un matrimonio di lunga durata; b) quella dove la crisi si verifica dopo un matrimonio breve e senza figli; c) quella dove, nonostante la breve durata del matrimonio, permangono esigenze di cura della famiglia. In quest'ultimo caso, il coniuge economicamente più debole può diventare il genitore principale e avere la responsabilità di prendersi cura dei figli per un lungo periodo. La dissoluzione del rapporto può creare una famiglia disgregata, in cui persistono i legami genitori-figli e un collegamento tra i genitori che si traduce in un bisogno continuativo di organizzare la vita familiare nonostante la fine della relazione. Nel contesto di un matrimonio di breve durata, l'idea di mantenere un vincolo tra gli ex coniugi che si estende per un periodo molto più lungo della durata stessa del matrimonio sembra inadeguata. Di conseguenza, sorge la necessità che dopo un adeguato periodo in cui al coniuge economicamente più debole sia stata assicurata un'assistenza "riabilitativa", si proceda all'eliminazione o alla riduzione delle dipendenze reciproche

### **Modalità di liquidazione dell'assegno**

L'assegno di divorzio può essere liquidato in due modi:

- **Periodico:** il beneficiario ha diritto ad una serie di prestazioni come la pensione di invalidità, di reversibilità e, se si verificano le condizioni, anche successorie. Se il coniuge divorziato si risposa, la pensione spetta sia all'ex coniuge che al nuovo coniuge;
- **Unica soluzione:** significa che l'assegno viene pagato in un'unica soluzione senza diritto a prestazioni come la pensione o l'invalidità;

Questa seconda opzione è conveniente se i coniugi vogliono chiudere definitivamente la loro relazione, in quanto si evita il rischio di inadempienze e ulteriori richieste. Tuttavia, la libertà negoziale dei coniugi è limitata dal fatto che il tribunale deve valutare l'equità dell'accordo raggiunto. Infatti, un accordo del genere ha un effetto di preclusione che richiede un'adeguata

ponderazione da parte del coniuge economicamente più debole, poiché si escludono diritti come la pensione di reversibilità, l'assegno ereditario e una quota del TFR.

È necessario che entrambe le parti concordino sulla liquidazione unica dell'assegno, e tale accordo deve essere volontario, libero e senza condizioni. Si ritiene che l'accordo possa riguardare sia la liquidazione unica in sé, sia l'importo dell'assegno.

Nel primo caso, spetta al tribunale, che funge da arbitro, determinare l'importo. La valutazione dell'equità del tribunale non annulla l'accordo dei coniugi, poiché è coerente con la funzione assistenziale dell'assegno e con l'effetto di preclusione derivante da questa modalità di pagamento.

Per quanto riguarda l'effetto di preclusione derivante dalla liquidazione unica, la Corte di Cassazione ha attenuato l'assolutezza di questa preclusione riguardo ad un caso in cui l'assegno di divorzio era stato sostituito dalla costituzione di un diritto di usufrutto sulla casa coniugale a favore della moglie. La costituzione del diritto di usufrutto è stata considerata idonea a consentire la ripartizione della pensione di reversibilità.

Il diritto all'assegno si estingue alla morte del debitore o del beneficiario, o in caso di nuovo matrimonio del beneficiario.

### **Revisione delle condizioni relative agli assegni di mantenimento e affidamento dei figli dopo il divorzio o la separazione**

In caso di cambiamenti significativi nelle circostanze che influenzano i rapporti con i figli o la situazione finanziaria del genitore responsabile del mantenimento o del beneficiario, è giustificata l'avvio di un procedimento per rivedere le condizioni stabilite nel divorzio o nella separazione riguardanti l'affidamento dei figli e l'assegno di mantenimento per i figli o per il coniuge economicamente debole. Le decisioni prese durante la separazione o il divorzio sono soggette alla clausola rebus sic stantibus, che giustifica un determinato assetto dei rapporti finché permangono le circostanze alle quali tale assetto è stato stabilito.

In caso di nuove responsabilità finanziarie del richiedente a causa della formazione di una nuova famiglia, la giurisprudenza ha stabilito che il giudice deve valutare se ciò comporta una vera diminuzione delle risorse del soggetto obbligato, al fine di rivalutare la situazione delle parti. Tuttavia, se la situazione finanziaria complessiva del soggetto obbligato è sufficientemente stabile, i nuovi oneri familiari assunti possono non essere rilevanti.

La revisione delle condizioni può essere raggiunta anche attraverso una mediazione legale o un accordo tra le parti davanti al sindaco come ufficiale di stato civile.

La mancata corresponsione dell'assegno da parte del coniuge obbligato, insieme all'inazione del beneficiario nel far valere i propri diritti, non comporta la prescrizione del "diritto all'assistenza postconiugale", ma solo dei diritti scaduti.

### **Validità degli accordi in vista del divorzio**

La validità degli accordi che regolano gli effetti del divorzio futuro (accordi in vista del divorzio) è oggetto di dibattito. Questa questione si riferisce principalmente agli accordi che influenzano l'assegno di mantenimento dopo il divorzio, che possono essere conclusi anche al di fuori dell'accordo di separazione consensuale, e persino prima delle nozze. La giurisprudenza di

legittimità considera di solito tali accordi privi di validità, poiché si ritiene che possano condizionare il comportamento delle parti nel processo e, quindi, influire indirettamente sullo stato del coniuge.

Inoltre, alcuni sostengono che questi accordi vanno in contrasto con il principio dell'inalienabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio.

Anche se la maggior parte della giurisprudenza sostiene l'invalidità di tali accordi, in alcuni casi sono stati riconosciuti validi quando contengono prestazioni e controprestazioni proporzionali e la causa del fallimento del matrimonio è stata un evento condizionale anziché la causa principale.

Tuttavia, dato l'aumento dell'autonomia dei coniugi durante la crisi coniugale, anche a causa di recenti norme legislative, sarebbe ragionevole che la giurisprudenza riveda la sua posizione rigida sugli accordi in vista del divorzio.

Inoltre, potrebbe essere richiesta un'indagine da parte della Guardia di Finanza, che chiede un'ispezione attraverso le forze di polizia. Tuttavia, il giudice potrebbe respingere questa richiesta se ritenuta esplorativa, a meno che non vengano forniti elementi indiziari, preferibilmente documentali, che persuadano il giudice ad accogliere la richiesta a causa della presenza di reddito non dichiarato.

### **Diritti del coniuge divorziato riguardanti l'indennità di fine rapporto e la pensione di reversibilità**

La protezione del coniuge divorziato economicamente debole comprende anche il riconoscimento di diritti legati alla morte o alla cessazione del rapporto di lavoro dell'ex coniuge obbligato a pagare l'assegno.

L'ex coniuge che non si è risposato e riceve un assegno di mantenimento ha diritto a quanto segue in caso di decesso del coniuge obbligato:

- una pensione di reversibilità;
- un assegno periodico a carico dell'eredità;
- una percentuale dell'indennità di fine rapporto dell'ex coniuge divorziato, anche se l'indennità è stata maturata dopo il divorzio.

L'articolo 12 bis della legge 898/70 prevede che l'ex coniuge abbia diritto al 40% dell'indennità totale di fine rapporto ottenuta nei periodi in cui il matrimonio coincideva con il rapporto di lavoro.

I requisiti per ricevere l'indennità di fine rapporto sono:

- l'assenza di un nuovo matrimonio;
- il possesso dell'assegno divorzile;
- il divorzio.

Alcuni interpreti hanno evidenziato le difficoltà interpretative di questa disposizione, poiché è stata attribuita una pluralità di finalità alla norma. La Corte costituzionale ha chiarito che la funzione assistenziale e quella compensativa non sono incompatibili, in quanto la partecipazione fissa all'indennità di fine rapporto è giustificata dalla necessità di assicurare certezza e rapidità nei procedimenti di valutazione dei diritti.

### **Incapacità di compensazione e lacuna di tutela del coniuge debole**

La volontà di valorizzare la solidarietà economica nella famiglia e di compensare l'impegno del coniuge nel consorzio coniugale viene testimoniata dal fatto che il periodo di separazione è incluso nella durata del matrimonio. Tuttavia, c'è stata una mancanza di tutela per il coniuge più debole, particolarmente evidente nel caso in cui l'indennità di fine rapporto viene percepita durante la separazione e non è prevista alcuna forma di compartecipazione a favore dell'altro coniuge.

È possibile che il coniuge economicamente debole ottenga qualche vantaggio economico indiretto, attraverso la revisione delle condizioni di separazione per quanto riguarda l'assegno di mantenimento o durante il procedimento di determinazione dell'assegno divorzile.

Nel caso in cui il coniuge responsabile dell'indennità di fine rapporto sia deceduto, il suo obbligo deve essere adempiuto dagli eredi. Tuttavia, sorgono dei dubbi interpretativi riguardo all'articolo 2122 del Codice Civile, che non menziona l'ex coniuge come beneficiario dell'indennità di fine rapporto del defunto. La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 285, precisa che l'articolo 2122 è stato introdotto prima dell'entrata in vigore della legge sul divorzio e quindi non può considerare il rapporto tra ex coniugi.

Per quanto riguarda la titolarità dell'assegno, c'erano dubbi sulla possibilità di equiparare la titolarità effettiva a quella potenziale. Successivamente il legislatore ha eliminato ogni dubbio, stabilendo che la titolarità dell'assegno è riconosciuta solo quando viene riconosciuto dal tribunale, come previsto dall'articolo 5 della legge 253/2005. Questo principio si applica anche alla pensione di reversibilità.

### **Diritto alla pensione di reversibilità**

Secondo l'articolo 9 della legge 898/1970, in caso di morte dell'ex coniuge e in assenza di un coniuge superstite idoneo a ricevere la pensione di reversibilità, l'ex coniuge ha diritto a ricevere la pensione di reversibilità se non si è risposato e se è titolare di un assegno come previsto dall'articolo 5.

Se esiste un coniuge superstite idoneo a ricevere la pensione di reversibilità, una parte della pensione e degli altri assegni spettanti a lui è assegnata al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di divorzio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, purché sia titolare dell'assegno di cui all'articolo 5. Se ci sono più persone in questa situazione, il tribunale provvede a ripartire la pensione e gli altri assegni tra tutti, e ripartisce le quote assegnate ai deceduti o risposati tra i restanti.

Quindi, per quanto riguarda il diritto alla pensione di reversibilità, è necessario fare una distinzione tra se il defunto si era risposato o meno:

- Nel primo caso, il tribunale ripartisce la pensione tra l'ex coniuge e il coniuge superstite, considerando la durata dei rispettivi matrimoni.
- Nel secondo caso, l'ex coniuge ha diritto a percepire l'intera pensione di reversibilità.

La Corte Costituzionale ha stabilito che la durata del matrimonio include anche il periodo di separazione legale, ma non la convivenza more uxorio. La famiglia di fatto non ha lo stesso rilievo della famiglia legittima, poiché manca di stabilità, certezza e corresponsabilità dei diritti e doveri presenti solo nel matrimonio.

La Corte Costituzionale ha anche sottolineato che la durata del matrimonio non deve necessariamente risultare in una ripartizione matematica della pensione, ma possono essere prese in considerazione altre circostanze. La mera applicazione del criterio matematico potrebbe portare al paradosso di garantire al coniuge superstite una quota di pensione inadeguata per le sue esigenze di vita e all'ex coniuge una quota di pensione sproporzionata rispetto all'assegno precedentemente percepito.

### **La pensione di reversibilità e la sua ripartizione**

La Cassazione riconosce la possibilità di valutare criteri diversi da quello temporale per determinare l'ammontare dell'assegno percepito dal coniuge divorziato, come le condizioni economiche delle parti coinvolte e l'esistenza di un periodo di convivenza prematrimoniale del secondo coniuge con il defunto.

### **Il diritto dell'ex coniuge al trattamento pensionistico**

La dottrina e la giurisprudenza considerano il diritto dell'ex coniuge al trattamento pensionistico come un diritto previdenziale simile a quello spettante a qualsiasi coniuge superstite.

### **La ripartizione del trattamento di reversibilità**

Nel caso in cui ci sia un coniuge divorziato e un coniuge superstite che abbiano entrambi i requisiti per la pensione di reversibilità, la sua ripartizione deve tener conto non solo della durata del matrimonio, ma anche di ulteriori elementi correttivi. Questi elementi devono evitare che il primo coniuge sia privato dei mezzi indispensabili per il mantenimento del tenore di vita che gli spettava con l'assegno di divorzio e che il secondo coniuge sia privato di quanto necessario per mantenere lo stesso tenore di vita garantitogli dal defunto. È importante escludere che l'applicazione del criterio temporale porti all'impossibilità di attribuire una maggiore quota di pensione al coniuge con un matrimonio più breve, senza però abbandonare del tutto il riferimento alla durata del matrimonio.

### **Il coniuge separato per colpa equiparato al coniuge superstite**

La Corte di Cassazione afferma che il coniuge separato per colpa o a cui è stata addebitata la separazione è equiparato, per quanto riguarda la pensione di reversibilità, al coniuge superstite. Questo perché esiste una presunzione legale che il lavoratore sia a carico del coniuge separato al momento della morte, indipendentemente dalla sua situazione economica o dalla presenza di altri assegni alimentari.

### **La tutela dell'ex coniuge obbligato nel caso di decesso**

Nel caso di decesso dell'ex coniuge obbligato, il coniuge superstite, se beneficiario di un assegno divorzile periodico, ha il diritto di avanzare una richiesta di assegno periodico a carico dell'eredità. L'importo di questo assegno sarà determinato considerando diversi criteri, come l'importo dell'assegno divorzile, il bisogno del beneficiario, la pensione di reversibilità, le sostanze ereditarie, il numero e la situazione economica degli eredi.

### **La persistenza della solidarietà postconiugale**

La legge prevede che gli obblighi patrimoniali verso il coniuge divorziato siano soddisfatti in una soluzione unica. Questa norma dimostra come la solidarietà postconiugale continui anche dopo la morte dell'ex coniuge.

### **La legittimità costituzionale dell'eredità del coniuge divorziato**

È stata sollevata la questione della legittimità costituzionale dell'articolo 583 del codice civile, che non prevede che l'eredità vada al coniuge divorziato in assenza di altri eredi. La Cassazione ha respinto la questione come manifestamente infondata.

### **La quantificazione dell'assegno a carico dell'eredità**

La Cassazione afferma che l'assegno a carico dell'eredità previsto dalla legge 898/1970 deve essere quantificato considerando diversi elementi indicati dalla legge stessa, come l'importo dell'assegno divorzile, il bisogno del beneficiario, la pensione di reversibilità, le sostanze ereditarie, il numero e la situazione economica degli eredi. Il bisogno deve essere valutato in base al contesto socio-economico del richiedente e del defunto, simile a come avviene per gli alimenti secondo l'articolo 438 del codice civile.

### **La tutela dei figli nella crisi genitoriale**

La l.54/2006 ha regolamentato in modo unitario il rapporto tra genitori e figli nella crisi della coppia. Questa legge ha valorizzato l'indissolubilità del rapporto genitore-figlio e ha stabilito regole per garantirne la continuità. Anche se l'articolo 155 del codice civile si riferisce solo alla separazione personale dei genitori, le regole introdotte dalla l.54/2006 sono applicabili anche al divorzio, all'invalidità del matrimonio, alla dissoluzione della famiglia di fatto e ai figli nati da una relazione occasionale. La riforma della filiazione ha inoltre posto fine alla discriminazione sistematica nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio. La riforma legislativa ha comportato la sostituzione dei termini "figli legittimi" e "figli naturali" con il termine "figli" nella legislazione vigente. Tutti i figli, indipendentemente dallo stato coniugale dei genitori, hanno ora lo stesso stato giuridico. Questa nuova disciplina ha portato alla revisione dell'articolo 155 e all'abrogazione degli articoli successivi, nonché alla modifica dell'articolo 6 co. 2 della legge 898/70. La disciplina relativa ai diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli è stata unificata all'interno del Titolo IX, Libri I Capo I e Capo II.

Questo nuovo approccio ha portato a una riformulazione dell'articolo 155 e all'abrogazione degli articoli successivi, come anche alla modifica dell'articolo 6 co. 2 della legge 898/70. La disciplina precedente, che riguardava il rapporto tra genitori e figli dopo la separazione, è stata sostituita da una nuova disciplina che regola i rapporti tra genitori e figli nati sia nel matrimonio che fuori da esso. Questa nuova disciplina si estende sia alla fase fisiologica del rapporto genitoriale che a quando il legame tra i genitori si dissolve.

La nuova disciplina, che si trova negli articoli 337 ter - 337 octies, si basa principalmente sulla disciplina degli articoli 155-155sexies, con alcune differenze che riguardano i commi abrogati dell'articolo 6 della legge 898/70.

Per quanto riguarda l'affidamento condiviso, l'articolo 337 ter stabilisce che i figli minori hanno il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori. Il giudice deve valutare prioritariamente la possibilità di affidare i figli a entrambi i genitori e di far sì che entrambi



esercitino la responsabilità genitoriale, ad eccezione delle decisioni concernenti l'ordinaria amministrazione. Se il genitore non rispetta le condizioni stabilite, il giudice può modificare le modalità di affidamento.

Inoltre, è prevista una condivisione dei compiti di cura dei figli in modo che entrambi i genitori mantengano un ruolo importante nonostante la crisi. L'affidamento esclusivo può essere disposto solo in casi eccezionali, quando il giudice ritiene che affidare i figli all'altro genitore sarebbe contrario al loro interesse. Anche in questo caso, devono essere prese tutte le misure necessarie per garantire la continuità del rapporto tra il figlio e il genitore non affidatario.

L'articolo 337 quater specifica che il genitore al quale sono stati affidati i figli in via esclusiva ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale e deve attenersi alle condizioni stabilite dal giudice. Tuttavia, salvo diversa disposizione, le decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere prese da entrambi i genitori. Il genitore non affidatario ha il diritto e il dovere di vigilare sull'istruzione ed educazione dei figli e può rivolgersi al giudice se ritiene che siano state prese decisioni dannose per loro.

La preservazione del rapporto affettivo è considerata importante non solo tra i genitori e i figli, ma anche tra i figli e gli ascendenti e gli altri parenti di entrambi i genitori.

A differenza della disciplina precedente, il nuovo approccio mira a garantire che entrambi i genitori siano punti di riferimento fondamentali per i figli. L'affidamento esclusivo può essere disposto solo quando un genitore dimostra un totale disinteresse, un'eccessiva trascuratezza o un comportamento aggressivo, o quando il figlio si oppone nettamente a frequentare uno dei genitori.

La Corte di Cassazione ha confermato che i conflitti tra i genitori non sono di per sé un ostacolo per l'affidamento condiviso. Questa decisione è stata presa per evitare che le parti si scontrino per cercare di ottenere l'affidamento esclusivo. Dopo l'entrata in vigore della legge 54/2006, l'affidamento condiviso è diventato la modalità privilegiata e può essere derogata solo in caso di inadeguatezza di uno dei coniugi nel svolgere la funzione genitoriale.

Inoltre, la distanza tra le residenze dei genitori non è di per sé un ostacolo all'affidamento condiviso del figlio minore. La Corte di Cassazione ha stabilito che tale distanza può influire solo sulla disciplina dei tempi e delle modalità dei incontri tra il minore e ciascun genitore.

In passato, il modello considerato più adatto a proteggere gli interessi dei figli era l'affidamento monogenitoriale, che prevedeva che un solo genitore esercitasse la potestà genitoriale, condividendo solo le decisioni di maggiore importanza. Questo modello è ora considerato residuale.

### **Nuova organizzazione dei rapporti genitori-figli**

La trasformazione operata dal legislatore non implica che il figlio mantenga le stesse abitudini di vita precedenti. Di solito, l'organizzazione dei rapporti genitori-figli prevede che un genitore prevalente trascorra la maggior parte del tempo con i figli. Il giudice ha il delicato compito di stabilire i tempi e le modalità di presenza dei figli presso ciascun genitore, nonché il contributo di ciascun genitore al mantenimento, alla cura, all'educazione e all'istruzione dei figli. Può prendere anche altre decisioni riguardanti la prole, sempre a condizione che sia nell'interesse dei figli. Se i genitori sono d'accordo, possono determinare autonomamente l'organizzazione della vita dei figli,

sempre nel rispetto del loro interesse primario. In caso di affidamento condiviso, entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale e prendono le decisioni più importanti per i figli, considerando le loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni. La disgregazione del rapporto di coppia non modifica l'obbligo dei genitori di cooperare per trovare soluzioni concordate nell'interesse dei figli. È previsto che il giudice ascolti il minore di almeno 12 anni, o di età inferiore se ha dimostrato di essere in grado di discernimento, durante la crisi dei genitori, tenendo conto dell'impatto che ciò può avere sulla vita del minore. Tuttavia, se gli accordi dei genitori riguardanti i figli vengono omologati o riconosciuti dal giudice, non è sempre necessario l'ascolto del minore se ciò va contro il suo interesse o è manifestamente superfluo. L'art. 337 quinquies riconosce ai genitori il diritto di richiedere la revisione delle disposizioni riguardanti l'affidamento dei figli, l'esercizio della responsabilità genitoriale e il contributo.

### **Assegno di mantenimento**

La legge 54/2006 ha introdotto cambiamenti significativi rispetto alla normativa precedente riguardo al mantenimento dei figli, confermati dal decreto legislativo 154/2013. Ciascun genitore è tenuto a fornire il mantenimento dei figli in proporzione al proprio reddito, e il giudice deve stabilire il pagamento di un assegno periodico se necessario per garantire la proporzionalità. L'importo dell'assegno deve essere determinato in base alle esigenze attuali del figlio, al tenore di vita goduto durante la convivenza con entrambi i genitori, ai tempi trascorsi con ciascun genitore, alle risorse economiche di entrambi i genitori e al valore economico dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. In mancanza di un altro parametro indicato dalle parti o dal giudice, l'assegno viene automaticamente adeguato agli indici Istat. L'obiettivo del legislatore è stato quello di rendere condivise le regole riguardanti il mantenimento dei figli, prevedendo un mantenimento diretto da parte di entrambi i genitori. Tuttavia, ci sono state difficoltà nell'applicazione di questo regime di mantenimento diretto, poiché il pagamento dell'assegno da parte del genitore con cui il figlio non vive prevalentemente è una costante nell'affidamento condiviso. Il legislatore ha riconosciuto l'autonomia negoziale dei genitori, consentendo accordi liberamente sottoscritti dalle parti, che potrebbero derogare all'obbligo proporzionale del mantenimento. Tuttavia, vi è disaccordo riguardo alla possibilità di introdurre limitazioni al dovere di mantenimento tramite accordi tra i genitori. Mentre il tenore di vita durante la convivenza dei genitori è solo uno dei criteri per determinare l'ammontare dell'assegno, sono fondamentali le esigenze attuali del figlio e una valutazione adeguata del ruolo complessivo di ciascun genitore, considerando le spese, i sacrifici e le rinunce da parte di entrambi.

### **Assegno di mantenimento ai figli minorenni**

Il giudice del merito non può ridurre l'assegno di mantenimento per i figli minorenni solo perché potrebbe essere diseducativo, ma deve considerare le esigenze dei figli in base al tenore di vita durante la convivenza con entrambi i genitori e le risorse degli stessi.

### **Mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti**

L'art. 337 septies disciplina il mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti, ai quali può essere riconosciuto un assegno periodico da pagare direttamente al beneficiario. I figli maggiorenni con handicap grave ricevono le stesse disposizioni dei figli minori.

### **Indipendenza economica e altri casi di estinzione del diritto al mantenimento**

Il diritto al mantenimento si estingue quando il figlio raggiunge l'indipendenza economica o se il figlio non viene riconosciuto colpevole. Il diritto al mantenimento persiste durante gli studi universitari e nel periodo di formazione postuniversitaria per la preparazione professionale o per ottenere i titoli necessari all'esercizio della professione.

Il diritto al mantenimento non si estingue se il figlio ha un lavoro precario e non vive più con il genitore affidatario, poiché l'indipendenza richiede una certa stabilità.

### **Matrimonio e persistenza dell'obbligo di mantenimento**

La celebrazione del matrimonio pone il problema dell'estinzione dell'obbligo di mantenimento. Tuttavia, una sentenza di legittimità ha confermato la persistenza dell'obbligo di mantenimento anche dopo il matrimonio.

### **Modalità di versamento dell'assegno di mantenimento**

L'art. 337 septies prevede che l'assegno di mantenimento venga versato direttamente al beneficiario, salvo diversa decisione del giudice. Pertanto, il figlio non ha l'esclusiva legittimazione per richiedere l'assegno. Continua a essere valido l'orientamento giurisprudenziale che riconosce al genitore convivente con il figlio il diritto di richiedere l'assegno.

### **Cessazione dell'obbligo di mantenimento**

L'obbligato è considerato cessato quando il genitore dimostra il raggiungimento dell'indipendenza economica del figlio o le condizioni per conseguirla, a meno che il mancato lavoro del figlio sia colpa sua. Se viene dimostrata la prestazione di un lavoro retribuito, spetta al giudice determinare se il reddito sia sufficiente per escludere la cessazione dell'obbligo di contributo da parte del genitore non affidatario.

### **Rapporto tra il lavoro e l'indipendenza economica**

Recentemente, la Corte Suprema ha precisato che l'instaurazione di un rapporto di lavoro stabile non coincide necessariamente con l'indipendenza economica, ma indica una situazione in cui è ragionevole presumere che l'indipendenza sia stata raggiunta, anche se il lavoro termina successivamente per licenziamento, dimissioni o altre cause.

### **Assegnazione della casa familiare**

Durante una separazione o un divorzio, il giudice deve decidere sull'assegnazione della casa familiare, tenendo conto dell'interesse dei figli minori o maggiormente dipendenti. L'assegnazione della casa familiare influisce sulla situazione patrimoniale di entrambi i coniugi e viene considerata nella regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori. Il provvedimento di assegnazione può essere trascritto e opposto a terzi.

### **Assegnazione della casa familiare senza figli**

In assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti, l'assegnazione della casa familiare segue le regole comuni, e il coniuge non proprietario non ha diritto a rimanere nella casa coniugale. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha considerato accordi tra i coniugi riguardanti l'uso della casa familiare.

### **Cessazione del diritto al godimento della casa familiare**

Il diritto al godimento della casa familiare viene meno se il beneficiario smette di vivere stabilmente nella casa familiare, inizia una convivenza more uxorio o contrae un nuovo matrimonio. Questa norma può sembrare in contrasto con il principio di ragionevolezza e ha sollevato dubbi sulla sua legittimità costituzionale, poiché il diritto viene meno a causa di variabili indipendenti dagli interessi dei figli.

### **La legittimità costituzionale dell'assegnazione della casa familiare**

La Corte costituzionale, nel 2008, ha confermato la legittimità costituzionale dell'assegnazione della casa familiare, affermando che questa non comporta automaticamente la perdita del diritto del beneficiario a rimanere nella casa familiare. Il giudice è tenuto a valutare l'interesse dei figli prima di prendere una decisione.

### **Il dibattito sul rapporto tra separazione e divorzio**

Si è verificato un dibattito intenso, in dottrina e in giurisprudenza, riguardo al rapporto tra la disciplina sulla separazione e quella sul divorzio. Le Sezioni Unite hanno stabilito che l'assegnazione della casa familiare nel giudizio di divorzio è ammissibile solo a favore del genitore affidatario dei figli minori che convivono con figli maggiorenni che non sono economicamente indipendenti (senza colpa).

### **La finalità della casa familiare nella separazione e nel divorzio**

L'assegnazione della casa familiare, nonostante abbia anche riflessi economici, mira principalmente a proteggere i figli e il loro interesse a rimanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti. Non può essere trattata come una componente degli assegni previsti dalla legge, ma è subordinata all'affidamento dei figli minori o alla convivenza con figli maggiorenni non autosufficienti.

### **La possibilità di divisione parziale dell'immobile**

È prevista la possibilità di assegnare parzialmente l'immobile mediante una decisione giudiziaria che suddivide la casa in due unità abitative separate, assegnate a ciascun coniuge. Questo permette ai figli di mantenere rapporti costanti con entrambi i genitori e di non subire troppo l'allontanamento dall'ambiente domestico, che è un luogo di affetto e ricordi.

### **La concessione in comodato di terzi della casa familiare**

Si pongono questioni delicate quando la famiglia vive in una casa concessa in comodato a tempo indeterminato da un terzo. Il diritto del proprietario a chiedere la restituzione dell'immobile può entrare in conflitto con il diritto dei figli separati o divorziati a rimanere nella casa familiare. La Corte di cassazione ha stabilito che il proprietario ha diritto alla restituzione, ma questo diritto può essere limitato se emerge dalla volontà delle parti che il comodato abbia un termine implicito. In questo caso, il diritto del proprietario è limitato fintanto che ci sono figli minori o maggiorenni non autosufficienti che hanno bisogno di una casa.

### **La concessione in locazione della casa familiare**

Anche nel caso in cui la casa familiare sia presa in locazione, si presentano questioni delicate. La giurisprudenza ha stabilito che in caso di separazione personale, la decisione di assegnare la casa familiare comporta una cessione automatica del contratto di locazione a favore del coniuge

assegnatario e l'estinzione del contratto per l'altro coniuge. Questo solleva il problema dell'opponibilità ai terzi acquirenti se la decisione non viene trascritta. Attualmente, la disciplina non tiene conto di questa questione, quindi l'opponibilità della decisione sembra essere subordinata alla trascrizione.

### **L'obbligo di comunicare il cambio di residenza**

L'articolo 337 sexies impone ai genitori con figli minori l'obbligo di comunicare l'avvenuto cambio di residenza entro 30 giorni. La mancata comunicazione comporta l'obbligo di risarcire eventuali danni subiti dall'altro coniuge o dai figli a causa delle difficoltà nell'individuare la nuova residenza.

### **La revisione dei provvedimenti**

In generale, i provvedimenti presi dal tribunale in caso di separazione vengono presi sulla base delle condizioni esistenti al momento della decisione. Per quanto riguarda la revisione degli alimenti, ci sono molti casi giurisprudenziali. Gli alimenti non sono permanenti ma possono essere rivisti in base ai cambiamenti delle condizioni, soprattutto economiche come un avanzamento di carriera. Anche in presenza di una relazione conflittuale, il giudice può intervenire per proteggere la parte più debole.

### **"Provvedimenti urgenti per contrastare la violenza domestica e proteggere le vittime"**

Il capitolo 113, nell'ottica di affrontare con determinazione il problema delle violenze familiari, offre la possibilità di allontanare il soggetto violento dall'ambito familiare e di affidarlo a strutture di assistenza. Queste misure vengono adottate anche in casi in cui non sia ancora avvenuta la separazione o il divorzio, dimostrando così la rilevanza attribuita alla tutela delle vittime.

# Quiz di 30 domande

Basato sul libro:

Diritto di famiglia

G. Amadio & F. Macario

2016

Il Mulino Editore

Quiz

---

# Domande

**1. Qual è l'oggetto di controversia riguardo al risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi familiari?**

- a) La natura del risarcimento
- b) La responsabilità genitoriale
- c) La solidarietà familiare
- d) Il comportamento illecito

**2. Qual è l'effetto del dovere contributivo dei figli?**

- a) Consentire ai genitori di svolgere la funzione educativa
- b) Favorire la solidarietà familiare
- c) Mantenere un tenore di vita adeguato alla famiglia
- d) Contribuire al mantenimento della famiglia

**3. Fino a quando un figlio ha il diritto di vivere con i genitori?**

- a) Fino alla maggiore età
- b) Fino all'emancipazione
- c) Fino al matrimonio
- d) Fino all'affidamento

**4. Cosa riguarda l'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori?**

- a) Una disciplina specifica
- b) La regolamentazione dell'affidamento
- c) Il diritto di vivere con i genitori
- d) L'inserimento nella famiglia coniugale

**5. Qual è lo scopo della mediazione familiare?**

- a) Evitare problemi personali e patrimoniali
- b) Raggiungere un accordo spontaneo e non imposto
- c) Ricostruire la vita delle parti in situazioni di crisi familiare
- d) Risolvere le controversie tra coniugi tramite un esperto

**6. Chi può essere nominato fiduciario per la salute secondo la legge 76/2016?**

- a) L'amministratore di sostegno di un individuo sano e capace
- b) L'amministratore di sostegno di un individuo malato e incapace
- c) Il convivente superstite di un individuo malato e incapace
- d) Il convivente di fatto di un individuo malato e incapace

**7. Cosa può chiedere il rappresentante legale in ambito sanitario secondo la giurisprudenza prevalente?**

- a) L'autorizzazione a interrompere trattamenti salvavita dell'assistito in stato vegetativo permanente
- b) L'autorizzazione a interrompere trattamenti salvavita dell'assistito sano e capace
- c) L'autorizzazione a interrompere trattamenti non salvavita dell'assistito in stato vegetativo permanente
- d) L'autorizzazione a interrompere trattamenti non salvavita dell'assistito sano e capace

**8. Chi può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno secondo l'articolo 48?**

- a) Il convivente superstite
- b) Il coniuge superstite
- c) Il convivente di fatto
- d) Il coniuge di fatto



**9. Cosa succede al diritto di abitazione del convivente superstite secondo l'articolo 43?**

- a) Decade se il convivente superstite si risposa, forma una nuova unione civile o inizia una nuova convivenza di fatto
- b) Rimane valido nonostante il convivente superstite si risposi, formi una nuova unione civile o inizi una nuova convivenza di fatto
- c) Rimane valido solo se il convivente superstite si risposa o forma una nuova unione civile
- d) Decade solo se il convivente superstite si risposa

**10. Chi ha diritto a una partecipazione agli utili e agli incrementi aziendali secondo l'articolo 46?**

- a) Il convivente superstite che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro convivente
- b) Il coniuge superstite che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro coniuge
- c) Il convivente superstite che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro coniuge
- d) Il coniuge superstite che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro convivente

**11. Chi può partecipare alle decisioni aziendali secondo l'articolo 230 bis del codice civile?**

- a) Solo l'imprenditore
- b) Solo i familiari partecipanti
- c) L'imprenditore e i familiari partecipanti
- d) Tutti i familiari, anche quelli non partecipanti

**12. A chi spetta la decisione di terminare l'attività imprenditoriale?**

- a) All'imprenditore
- b) Alla maggioranza dei familiari partecipanti
- c) Ai familiari non partecipanti
- d) All'imprenditore con l'approvazione dei familiari partecipanti

**13. Cosa stabilisce il comma 5 dell'articolo 230 bis del codice civile?**

- a) Il diritto di prelazione dei partecipanti all'impresa sugli utili e incrementi
- b) La divisione ereditaria dell'azienda
- c) Il trasferimento dell'azienda ai familiari partecipanti
- d) Il diritto di prelazione degli utili e incrementi degli eredi

**14. In cosa consiste il riconoscimento testamentario?**

- a) La validità di un testamento olografo
- b) La validità del testamento anche se invalido
- c) La validità di un testamento distrutto
- d) La validità di un testamento prima della nascita del figlio

**15. Chi può fare la dichiarazione di riconoscimento?**

- a) Solo il genitore
- b) Solo il genitore minorenni
- c) Solo il genitore maggiorenne
- d) Entrambi i genitori o il genitore minorenni autorizzato dal giudice

**16. Qual è l'approccio legale al divorzio tramite negoziazione assistita in Italia?**

- a) E' stato ritenuto valido solo in alcune regioni del Paese
- b) E' stato anche considerato in Francia, ma non in Germania
- c) Non è previsto dalla legge italiana
- d) E' previsto solo se l'accordo viene raggiunto con il sindaco

**17. Chi può costituire un'unione civile secondo la normativa italiana?**

- a) Solo le coppie di diverso sesso
- b) Solo le coppie omosessuali
- c) Sia le coppie di diverso sesso che le coppie omosessuali
- d) Solo le coppie che hanno già avuto figli

**18. Come è strutturata la legge sull'unione civile?**

- a) E' suddivisa in 69 articoli, ognuno dei quali disciplina aspetti diversi
- b) E' divisa in 3 sezioni: unione civile, convivenze more uxorio, oneri finanziari
- c) I primi 35 articoli trattano l'unione civile, i successivi 30 le convivenze more uxorio, gli ultimi 4 gli oneri finanziari
- d) La legge non specifica la struttura precisa dei suoi articoli

**19. Qual è il requisito principale per la costituzione di un'unione civile secondo la normativa italiana?**

- a) Entrambi i partner devono essere maggiorenni
- b) Entrambi i partner devono essere cittadini italiani
- c) Entrambi i partner devono avere genere diverso
- d) Almeno uno dei partner deve essere di nazionalità italiana

**20. Quali sono le principali differenze tra la filiazione nel matrimonio e la filiazione fuori dal matrimonio secondo la legislazione italiana?**

- a) Solo la filiazione nel matrimonio prevede il riconoscimento automatico da parte di entrambi i genitori
- b) Solo la filiazione fuori dal matrimonio prevede azioni legali per rimuovere lo status di figlio
- c) Solo la filiazione nel matrimonio prevede l'acquisizione automatica del cognome del padre o della madre
- d) Entrambe le affermazioni sono corrette

**21. Secondo le sentenze emesse secondo il diritto canonico, possono essere annullate dalla deliberazione della sentenza ecclesiastica?**

- a) Sì, sempre
- b) No, mai
- c) Dipende dal caso specifico
- d) Solo se c'è una "incompatibilità relativa"

**22. Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche dipende dalla compatibilità con:**

- a) L'ordine pubblico interno
- b) Il diritto canonico
- c) Gli interessi delle parti coinvolte
- d) La giurisprudenza italiana

**23. Secondo la Corte di Cassazione, quali sono i fatti che il giudice italiano può tenere in considerazione durante la delibazione delle sentenze ecclesiastiche?**

- a) Solo quelli rilevanti per il diritto canonico
- b) Solo quelli rilevanti per l'ordinamento interno
- c) Solo quelli che incidono sulla validità del matrimonio
- d) Quelli rilevanti per l'ordinamento interno e che incidono sulla validità del matrimonio

**24. Secondo il Protocollo addizionale del 18/02/1984 modificativo del Concordato, l'Italia ha un criterio di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche:**

- a) Più rigoroso
- b) Meno rigoroso
- c) Uguale a quello degli altri ordinamenti
- d) Dipendente dal caso specifico

**25. Quali sono i vizi del consenso rilevanti nel diritto italiano per la nullità del matrimonio?**

- a) Solo quelli che rilevano per l'ordine pubblico
- b) Solo quelli che hanno un'impatto sulla vita coniugale
- c) Solo quelli che possono essere risolti dopo un anno di coabitazione
- d) Quelli che hanno un'impatto sulla vita coniugale e rilevano per l'ordine pubblico

**26. Qual è la possibilità per i coniugi di influire sul regime degli effetti del matrimonio?**

- a) Non hanno alcuna possibilità di influire
- b) Possono adattarlo alle proprie esigenze
- c) Possono adattarlo solo dopo la riforma degli anni '70
- d) Possono influire solo sui doveri derivanti dal matrimonio

**27. Cosa considera la giurisprudenza come inderogabile e indisponibile?**

- a) I doveri derivanti dal matrimonio
- b) Gli effetti del matrimonio
- c) I diritti dei coniugi
- d) Il regime patrimoniale del matrimonio

**28. Cos'è l'obbligo di fedeltà nel matrimonio?**

- a) L'astensione dall'adulterio
- b) L'importanza della dedizione reciproca
- c) L'obbligo di essere leali e dedicati
- d) L'impegno di sostegno nelle malattie

**29. Cosa determina l'addebito della separazione?**

- a) Le singole infedeltà
- b) La violazione dell'obbligo di fedeltà
- c) Le relazioni con terzi estranei
- d) I bisogni della famiglia

**30. Cosa implica l'obbligo di assistenza morale e materiale?**

- a) L'obbligo di mantenere una vita coniugale unita
- b) L'obbligo di rispettare le convinzioni dell'altro coniuge
- c) L'obbligo di supporto nelle malattie e nell'attività lavorativa
- d) L'obbligo di coabitazione

## Risposte

1. a) La natura del risarcimento
2. c) Mantenere un tenore di vita adeguato alla famiglia
3. a) Fino alla maggiore età
4. a) Una disciplina specifica
5. b) Raggiungere un accordo spontaneo e non imposto
6. a) L'amministratore di sostegno di un individuo sano e capace
7. a) L'autorizzazione a interrompere trattamenti salvavita dell'assistito in stato vegetativo permanente
8. a) Il convivente superstite
9. a) Decade se il convivente superstite si risposa, forma una nuova unione civile o inizia una nuova convivenza di fatto
10. a) Il convivente superstite che collabora stabilmente nell'impresa dell'altro convivente
11. c) L'imprenditore e i familiari partecipanti
12. b) Alla maggioranza dei familiari partecipanti
13. a) Il diritto di prelazione dei partecipanti all'impresa sugli utili e incrementi
14. c) La validità di un testamento distrutto
15. d) Entrambi i genitori o il genitore minorenne autorizzato dal giudice
16. b) E' stato anche considerato in Francia, ma non in Germania
17. c) Sia le coppie di diverso sesso che le coppie omosessuali
18. a) E' suddivisa in 69 articoli, ognuno dei quali disciplina aspetti diversi
19. a) Entrambi i partner devono essere maggiorenni
20. d) Entrambe le affermazioni sono corrette
21. d) Solo se c'è una "incompatibilità relativa"
22. a) L'ordine pubblico interno
23. d) Quelli rilevanti per l'ordinamento interno e che incidono sulla validità del matrimonio
24. b) Meno rigoroso
25. d) Quelli che hanno un'impatto sulla vita coniugale e rilevano per l'ordine pubblico
26. b) Possono adattarlo alle proprie esigenze
27. a) I doveri derivanti dal matrimonio

- 28. c) L'obbligo di essere leali e dedicati
- 29. b) La violazione dell'obbligo di fedeltà
- 30. c) L'obbligo di supporto nelle malattie e nell'attività lavorativa