

La famiglia dopo le riforme

A cura di

Giuseppe Cassano



GIUFFRÈ EDITORE

CAPITOLO PRIMO

LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA ED IL NUOVO REGOLAMENTO SULLA FILIAZIONE

di *Giuseppina Vassallo*

Sommario: 1. Trasformazione ed evoluzione della famiglia: le riforme adottate dal 1975 fino alla legge 219/2012. – 1.1. La legge n. 54/2006 come primo tentativo di unificare i due stati di filiazione e prima applicazione dei principi internazionali – 2. La famiglia nel diritto internazionale. – 3. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel quadro delle trasformazioni sociali e familiari. – 4. Il ruolo della giurisprudenza italiana prima della riforma del 2012. – 5. L'iter della riforma: dibattiti e arresti prima di approdare alla legge 219/2012 e al Decreto legislativo n. 54/2013. – 6. Le materie oggetto della riforma della filiazione.

1. Trasformazione ed evoluzione della famiglia: le riforme adottate dal 1975 fino alla legge 219/2012.

Per lungo tempo, i precetti contenuti nella nostra Costituzione non hanno rispecchiato le norme codicistiche. Non solo per una questione temporale, essendo il codice civile promulgato il 4 aprile 1942 e la Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

La nostra Carta costituzionale è stata il frutto di importanti scelte di principio e di riconoscimento delle libertà individuali e sociali che si rifanno alla tradizione liberale e giusnaturalista.

L'esistenza dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 Cost. sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, e la pari dignità sociale davanti alla legge senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua, di religione e in generale di condizioni personali e sociali, sono stati trasfusi nelle norme che riguardano la famiglia.

L'art. 29 Cost. riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio nel quale è sancita l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. L'art. 30 Cost. afferma che è un dovere e un diritto

mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Ai figli naturali è assicurata tutela giuridica e sociale compatibilmente con i diritti dei componenti la famiglia definita legittima, in quanto fondata sul matrimonio.

Alcune norme del codice civile, al contrario, erano caratterizzate da un forte **squilibro nella posizione giuridica dei coniugi e dei figli**.

Quanto ai rapporti marito/moglie, il codice parlava di potestà maritale: il marito era capo della famiglia e solo a lui era riconosciuta la potestà nei confronti dei figli. La moglie doveva accompagnarlo dovunque egli ritenesse di collocare la propria residenza. La famiglia era considerata un “nucleo” inscindibile e indissolubile. La separazione era ammessa solo in alcuni casi tassativamente indicati dalla legge – adulterio, volontario abbandono, sevizie o ingiurie gravi – e l’adulterio del marito legittimava la richiesta di separazione solo se aveva recato ingiuria grave alla moglie.

Quanto allo status di figlio, il codice individuava alcune categorie di figli: legittimi, nati in seno al matrimonio, e illegittimi, nati al di fuori del matrimonio. Tra questi ultimi, i figli adulterini potevano essere riconosciuti solo dal genitore che al tempo del concepimento non era sposato. Così pure i figli incestuosi, i quali non potevano essere riconosciuti con una sola eccezione: che uno dei due genitori avesse ignorato il vincolo di parentela in buona fede. In nessun caso era ammesso un riconoscimento che contrastasse con lo stato di figlio legittimo (art. 253 c.c.).

Mentre la carta costituzionale affermava il principio della responsabilità del genitore per il solo fatto della procreazione, la legge ordinaria lasciava un’ampia disparità di trattamento tra le varie categorie di filiazione che si riverberava nei diritti successori, nel diritto al nome e nei rapporti di parentela.

Il Codice civile del 1942 e la Costituzione del 1948, anche se entrati in vigore a distanza di soli sei anni, esprimevano valori fortemente contrastati e difficilmente conciliabili in materia di rapporti familiari.

Già negli anni sessanta, in seguito alle trasformazioni sociali e di costume, la Corte Costituzionale ha assunto il fondamentale ruolo di mediatore tra i valori espressi dalla costituzione e le norme codicistiche in materia.

Dalla seconda metà degli anni sessanta la Corte Costituzionale elaborò due importanti principi. Il primo, che comportava la necessità di un trattamento tendenzialmente paritario tra figli legittimi e naturali sulla base della tutela giuridica e sociale attribuita a questi ultimi dalla Costituzione. Il secondo principio, si rifaceva alla così detta “clausola di compatibilità” di cui all’art. 30 comma 2 Cost., secondo la quale la

tutela era concessa in quanto compatibile con i membri della famiglia legittima, ma allo stesso tempo solo la presenza di parentela legittima poteva giustificare l'imposizione di limiti alla tutela della prole naturale (PREVITI).

Furono, ad esempio, dichiarate incostituzionali alcune norme in materia di diritti successori tra figli legittimi e naturali/illegittimi (Corte cost. 14.4.69, n. 79) e fu data una diversa valutazione dell'adulterio ai fini della separazione per colpa dei coniugi (Corte cost. 19.12.68, n. 127). In alcuni casi, non potendo la Corte intervenire con pronunce d'incostituzionalità, ha sollecitato il legislatore a prendere atto dei mutati costumi e porre in essere un adeguamento al nuovo ordine sociale.

Sul fronte delle iniziative legislative, numerosi furono i progetti di legge ad opera delle forze politiche per coordinare la disciplina normativa della famiglia ai principi della Costituzione, ma lo scoglio maggiore, come noto, fu quello della scelta di introdurre l'istituto del divorzio che contraddiceva il principio di matrice cattolica dell'indissolubilità del matrimonio. Con il referendum del 12 maggio 1974, fu sciolto questo nodo affidando alla volontà popolare la scelta.

Questo evento traghettò la volontà legislativa all'approvazione a larga maggioranza parlamentare della **legge 19 maggio 1975, n. 151**.

La riforma coinvolse molte norme del codice civile, sottolineando il concetto di uguaglianza dei coniugi nei diritti e nei doveri, il concetto di assistenza e solidarietà reciproca e di collaborazione nell'interesse della famiglia.

Le nuove norme hanno consentito l'attuazione del principio della parità dei coniugi, sia sul fronte della potestà sui figli, sia sugli aspetti personali e patrimoniali. Il legislatore operò il passaggio dal regime della separazione dei beni a quello della comunione legale come regime patrimoniale "ordinario" al fine di valorizzare l'apporto del lavoro della donna, anche di tipo domestico.

La comunione come regime legale non pregiudicava l'autonomia della coppia, essendo ammissibile la possibilità di una diversa scelta fin dalla celebrazione del matrimonio, optando per il regime della separazione dei beni, e impedendo *ab initio* l'instaurazione del regime della comunione (art. 162, co. 2 c.c.).

Per le coppie il cui matrimonio era stato celebrato prima dell'entrata in vigore della legge 151/75 soggetti al regime della separazione, fu predisposta un'apposita norma transitoria in forza della quale, nel periodo di due anni dalla legge di riforma – successivamente prorogato fino al 15 gennaio 1978 – anche uno soltanto dei coniugi, con atto

unilaterale, avrebbe potuto scegliere il mantenimento della separazione, evitando così l'instaurazione del nuovo regime di comunione legale.

Al contrario, nel caso in cui nessuno dei due coniugi avesse manifestato tale volontà nel termine indicato, la coppia era automaticamente assoggettata al regime di comunione legale, i cui effetti comprendevano tutti gli acquisti effettuati a far data dal 20 settembre 1975.

In materia di separazione, il legislatore ha scelto di utilizzare il generale criterio dell'intollerabilità della convivenza indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi. La colpa è stata sostituita con l'addebito della separazione per violazione di uno dei doveri connessi col matrimonio (art. 151 c.c.).

Nella materia della filiazione è stata espunta la definizione di figlio illegittimo in favore di quella di figlio naturale ed è stato eliminato il divieto di riconoscimento dei figli nati da persone coniugate, ampliando i casi di riconoscimento e di dichiarazione giudiziale di paternità.

I due stati di filiazione rimanevano però ben separati: diverse modalità di accertamento dello status di filiazione, diversa rilevanza della parentela, diversi diritti successori, per finire con la diversa tutela giudiziaria.

Per molto tempo le scelte di politica del diritto sono state nel senso di dare preminenza alla famiglia fondata sul matrimonio. L'unione di fatto derivante dal mero rapporto di convivenza è stata considerata un affare "privato", e la filiazione nella famiglia di fatto era sottoposta a regole diverse.

In ogni modo, con la legge del '75 sono stati fatti alcuni passi significativi verso l'equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi.

L'art. 252 c.c. ante riforma, intitolato "Riconoscimento dei figli adulterini" prevedeva che i figli nati da adulterio di un genitore potessero essere riconosciuti solo dal genitore non coniugato. Il genitore che all'epoca del concepimento era unito in matrimonio poteva riconoscere il figlio solo allo scioglimento del vincolo coniugale per morte dell'altro coniuge. Anche in questo caso il riconoscimento non poteva avvenire se i figli legittimi o legittimati del genitore defunto, non avessero raggiunto la maggiore età e fossero stati sentiti in merito. Occorreva inoltre l'ammissione al riconoscimento con decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato.

La nuova disposizione di cui all'art. 250 c.c. introduceva la possibilità generale di riconoscere un figlio anche se i genitori naturali fossero già uniti in matrimonio e, il sostituito art. 252 c.c., disciplinava l'affidamento e l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima nel caso di

Termine estratto capitolo

CAPITOLO SECONDO

**UNICITÀ DELLO STATO DI FIGLIO
E ABBANDONO DELLA DIFFERENZA
FRA FIGLI LEGITTIMI E NATURALI**di *Giuseppina Vassallo*

Sommario: 1. Un unico stato per tutti i figli. – 2. Attribuzione dello stato di figlio tra presunzione e verità del concepimento. – 3. Il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. – 4. Il giudizio di opposizione al riconoscimento. – 5. L'impugnazione del riconoscimento. – 5.1. Trasmissibilità dell'azione. – 6. L'accertamento giudiziale della filiazione. 6.1 I soggetti del giudizio. – 6.2. L'abolizione del giudizio di ammissibilità dell'azione. – 7. Il riconoscimento dei figli nati da consanguinei. – 8. Effetti del riconoscimento: l'attribuzione del cognome. – 8.1. Il d.d.l di riforma del sistema di attribuzione del cognome. – 9. Il legame di parentela e i rapporti significativi con i parenti. – 10. L'abrogazione dell'istituto della legittimazione e l'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia. – 11. Mancato riconoscimento: risarcimento del danno per il figlio e restituzione delle somme per chi ha provveduto al mantenimento.

1. Un unico stato per tutti i figli.

Con il termine *status di figlio* si individua il rapporto di filiazione accertato giuridicamente che colloca la persona in relazione con i genitori, la famiglia e più in generale con la società. L'attribuzione dello *status* è regolata dalle norme sull'accertamento della filiazione che differiscono a seconda che il figlio sia nato fuori o nel matrimonio. Fino a poco tempo fa soltanto una categoria di figli non poteva ottenere l'attribuzione di uno status di filiazione, quella dei figli nati da consanguinei, i cui genitori, avessero procreato nonostante la conoscenza del vincolo di parentela. Con la riforma, anche quest'ultimo tabù è stato abbattuto, consentendo sempre il riconoscimento, previa autorizzazione del giudice che si baserà sull'interesse del minore.

L'art. 2 della legge n. 219/2012 ha posto fine alla distinzione tra figli legittimi, naturali ed adottivi, attribuendo alla nascita un significato neutro, sganciato dalle modalità di unione dei genitori. Il nuovo art. 315 c.c.

proclama che tutti i figli hanno lo stesso *status* giuridico. Non esistono più le disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione, che sono state espunte dal corpus di norme codicistiche. La nuova legge prevede l'abolizione delle terminologie utilizzate fino ad oggi, e la loro sostituzione con l'unica parola "figli", salvo i casi di disposizioni specificamente dedicate, e in tali ipotesi si parlerà di figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori del matrimonio.

La legge 219/2012 ha inserito una **nuova norma di portata generale, l'art. 315-bis c.c.** che riconosce a qualunque figlio, nato nel matrimonio, fuori da esso o adottivo, "il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", il "diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti", il "diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano" se dodicenne, o di età inferiore se giudicato capace di discernimento.

La stessa norma specifica i doveri del figlio nei confronti dei genitori e della famiglia, il quale "deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa".

Ai tradizionali doveri verso i figli individuati nell'art. 147 c.c. – l'obbligo di mantenerli, istruirli ed educarli secondo le inclinazioni – viene posto sullo stesso piano il diritto dei figli all'assistenza morale dei genitori, come la cura e l'affetto indispensabili per la loro crescita.

Il diritto alla cura e all'affettività sta alla base anche del diritto di crescere nella famiglia e di mantenere rapporti definiti "significativi" con i parenti ed in particolare con gli ascendenti.

L'equiparazione dei figli legittimi e naturali passa anche dall'eliminazione della diversità nella nascita del legame di parentela. Per tutti i figli vale oggi la regola secondo cui la **parentela è semplicemente quel vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite**, sia nel caso in cui la filiazione sia avvenuta nell'interno del matrimonio, sia nel caso in cui sia frutto di una convivenza, e infine anche in caso di figlio adottato.

Posto il principio dell'unicità dello stato, rimane la diversità nell'accertamento dello stato dei figli nati da genitori coniugati rispetto ai figli nati fuori dal matrimonio.

Infatti, mentre la normativa sulla filiazione nel matrimonio (art. 231 c.c.) prevede semplicemente che il marito è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio, salvo la possibilità di ricorrere alla prova contraria mediante un'azione di disconoscimento, il figlio nato da geni-

tori non coniugati, affinché acquisisca uno *status filiationis*, deve essere legalmente riconosciuto.

Anche se resta immutato il meccanismo del riconoscimento, le nuove disposizioni ampliano i casi in cui esso può essere compiuto, sia volontariamente sia a seguito di dichiarazione giudiziale, modificano il sistema dell'attribuzione del cognome, e adeguano la disciplina delle successioni e delle donazioni al principio dell'unicità dello *status* di figlio.

2. Attribuzione dello stato di figlio tra presunzione e verità del concepimento.

Situazioni diverse richiedono soluzioni diverse. Non sono mancate critiche alla scelta del legislatore della riforma di lasciare immutato il sistema di accertamento della filiazione nel matrimonio e al di fuori di esso. Ma sarebbe stato opportuno parificare le regole di accertamento?

Il sistema di attribuzione dello status del figlio nato da genitori coniugati è basato sul sistema di presunzione della paternità e maternità, quale scelta in favore della certezza dei rapporti a discapito della verità del concepimento. Il matrimonio unisce due persone in un rapporto tendenzialmente duraturo, caratterizzato da diritti e doveri, tra cui quello della fedeltà al coniuge. Una prima giustificazione della presunzione si basa appunto su questo dato.

Diverse possono essere le situazioni per il figli nati al di fuori del matrimonio: convivenze stabili, occasionali, fino al concepimento accidentale. In questo senso è di tutta evidenza l'inadeguatezza del sistema delle presunzioni.

Se si operasse la parificazione dei modelli familiari, con particolare riferimento alla convivenza *more uxorio* e al matrimonio, si avrebbero conseguenze irragionevoli.

Estendendo le presunzioni alla famiglia di fatto si realizzerebbe una forzatura del sistema prevedendo che anche tra conviventi operi l'obbligo di fedeltà, quando invece la convivenza presuppone una scelta di libertà dei partners di non sottoporsi alle regole derivanti dal vincolo matrimoniale (M. BIANCA).

Il legislatore ha inteso tutelare la verità biologica del concepimento attraverso i meccanismi di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento, ma con dei limiti temporali imposti in favore della certezza dei rapporti. Solo il figlio, portatore del diritto alla certezza del proprio status, può ricercare la verità, senza limiti di tempo.

Da qui la novità della riforma dell'imprescrittibilità dell'azione per il solo figlio e non per gli altri soggetti.

Con riguardo alle presunzioni di paternità/maternità, sia all'interno sia fuori del matrimonio, la più vistosa deroga è data dalla possibilità per la madre di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, d.P.R. n. 396/2000). Madre è la donna sposata che partorisce, ma se la moglie si avvale della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita, non risultando il nome della partoriente, non sarà possibile individuare il marito e rendere operativa la presunzione ex art. 231 c.c., che richiede la formazione di un atto di nascita.

In questo modo si attribuisce alla madre la facoltà di creare lo stato di figlio del nato poiché la stessa può impedire che si instauri un legame di filiazione. Una volta bloccata l'attribuzione della paternità al marito, la donna coniugata può anche riconoscere direttamente il figlio come proprio figlio naturale, secondo quanto prevede l'art. 250, co. 1, c.c. (MANTOVANI).

Si è discusso se almeno con riguardo alla maternità possa essere preferibile un meccanismo di accertamento automatico, dichiarando madre la donna che semplicemente ha partorito il figlio. L'automatismo di riconoscimento nei confronti della madre, sarebbe una garanzia per il nato, al quale sarebbe assicurata la certezza di uno *status* (DOSSETTI E RENDA).

Attualmente, in alcuni Paesi d'Europa è accolto il metodo automatico di attribuzione della maternità in base al parto, senza bisogno di un atto di riconoscimento, salvo i casi eccezionali in cui la donna intenda partorire in anonimato.

La scelta del parto anonimo è stata da sempre giustificata con l'intenzione di dissuadere la donna che in situazione di disagio fosse costretta ad abbandonare il figlio o a procedere con l'interruzione della gravidanza.

Concedendo il diritto all'anonimato si comprime tuttavia il diritto fondamentale del figlio ad avere uno status e a conoscere le proprie origini genetiche.

Le norme che consentono alla donna di partorire senza rendere note le proprie generalità sono state sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale, sospettate di violare le più importanti disposizioni della Costituzione:

art. 2 cost. perché fa prevalere l'interesse della madre naturale all'anonimato sul diritto inviolabile del figlio all'identità personale;

art. 3 cost. per disparità di trattamento tra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato l'anonimato e gli altri figli adottivi;

Termine estratto capitolo

CAPITOLO TERZO

RESPONSABILITÀ GENITORIALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA E NUOVI ORIENTAMENTI. DIRITTI E DOVERI DEI FIGLI

di *Roberta Elisa Guidorzi*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La famiglia come era, la famiglia com'è. – 3. I riferimenti costituzionali. – 4. Cenni di diritto sovranazionale. – 5. La responsabilità genitoriale. – 6. Dalla potestà alla responsabilità. – 7. La responsabilità genitoriale: profili di diritto penale. – 8. I contrasti fra i genitori. – 9. L'impedimento economico: il concorso nel mantenimento. – 10. L'impedimento di uno dei genitori. 11. La responsabilità monogenitoriale. 12. La rappresentanza dei genitori. – 13. L'usufrutto legale. – 14. La decadenza ed i provvedimenti *de potestate*. – 15. I diritti ed i doveri del figlio. – 16. La nozione di parentela ed il diritto di crescere in famiglia. – 17. Da soggetto passivo a centro di imputazione di interesse. – 18. Il rapporto genitori – figli: conclusioni.

1. Introduzione.

È regolata dal Titolo IX del libro I del codice civile, ed è materia fortemente innovata dalla recente riforma.

Proprio l'inserimento *ex novo* dell'art. 315 *bis* c.c., intitolato ai “diritti e doveri dei figli”, da leggersi in uno con il precedente art. 315 c.c., letteralmente rivoluzionato, aiuta a comprendere appieno la portata della riforma. Riforma che, come sempre accade, non è sorta dal nulla, ma è la naturale evoluzione normativa della numerosa tipizzazione giurisprudenziale, tanto di legittimità quanto di merito, cui non è estranea la legislazione sovranazionale (si veda ad esempio la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che grazie alla ratifica ha reso legge il concetto di interesse preminente del fanciullo); né è estraneo il diverso sentire sociale. Mai come nel diritto di famiglia – e segnatamente in tema di filiazione – si è avuta una così tumultuosa evoluzione a partire già dal primo dopoguerra (ossia, pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice civile).

Ciò in quanto, come già insegnava BIANCA, i rapporti famigliari sono, in definitiva, solo marginalmente regolati dalla normativa (e, principalmente, nel momento patologico), mentre particolarmente forti e sentite sono le regole sociali.

Il legislatore del 2012 ha preso atto dell'intervenuta modifica sociale dei rapporti famigliari e, non senza contrasti e vivaci dibattiti, è intervenuto per adeguare la realtà normativa a quella sociale; né sono estranei la normativa comunitaria e le convenzioni internazionali.

Deve da subito evidenziarsi come principale obiettivo del riformatore sia stata la tutela della prole, intesa come parte debole dei rapporti famigliari; è esperienza comune, e comunemente accettata, quella per cui i figli – non necessariamente minori – si trovino in qualche modo a subire scelte che altri, nella gerarchia famigliare, compiono.

Questo in quanto, per definizione, la famiglia si fonda su complesse relazioni interpersonali, necessitanti di un punto di equilibrio per non sconfinare nel patologico: e se tale punto di equilibrio non si trova *ex se*, l'intervento legislativo è necessario.

Non può tuttavia non rilevarsi come la portata della riforma avrebbe potuto essere ancora più incisiva, con una più precisa descrizione del novello istituto della responsabilità genitoriale; né può tacersi il dubbio per cui la genericità di talune statuizioni apra la porta a possibili interpretazioni eccessivamente estensive, quando non a dei veri e propri abusi. Su tale argomento si tornerà oltre.

2. La famiglia come era, la famiglia com'è.

Il codice del 1942, sostanzialmente, regolava – tutto sommato, limitatamente – la famiglia nucleare, ossia quella composta da genitori uniti in matrimonio fra di loro ed i figli nati da questa unione.

La stessa Costituzione, entrata in vigore solo sei anni dopo, poneva fra le basi della società, la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29).

Più precisa regolamentazione trovavano le situazioni che si ponevano al di fuori di questa “normalità”: esempio tipico era la disciplina inerente i figli nati fuori dal matrimonio (originariamente definiti illegittimi; vi era poi l'ulteriore categoria dei figli adulterini, non riconoscibili dal genitore coniugato – dopo il 1975 saranno unificati sotto il nome di “figli naturali”), assai meno tutelati dei figli legittimi, nati in costanza di matrimonio.

Tale regolamentazione non deve stupire, né – oggi – scandalizzare.

In quegli anni le giovani coppie si sposavano, parte per convinzione personale, parte per convenzione sociale: il matrimonio era concepito come la naturale evoluzione di un rapporto di coppia, e non come un arcaico istituto svuotato di significato.

In tale ottica si comprende come i diritti nascenti dal rapporto di filiazione fossero limitati per il figlio nato fuori dal matrimonio – che neppure aveva una famiglia al di là dei genitori e dei fratelli.

Né stupisce la posizione sostanzialmente giuridicamente passiva del figlio (naturale e legittimo), che se pur aveva il diritto ad essere educato, istruito e mantenuto, era di fatto soggetto alla potestà genitoriale, e non poteva in alcun modo sottrarsi – solo era previsto un intervento giudiziale in caso di palese lesione degli interessi del figlio.

Ma, come si è detto, i rapporti sociali evolvono molto più rapidamente di quelli giuridici: le rivoluzioni socio-culturali degli anni Sessanta lasciano un segno duraturo sulla famiglia, mettendone in discussione la visione tradizionale; il matrimonio non è più necessariamente concepito come legame necessario, ed anzi nel 1970 cade definitivamente il tabù dell'indissolubilità. Una prima, grande riforma avvenne nel 1975, ma inerì principalmente i rapporti fra i coniugi, anche alla luce dell'entrata in vigore della l. 898/70 sul divorzio (può parere oggi incredibile ma nel non lontano 1974 fu proposto un referendum abrogativo che vide una grande partecipazione popolare, a riprova di quanto la normativa in tema di famiglia sia sentita a livello sociale): le modifiche in tema di filiazione furono più modeste delle attuali, anche se cadde l'anacronistico divieto di riconoscere il figlio nato da una relazione adultera (e la vituperata tipologia dei "figli adulterini" fu fatta rientrare in quella, più gentile, di figli naturali), venne cancellata l'orrenda definizione di "figli illegittimi", e soprattutto scomparve definitivamente l'ancor più orrenda dizione "figlio di N.N." (burocraticamente misconosciuta dal 1954, ma pur sempre giuridicamente esistente). Tolle queste pur importanti modifiche, sostanzialmente invariata rimase la disciplina relativa alla filiazione, ed il conseguente forte discrimine fra figli legittimi e figli naturali; negli anni successivi si registrano sporadici interventi giudiziali – in particolare qualche intervento della Corte Costituzionale in tema di successioni, pur senza clamorosi stravolgimenti del sistema normativo, anche se non può tacersi come la Corte solleciti insistentemente sempre il legislatore ad intervenire in senso innovativo – ma la distinzione rimane (ancora nel 2009 viene "salvato" l'istituto della commutazione).

Qualche dibattito viene suscitato, nel 1983, dalla riforma sull'adozione di minori – si noti che già la previgente normativa, risalente al 1967, aveva come cardine l'"interesse del minore": prevede tale

normativa che l'adottato, entrando a pieno titolo nella famiglia degli adottanti – necessariamente legati da rapporto di coniugio – prenda lo *status* di figlio legittimo; non mancò chi rilevò l'illogicità di mantenere, anche alla luce di tale normativa, la distinzione fra figli legittimi e naturali, ma senza esito.

Tuttavia, la costante evoluzione sociale, il diffondersi di nuclei familiari diversi da quello tradizionale, il decremento delle unioni matrimoniali e il contestuale incremento delle coppie di fatto, con la conseguente esponenziale crescita del numero percentuale di figli naturali ha evidenziato, da tempo, la necessità di un adeguamento normativo.

Si arriva dunque alla Legge 10 dicembre 2012, nr. 219 che abolisce l'ormai anacronistica distinzione fra figli naturali e figli legittimi, riscrivendo all'uopo l'art. 315 c.c. che, sotto il titolo "stato giuridico della filiazione" statuisce che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

Il semplice confronto visivo fra il vecchio ed il nuovo articolo di legge, principio cardine della filiazione (che non a caso apre il Titolo IX), evidenzia l'epocalità della riforma: se la vecchia formulazione dell'art. 315 c.c. (intitolato, significativamente, ai "doveri dei figli verso i genitori") prescriveva l'obbligo in capo al figlio di rispettare i genitori – e di contribuire al mantenimento della famiglia sinché convivente – quella attuale – altrettanto significativamente intitolata "stato giuridico della filiazione" – statuisce che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

Anche visivamente, e metodologicamente, l'innovazione della riforma è notevole.

Se per il legislatore del 1942 era centrale la posizione subordinata del figlio rispetto ai genitori, la cui preminenza era sottolineata dal termine potestà (ovvero l'insieme dei diritti dei genitori in quanto tali), per quello della riforma lo è la **preminenza del benessere del figlio**, che trova il proprio contraltare nell'istituto della responsabilità genitoriale.

Tale centralità, che presuppone un rapporto paritario, è ancor più evidenziata dal successivo d.lgs. 154/2013, che ha introdotto il concetto di responsabilità al posto di quello di potestà.

3. I riferimenti costituzionali.

Se, innegabilmente, la famiglia è una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo ai sensi dell'art. 2, altrettanto incontestabilmente in essa dovrà entrare di diritto quel principio di uguaglianza sancito dal successivo art. 3, principio che, non lo si dimentichi mai, è inteso a favore della persona umana.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO QUARTO

NUOVE AZIONI DI STATO E DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ

di *Roberta Elisa Guidorzi*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Principi della riforma e riflessi sulle azioni di stato. – 3. I riferimenti normativi. – 4. I reati in tema di azioni di stato. – 5. L'atto di nascita ed il possesso di stato. – 6. Il reclamo dello stato di figlio. – 7. La contestazione dello stato di figlio. – 8. La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità. – 9. Il riconoscimento e l'impugnazione dello stesso. 10. Il disconoscimento di paternità.

1. Introduzione.

È regolata dai capi II e III del Titolo VII del codice civile, intitolato “dello stato di figlio”, ed è materia fortemente innovata dalla recente riforma.

Se, infatti, lo stato di figlio si acquisisce con la semplice procreazione, altro a dirsi è per le conseguenti azioni di stato.

Il legislatore ha infatti previsto, da sempre un idoneo sistema pubblicitario per rendere pubblico lo *status* che ogni persona reclama per sé; correlativamente, è stato approntato un sistema per rendere possibili eventuali reclami e contestazioni dovessero sorgere in tema di stato.

È evidente come lo stato di ogni singolo individuo deve essere in primo luogo pubblico, atteso che le conseguenze che porta con sé potenzialmente investono altri soggetti che sono in relazione con lui: lo stato di figlio comporta, per i genitori, la necessità di osservare precisi obblighi che discendono dalla responsabilità genitoriale (sul punto si veda il relativo capitolo).

Altrettanto evidente come eventuali contestazioni (termine qui usato in maniera generica ed atecnica) debbono essere adeguatamente istruite e portare ad una soluzione che tuteli il singolo all'interno del consorzio civile.

Né può dimenticarsi il principio per cui, pur se la riforma ha disegnato una famiglia i cui componenti si trovano su di un piano di parità, la posizione di figlio necessita comunque di una speciale tutela (in particolare, ma non solo, in presenza di figlio minore).

Non si dimentichi che sull'atto di nascita (ovvero sul documento che certifica lo stato di figlio) vengono annotati, secondo l'art. 49 del D.P.R. 396/2000 (contenente l'ordinamento dello stato civile), una serie di eventi che segnano in maniera indelebile la vita dell'individuo, quali – a mero titolo di esempio – eventuali provvedimenti di tutela, interdizione, inabilitazione, gli atti di matrimonio, le sentenze che pronunciano la nullità, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili dello stesso, gli atti di riconoscimento e le relative impugnazioni, il disconoscimento, le sentenze relative al diritto di uso di uno pseudonimo.

Dallo stato di figlio, insomma, discendono tutti gli eventi che formano una vita.

2. Principi della riforma e riflessi sulle azioni di stato.

Uno dei più clamorosi effetti della riforma attuata fra il 2012 ed il 2014 – ma non il solo – è stata l'unificazione dello stato di figlio.

Se è venuta quindi meno l'anacronistica distinzione fra figli naturali (nati al di fuori del matrimonio) e figli legittimi (nati in costanza di matrimonio), non può ontologicamente venir meno la necessità di mantenere la disciplina in tema di riconoscimento, istituto tuttora necessario per quanto attiene i figli nati fuori dal matrimonio.

Se, infatti, ancor oggi, il nato nel matrimonio è figlio del marito della madre – salvo quanto si vedrà in appresso – per il nato fuori dal matrimonio, che pure gode della medesima tutela, è necessario l'ulteriore passo formale (e burocratico) del riconoscimento.

Tutta la disciplina relativa alle azioni di stato risulta innovata dalla riforma, nel senso che la necessaria centralità del figlio non poteva non esplicitare i propri effetti su di una normativa tanto fondamentale come quella relativa alle azioni di stato.

Non solo, la riforma discende direttamente sia dal mutato sentire sociale, sia dall'adesione del nostro paese a convenzioni internazionali.

Ragion per cui anche la disciplina delle azioni di stato si è necessariamente adeguata ai principi riformatori, tenuto conto della centralità del figlio, della famiglia intesa come insieme di pari, della preminenza dell'interesse del minore.

Se l'incidenza statistica di talune azioni (quali il reclamo o la contestazione dello stato di figlio) è tutto sommato non eccessivamente rilevante, altre (quali la dichiarazione giudiziale o il disconoscimento di paternità) oltre ad essere numericamente più frequenti, coinvolgono poi beni difficilmente definibili e giuridicamente non sempre pienamente tutelabili.

L'esercizio delle azioni di stato, spesso, ha un impatto sull'esistenza dei soggetti coinvolti molto forte, non solo giuridicamente, ma anche e soprattutto emotivamente. Si rende quindi una tutela particolarmente intensa, in particolare avuto riguardo al figlio.

Si pensi che il rapporto di filiazione non è solo l'insieme degli diritti e dei doveri che legano i genitori ai figli, ma è anche e soprattutto un complesso rapporto di relazioni interpersonali, emotivamente connaturate.

Essere figlio non implica solo la certezza di avere dei genitori, ma pone il figlio stesso all'interno, ed anzi al centro di una complessa rete di relazioni familiari, che ne condizioneranno comunque l'esistenza, forgiandone, anche inconsapevolmente, l'identità.

E se essere figlio significa conquistare un'identità personale, significa che le azioni di stato devono tutelare per prima cosa proprio l'identità personale di chi vi è coinvolto.

Per tale ragione si è resa necessaria la riscrittura della normativa relativa, nell'aderenza ai principi che informano il nostro ordinamento ed in particolare a quelli che hanno ispirato la riforma.

3. I riferimenti normativi.

Mai come nelle azioni stato si impone un bilanciamento – delicatissimo – fra l'interesse del singolo e l'intervento statale.

Un ruolo importante è svolto dalla Carta Costituzionale.

Se l'art. 30 si limita a statuire che “la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità” e se nel Titolo II, disciplinante i rapporti etico – sociali (fra i quali la famiglia riveste un ruolo fondamentale), mancano ulteriori espliciti riferimenti alle azioni di stato, non può negarsi che l'importanza che la Carta costituzionale annette alla famiglia (che è senz'altro una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo ai sensi dell'art. 2) comporti l'imprescindibile necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata delle azioni in tema di stato.

Sono le azioni di stato che fondano la famiglia, e non a caso l'art. 30 (che ha chiaramente ispirato l'avvenuta unificazione dello stato di figlio) disciplinante i diritti ed i doveri del figlio, contiene, quasi in sordina, un esplicito richiamo alla "ricerca della paternità".

La genitorialità (così deve leggersi oggi quella che il Costituente del 1948 chiamava paternità) è un diritto del figlio, costituzionalmente garantito, conseguentemente le azioni a ciò volte godono di tale alta tutela.

Non a caso, già nel 1930 il legislatore, nel redarre il codice penale ha individuato e sanzionato (nel capo III del titolo IX) comportamenti formanti i delitti contro lo stato di famiglia.

Se la *ratio* sottesa era allora diversa – la famiglia era tutelata non in quanto formazione in cui il singolo forma ed esplica la propria personalità, ma in quanto espressione dello stato fascista – uguale è rimasta la disciplina, in merito alla quale si rimanda al prossimo paragrafo.

Il legislatore, infatti, ha da sempre inteso fornire alla famiglia ed ai suoi membri la più ampia tutela possibile.

Non a caso anche una normativa così freddamente tecnica e burocratica come il D.P.R. 396/2000, intitolata all'ordinamento dello stato civile, ha trovato eco sugli organi di stampa: ciò che riguarda i legami familiari calamita sempre l'interesse di tutti, e non solo dei giuristi.

Si tratta di una normativa piuttosto importante che regola il funzionamento effettivo delle azioni di stato: ne verrà pertanto fornita un'adeguata analisi in sede di commento delle singole ipotesi.

Le azioni di stato non sono menzionate in maniera esplicita nelle convenzioni internazionali – se ne veda un'ampia retrospettiva nel capitolo dedicato alla responsabilità genitoriale – tuttavia non può tacersi come i principi che le sorreggono, ovvero la centralità del fanciullo, e il riconoscimento della dignità del figlio in quanto persona, soggetto autonomo di diritti, e che hanno chiaramente concorso ad ispirare la riforma, sono i medesimi che reggono oggi la disciplina (anche) delle azioni di stato.

Vengono infine in rilievo del diritto internazionale privato, in particolare gli art. 33 e 35 della l. 218/95.

Lo stato di figlio, ai sensi dell'art. 33, è determinato dalla **legge nazionale del figlio stesso**, salvo il caso in cui la risulti più favorevole la legge nazionale di uno dei genitori, che quindi prevarrà; questa sarà la normativa in base alla quale verranno regolati i presupposti dell'accertamento e della contestazioni dello stato di figlio (si applicherà tuttavia la legge italiana in difetto di possibilità di procedere all'accertamento ovvero alle contestazioni).

Termine estratto capitolo

CAPITOLO QUINTO

PROVVEDIMENTI CONCERNENTI I FIGLI, MATRIMONIALI E NON (ART. 337 SS.)

di Roberta Elisa Guidorzi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tutela giurisdizionale dei figli. – 3. Giudice tutelare, Tribunale per i minorenni, Tribunale ordinario. – 4. L'art. 337 c.c. come norma generale. – 5. I figli nella crisi della famiglia. – 6. Le patologie del rapporto genitori – figli. – 7. Il procedimento davanti al Giudice Tutelare. – 8. L'art. 709 *ter* c.p.c., il giudice tutelare e il giudice della crisi della famiglia. – 9. Verso il Tribunale della Famiglia?

1. Introduzione.

Come è stato ampiamente e ripetutamente illustrato, la famiglia, che pure gode di uno specifico statuto giuridico, è normalmente autoregolamentata.

Se tuttavia la famiglia conosce momenti di crisi dei quali non si vede soluzione, la miglior tutela per tutti i componenti, e segnatamente i componenti più deboli, non può che essere garantita da un terzo imparziale.

E quel terzo imparziale altri non è che il giudice.

Se pure la riforma ha inteso disegnare una famiglia come insieme di eguali, tale eguaglianza è vista come pari dignità e tutela; tuttavia, ontologicamente, nella famiglia vi sono soggetti più deboli, ai quali va assicurata un'adeguata e più intensa protezione.

Certamente i figli necessitano di una tutela più forte, posto che, per esperienza comune, gli stessi si trovano normalmente a subire una situazione non voluta e (quasi sempre) non creata, in merito alla quale godono di capacità di interloquire minimale quando non nulla.

Se poi i figli sono minori, la tutela deve essere ancora più intensa.

Quando si parla di provvedimenti inerenti i figli, pertanto, presupposto è quasi sempre una patologia familiare, talvolta anche solo potenziale.

2. La tutela giurisdizionale dei figli.

La riforma della filiazione, ispirata alla centralità del figlio ed alla tutela del benessere supremo del minore, ha ispirato quella che è stata definita la “famiglia del figlio” (CARLEO ROSSI – si veda in proposito il capitolo inerente la responsabilità genitoriale).

Ciò significa, semplicemente, che il figlio non è più oggetto ma soggetto di diritti, che vanno adeguatamente garantiti e tutelati.

La tutela dei diritti dei figli, ed in particolare dei figli minori, è principalmente demandata ai genitori.

La responsabilità genitoriale (sulla quale si rimanda all'apposito paragrafo) pur avendo contenuto amplissimo e non previamente tipizzabile, può definirsi come il **diritto-dovere del genitore di garantire il benessere del figlio**, mediante adeguati strumenti di tutela.

In mancanza del genitore, o in presenza di carenze genitoriali, è necessario l'intervento di un terzo imparziale – il giudice – per assicurare la tutela migliore del figlio.

Del pari, nel momento in cui la famiglia si frantuma, l'intervento del giudice è inteso a tutelare i figli, parte debole della famiglia.

L'intervento giudiziale in tema di filiazione, quindi, è sempre teso a ristabilire equilibri non più esistenti, nell'ottica unica di tutela del figlio, particolarmente se minore.

mancanza / carenza genitoriale



INTERVENTO GIUDICE



crisi della famiglia

Non a caso nelle azioni di stato – si veda il relativo paragrafo, cui si rimanda – è prevista la possibilità che anche il figlio quattordicenne si rivolga personalmente al giudice per ottenere tutela; si riconosce quindi al figlio, pur se minore, una capacità di discernimento e di scelta in grado di orientare le sue stesse scelte in tema di rapporti famigliari.

Né si dimentichi la necessità, per il giudice di ascoltare il dodicenne (o anche il minore di età inferiore, se del caso, ed ove lo stesso appaia dotato di idoneo discernimento) prima di assumere decisioni che lo riguardino: anche tale previsione è resa nel rispetto del principio della centralità del figlio, e della supremazia del suo necessario benessere psicofisico.

Il giudice chiamato a pronunciarsi su questioni che riguardano un minore, pertanto, non dovrà soltanto conformarsi alla lettera della legge,

come suo dovere istituzionale: dovrà anche valutare, con riferimento al caso concreto, l'**effettivo interesse del figlio**, senza farsi influenzare da opinioni personali, né da altri elementi esterni; tale sarà (o meglio, dovrà essere) il principio guida di tutte le decisioni giudiziali.

3. Giudice tutelare, Tribunale per i minorenni, Tribunale ordinario.

Leggendo le disposizioni codicistiche in tema di filiazione non può non notarsi come, quando le stesse fanno riferimento ad un intervento di tipo giudiziale, si riferiscono genericamente al “giudice”.

Deve rimarcarsi come la competenza giudiziale in tema di filiazione si divida fra la il Tribunale per i minorenni e quello ordinario: la riforma ha fortemente ritoccato l'**art. 38 disp. att. c.c.**, di fatto aumentando le competenze del tribunale ordinario: la competenza del tribunale per i minorenni è in oggi sostanzialmente residua, essendo limitata a “i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371 ultimo comma” – ma nel caso dei provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. la competenza torna al tribunale ordinario in caso in cui sia in corso un procedimento di separazione, divorzio ovvero un giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c.- oltre a “i provvedimenti contemplati dagli artt. 251 e 317 *bis* del codice civile”.

In virtù di tale modifica è oggi competente il Tribunale dei Minorenni nei casi di

- matrimonio del minore
- nomina curatore che assista minore nella stipula di convenzioni matrimoniali
- decadenza dalla responsabilità genitoriale
- reintegrazione nella responsabilità genitoriale
- condotta del genitore pregiudizievole ai figli (non sorta in procedimenti di crisi della famiglia)
- rimozione dall'amministrazione
- riammissione nell'esercizio dell'amministrazione
- continuazione impresa da parte del minore
- autorizzazione al riconoscimento (figli nati da persone legate da vincoli di parentela ed affinità)
- impedimento di uno dei genitori

È rimasta immutata la previsione di chiusura, per cui si intende competente il tribunale ordinario nei casi in cui non sia “espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria”

Rimandando al capitolo apposito una più approfondita disamina della materia, non può non notarsi come il legislatore del 2014 abbia inteso ampliare la competenza del giudice ordinario, sottraendo pertanto al giudice minorile un'ampia zona di cognizione.

Deve al proposito segnalarsi una recente sentenza della Suprema Corte, secondo cui

“in deroga a tale attribuzione di competenza, quando sia in corso un giudizio di separazione, divorzio o un giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c., anche in pendenza dei termini per le impugnazioni e nelle altre fasi di quiescenza, fino al passaggio in giudicato, la competenza in ordine alle azioni dirette ad ottenere provvedimenti limitativi od ablativi della responsabilità genitoriale, proposte successivamente e richieste con unico atto introduttivo dalle parti (così determinandosi un'ipotesi di connessione oggettiva e soggettiva) deve attribuirsi al giudice del conflitto familiare. L'identità delle parti dei due giudizi non è esclusa dalla partecipazione dl p.m.”

(Cass, ordinanza 26.1.15, n. 1349, in banca dati *De jure*)

Pare a chi scrive non condivisibile (almeno, non del tutto) la prospettazione della Suprema Corte, che interpretando in maniera estensiva il dettato della nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. individuerrebbe una sorta di *vis attractiva* nel giudice chiamato a conoscere la crisi familiare, di fatto svuotando, senza una vera motivazione, la competenza del Tribunale dei Minorenni. Peraltro è esperienza comune, nella pratica giudiziaria, quella per cui assai spesso le questioni relative ai provvedimenti c.d. *de potestate* (e non solo quelli di cui all'art. 333 c.c.) sorgano proprio in seno a separazioni (più raramente divorzi) particolarmente spinose.

In ogni caso è ancora presto per ogni valutazione in merito, anche se è certo come la duplicazione della giurisdizione spesso non aveva una vero e proprio fondamento logico, e non di rado ingenerava non pochi problemi e dubbi di competenza.

Non può non osservarsi come la composizione particolare del Tribunale dei Minorenni (che, ai sensi dell'art. 50 del R.D. 30.01.1941, disciplinante l'ordinamento giudiziario, è composto da due magistrati ordinari e da due esperti – un uomo ed una donna) sia chiaramente intesa a tutelare il minore, offrendogli una tutela a tutto campo, e non solo a livello giudiziale.

Nella pratica, spesso è il Giudice onorario – solitamente uno psicologo infantile e comunque un esperto in problematiche infantili ed adolescenziali – a curare l'audizione del minore e tutte quelle attività potenzialmente rilevanti per la decisione del giudice. Il motivo al giudice torcato è

Termine estratto capitolo

CAPITOLO SESTO

NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI AFFIDAMENTO CONDIVISO

di *Elena Peruzzini*

Sommario: 1. L'inquadramento normativo. – 2. I rapporti tra genitori e figli. – 2.1. Affidamento monogenitoriale e congiunto. – 3. La legge sull'affidamento condiviso. – 3.1. Le ipotesi di affido esclusivo. – 4. La filiazione. – 4.1. Le competenze del TM e TO. – 5. La recente riforma. – 5.1. Il nuovo *corpus* normativo. – 5.2. La responsabilità genitoriale, la residenza del minore ed ascolto del minore. – 6. L'affidamento condiviso. – 6.1. I provvedimenti riguardo ai figli. – 6.2. Diritto ad un rapporto equilibrato e continuativo con i genitori. – 6.3. Diritto a conservare i rapporti significati con gli ascendenti. – 6.4. Affidamento a terzi. – 7. Richiesta e opposizione all'affidamento condiviso – 8. Accordi tra i genitori. – 8.1. La famiglia di fatto. – 9. Il giudice: compiti e poteri. – 10. Revisione delle disposizioni di affidamento. – 10.1. Presupposti: passaggio in giudicato dei provvedimenti. – 10.2. Ricorribilità per cassazione. – 11. Ambito di applicabilità – 12. Aspetti processuali. – 12.1 Legittimazione. – 13. La competenza per materia. – 14. La competenza per territorio. – 14.1. Il trasferimento illecito del minore. – 15. Le inadempienze e le sanzioni. – 16. Modifiche del contributo economico al minore. – 16.1. La procedura giudiziale. – 16.2. Accordo dei coniugi. – 17. Esecuzione dei provvedimenti. – 17.1. Immediata esecutività. – 18. L'udienza presidenziale. – 18.1. Reclamo ai provvedimenti presidenziali. – 19. La sentenza parziale di separazione e il giudizio divorzile – 20. L'ordinanza ex art. 709 c.p.c. – 21. La soluzione delle vertenze tra genitori. – 21.1. Improprietà del ricorso ex art. 710 c.p.c.

1. L'inquadramento normativo.

Nel corso degli anni il concetto di “famiglia” è progressivamente mutato.

All'epoca del fascismo, la figura di autorità indiscussa era rappresentata dal *pater* e la famiglia era considerata parte di un sistema politico, che ne subordinava gli aspetti privati agli interessi della Nazione.

In quest'ottica la figura della donna era relegata al ruolo di moglie, chiamata ad occuparsi della prole e a non svolgere attività lavorative al di fuori dei compiti domestici.

La prima regolamentazione più equilibrata del rapporto tra coniugi si ha con la stesura della Costituzione e specialmente nell'art. 29, che dopo aver definito la famiglia quale "società naturale fondata sul matrimonio" ne contempla "l'uguaglianza morale e giuridica" a garanzia della sua unità.

Questa concezione aveva il limite di considerare la famiglia solo in presenza di un vincolo giuridico matrimoniale, con conseguente assenza di previsioni, e quindi di tutele, per i nuclei familiari nei quali tale legame giuridico non sussisteva e per i minori che erano nati fuori dal matrimonio.

Questi ultimi in quanto illegittimi erano penalizzati sin dalla nascita.

Il codice civile recava una netta contrapposizione tra lo status di figlio: da un lato, il figlio legittimo, nato all'interno della propria famiglia, vedeva entrambi i genitori tenuti al suo mantenimento ed a provvedere alla sua istruzione ed educazione (ovvero gli ascendenti quando i genitori non avevano mezzi sufficienti); dall'altro, il figlio illegittimo che acquisiva diritti solo nei confronti del genitore che lo aveva riconosciuto.

Successivamente, con la legge sul divorzio n. 898/1970 si attenua la concezione del matrimonio come legame unico ed indissolubile e si fa strada ai rapporti di fatto. Anche i figli acquistano una maggiore autonomia.

La prima grande riforma del diritto di famiglia è rappresentata dalla legge n. 151/1975, con la quale (per quanto di pertinenza per il minore) viene sancita l'equiparazione della filiazione legittima a quella naturale, l'eliminazione del divieto di riconoscimento dei figli c.d. adulterini (ma non di quelli incestuosi, per i quali viene introdotta tale possibilità solo con la legge n. 219/2012), l'introduzione dell'azione di disconoscimento della paternità e della dichiarazione giudiziale della paternità naturale nonché l'eliminazione della potestà maritale con l'introduzione della potestà genitoriale (ora responsabilità).

Con tale riforma può dirsi che a seguito della riforma, indipendentemente dalla natura della filiazione, il figlio ha ricevuto piena tutela giuridica nei confronti del proprio genitore, di guisa che il rapporto genitore-figlio sin da allora si presenta nella sostanza omogeneo, a prescindere dalla sussistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori (SESTA).

La famiglia rappresenta quindi l'ambiente privilegiato all'interno del quale il minore deve essere messo in condizione di acquisire sicurezze, superare angosce e delusioni ma soprattutto sviluppare il senso della sua identità.

A tal fine, con la legge n. 154/2001 (Misure contro la violenza nelle relazioni familiari) viene inserito nel codice civile il Titolo IX *bis* dedicato agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, disciplinando forma e contenuto degli stessi.

Viene così previsto l'allontanamento del coniuge che arreca grave pregiudizio all'integrità fisica e morale dell'altro coniuge o del convivente ed attenta alla sua libertà (art. 342 *bis* c.c., successivamente modificato con legge n. 304/2003) ed il potere dell'autorità giudiziaria (su istanza di parte) di ordinare a quest'ultimo l'allontanamento dalla casa familiare nonché il divieto di avvicinarsi ai luoghi di usuale frequentazione comprendendo tra essi il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine, nonché i posti ove si attua l'istruzione dei figli (art. 342 *ter* c.c.).

2. I rapporti tra genitori e figli.

La relazione familiare intercorrente tra genitori e figli dà luogo ad un insieme di potestà, soggezioni, doveri e diritti, che caratterizzano le relazioni interpersonali e ne tipizzano il rapporto.

In particolare, secondo una lettura del primo comma dell'art. 30 Cost., essa costituisce una relazione garantita come valore originale e non dipendente (PERLINGIERI).

Sulla traccia disegnata dall'art. 30 della Costituzione, l'art. 147 c.c. esplicitava il termine **cura** nell'obbligo di mantenimento, istruzione, educazione dei figli con attenzione alle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni.

Oggi con la riforma della filiazione ad opera della legge n. 219/2012 (Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali) il nuovo art. 147, inserisce anche l'obbligo di assistenza morale, inizialmente solo per i figli nati fuori dal matrimonio, esteso con il successivo d. lgs. n. 154/2013 anche per i figli nati da matrimonio.

Lo status di figlio (legittimo, naturale o adottivo) comporta comunque che il o entrambi i genitori si assumano la responsabilità del minore e che si prendano **cura** di lui, in un reciproco scambio di diritti e doveri.

Il mantenimento, oltre al soddisfacimento dei bisogni primari del minore, include anche quelli necessari allo svolgimento della vita di relazione e di svago, al fini di consentire allo stesso un adeguato e completo sviluppo individuale.

L'istruzione, comporta che l'intervento del genitore sia limitato ad assicurargli i mezzi ed a controllare che il figlio porti a compimento almeno la scuola dell'obbligo.

Si evidenzia, però, che il genitore non è titolare di alcun potere che gli permetta di sostituirsi al figlio nelle scelte, né di impedirne la crescita tenendolo troppo legato a sé.

L'importanza di disciplinare e tutelare i rapporti tra genitori e figli non si esplicita solo nell'ambito della famiglia unita in matrimonio ovvero nelle relazioni di fatto, ma anche e soprattutto in tutte quelle fasi patologiche del rapporto di coppia: separazione personale dei coniugi, divorzio, cessazione degli effetti civili del matrimonio, nullità del matrimonio e procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Auspiciando una unificazione delle procedure, il legislatore, nel corso degli anni, è intervenuto con la legge n. 74/1987 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) e con la legge n. 54/2006 (Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli), poi con la legge n. 219/2012 (Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali) ed infine con il d.lgs n. 154/2013 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219) entrato in vigore il 7 febbraio 2014.

2.1. Affidamento monogenitoriale e congiunto.

L'impostazione tradizionale, fondata sulla riforma del diritto di famiglia del 1975, prevedeva nelle ipotesi di cessazione del matrimonio, **l'affidamento** dei figli minorenni e di quelli maggiorenni non autosufficienti **a uno solo dei coniugi**.

Nella maggioranza dei casi il coniuge affidatario era rappresentato dalla madre, considerato soggetto più adatto ad occuparsi dei figli, specie della prole in tenera età.

Successivamente, con le innovazioni apportate alla normativa sul divorzio da parte della legge n. 74/1987, mutò tale assetto con la previsione della possibilità di disporre un affidamento **congiunto** ai genitori.

Lo scopo era quello di favorire il perdurare di relazioni personali e di contatti diretti tra ciascuno dei genitori e i figli. L'istituto però veniva applicato solo nei casi in cui veniva dimostrata l'assenza di circostanze di fatto ostative ad una serena co-gestione dei rapporti tra genitori-figli.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO SETTIMO

L'ASCOLTO DEL MINORE

di *Elena Peruzzini*

Sommario: 1. Evoluzione normativa. – 1.1. Riferimenti normativi internazionali. – 1.2. Normativa interna. – 2. L'ascolto del minore nella sentenza n. 1/2002 della Corte Costituzionale. – 3. L'ascolto come previsto nel codice civile. – 3.1. La capacità di discernimento. – 3.2. L'interesse del minore all'ascolto. – 3.3. Obbligatorietà dell'ascolto. – 4. Le forme di audizione giudiziaria del minore. – 5. La riforma: l'art. 315 *bis* c.c. – 5.1. Quando procedere all'ascolto del minore. – 5.2. Omesso ascolto. – 6. Modalità di ascolto. – 7. La recente riforma. – 7.1. La disciplina dell'adempimento. – 8. La riforma dell'ascolto. – 8.1. Il curatore speciale. – 9. I poteri del giudice. – 9.1. Obbligo di motivazione. – 10. L'art. 56 del Codice Deontologico Forense

1. Evoluzione normativa.

L'istituto dell'ascolto della persona minore di età nell'ambito dei procedimenti in materia familiare è stato introdotto, quale principio generale nel nostro ordinamento, dall'art. 12 della legge n. 176/1991 di ratifica della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, e poi rafforzato dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata con la legge 77/2003.

Con la legge n. 54/2006 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), che ha introdotto l'art. 155 *sexies* c.c., viene previsto, per la prima volta, nei procedimenti di separazione della coppia genitoriale, la regola della preventiva audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Prima di allora, solo la legge sul divorzio demandava al giudice la facoltà di disporre l'audizione dei figli minori qualora l'avesse ritenuto strettamente necessario, anche in considerazione della loro età.

La previsione legislativa era, in allora, ispirata alla esclusiva protezione del minore di età, da tenersi quanto più possibile lontano e indenne dagli avvenimenti lesivi dell'unione familiare.

La riforma della filiazione, introdotta dalla legge n. 219/2012, ha effettuato un'opera di adeguamento delle norme interne alle convenzioni internazionali e comunitarie in tema di ascolto della persona minorenni.

Ciò che rileva è che l'ascolto, prima presentato come atto del giudice, ora viene qualificato come vero e proprio diritto del minore.

Con la nuova disposizione di cui all'art. 315 *bis* c.c., collocato nel titolo IX del libro I sotto il capo I intitolato "Dei diritti e doveri del figlio", viene riconosciuto in modo esplicito e con portata generale, per la prima volta dall'ordinamento italiano, il diritto del minore, che abbia compiuto dodici anni, o anche di età inferiore se capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Il quadro normativo, si conclude con il D.Lgs n. 154/2013 che ha abrogato l'art. 155 *sexies* c.c. trasportandone il contenuto nel più ampio testo dell'art 337 *octies* c.c., dedicato a disciplinare i poteri del giudice nei procedimenti di separazione personale, di divorzio, di annullamento e nullità del matrimonio e relativi ai figli nati fuori dal matrimonio. Prevedendo, altresì, le modalità dell'ascolto, in precedenza non indicate, negli artt. 336 *bis* c.c e 38 *bis* disp. att. c.c..

1.1. Riferimenti normativi internazionali.

Non vi è dubbio che il quadro complessivo della normativa internazionale costituisca, al di là della diretta applicabilità o meno di alcune norme o della diversa valenza attribuita alle norme stesse dagli strumenti di ratifica, un importante e necessario riferimento, che consentono di interpretare in modo coerente la normativa nazionale laddove si presenti carente o contraddittoria.

Del resto ciò è stato affermato con forza dalla importante sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2002 allorché ha dichiarato la diretta applicabilità nel nostro ordinamento della Convenzione sul diritto del fanciullo di New York, resa esecutiva nell'ordinamento italiano per effetto della legge n. 176 del 1991 ed in particolare che l'art. 12 è idoneo ad integrare la disciplina dell'art. 336 secondo comma, del codice civile, nel senso di configurare il minore capace di discernimento come "parte" del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale. Pertanto non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 secondo comma, del codice civile sollevata, in riferimento agli articoli 2, 31, secondo comma, 3, primo e secondo

comma, 111, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 30, primo comma, della Costituzione, sull'erronea premessa interpretativa che nei procedimenti camerali concernenti la potestà dei genitori, non sia prevista l'audizione del minore ultradodicescimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore.

È con la **Convenzione di New York del 20 novembre 1989** (ratificata con legge n. 176 del 27 maggio 1991), che viene affermata la realizzazione del diritto di completa partecipazione del minore ai processi che lo riguardano a seconda della capacità di discernimento dello stesso. All'art. 12 si legge, infatti, che “Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo saranno debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”

Con la **Convenzione de l'Aja** del 29 maggio 1993, dettata in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con legge 31 dicembre 1988 n. 476, che ha modificato la legge 4 maggio 1983 n. 184, è stato previsto all'art. 4 che le adozioni contemplate dalla Convenzione possono aver luogo soltanto se le autorità competenti dello Stato d'origine si sono assicurate, tenuto conto dell'età e della maturità del minore:

1. che questi sia stato assistito mediante una consulenza e che sia stato debitamente informato sulle conseguenze dell'adozione e del suo consenso all'adozione, qualora tale consenso sia richiesto;

2. che i desideri e le opinioni del minore siano stati presi in considerazione;

3. che il consenso del minore all'adozione, quando è richiesto, sia stato prestato liberamente, nelle forme legalmente stabilite, e sia stato espresso o constatato per iscritto;

4. che il consenso non sia stato ottenuto mediante pagamento o contropartita di alcun genere”.

Solo con la **Convenzione di Strasburgo del 1996** (ratificata con legge 20 marzo 2003 n. 77), invece, si prevede un vero e proprio “ascolto informato”, con la specificazione di una serie di diritti al minore:

- a) il diritto di ricevere tutte le informazioni, ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione nel corso

della procedura, nonché il diritto di essere informato sulle possibili conseguenze delle aspirazioni da lui

manifestate e delle sue decisioni (art. 3);

b) di chiedere la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano,

ogniquale volta sussista un conflitto d'interessi con i suoi genitori (art. 4);

c) di chiedere di essere assistito da una persona idonea di sua scelta, al fine di essere aiutato ad esprimere la propria opinione (art. 5);

d) di chiedere, personalmente o per mezzo di altre persone od organismi, la nomina di diverso

rappresentante e, nei casi appropriati, di un avvocato (art. 5);

e) di nominare il proprio rappresentante (art. 5).

Successivamente, la **Convenzione dei diritti del fanciullo** stipulata il 6 settembre 2000 a New York e ratificata in Italia con l. n. 46/02, richiamata nella Carta di Noto, ha previsto l'adozione di procedure che tengano conto dei particolari bisogni dei bambini, in particolare quali testimoni in ambito di procedure penali, prevedendo che gli Stati parti adottino misure necessarie per proteggere i diritti e gli interessi dei bambini vittime di pratiche di vendita, prostituzione e pornografia, in particolare:

a) riconoscendo la vulnerabilità delle vittime ed adattando le procedure in modo da tenere debitamente conto dei loro particolari bisogni, in particolare in quanto testimoni;

b) informando le vittime riguardo ai loro diritti, al loro ruolo e alla portata della procedura, nonché alla programmazione e allo svolgimento della stessa, e circa la decisione pronunciata per il loro caso;

c) permettendo che, quando gli interessi personali delle vittime sono stati coinvolti, le loro opinioni, i loro bisogni o le loro preoccupazioni siano presentate ed esaminate durante la procedura, in modo conforme alle

regole di procedura del diritto interno (Articolo 8).

Con la **Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea di Nizza** del 7.12.2000, è stato finalmente codificato il diritto del bambino di esprimere liberamente la propria opinione. In particolare all'art. 24 viene stabilito che "I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o private, l'interesse superiore del

Termine estratto capitolo

CAPITOLO OTTAVO

**NOVITÀ LEGISLATIVE E NUOVI ORIENTAMENTI
IN TEMA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO**di *Marzia Rossi*

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La libertà delle parti di disporre della relazione coniugale e la progressiva espansione dell'autonomia familiare. – 3. La regola dell'accordo nella gestione della vita familiare e la libertà delle parti di determinarsi alla fine del vincolo coniugale in caso di crisi della relazione coniugale. – 4. I modelli di separazione e divorzio contemplati dall'art. 6 e dall'art. 12 del d.l. n. 132/2014, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 162/2014. – 4.1. La procedura della negoziazione assistita da "almeno un avvocato per parte" ex art. 6 del d.l. n. 132/2014, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 162/2014. – 4.2. Il procedimento di separazione e divorzio per accordo dinanzi all'ufficiale dello stato civile ex art. 12 del d.l. n. 132/2014, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 162/2014. – 5. La riforma sul Divorzio Breve, recentemente approvata.

1. Considerazioni preliminari.

Nella scienza del diritto si assiste da qualche tempo ad un profondo ripensamento delle relazioni familiari.

Anche dal punto di vista dell'**evoluzione normativa**, dopo lo sconvolgimento operato dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898 e dopo la generale riforma del diritto di famiglia attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151 – che ha marcatamente innovato l'assetto dispositivo del libro I del codice civile –, il diritto di famiglia è stato più volte oggetto di diretta rivisitazione da parte di numerosi interventi legislativi, i quali hanno modificato, talora in modo profondo, sebbene non sempre con interventi connotati da perspicuità, il tessuto normativo vigente.

Tra gli interventi legislativi di maggiore portata si registrano quelli in tema di adozione legittimante interna e internazionale ex l. 4 maggio 1983, n. 184 e ex l. 28 marzo 2001, n. 149, di tutela contro gli abusi familiari ex l. 4 aprile 2001, n. 154, di affidamento dei figli nella crisi del matrimonio ex l. 8 febbraio 2006, n. 54, nonché da ultimo la generale

riforma in materia di filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e al conseguente d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 di attuazione.

Se l'architettura disciplinare in materia è stata ridisegnata, deve osservarsi che quel che ha subito mutamenti di assoluta rilevanza negli oltre quarant'anni che ci separano dalla legislazione degli anni '70 del secolo scorso è il complessivo contesto sociale di riferimento e l'assetto di valori nel cui ambito la relazione coniugale si colloca.

Il sistema valoriale nel cui ambito il diritto di famiglia si muove sembra, peraltro, inevitabilmente risentire delle influenze che la normativa comunitaria ha su quella interna (CUBEDDU, PATTI). Sul punto non può non osservarsi che, nel rispetto del valore di ogni persona, di ogni uomo e di ogni donna, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Costituzione europea sembrano tendere al riconoscimento di spazi sempre più ampi all'autodeterminazione della persona umana.

In merito deve considerarsi che la proclamazione di principi generali posta in essere nelle fonti comunitarie ed il richiamo in esse contenuto a valori coinvolgenti la sfera dei rapporti familiari, pur se inidonei ad influire in via diretta sulla normativa nazionale, non possono non incidere *in subiecta materia* sull'interpretazione delle disposizioni interne (PARADISO).

Il mutato assetto di valori ed il mutato sentire sociale sembrano in altri termini avere dato un nuovo volto disciplinare alla relazione coniugale, la quale, eversivamente, sembra sempre più distaccata dalla rigidità del modello normativo e coinvolta in quel processo di svuotamento della specificità dell'istituto del matrimonio che da qualche tempo, atteso il moltiplicarsi delle forme di famiglia (FORTINO) e anche di matrimonio (ZOPPINI), vede il coinvolgimento non solo del matrimonio-rapporto, ma ormai anche del matrimonio-atto (PARADISO, ZATTI).

Non si tratta allora di esaltare l'abbandono operato dal legislatore del 1975 della visione istituzionale e superindividuale di stampo pubblicitario della famiglia formatasi sotto il vigore della codificazione del 1942 (CICU) né di enfatizzare il superamento anch'esso operato dal legislatore del 1975 di quella concezione che, pur mirando a inquadrare la famiglia nell'orbita degli artt. 2 e 29 Cost., riconosce nella comunità familiare una società naturale nel senso di società originaria preesistente all'ordinamento giuridico (GRASSETTI), ancora distinguendo e sovrapponendo gli interessi di gruppo agli interessi individuali (BARILE).

Non si tratta nemmeno di adagiarsi sull'indiscusso merito che ebbe la riforma del 1975 di accogliere, sotto la spinta del riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità (TOMMASINI), un'idea di famiglia svincolata

dalla presupposta priorità di un presunto interesse di gruppo sugli interessi individuali (PERLINGIERI) e capace di tutelare le specifiche manifestazioni della personalità di ciascuno dei suoi membri e le loro libertà, ergendo a suo criterio fondante la pari dignità dei singoli e spostando il baricentro dell'impianto normativo dal gruppo alla persona umana (SCALISI).

Si tratta piuttosto di sottolineare, da un lato, che oggi, per molti versi, la realtà sociale sembra superare la portata delle regole dettate dal codice civile e dei principi costituzionali, da un altro lato, che si pone la necessità di infrangere l'astratta configurazione di un unico statuto familiare insuscettibile di comprendere il multiforme e concreto evolversi della famiglia, da un altro lato ancora, che il **principio costituzionale di unità familiare** versa in uno stato di crisi presumibilmente irreversibile.

È in questa prospettiva che il tema della libertà della persona di sposarsi e di non sposarsi e quello dei coniugi di disporre della relazione coniugale, mettendo eventualmente fine ad essa, nonché i principi dell'autonomia negoziale acquistano nuovo vigore.

2. La libertà delle parti di disporre della relazione coniugale e la progressiva espansione dell'autonomia familiare.

Nel segno dunque di una concezione della famiglia intesa quale formazione sociale basata su vincoli di affetto e solidarietà, in cui si realizza il compiuto sviluppo dell'individuo (FERRANDO, GALGANO, SESTA) e non, come più sopra evidenziato, quale istituzione, portatrice di interessi superiori rispetto a quelli dei singoli membri (CICU), **il matrimonio è ormai pacificamente concepito come atto di autonomia privata** – quale atto liberamente scelto e voluto dai nubendi –, volto a dare piena attuazione all'interesse personalissimo dell'individuo alla formazione di una famiglia, nella quale si esplica il momento più intimo della persona umana e nella quale il ruolo ed il peso delle autorità familiari non si pone in una posizione di supremazia rispetto ai diritti del singolo (C.M. BIANCA, BONILINI, SCALISI, SESTA).

In questa prospettiva la **libertà matrimoniale** si significa tanto in termini positivi, come libertà assicurata a tutte le persone fisiche di scegliere di contrarre matrimonio, senza condizionamenti discriminatori e rispettando le inclinazioni e i desideri di ciascuno in ordine alla scelta del proprio coniuge ed al se e al quando contrarre matrimonio, quanto in termini negativi, come libertà sia di non contrarre matrimonio o di convivere senza matrimonio sia di non trovarsi legati in matrimonio contro

il proprio volere, e dunque di addivenire alla separazione personale o allo scioglimento del matrimonio o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio (FERRANDO, VITALI).

Nella medesima prospettiva assume valore assoluto l'espressione da parte degli sposi di un consenso matrimoniale serio, libero e responsabile (C.M. BIANCA, BONILINI, GALGANO, SESTA, VITALI), funzionale tanto alla nascita della comunità familiare quanto soprattutto alla produzione e alla tutela degli effetti tipici predisposti dall'ordinamento (UCCELLA).

Invero la Costituzione tace riguardo alla libertà matrimoniale, tuttavia essa trova riconoscimento nei principi fondamentali e nelle statuzioni regolative dei rapporti di famiglia.

Interpretando l'art. 29 Cost. in senso non restrittivo, si sostiene infatti che questa disposizione tuteli non soltanto il matrimonio, in quanto rapporto già formato, ma anche l'atto di fondazione della famiglia, atteso che, nel riconoscere la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29, comma 1, Cost.), la Carta fondamentale impone il rispetto sia dei rapporti già costituiti che si svolgono al suo interno sia dell'autonomia dei singoli nelle decisioni e nelle scelte familiari e dunque anche della scelta attinente all'istituzione, attraverso lo strumento del matrimonio, della comunità familiare (FERRANDO, MAZZIOTTI DI CELSO, RESCIGNO).

Intesa in questo senso, la libertà matrimoniale si annovera tra i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), da garantirsi a tutti gli uomini e a tutte le donne in posizione di assoluta eguaglianza (art. 3 Cost.) (FERRANDO, VITALI).

Anche l'art. 31, comma 1, Cost., allorché assegna alla Repubblica il compito di agevolare la formazione della famiglia, contempla l'illegittimità di limitazioni di qualsiasi tipo alla libertà matrimoniale (FERRANDO).

Nella disciplina civilistica tale libertà è poi garantita dalla non vincolatività della promessa di matrimonio (art. 79 c.c.), dai rigorosi requisiti di età e di capacità (artt. 84 e 85 c.c.) e dalla previsione della nullità della condizione apposta al testamento impeditiva del matrimonio (art. 636 c.c.).

La libertà matrimoniale è attestata anche da numerosi indici normativi di carattere sovranazionale.

In specie è sancita nell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – che la annovera tra quei diritti e libertà che devono essere assicurati senza distinzione “di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di origine nazionale o sociale”.

Termine estratto capitolo