

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO I

CONVIVENZA NEL DIRITTO CONTEMPORANEO

SOMMARIO: 1. La convivenza di fatto dal diritto romano al code civil – 2. La convivenza di fatto tra la giurisprudenza esterna e quella interna – 3. La convivenza nella legislazione nazionale prima e dopo la parificazione degli *status* di filiazione – 4. I rapporti patrimoniali tra i conviventi di fatto – 5. La nascita e l'interpretazione della legislazione sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto.

1. La convivenza di fatto dal diritto romano al code civil

Nell'ambito del diritto romano si trovava la figura del concubinato ovvero la convivenza o l'unione duratura tra un uomo ed una donna, liberi da matrimonio, all'interno della quale la donna non assumeva la qualità di *uxor*, ma di concubina, per cui non si acquisiva il rango sociale del marito, ed i figli nati dal concubinato divenivano liberi *naturalis*, si nasceva *sui iuris* e, dunque non soggetti alla potestà paterna.

Il concubinato si distingueva dal matrimonio contratto tramite *l'usus*, un mezzo complementare di celebrazione del *iustum matrimonium*, che si riconosceva dopo un anno continuo ed ininterrotto di vita matrimoniale tra l'uomo e la donna.

Per effetto del matrimonio valido e legittimo, l'uomo acquisiva con *l'usus* la *manus mariti*¹.

¹ A quel tempo era previsto l'*usurpatio* come causa di interruzione del termine di un anno ed infatti se prima del raggiungimento di un anno di vita coniugale, la moglie si allontanava da casa per tre notti consecutive non rimanendo sottoposta alla potestà del marito, interrompeva il decorso del tempo; per la legge delle XII Tavole se questo *trinoctium* si reiterava annualmente, la *manus mariti* non si consolidava. L'interruzione implicava l'assenza della volontà di sposarsi, ma non impediva la validità del matrimonio che si caratterizzava per essere *sine manu*, per via dell'allontanamento, più simbolico che reale, dalla comunità coniugale. Nel matrimonio *sine manu*, la donna sposata

Con il passar del tempo si consolidò la figura del *concubinatus* mediante la dichiarazione di concubinato da parte dell'uomo (*testatio*).

Il regime giuridico del concubinato si ammetteva tra soggetti puberi non parenti e non legati da altro matrimonio e non prevedeva la dote, tanto che la concubina si considerava *uxor* gratuita, né era necessario le *donationes propter nuptias*, né si applicava ai concubini il divieto di donazioni reciproche stabilito per gli sposi e per la conclusione del concubinato non si richiedeva nessuna formalità.

Il concubinato sopravvisse a lungo nonostante gli imperatori cristiani avevano riconosciuto per i concubini che celebravano tra loro le *iustae nuptiae* ovvero il riconoscimento di legittimità dei figli.

Nel diritto medioevale² il concubinato si considerava come un *inferior coniugium*, ma non si assimilava al meretricio.

Per il diritto civile il concubinato si considerava legittimo purché venivano rispettate le condizioni di legge.

Il concubinato tra le classi sociali inferiori si considerava in maniera non molto dissimile dal matrimonio, si trattava di unioni tra due individui di estrazione sociale modesta, per i quali ri-

rimaneva legata alla famiglia agnaticia e non entrava a far parte di quella del marito. Soltanto con le *iustae nuptiae* la moglie partecipava al rango sociale del marito. La *Lex Iulia de Adulteriis* disciplinava il concubinato denominandolo con il titolo di *de concubinis*.

La *Lex Iulia de Adulteriis* tipizzava e sanzionava lo *stuprum*, il rapporto carnale con tutte le giovani e le vedove onorate al di fuori delle *iustae nuptiae*; l'unica eccezione era rappresentata dal concubinato, ammesso soltanto tra uomini e donne non onorate. Il *concubinatus* fu denominato anche *inaequale coniugium* perché, a causa della diversità di classe, in origine era stato lo strumento con cui si unirono cittadini romani con donne non di pari rango: schiave, liberte o donne libere di bassa estrazione sociale, che impedivano di acquisire la qualità di *uxor* (C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Rubbettino, 2002, p. 170 ss.; M.V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, Jovene, 2012). Il *Iustum matrimonium* poteva celebrarsi solo tra cittadini romani in possesso dello *ius connubii*, il quale fu in una prima fase privilegio esclusivo del patriziato; a partire dall'anno 445 a.C., fu esteso a tutti i cittadini romani, in forza della *Lex Canuleia* e in seguito a tutti gli abitanti liberi dell'Impero, che divennero cittadini, conformemente a quanto nella Costituzione Antoniniana del 212 d.C., emanata dall'Imperatore Caracalla.

² M. DE GIORGIO, C. KLAPISCH ZUBER, *Storia del matrimonio*, Laterza, Bari, 1996; J. GODOY, *Famiglia e matrimonio in Europa. Origini e sviluppi dei modelli familiari dell'occidente*, Laterza, 1995; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero alla codificazione*, Utet, Torino, 1966.

sultava difficile affrontare sia il versamento della dote e sia la solennità del rito.

Nel medioevo, il diritto civile riconosceva nel concubinato una presunzione di matrimonio mentre per la Chiesa era di difficile riconoscimento questa forma di legame; si trattava di una convivenza che acquisiva i lineamenti di un valido matrimonio non formale molto diffusa³.

Nel medioevo⁴ il concubinato assumeva la caratteristica contrattuale, infatti diveniva comune la figura della serva-concubina legata ad un uomo mediante la stipulazione di un contratto consensuale che si concludeva dinnanzi ad un notaio, con cui si regolamentavano i diritti ed i doveri dei contraenti⁵.

³ Il Concilio Lateranense II del 1139, per ragioni di ordine morale ed economico aveva posto per i religiosi un divieto al concubinato.

⁴ Tale tipologia di concubinato accoglieva le esigenze di una società segnata da diseguaglianze tra i ceti ed i generi e, dunque, la diversa distribuzione delle risorse e la scarsità economica e sociale, di diverse donne spiegavano il fenomeno delle serve-concubine. Tra le persone appartenenti ad un certo ceto sociale si era diffuso una specie di coniuge a termine, giacché tale condotte contestate dalla Chiesa, non assumevano alcuna rilevanza penale e non suscitavano neppure scandalo, perché la condizione di concubina non era assimilata a quella di meretrice da parte della legge ecclesiastica e la legge civile le riconosceva la possibilità di appartenere alla categorie delle donne oneste. Quest'ultimi accordi, definiti contratti per *verba de presenti* (i conviventi si obbligavano a convivere, ma non si impegnavano a sposarsi), si contrapponevano ai contratti per *verba de futuro* in cui i conviventi si obbligavano a contrarre in futuro matrimonio e, dunque, l'uomo era considerato adultero soltanto quando aveva instaurato un rapporto sentimentale con una donna sposata mentre non si configurava nessun reato nell'ipotesi di avere una concubina pur avendo moglie.

⁵ Nel medioevo, per la valutazione giuridica del concubinato è utile richiamare l'opera del giurista Ludovico Sardi ovvero il *Tractatus de naturalibus filiis, legitimatione ac successione eorum*, che pur avendo aderito ai principi del matrimonio cristiano, riteneva ammissibile il concubinato tra laici. Nel *Tractatus*, il Sardi mediante l'applicazione di alcuni parametri tende di stabilire quando sussiste il matrimonio o il concubinato. I parametri fondamentali utilizzati del giurista sono il *consensus* e l'*affectus* ritenuti sia per il diritto canonico che per quello romano necessari per la configurazione del matrimonio. Tuttavia, l'interpretazione di Sardi (L. SARDI, *Tractatus de naturalibus liberis, legitimatione, ac successione eorum, in Tractatus Universi Iuris, Venetiis, 1584, p. 30*) risulta condizionata dall'appartenenza al ceto sociale e dalla dote, infatti afferma da un lato ed in considerazione delle premesse del diritto canonico secondo cui per la Chiesa è lecito la concubina *quae loco uxoris habetur*, ma nessun'altra *cum quo non intervenit consensus matrimonii* e dall'altro che la Chiesa riconosceva un concubinato basato sul consenso, assimilandolo al matrimonio non formale, caratterizzato come questo dall'*affectus coniugalis*

La relazione concubinaria salvaguardava l'uomo dall'accusa di stupro, la donna dal declassamento. La legittimità delle

e che presumeva basato sul *consensus matrimonii* esistente fin dall'inizio del rapporto.

Nel diritto civile differenzia i soggetti secondo le categorie sociali della legislazione romana da un lato suddivideva gli uomini in *illustres et maiores* e *minores* e dall'altro le donne li aveva suddivise in *maiores, liberae et honestae, obscuro loco natae, non liberae, quae quaestum corpore fecerint* e, dunque, distingueva le situazioni in cui si ravvisava un matrimonio non formale da quelle in cui si ravvisava un concubinato, individuando ipotesi in cui le interpretazioni coincidevano *utroque iure* e quelli in cui risultavano discordanti.

In un primo momento ha analizzato le ipotesi di matrimonio con un consenso certo evidenziando la prima differenza tra i due sistemi normativi, mentre per la Chiesa soltanto il *consensus matrimonii* faceva di un'unione un matrimonio valido, il diritto civile presupponeva accanto al consenso certo nell'ipotesi dei *maiores* anche la forma solenne del rito e della dote. Secondo il diritto civile la donna unita con un uomo di alto ceto sociale senza dote e solennità nuziali era considerata una concubina, nonostante la dichiarata volontà dell'uomo di riconoscerla come moglie (*testatio*), il ceto di appartenenza e l'*affectus maritalis* e la concubina doveva essere unica e convivere con l'uomo affinché l'*indubitatus affectus* tra i due si ritenesse *indubitatus*. Con il tempo si diffuse tra i *minores* l'osservanza delle formalità nuziali e la costituzione tra i poveri di doti di basso valore, al fine di eliminare qualsiasi dubbio sul carattere matrimoniale e non concubinario dell'unione.

Il giurista Sardi ha analizzato, altresì, le ipotesi di consenso incerto al matrimonio giacché tali unioni non potevano interpretarsi come legittimi matrimoni né dal diritto canonico, né da quello civile, ma mentre il diritto canonico le condannava considerandole fornicazione continuata, quello civile, in situazioni determinate, erano ammesse e venivano considerati come concubinato legittimo, ma per questo aspetto diveniva fondamentale la questione della condizione sociale dell'uomo e della donna; e proprio attraverso questo discriminante si poteva distinguere uno stupro dal concubinato. In effetti, nell'ipotesi di incerto consenso al matrimonio, i *maiores* uomini potevano essere accusati di stupro rispetto alle donne oneste e libere o reputati meri *concubinari* di donne *obscuro loco natae* o di meretrici; la medesima situazione di incertezza di *minores*, in qualunque condizione della donna, venivano considerati concubinari.

La distinzione aveva l'utilità di scoraggiare uomini di ceto alto dal lusingare con promesse donne di ceto inferiore, ma di ottima reputazione e libere giacché l'incertezza del consenso al matrimonio è soltanto degli uomini.

Nell'ipotesi di *consensus matrimonii* assente diveniva necessario l'esame dell'esistenza del *consensus concubinarius* ed il giurista Sardi non ha utilizzato il termine *testatio*, con cui Marciano delimitava l'area di legittimità del concubinato, bensì quello di *consensus*. I termini utilizzati non risultano come sinonimi, in effetti nel diritto romano la *testatio* era la dichiarazione unilaterale con cui l'uomo assumeva presso di sé la donna quale concubina ed il significato è diverso da quello di *consensus*, che esprime l'incontro delle volontà delle parti. Nell'epoca romana la *testatio* costituiva la garanzia per l'uomo che per evitare

concubine presupponeva la presenza di requisiti soggettivi essenziali ovvero la libertà e la buona reputazione della donna.

Nel tempo trascorso tra l'epoca giustiniana ed il medioevo, quando la *testatio* diveniva obbligatoria, il rapporto concubinario si evolveva, dall'esercizio di una potestà individuale da parte dell'uomo, ad un contratto, una sorta di *locatio operis* comprendente sia l'aspetto sessuale che quello lavorativo. Con quest'ultimo atto, le donne-parte non risultavano più sottoposte a nessuna tutela, infatti assumevano la condizione libera⁶.

l'accusa di stupro doveva attribuirsi una moglie sgradita ed occorreva anche il *consensus* ed il Sardi parla di *concubinarius*.

In tal modo il giurista ha completato la costruzione dell'analogia tra un concubinato basato sul consenso maritale e caratterizzato dall'affetto coniugale, ammesso dal diritto canonico ed un concubinato basato sul consenso concubinario e caratterizzato da un affetto certo ammesso dal diritto civile. Tale ricostruzione è sostenuta dalla logica dell'avvicinamento, dei parametri propri del diritto civile a quelli del diritto canonico, allo scopo di affermare la liceità giuridica e morale del concubinato. Ma anche l'acquisizione del significato di consenso nel matrimonio cristiano giacchè espressione di volontà individuale liberamente espresse in perfetta coerenza con la collocazione del matrimonio tra i contratti *personarum*. Il giurista ha applicato lo schema del matrimonio al concubinato, però il consenso dei concubini ha assunto una dimensione contrattualistica.

⁶ La ricostruzione eseguita dal Sardi non era unanime, essendo presenti sia diverse ricostruzioni normative. Il Sardi dà conto del fatto che il Concilio lateranense del 1514 aveva duramente criticato il concubinato, e che dunque per aversi un rapporto di concubinato legittimo, dovevano essere soddisfatte una lunga serie di requisiti necessari: addirittura la *testatio*, già tramutata nella prassi in un consenso concubinario, avrebbe dovuto contenere una dichiarazione formale nella quale l'uomo doveva esprimere la propria speranza di poter, in futuro, sposare la concubina, e di avere dei figli da lei. Poiché, a tale dichiarazione, farà verosimilmente seguito la copula, tale promessa si sarebbe trasformata in un consenso attuale, dando vita a un matrimonio non formale ed a critiche di tipo morale (Gabriele Paleotti - *De nothis spuriisque filii liber*, 1550, cap. XIII - non vi era turpitudine nel concubinato, che era comunque da rifiutarsi in quanto fornicazione continuata, e mera immagine scolorita del matrimonio: *Quid est enim alius concubinatus nisi obumbrata matrimonii imago, quae ab eo sola ordine dignitate differt? ... Quid aliud concubina quam ficta quaedam uxor?*).

Il Concilio di Trento (1545-1563) ha costituito uno spartiacque dell'atteggiamento della Chiesa rispetto alla sessualità dei laici ed in seguito, veniva considerato vero matrimonio soltanto quello celebrato in osservanza al dettato conciliare (matrimonio contratto in Chiesa dinnanzi al parroco ai testimoni, di fronte alla chiesa, avendone data notizia preventiva alla comunità dei fedeli), non resta più spazio per i matrimoni non formali né per le relazioni come il concubinato, i contratti concubinari, i *verba de futuro* e tutta la grande varietà di usi locali, tradizioni e contaminazioni del diritto giustiniano che caratterizzavano l'Europa medievale (V.B. DE FILIPPIS, *Osservazioni storico-giuridiche*

Il diritto di famiglia risentiva molto della rivoluzione francese, infatti il legislatore rivoluzionario, trasferiva nel proprio diritto positivo la distinzione fondamentale tra il contratto di matrimonio ed il sacramento, rievocando le conclusioni dei giuristi laici e dei canonisti del medioevo⁷.

sul concubinato nel Medioevo dal Concilio di Toledo del 400 a Tommaso d'Aquino, in *La separazione nella famiglia di fatto*, a cura di B. De Filippis, 2008, p. 309). In maniera contrario a quanto avvenuto nell'ultima fase del medioevo e che secondo la dottrina canonica era legittimo il matrimonio non formale, dopo il Concilio di Trento, il matrimonio non formale veniva considerato illegittimo ed essi erano perseguiti con determinazione dai tribunali ecclesiastici, prevedendo sanzioni sia sul piano spirituale che su quello penale; in concreto le donne risultavano passibili di pubbliche esecuzioni, di essere bandite dalla città, eventualmente con l'aiuto del braccio secolare, incarcerate e giustiziate e nonostante, le legislazioni civili dell'epoca in seguito al Concilio di Trento, non avevano vietato il matrimonio non formale, la giustizia ecclesiastica perseguiva il concubinato con ogni mezzo. Nella società post-concilio, la dualità era tra le donne per bene, collocate all'interno di un legittimo matrimonio e quelle altre e non trovava più spazio il meretricio: diverse relazioni ambigue divengono illecite e diverse donne possono godere di una posizione sociale più dignitosa, ma risulta evidente l'espunzione dalla società della libertà che prima esisteva ed a diverse donne è tolta la speranza di una evoluzione positiva della propria condizione. La legislazione religiosa del Concilio di Trento perdurò immutata nella modernità, ma le vecchie tradizioni non vennero cancellate con facilità. Nel '700, infatti nelle zone rurali veniva considerata una consuetudine quella di considerare come legame matrimoniale a tutti gli effetti lo scambio di *verba de futuro* seguito dalla consumazione del rapporto sessuale (L. CARGNELUTTI, *Il divorzio in Friuli dopo il Concilio di Trento*, in *Interni di famiglia. Patrimonio e sentimenti di figlie, mogli, vedove*, a cura di Corbellini, 1994; R. SARTI, *Donne e famiglia*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1994, p. 3 ss.), e in certe aree dell'europa continentale, i rapporti sessuali tra persone non sposate continuarono ad essere considerati leciti e tollerati.

Tra la nobiltà e la borghesia delle grandi città, dove il controllo era più forte, si continuò a praticare in maniera clandestina il concubinato. Il ricorso ai *matrimonia clandestini* (M. BELLABARBA, *I processi per adulterio nell'Archivio Diocesano Tridentino XVII-XVIII secolo*, in *Trasgressioni, ibidem*, p. 214 ss.), celebrati in segreto, ad opera di religiosi conniventi e alla presenza di testimoni fidati, senza pubblici avvisi alla comunità e senza l'annotazione nel registro dei matrimoni: in periodo di censura, la legittimazione sociale del rapporto ben poteva prescindere da certe sottigliezze. Tali matrimoni costituivano l'epilogo naturale di un rapporto concubinario lungo o di situazioni non ufficializzate, sulla cui legittimità i concittadini e le autorità potessero avanzare dei sospetti (O. DI SIMPLICIO, *Peccato, penitenza, perdono. Siena 1575-1800: la formazione della coscienza nell'Italia moderna*, Franco Angeli, 1994, p. 183 ss.).

⁷ L'art. 7, Costituzione francese del 1791, stabiliva, che la legge considerasse il matrimonio solo come un contratto civile mentre nella l. 25/09/1792, n. 20, veniva ribadito il menzionato principio costituzionale, affermando che la costituzione definisce il matrimonio un contratto civile e le sue basi si riferi-

In un primo momento il legislatore del 1792 (l. n. 20/1792) introduceva l'istituto del divorzio ed il matrimonio si risolveva per mutuo dissenso dei contraenti ed in un secondo momento, nel 1783 (l. n. 2/1793), stabiliva sia l'uguaglianza del figlio naturale con quello legittimo ammettendo i primi (se non adulterini), alla successione dei genitori, sia l'efficacia dell'adozione, sia la patria potestà condivisa da entrambi i genitori, ma controllata dalla giustizia, sia la comunione dei beni generalizzata e sia l'amministrazione comune dei beni familiari dei coniugi⁸.

Con la rivoluzione francese si codificava l'emancipazione della donna, l'autodeterminazione degli individui, l'adozione di regole democratiche per il governo della famiglia nonché si riconosceva la stessa famiglia come un'istituzione libera⁹. Per i compilatori del *code civil* del 1804, la famiglia doveva divenire un pilastro della società e riacquistare la tipicità ed il carattere autoritario del passato.

In particolare, il marito-padre doveva divenire nuovamente unico titolare di potere e il *code civil* ricostituiva in parte l'antico dispotismo paterno: il potere penale, correttivo e repressivo affidato al padre sui figli era un potere assoluto, fino al sedicesimo anno di età del figlio, mentre si divideva con il giudice minore dai sedici anni fino alla maggiore età: in particolare il padre poteva sollecitare l'arresto e la detenzione in carcere dei figli in ipotesi di cattiva condotta, ma mancava una disposizione sanzionatoria dell'abuso dei poteri di potestà e di quello correttivo¹⁰.

scono unicamente al diritto civile ed al diritto naturale e bisogna guardarsi dal confondere contratto e sacramento. Il matrimonio è dunque solo un contratto civile e, se è un contratto, spetta al potere secolare regolarne le forme. La laicizzazione del matrimonio non risultava sufficiente per escluderne il valore religioso, non di meno, soltanto il matrimonio produttivo di conseguenze giuridiche era il matrimonio civile, disciplinato dalla legge della Repubblica.

⁸ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, Il Mulino, 1974, p. 98.

⁹ P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in 2a Art/Cap/ Saggio libro scient/tech, Milano 2002.

¹⁰ C. SCHWARZENBERGER, *voce Patria potestà diritto intermedio*, in Encicl. Dir., XXII, 1962, p. 252 ss. La madre concorreva nel potere di educazione della prole, ma nell'ipotesi di disaccordo, il parere del marito prevaleva rispetto a quello della moglie. I figli non potevano abbandonare la casa paterna o viaggiare senza l'autorizzazione del padre e dopo la maggiore età, per sposarsi dovevano domandare, per i cinque anni successivi il *placet* del padre che doveva essere rilasciato a mezzo di un atto formale; in mancanza di consenso, la richiesta andava fatta per altre due volte, a distanza di un mese l'una dall'altra

Secondo l'idea di Napoleone, la famiglia legittima costituiva uno strumento di controllo politico poiché sostituiva un potere diffuso tra gli individui, con un potere concentrato e incanalato in un modello sociale gerarchizzato e verticistico. Ma con la rivoluzione, non tutte le aperture liberali andarono perdute, in particolare il matrimonio rimaneva, sotto il vigore del *code civil*, un istituto di esclusiva competenza del diritto civile. In particolare rimaneva la parificazione tra figli legittimi maschi e femmine, anche nel diritto successorio; rimanevano alcuni dei limitati diritti riconosciuti ai figli naturali; la fine della sottoposizione alla patria *potestas* della prole rimaneva fissata al compimento del ventunesimo anno d'età.

Le unioni tra individui non uniti in matrimonio non interessavano il legislatore napoleonico¹¹: la convivenza tra due indi-

e soltanto alla terza richiesta, la libertà di matrimonio diventava piena ed assoluta. Il mancato rispetto della procedura poteva essere fatto valere dal padre quale causa di nullità del matrimonio.

Il *code civil* considerava le donne affette da debolezza fisica ed intellettuale e come tali risultavano sottomesse ad un tutore, prima il padre e poi il marito. La donna maggiore di età non sposata vedeva ridotti i propri diritti civili (in alcune ipotesi la testimonianza non assumeva alcun valore legale) e la propria ineguaglianza con l'uomo si evidenziava proprio nella legislazione familiare. Secondo il *code civil*, i diritti patrimoniali della donna erano sottoposti al controllo del marito che li amministrava e doveva prestare il proprio consenso agli atti di disposizione. L'obbligo della moglie di seguire il marito nel luogo in cui fissava la residenza, pena l'incriminazione per il reato di abbandono.

L'adulterio del marito costituiva causa legittima di divorzio soltanto nell'ipotesi di pubblico scandalo la cui amante veniva trovata in casa, mentre quello della moglie era in tutti i casi causa legittima di divorzio. Mentre il marito adultero e pubblico concubino risultava obbligato soltanto ad un'ammenda, la donna adultera veniva condannata alla reclusione in una casa di correzione, per un periodo dai tre mesi a due anni. Il codice napoleonico ammetteva la figura del delitto d'onore, compiuto dal marito che aveva subito il tradimento della moglie. Il divorzio veniva considerato un istituto pericoloso per la stabilità familiare (P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, Il Mulino, 1974, p. 98) e veniva trasformato da diritto a rimedio limitato soltanto in tre fattispecie: l'adulterio la condanna a pena afflittiva o infamante, le sevizie o l'ingiuria grave. Il procedimento risultava rigido, infatti poteva essere richiesto soltanto dopo due anni di matrimonio e non oltre i vent'anni dall'istituzione del vincolo e non poteva essere domandato dagli uomini minori di venticinque anni e le donne minori di ventuno e con più di quarantacinque anni. Risultava necessario sia il consenso dei coniugi e sia quello dei genitori o degli ascendenti di entrambi gli sposi ed il consenso dei coniugi doveva essere confermato per quattro volte nell'anno. In conclusione, i divorziati potevano contrarre un nuovo matrimonio soltanto dopo tre anni dal divorzio, con l'obbligo di riservare ai figli la metà dei beni familiari.

¹¹ G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, 1991, p. 7 ss.

vidui senza matrimonio costituiva una scelta legittima, ma priva di tutele giuridiche. I limitati diritti riconosciuti alla prole naturale non incestuosa, si consideravano come diritti individuali.

La Chiesa considerava indegna la convivenza e criticava le aperture del legislatore della rivoluzione verso la stessa convivenza.

Le conquiste napoleoniche portavano all'introduzione del codice napoleonico anche negli Stati italiani preunitari¹².

Con la caduta di Napoleone, si ripristinarono le antiche leggi¹³ ed in seguito si procedette alla formulazione di codici sul modello del *code civil*: i governi receperono le disposizioni napoleoniche sulle attività economiche, sui contratti e sul diritto di proprietà e, dunque, la sintesi tra i principi liberali della rivoluzione francese e la tradizione giuridica europea risultarono alla base del successo e della diffusione di quel modello di codice¹⁴.

¹² C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Laterza, 2007, p. 223 ss.; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi*, in *Storia del Piemonte*, vol. I, 1969, p. 538 ss.

¹³ G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi in Storia del Piemonte*, vol. I, 1969, p. 538 ss.

¹⁴ In ambito del diritto di famiglia e delle successioni, l'opposizione ai principi laici e liberali di quel codice era radicale: in tutti gli Stati preunitari, veniva evidenziata la posizione di inferiorità della donna nei rapporti tra coniugi e in ordine alla titolarità e all'esercizio della potestà sui figli, la riduzione dei figli stessi in uno stato di maggiore soggezione rispetto al padre, l'innalzamento dell'età di cessazione della patria potestà. Nel 1865, il codice civile Pisanelli (P. UNGARI, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Ed Esi, Napoli 1967, p. 118 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Laterza, 1985, p. 90 ss.) ha attenuato soltanto in parte il rigore del diritto di famiglia, infatti limitava l'arbitrio del padre nell'esercizio dei poteri correttivi e punitivi verso i figli ed attribuiva la titolarità della potestà anche alla madre dei minori, soltanto, però, nell'ipotesi di morte o di impedimento fattuale o giuridico del padre, altrimenti la titolare esclusivo dell'esercizio della potestà spettava al padre. La stessa situazione si verificava con l'uscita del codice civile del 1942, che adottava l'idea del matrimonio forte e la simmetrica debolezza delle altre forme di organizzazione familiare.

Mentre nell'ambito della famiglia, la Costituzione Repubblicana, ha adottato dei precetti costituzionali non transitori, infatti l'art. 29 Cost. stabiliva che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il codice Pisanelli confermava sia i limitati diritti civili dei figli naturali, sia il divieto di riconoscimento da parte del padre che risultava coniugato con altri al momento del concepimento e sia l'autorizzazione del marito per gli atti di disposizione dei beni di proprietà della moglie e sia il carcere per la donna adultera, ma ignorava ogni organizzazione familiare

non fondata sul matrimonio (F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Cedam, Padova, 1932, p. 20 ss.): il legislatore post-unitario aveva riconosciuto in quella società rigida e gerarchizzata rilevanza a quella famiglia legittima ovvero quella costituita nelle forme previste dalla legge e ne conseguiva (L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in Jus, 1980, p. 107) l'esclusione di ogni altra organizzazione familiare dalla codificazione.

La famiglia composta dall'unione di soggetti, era fondata su vincoli di affetto e di solidarietà e diveniva luogo di formazione, di cultura e di valori morali per lo sviluppo della personalità della prole (Il crescente interesse della giurisprudenza e della dottrina verso i mutamenti nelle relazioni familiari e l'emergere di nuovi modelli di famiglia nella società, hanno indotto il legislatore a modificare in maniera progressiva la regolamentazione dei rapporti giuridici in ambito familiare). I modelli di famiglia risultavano in costante divenire, in particolare subirono l'influenza dell'organizzazione sociale, economica e culturale (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 1). In concreto, con l'evoluzione del costume si manifestavano modelli differenti di famiglia: quello di famiglia nucleare costituita dall'unione stabile di uomo e donna legati da matrimonio ed ampliato dalla nascita dei figli; quello, di famiglia convivente costituita dall'unione di soggetti coabitanti nello medesimo luogo; quello di famiglia anagrafica costituita dall'unione di soggetti legate da matrimonio, parentela, vincoli affettivi, coabitanti e con dimora abituale nel medesimo Comune (In passato la famiglia svolgeva diversi compiti quello assistenziale tenendo presso di sé gli anziani, si faceva carico del loro mantenimento, cura ed assistenza, quelle funzioni, in uso tra le categorie sociali più elevate, educative ed istruttive della prole da precettori e quella funzione economica, ovvero in seguito al matrimonio, consentiva di conservare ed incrementare la consistenza del patrimonio e di trasferire la proprietà. È innegabile che la famiglia, pur avendo perduto parte delle suindicate funzioni, abbia avuto comunque un ruolo insostituibile e rilevante: la funzione assistenziale passava (famiglie-soggetto privato) allo Stato che diveniva assistenziale, facendosi carico di diverse funzioni di assistenza, di educazione, di attività sociali e anche la funzione economica diminuiva, il lavoro non era più svolto nell'ambito della famiglia, ma al di fuori di essa ed il matrimonio perdeva la propria fondamentale funzione patrimoniale. I rapporti familiari venivano disciplinati non soltanto da disposizioni giuridiche ma anche da disposizioni morali, di costume e di religione. Le prime disposizioni, a tutela della famiglia seguivano l'evoluzione sociale che ne modificava le caratteristiche nel corso degli anni). Nel codice civile del 1939 veniva individuata una famiglia autoritaria infatti, il suo potere direzionale spettava al marito mentre il ruolo della donna era passivo. In concreto la moglie seguiva la condizione civile del marito ed era obbligata ad accompagnarlo nel luogo in cui fissava la residenza; il legislatore del tempo considerava la moglie come di un soggetto da proteggere e che il marito doveva tenere presso di sé, somministrandole tutto ciò che era necessario ai bisogni di vita in proporzione alle proprie sostanze. I coniugi sono posti su due piani differenti (F. RUSCELLO, in *L'uguaglianza dei coniugi e il capo di fa-*

miglia: una critica della patria potestà a cura di Modugno f., in *Giur. Cost.*, 1964, p. 16), al marito vengono annoverati diritti e doveri diversi da quelli attribuiti alla moglie.

L'introduzione dei principi contenuti nella Costituzione in materia di rapporti familiari hanno rappresentato una immagine di famiglia contrapposta a quella delineata nel codice civile del '39 ed un superamento delle disposizioni del codice civile in materia di famiglia attestavano un costume sociale arretrato. Nei precetti costituzionali contenuti negli artt. 29, 30 Cost. e 319 c.c., emerge un progetto in tema di famiglia, la quale costituisce un ruolo fondamentale di associazione primaria all'interno della società, meritevole sia di tutela e sia di aiuto, ma sempre nel rispetto del valore dell'autonomia del nucleo familiare. In particolare per società naturale si doveva intendere come garanzia costituzionale di rispetto dell'autonomia familiare (M. BESSONE, *Commentario della Costituzione*, dir. da G. Branca, sub artt. 29, 30, 31, Bologna-Roma, 1976), nel concreto interesse dei singoli ad ordinare in modo originale e libero i loro rapporti di famiglia, ovvero garanzia di autodeterminazione e auto-normazione della famiglia, intesa come entità a sé stante, preesistente nello Stato. La Costituzione conferisce alla famiglia legittima un ruolo privilegiato (P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi Sassaresi Famiglia e società sarda*, Milano, 1971, p. 367 ss.), individuando nella unione matrimoniale una forma giuridica della convivenza di coppia insuperabile per garanzie di certezza, stabilità dei rapporti e serietà dell'impegno. Ma queste garanzie offerte alla famiglia legittima sono state poi estese anche alla famiglia di fatto che assumevano rilevanza sia come famiglia e sia come formazione sociale, in cui i componenti esprimono la propria personalità (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 36; L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 21 ss.) e, dunque, si faceva riferimento ai diritti della famiglia, ma ciò che la Costituzione garantiva era il rispetto di quelle situazioni di equilibrio e dei valori fondamentali su cui si fondava la vita della comunità familiare. I precetti contenuti negli artt. 30 e 31, Cost., in materia di filiazione e diritto dei minori avevano una grande portata innovativa del sistema tradizionale, la cui tendenza era quella di considerare il minore un soggetto privo di capacità d'agire ed assoggettato alla volontà dei genitori. Le disposizioni della Costituzione, escludono sia la legittimità di metodi educativi autoritaristica e sia quella di assicurata la massima assistenza al minore. Il nucleo familiare per il minore era la prima formazione sociale ove si sviluppava la propria personalità e nella stessa famiglia, gli dovevano essere garantiti i diritti civili che la Costituzione prevedeva per ciascun cittadino. L'obbligo imposto dalla Costituzione ai genitori di provvedere all'educazione, all'istruzione ed al mantenimento dei figli, non è considerabile come un diritto soggettivo assoluto (M. DOGLIOTTI, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 1488), ma doveva esplicarsi nella ricerca delle migliori forme educative per assicurare al minore lo sviluppo integrale della personalità e le disposizioni normative del codice civile venivano adeguate ai principi della Costituzione dalla Corte Costituzionale (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO,

M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 9 ss..

Il riformatore del '75 elaborava un progetto unificato della riforma del diritto di famiglia e l'aver posto sullo stesso piano i coniugi nella direzione della vita familiare e nella gestione del rapporto educativo con i figli, diveniva uno dei meriti più importanti giacchè aveva dato attuazione al principio di eguaglianza in senso giuridico e in quello morale. Nella riforma del '75 da una parte veniva delineata una nuova figura della donna nella famiglia e dall'altra una nuova concezione dei rapporti uomo-donna ed infatti, il riconoscimento alla donna dello stesso e paritetico ruolo dell'uomo e venivano assegnate nuove forme di responsabilità: collaborazione alla gestione dei rapporti familiari principio della pari autoreponsabilità, e dall'altra parte veniva rivalutata la figura del minore, nell'ambito della famiglia ed i rapporti con i genitori risultano improntati al principio di libera espressione della personalità (G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2010, p. 20).

Il riformatore del '75 prevedeva l'intervento del giudice nella amministrazione dei rapporti familiari ovvero ricorreva ad un soggetto estraneo ai membri della famiglia non determinava la limitazione di fatto della libertà e dell'autonomia dei membri della famiglia. In effetti, il ricorso al giudice era previsto soltanto in ipotesi eccezionali, quelle relative al disaccordo coniugale sull'educazione dei figli e per altre motivazioni considerati gravi. In alcune ipotesi era richiesto il ricorso congiunto dei coniugi e l'autorità giudiziaria prima di esprimere il proprio convincimento, doveva sentire i coniugi e tentava il raggiungimento di una soluzione concordata. In tale maniera (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 28 ss.) veniva delineato un intervento giudiziale informato all'esigenza di non violare l'autonomia familiare con decisioni imposte dall'esterno e così si uniformava al principio di eguaglianza dei coniugi.

Il riformatore del '75 non risolveva le questioni relative ai rapporti tra la famiglia e lo Stato. In particolare lo stesso Stato assumeva i compiti che un tempo erano attribuiti alla famiglia: l'educazione prescolastica, l'istruzione obbligatoria, l'assistenza sanitaria. E, dunque, la famiglia da società chiusa, diveniva una comunità aperta, in cui matura la personalità della prole e dei singoli componenti, in maniera naturale ed in questo compito veniva aiutata dallo Stato. La riforma, sotto molti profili riflette soltanto in parte quella che era la realtà sociale della famiglia attuale e, dunque, se la famiglia legittima era il modello normativo di riferimento, essendo disciplinata in via esclusiva dalla costituzione e dal codice civile, nel tessuto sociale i modelli di famiglia risultano più numerosi ed in evoluzione: famiglie composte da genitori e figli naturali, famiglie ricomposte, nate da precedenti matrimoni o unioni, vincoli nascenti dall'adozione o dall'affidamento; altre volte su rapporti di convivenza (famiglia di fatto, convivenza con figli dell'altro coniuge o del convivente o su rapporti di procreazione medica o, ancora, sollecitate da necessità esistenziali di sopravvivenza. Il passaggio ai nuovi modelli di famiglia si coglieva mediante

il richiamo alle diverse forme di cultura, di stili di vita e della pluralità di valori che animano le diverse esperienze. Ne discende che sia il legislatore nel prospettare disposizioni per il futuro e sia l'autorità giudiziaria nel dare contenuto a clausole generali nell'interesse del minore o bisogni della famiglia, dovevano intenderli in senso variabili alle diverse esperienze familiari ed ai valori da queste espressi (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 43 ss.).

In effetti l'interesse della famiglia non doveva essere inteso come interesse unico riferibile a tutte le famiglie che vivono nell'ambito di una società e di un ordinamento, ma imponeva all'autorità giudiziale di entrare nelle singole famiglie e valutare gli interessi effettivi. Nell'art. 2 Cost. rispetto alle formazioni sociali, tra cui sussistono non soltanto quelle tipiche, consacrate nel testo, ma tutte quelle formazioni sociali preordinate allo sviluppo della persona.

Alcune sentenze della Consulta (Corte cost. 03/02/1994, n. 13) hanno rappresentato un rinnovamento della disciplina civilistica dei rapporti familiari quella sul cognome del figlio disconosciuto. Il cognome costituisce il segno esteriore dello *status*. Tuttavia, si è affermata la tendenza a considerare il cognome anche come strumento di identificazione della persona e come tale tutelabile anche quando sia venuto a mancare il rapporto familiare. In effetti, la Consulta in una sua decisione attribuiva al figlio disconosciuto il diritto a conservare il proprio cognome, anche nelle ipotesi in cui non era più espressivo dell'appartenenza alla famiglia, giacché segno dell'identità personale e del proprio autonomo ruolo di collocarsi nelle relazioni sociali.

Ne consegue che con gli interventi della Consulta (Corte cost. 20/07/1990, n. 341, in Giust. civ., 1990, p. 2485) si ampliavano i confini dei principi generali, come quello dell'interesse del minore che imponeva all'autorità giudiziaria ed ai genitori nel rapporto con i figli, sia durante la convivenza di matrimonio, sia in occasione della separazione o del divorzio, sia al momento dell'inserimento in una famiglia che sostituiva quella d'origine, di indirizzare le scelte educative al perseguimento dell'interesse del figlio, con carattere di prevalenza rispetto agli interessi degli adulti (E di conseguenza da una parte abbiamo assistito - nelle relazioni tra coniugi, nel rapporto tra genitori e figli - a fenomeni di privatizzazione del diritto di famiglia e all'ampliarsi degli spazi di autonomia, anche del minore, che si è tradotto nella valorizzazione di disposizioni, già esistenti relative alla necessità di ascolto ovvero ad una forma di partecipazione e dall'altra parte l'autonomia dei genitori nello svolgimento del rapporto educativo ha incontrato un limite nel preminente interesse del figlio, che giustifica l'intervento pubblico. I poteri delle autorità giudiziarie minorili e dei servizi sociali risultavano ampliati sia dalla legge sull'adozione, sia dalla legge che prevedeva misure contro la violenza nelle relazioni familiari ed i provvedimenti che possono essere adottati in applicazione dell'art. 333 c.c. o in materia di adozione e affidamento, venivano orientati alla salvaguardia dei diritti del figlio e, fin quando possibile, al recupero delle relazioni familiari, nella prospettiva del superamento delle situazioni di disagio e di sostegno nello svolgimento delle responsabilità familiari. L'intervento pubblico nella sfera privata e familiare si giustifica nell'esigenza di promozione e tutela dei diritti

individuali (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, p. 44 ss.), tendeva a coniugare autonomia e responsabilità ed a valorizzare la solidarietà come principio sul quale si fondavano non solo le relazioni interne al gruppo, ma anche quelle tra famiglia e società.

La famiglia non aveva una propria soggettività giuridica e lo stesso diritto di famiglia disciplinava singoli rapporti familiari. Le relazioni familiari risultavano caratterizzati da poteri-doveri reciproci, di uguale contenuto e che nel complesso caratterizzavano lo stato familiare ovvero la posizione che un soggetto assumeva all'interno del nucleo familiare ed in questo ambito, l'autonomia privata trovava un marginale spazio, in definitiva che era esplicabile nella decisione di costituire una famiglia nel rispetto delle formalità previste dal legislatore. L'autonomia privata era inestendibile alla deroga delle disposizioni (M. SESTA, *Manuale del diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2009, p. 8 ss.), che stabilivano i doveri dei coniugi e dei genitori che dovevano essere osservati ed infatti l'inosservanza determinava l'applicazione della sanzione civili (invalidità negoziale, esecuzione forzata, risarcimento del danno) o sanzioni penali (relativi alla violazione degli obblighi di assistenza familiare).

L'appartenenza ad una famiglia determinava la nascita del fondamentale rapporto di filiazione rilevante sotto alcuni aspetti, da una parte andava ad indicare il fatto da cui discendeva il rapporto di filiazione (di nascita o da un provvedimento giudiziale – nell'adozione) e dall'altra parte andava ad indicare il rapporto di cui discendevano i differenti diritti e doveri per i genitori e per i figli (G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2010, p. 238).

L'ordinamento giuridico, prima della riforma del 2012 aveva distinto la filiazione legittima ovvero i figli nati in costanza di matrimonio e quella naturale ossia i figli nati fuori del matrimonio (Il riformatore del 1975 ha modificato in diverse parti la disciplina della filiazione ed esso sollevando un adeguamento delle disposizioni del codice civile ai principi costituzionali. In effetti i cambiamenti dei costumi e delle condotte dei nuclei familiari, le tecnologie riproduttive nuove, la diffusione delle separazioni personali dei coniugi e della cessazione degli effetti del matrimonio, il costume oramai socialmente accettato della convivenza senza matrimonio, imponevano di rivedere la centralità riservata alla filiazione legittima nella disciplina dei rapporti di filiazione. In diversi ordinamenti statali europei, quest'ultima esigenza si traduceva nella regola secondo cui tutti i figli, avevano i medesimi diritti nei confronti dei genitori. Nell'ordinamento italiano la suddetta regola veniva applicata nell'ipotesi di filiazione adottiva, ma non anche per la filiazione naturale. Una opinione dottrinale aveva chiarito come, nel contesto di una Costituzione che pone tra i suoi principi fondamentali il rispetto dei diritti della persona, la pari dignità e l'eguaglianza di tutti i cittadini anche nell'ambito della famiglia ed i limiti all'eguaglianza dovevano essere circoscritti a quelli resi necessari dall'esigenza di salvaguardare valori fondamentali. E, dunque, i diritti della famiglia legittima (M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 266), a tutela

dei quali diveniva ammissibile il sacrificio delle pretese dei figli naturali, venivano identificati nell'unità e intimità della vita familiare. Secondo altra dottrina e giurisprudenza, evidenziando l'art. 30, comma 1, Cost., affermarono che il rapporto di filiazione doveva essere garantito come valore originale e non dipendente, qualunque ne fosse stato il titolo. In seguito alla riforma del 1975, il codice civile in esecuzione dei precetti costituzionali, parificava la posizione dei figli naturali a quelli legittimi rispetto ai diritti ed ai doveri derivanti dalla costituzione del rapporto di filiazione. L'art. 261 c.c. statuisce che il riconoscimento determina da parte del genitore l'assunzione di tutti i diritti e doveri che egli assume nei confronti dei figli legittimi. La giurisprudenza (Cass. Civ. 22/11/2000, n. 15063, in Giust. Civ., 2001, p. 1296) ha stabilito che il riconoscimento del figlio naturale determina ai sensi dell'art. 261 c.c., tutti i doveri propri della procreazione legittima, compreso quello dell'assunzione dello *status* genitoriale e, dunque, dell'obbligo di mantenimento, a partire dalla nascita del figlio. Tuttavia, alcune differenze tra la filiazione legittima e quella naturale erano rimaste, infatti, nella filiazione legittima, l'esistenza del matrimonio, determinava la creazione di una relazione di tre soggetti, tenuti ad impegni di reciproca collaborazione; mentre nella filiazione naturale l'assenza di un vincolo giuridico tra i genitori determinava la nascita di relazioni del figlio con ogni genitore che lo aveva riconosciuto ed esse erano autonome. Il figlio legittimo entrava a far parte della famiglia dei genitori, mentre veniva discusso se il figlio naturale instaurasse rapporti di parentela con gli ascendenti ed i collaterali del genitore che effettuava il riconoscimento. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (CEDU 21/06/1988, Berrehab contro Paesi Bassi, in www.echr.coe.int) è escluso che in nome del rispetto della vita familiare sia possibile discriminare tra figli legittimi e naturali, infatti è la nascita a determinare la relazione tra genitore o tra i genitori ed il figlio. Secondo un'opinione dottrinale (G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in Giust. Civ., 2005, p. 370) il dovere dei genitori verso i figli viene condizionato dalla legittimità o meno della filiazione. Secondo la giurisprudenza (Cass. Civ. 01/04/2004, n. 6365) la disposizione costituzionale indirizza il legislatore ad una regolamentazione del tema uniformata al principio del dovere del genitore di mantenere, istruire ed educare i figli in funzione soltanto del fatto materiale della nascita, il diritto al mantenimento deve trovare la propria fonte nel fatto della procreazione e non anche nello stato di figlio naturale.

Con la l. n. 219/2012 è stato eliminato ogni distinzione tra figli legittimi e naturali e uniformare il loro diritto al mantenimento, al godimento delle relazioni parentali ed al sostegno morale e materiale, con delega al Governo per la revisione delle disposizioni in materia. La riforma realizza una rivoluzione culturale (A. FASANO, S. MATONE, *I conflitti della responsabilità genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 222 ss.) sia sul piano sociale che quello dei rapporti giuridici, personali e patrimoniali, il figlio naturale viene riconosciuta una posizione pari a quella del figlio legittimo. Ma il legislatore del 2013 ha eliminato questa ulteriore differenziazione in ambito della filiazione (D.Lgs. 28/12/2013, n. 15435) eliminando la diversità tra lo stato di figlio legittimo e quello di figlio naturale, tale intervento è divenuto necessario per diversi ragioni, la

prima per dare finalmente attuazione al principio di uguaglianza previsto nell'art. 3 Cost.; la seconda perché la concezione discriminatoria basata sulla nascita era vietata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la terza ragione per detta differenziazione si poneva in contrasto il combinato disposto dell'art. 8 e con l'art. 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 315 c.c. è collegato agli artt. 74 e 258 c.c. secondo cui il riconoscimento produce effetti non soltanto per il genitore che ha compiuto l'atto, ma anche rispetto ai suoi parenti. In applicazione di queste ultime disposizioni, la persona che ha conseguito lo stato di figlio a seguito della nascita da genitori coniugati, del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale, diventa parente delle persone che discendono dallo stipite dei suoi genitori entrando, dunque, a far parte della loro famiglia, indipendentemente dal fatto che il concepimento è avvenuto nel o fuori il matrimonio. Quest'ultima disposizione risulta applicabile anche per il figlio nato da genitori tra loro parenti che, in base all'art. 251 c.c., può essere riconosciuto, previa autorizzazione del giudice tenendo conto dell'interesse del figlio e della necessità di evitare che lo stesso possa subire pregiudizio. Ne discende che la famiglia legale, non è più fondata sul matrimonio ed lo stesso matrimonio non costituisce più il presupposto necessario per la sussistenza della relazione legale familiari. Il legislatore del 2012, sul piano diritto successorio si è mosso in maniera differente giacché attuando direttamente l'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nel nucleo familiare del proprio genitore ed il rilievo del vincolo coniugale rispetto alla filiazione e, quindi, alla configurazione legale della famiglia, ha dato spazio ad un nuovo assetto legale della famiglia, fondato sui legami di consanguineità e l'unico limite che sorge dal vincolo di parentela attiene le ipotesi di adozioni dei maggiorenni, come imposto dell'art. 74 c.c. nella seconda parte secondo cui il vincolo di parentela non sorge nelle ipotesi di adozione di maggiorenni (M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in Fam. e dir., 2013, p. 233 ss. In concreto i minori adottati conseguono lo stato di figli legittimi degli adottanti ed a questo proposito si è posta la questione, se nell'intenzione del riformatore del 2012/2013 vi fosse quella di fare rientrare tra i figli adottati anche quelli adottati in casi particolari, secondo cui la legge aveva escluso il sorgere del vincolo di parentela.

In particolare, l'art. 55, l. n. 184/1983, nell'indicazione della condizione giuridica della persona adottata ex art. 44, richiama proprio le disposizioni in materia di adozione del maggiorenne, ne consegue una interpretazione estensiva del testo della legge, stante la sostanziale identità, quanto agli effetti, tra adozione dei maggiorenni ed adozione in casi particolari. Il riformatore del 2012, ha novellato altre disposizioni, quella relative al procedimento per il riconoscimento del figlio naturale, infatti l'art. 250, comma 1, c.c. ha sostituito l'inciso figlio naturale con quello di figlio nato fuori dal matrimonio; nei successivi commi dell'art. 250 c.c. ha ridotto da 16 a 14 anni, l'età prevista per l'assenso al riconoscimento da parte del figlio già appartenente alla famiglia (ultra-quattordicenne) o per rendere necessario il consenso dell'altro genitore (in caso di figlio legittimo infra-quattordicenne) prevedeva una procedura detagliata. Il novellato art. 251 c.c. consente la riconoscibilità del figlio nato da genitori uniti da un vincolo di parentela in linea retta all'infinito ovvero in li-

nea collaterale nel secondo grado, purché il riconoscimento sia autorizzato dal giudice avendo riguardo all'interesse del minore, qualsiasi forma pregiudizio. Nell'art. 276 c.c. è stata disciplinata la legittimazione passiva per la dichiarazione della paternità o maternità naturale, secondo cui spetterà, nell'ipotesi di mancanza del presunto genitore o gli eredi, ad un curatore speciale nominato dall'autorità giudiziario davanti a cui il giudizio deve promuoversi e chiunque abbia interesse potrà contraddire la domanda (Cass., SS.UU., 03/11/2005, n. 21287). L'art. 448-bis c.c. che determina la decadenza dell'obbligo del figlio di prestare gli alimenti al genitore dichiarato con apposito provvedimento giudiziale decaduto dalla responsabilità genitoriale. La *ratio* della disposizione sembra rispondere più ad una concezione punitiva della decadenza della responsabilità, infatti essa produce effetto in un'epoca lontana dalla pronuncia di decadenza e dai fatti che l'hanno determinata, essendo necessaria per l'eliminazione dell'obbligo alimentare del figlio che il provvedimento di decadenza, non sia venuto a mancare a seguito di relativa impugnazione, né a seguito di reintegrazione (art. 332 c.c.). La disposizione in commento contempla anche la facoltà del figlio di escludere dalla propria successione il genitore decaduto. In effetti, l'art. 463-bis, comma 3, c.c., ha stabilito che il genitore è decaduto dalla responsabilità genitoriale e non sia stato reintegrato ed è escluso per indegnità dalla successione e, dunque, l'art. 448-bis c.c. sembra riconoscere al figlio la facoltà di escludere dalla propria successione il genitore decaduto anche nell'ipotesi di reintegrazione nella responsabilità genitoriale (B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in Fam. e dir., 2013, p. 295 ss.). Il riformatore del 2012, con l'introduzione dell'art. 38 disp. att. c.c., ha stabilito, da una parte che la tutela giudiziale dei figli nati fuori del matrimonio è attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria, competente a provvedere in ambito di affidamento e di esercizio della responsabilità genitoriale, sia per i figli nati nel matrimonio, che per quelli nati fuori dal matrimonio e dall'altra che nell'ipotesi di sussistenza di un contestuale procedimento di separazione o divorzio un procedimento di risoluzione dei conflitti tra genitori conviventi sull'esercizio della responsabilità, per tutta la durata del procedimento non si può ricorrere all'autorità giudiziaria minorile neppure per i procedimenti ablativi della responsabilità genitoriale che rimarranno di competenza del Tribunale ordinario. La ragione è stata quella di superare un'ingiustificata discriminazione processuale tra figli legittimi e quelli naturali, nell'esercizio di un diritto inviolabile, l'accesso alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24, comma 1, Cost.: infatti il tribunale per i minorenni, esercitando la propria giurisdizione su base distrettuale, è generalmente più lontano dal minore che chiede la tutela giurisdizionale dei propri diritti rispetto al tribunale ordinario, che insiste sul circondario (E, dunque, i diritti dei figli nati all'interno del matrimonio ad essere mantenuti, educati ed istruiti dai loro genitori vengono tutelati, nell'ambito dei procedimenti di separazione e di cessazione degli effetti civili del matrimonio, improntati sulla disciplina del procedimento ordinario di cognizione, mentre i figli nati fuori dal matrimonio, pur dinanzi allo stesso giudice e per gli stessi diritti ma con diverso procedimento camerale. L'art. 38, comma 3, disp. att. c.c. ha stabilito che i provvedimenti adottati dal tribunale, in materia di affidamento e di mantenimento dei minori, risultano immediatamente

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX