

Tommaso Auletta

# Diritto di famiglia



SESTA EDIZIONE



**Giappichelli**

## CAPITOLO PRIMO

# IL DIRITTO DI FAMIGLIA

SOMMARIO: 1.1. Funzione ed evoluzione del diritto di famiglia. I principi fondamentali. – 1.2. Pluralità dei modelli familiari. Parentela ed affinità. – 1.3. La famiglia fondata sul matrimonio (rinvio). – 1.4. L'unione civile. – 1.5. La famiglia di fatto. – 1.6. *segue*: Contratti di convivenza. – 1.7. Caratteri fondamentali dei diritti e doveri relativi ai familiari. I negozi familiari.

### 1.1. *Funzione ed evoluzione del diritto di famiglia. I principi fondamentali.*

**Diritto di famiglia** è quella parte del diritto privato che disciplina la vita ed i rapporti all'interno di un gruppo di persone, più o meno ampio, legate fra loro, a seconda dei casi, dal vincolo coniugale, di unione civile, di parentela o di affinità ed anche i rapporti tra detto nucleo di persone e terzi estranei.

Quantunque, nella maggior parte delle circostanze, la famiglia trovi da sé la chiave di risoluzione dei conflitti di interessi che di volta in volta possono sorgere al suo interno, senza preoccuparsi delle prescrizioni legali, nel corso dei tempi la regolamentazione normativa ha comunque ricoperto un ruolo fondamentale nel disciplinare la vita del gruppo; in particolare, nel determinare i requisiti necessari alla nascita e alla stabilità del vincolo matrimoniale; per tutelare i soggetti più deboli (soprattutto i figli) contro eventuali abusi; per regolare la crisi della coppia e le fattispecie in cui la famiglia (o alcuni membri) entra in relazione con terzi estranei.

È proprio in queste ultime ipotesi, infatti, che lo strumento dell'accordo, da raggiungersi all'interno del gruppo onde risolvere i conflitti di interessi, risulta inadeguato o perché difficilmente praticabile (durante la crisi coniugale) o perché coinvolgerebbe anche interessi di soggetti non legati dal vincolo familiare. Non privo di importanza è anche il ruolo di "supplenza" esercitato dalla giurisprudenza nel dare concretizzazione alle regole espresse dal legislatore, in quanto volto ad assicurare una costante attualità alle disposizioni normative, sia per la rapida evoluzione dei valori accolti socialmente sia per la possibilità di applicare la regola astratta al caso di specie per adottare la soluzione più appropriata rispetto al caso concreto. Maggiori perplessità suscitano gli interventi che hanno inteso sostituirsi alla valutazione del legislatore traducendosi sostanzialmente nell'esercizio di una funzione "eversiva" rispetto al sistema (come si vedrà nel corso della trattazione).

La regola giuridica sta ad indicare che l'attuazione di certi principi non è solo rimessa alla discrezione dei membri della famiglia ma riveste un *valore sociale*, assolvendo anche, in

alcuni casi, un compito promozionale, volto cioè a favorire l'adozione di un modello di vita familiare secondo le linee tracciate dalla legge e non ancora recepito socialmente (si pensi, ad es., all'adozione della comunione quale regime patrimoniale legale della famiglia, che nel 1975 non era certamente il regime utilizzato dalla maggior parte delle famiglie) e, più di recente, al c.d. affidamento condiviso.

*La materia del diritto di famiglia è da inquadrarsi nel diritto privato* perché costituisce disciplina comune dei rapporti tra privati per lo più in posizione paritaria, volta a tutelare i loro interessi. Non più attuale è la tesi, affermata in un passato ormai lontano, che individuava nella materia connotati pubblicistici, in virtù dell'interesse pubblico connesso alla formazione della famiglia su certe basi e con particolari caratteristiche, in quanto cellula fondamentale dello Stato (si parlava infatti di "funzione sociale che nello Stato ha l'istituto della famiglia": Cicu); per la natura "superiore" degli interessi in gioco (quelli familiari) che si riteneva giustificare una penetrante ingerenza dello Stato stesso nei rapporti di famiglia.

Questa tesi era legata, infatti, alla visione della famiglia proposta da un particolare regime politico (quello fascista), venuta meno con esso.

È compito dello Stato, invece, realizzare le condizioni necessarie per favorire la nascita e lo sviluppo dei rapporti familiari ed il pieno godimento dei diritti che da essi scaturiscono.

Non si può quindi parlare del diritto di famiglia come di una "zona di confine" fra diritto privato e diritto pubblico.

Nell'ambito del diritto privato il diritto di famiglia è verosimilmente la materia che più di ogni altra è stata nel tempo sottoposta a modifiche. La disciplina in vigore risulta pertanto radicalmente rinnovata rispetto a quella del 1865.

Nel primo codice dell'Italia unita la famiglia era strutturata in maniera fortemente gerarchica e traeva origine esclusivamente dal matrimonio celebrato dall'ufficiale di stato civile. Chi voleva vincolarsi anche religiosamente doveva esprimere un ulteriore consenso innanzi all'autorità religiosa. Le condizioni per contrarre matrimonio non erano significativamente diverse da quelle attuali, con una rilevante eccezione: il figlio di età inferiore a 25 anni e la figlia minore di 21 dovevano ottenere il consenso dei genitori per contrarre le nozze. La mancanza di dette condizioni cagionava per lo più l'invalidità del vincolo, che scaturiva altresì dall'impotenza manifestatasi precedentemente al matrimonio, dall'errore sulla persona dell'altro coniuge e dalla mancanza di libertà del consenso. Per il coniuge di buona fede e per i figli il matrimonio manteneva i propri effetti fino all'annullamento.

Il marito era il capo della famiglia perché considerato naturalmente più adatto a dirigerla ed a tutelarne gli interessi; la moglie era sottoposta alla sua autorità che consentiva al marito di controllarne ed indirizzarne l'operato. Ad essa collegata era la c.d. autorizzazione maritale, in virtù della quale la moglie, pur avendo il diritto di amministrare i propri beni, non poteva compiere alcuni atti di maggiore importanza senza il consenso del marito (stipulare donazioni o transazioni, alienare o concedere ipoteca su immobili, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, prestare fideiussione, stare in giudizio) onde evitare che venisse depauperato quel patrimonio che in certa misura assicurava il sostentamento della famiglia.

Anche la formulazione dei doveri coniugali risentiva fortemente della struttura familiare delineata. Il marito, infatti, aveva il dovere di proteggere la moglie, tenerla presso di sé e somministrarle quanto necessario ai bisogni di vita, in proporzione alle sostanze di cui egli disponeva. La moglie seguiva la condizione civile del marito, ne assumeva il cognome e doveva seguirlo ovunque egli intendesse fissare la propria residenza. Ella era tenuta a contribuire al mantenimento del marito solo ove questi non avesse mezzi sufficienti. Era altresì tenuta, insieme al padre, al mantenimento dei figli, in proporzione alle proprie sostanze.

Ciascun coniuge era titolare esclusivo dei beni acquistati prima e durante il matrimonio.

Mediante il “contratto di matrimonio”, da stipularsi necessariamente prima della celebrazione, era possibile costituire la dote o la comunione dei beni ma non accordi miranti a sottoporre i rapporti patrimoniali a leggi straniere od a consuetudini. Non era consentito stipulare convenzioni dopo la celebrazione. Il marito aveva l’amministrazione dei beni dotali e dei beni comuni. Egli era proprietario dei beni mobili dotali sottoposti a stima e, se previsto nel contratto di matrimonio, poteva vendere o vincolare i beni dotali della moglie ma col consenso di quest’ultima. La moglie aveva facoltà di domandare la separazione dei beni dotali nel caso di separazione personale dal marito ovvero ove sussistesse il fondato pericolo di loro perdita.

La comunione dei beni si costituiva, invece, sugli acquisti compiuti congiuntamente o separatamente durante il matrimonio, ad eccezione di quelli conseguiti per successione o donazione. Essa comprendeva anche il godimento dei beni di ciascuno dei coniugi. Allo scioglimento era ammessa la divisione dell’attivo in misura disuguale ma non la partecipazione al passivo in misura superiore all’attivo.

Ambedue i genitori avevano il dovere di mantenere, istruire, educare i figli legittimi o naturali riconosciuti. I primi erano sottoposti alla patria potestà, i secondi alla tutela legale del genitore che li aveva riconosciuti (di preferenza il padre, ove vi fosse stato il riconoscimento da parte di ambedue i genitori).

Il figlio era tenuto ad onorare e rispettare i genitori. Verso di lui il padre esercitava ampi poteri anche di tipo correzionale, tanto che gli era persino consentito di allontanarlo dalla famiglia collocandolo in un istituto correzionale. Alla morte del padre l’esercizio della potestà passava alla madre; il padre poteva stabilire nel testamento le condizioni a cui la madre doveva attenersi per l’educazione e l’amministrazione dei beni dei figli. Se la moglie era incinta il tribunale poteva nominare un curatore al ventre per tutelare gli interessi del nascituro. Nel caso di passaggio a nuove nozze della madre spettava al “consiglio di famiglia” stabilire le regole a cui attenersi nell’amministrazione del patrimonio e nell’educazione dei figli minori.

I figli nati al di fuori del matrimonio (c.d. naturali) avevano riservato un trattamento peggiore rispetto a quelli nati nell’ambito del matrimonio (c.d. legittimi). I primi infatti, se non riconosciuti, potevano vantare nei confronti dei genitori solo il diritto agli alimenti. I figli *incestuosi* non potevano essere riconosciuti, analogamente quelli *adulterini*, neppure dal genitore non unito in matrimonio. Erano ammesse indagini sulla maternità (ma non sulla paternità) eccettuato il caso di ratto o stupro violento a cui la donna fosse stata sottoposta al tempo del concepimento.

Riguardo al rapporto di filiazione legittima, il padre poteva disconoscere il figlio, nato prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, ad esclusione del caso in cui fosse consapevole della gravidanza della donna prima della celebrazione; quando avesse assistito alla nascita personalmente o mediante un suo incaricato; quando il feto fosse stato dichiarato non vitale.

Qualora il figlio fosse nato dopo 180 giorni dalla celebrazione il disconoscimento era consentito solo se, nel periodo del concepimento, il padre fosse stato impossibilitato ad abitare con la madre o legalmente separato, affetto da impotenza ed inoltre nel caso di adulterio e celamento della gravidanza da parte della donna.

Era prevista la possibilità di costituire un rapporto di filiazione adottiva ma solo previo consenso dell’adottante e dell’adottato. L’adottante doveva avere raggiunto l’età di 50 anni ed essere privo di figli legittimi o legittimati; l’adottato doveva avere compiuto 18 anni. Egli assumeva il cognome dell’adottante, aggiungendolo al proprio, e partecipava alla sua successione.

Nel caso di crisi del rapporto coniugale era ammessa la separazione ma non il divorzio, in quanto l'indissolubilità del matrimonio rispondeva ad un interesse generale di garanzia della stabilità della famiglia. La separazione era sempre ammessa se i coniugi ne facevano concorde richiesta, sottoposta al controllo (omologazione) del giudice (c.d. separazione consensuale). La separazione giudiziale presupponeva, invece, la colpa di uno dei coniugi e poteva essere richiesta solo da quello incolpevole in ipotesi tassativamente previste dalla legge: *a)* adulterio; *b)* volontario abbandono della casa coniugale; *c)* eccessi e sevizie; *d)* minacce o ingiurie gravi; *e)* gravi condanne penali riportate. È da precisare tuttavia che, mentre l'adulterio della donna era sempre rilevante, quello del marito era preso in considerazione solo nelle ipotesi in cui fosse compiuto con modalità tali da costituire ingiuria grave per la moglie ed in particolare ove egli portasse in casa la concubina o la tenesse notoriamente altrove, sul discutibile presupposto che l'adulterio della moglie incidesse maggiormente sulla stabilità della famiglia rispetto a quello del marito.

Con la separazione veniva meno il dovere di coabitazione e, verosimilmente, anche quello di proteggere la moglie. Si riteneva invece che rimanessero in vita i doveri di fedeltà ed assistenza. Sotto il profilo economico la separazione comportava l'estinzione della comunione e legittimava la richiesta di restituzione della dote da parte della moglie incolpevole. Il coniuge in stato bisogno aveva diritto a ricevere dall'altro gli alimenti.

La disciplina fin qui riassunta, fu in parte modificata, pur senza interventi radicali, dal codice del 1942 (ma il libro primo risaliva al 1939). In precedenza peraltro (1919) era stata abolita dalla legge l'autorizzazione maritale e nel 1929, accordi intervenuti fra lo Stato e la Chiesa cattolica (Patti Lateranensi) avevano introdotto il c.d. *matrimonio concordatario*, in virtù del quale era consentito ai cattolici, mediante un'unica celebrazione innanzi al parroco, costituire un vincolo che avesse allo stesso tempo effetti religiosi e civili. Nel medesimo anno lo Stato aveva concesso analoga possibilità ai fedeli di altre confessioni religiose (L. n. 1159), rivolgendosi al ministro del culto il quale avesse ricevuto approvazione governativa.

Il codice del '42, come si è detto, pur lasciando inalterato l'impianto fondamentale degli istituti familiari, introduce però alcune importanti novità.

Riguardo alle condizioni per contrarre matrimonio, l'età dei nubendi viene fissata a 16 anni per l'uomo e 14 per la donna; la mancata autorizzazione del minore da parte del genitore esercente la potestà può essere superata dall'autorizzazione giudiziale.

In materia di regimi patrimoniali viene attenuato il divieto di stipulare convenzioni dopo la celebrazione (riguardo alla costituzione di dote e del patrimonio familiare); si consente la stipula di convenzioni atipiche. Viene introdotta una nuova convenzione, il patrimonio familiare, mediante il quale è reso possibile ai coniugi o ad un terzo di destinare beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

Con riferimento ai rapporti fra genitori e figli, sono sottoposti alla patria potestà anche i figli di genitori non coniugati. È abolito il consiglio di famiglia i cui compiti sono affidati al giudice. Viene ammesso il riconoscimento dei figli incestuosi da parte del genitore in buona fede e quello dei figli adulterini ad opera del genitore non coniugato; anche il genitore coniugato può procedere al riconoscimento dopo lo scioglimento del matrimonio.

Tappa fondamentale nell'evoluzione della disciplina familiare è costituita dall'avvento della Costituzione Repubblicana. Essa infatti introduce due regole di estrema rilevanza: l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29) e l'uguaglianza di trattamento tra figli nati nel matrimonio (c.d. legittimi) ed al di fuori di esso (c.d. naturali) (art. 30, 3° comma). L'incidenza di tali principi viene però attenuata dall'ammissibilità di eccezioni volte a salvaguardare l'unità della famiglia (con riferimento al primo) ed i diritti della famiglia legittima (il secondo). In certa misura è proprio a causa di tali limiti che l'entrata in vigore della

costituzione non produce una rapida abrogazione delle pur numerose norme codicistiche che configurano la struttura gerarchica della famiglia o che assicurano un migliore trattamento ai figli legittimi rispetto a quelli naturali. Ma forse la ragione principale risiede nel fatto che la società del tempo non era ancora pronta a recepire i radicali mutamenti riguardanti la concezione della famiglia introdotti dalla costituzione.

Solo a partire dagli anni '70 la Corte costituzionale comincia ad intervenire con pronunzie di incostituzionalità che finiranno col sollecitare una revisione sistematica della materia da parte del legislatore (poi avvenuta nel 1975).

Particolarmente significative sono state le decisioni volte a dare attuazione al principio di uguaglianza nei rapporti fra coniugi (ad es., la sentenza n. 176/1968 che ha dichiarato l'incostituzionalità del previgente art. 151 c.c. in materia di adulterio; le sentenze n. 46/1966 e n. 133/1970 che hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 156 c.c. prev., circa l'obbligo del marito di mantenere la moglie; la sentenza n. 91/1973 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 781 sul divieto di donazioni fra coniugi) ed a garantire la parità di trattamento dei soggetti riguardo alla disciplina dell'atto matrimoniale, a prescindere dalla forma prescelta (ad es., la sentenza n. 16/1982 che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 12 e 16 della legge matrimoniale n. 847/1929, i quali non prevedevano fra le cause di invalidità del matrimonio la minore età; la sentenza n. 18/1982 che ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 34, 6° comma del Concordato lateranense e dell'art. 17 della legge matrimoniale, in quanto non ammettevano – secondo l'interpretazione prevalente – il controllo della Corte di appello circa la conformità della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio ai principi fondamentali dell'ordinamento civile).

L'evoluzione della materia prosegue in quegli anni con la legge che dà vita all'adozione speciale (5.6.1967 n. 431, successivamente sottoposta a modifica dalle leggi 4.5.1983 n. 184; 31.12.1998 n. 476; 28.3.2001 n. 149; una modifica alla normativa sull'affidamento familiare è stata apportata recentemente dalla L. n. 173/2015) e con la legge fondamentale in materia di divorzio che ha introdotto nell'ordinamento il principio di dissolubilità del matrimonio (del 1.12.1970 n. 898, con relative modifiche: L. 6.3.1987 n. 74).

Ma le innovazioni più radicali sono state apportate dalla c. d. riforma del diritto di famiglia (L. 19.5.1975 n. 151), la quale ha rivisitato in maniera sistematica quasi tutta la normativa in materia, abbandonando la concezione gerarchica della famiglia ed abolendo, almeno in parte, le diversità di trattamento esistenti tra figli legittimi e naturali.

Altra tappa fondamentale è costituita dall'accordo (del 18.2.1984), intervenuto tra lo Stato e la Chiesa cattolica, di revisione del precedente Concordato del 1929, per quanto riguarda la materia matrimoniale (reso esecutivo con L. 25.3.1985 n. 121) e, nella stessa materia, le intese fra lo Stato e alcune confessioni religiose diverse da quella cattolica (v. § 2.8). Ed ancora occorre ricordare le leggi sulla fecondazione assistita (n. 40/2004), sull'affidamento condiviso (n. 54/2006), sull'unificazione dello stato di figlio (n. 219/2012)<sup>1</sup>, il decreto legislativo che ha introdotto procedimenti semplificati per giungere alla separazione consensuale, al divorzio o per procedere alla modifica dei relativi provvedimenti assunti in quella sede (n. 132/2014) e la legge (n. 55/2015) che ha abbreviato i tempi della separazione al fine di ottenere il divorzio. Estremamente significativa è la recente riforma n. 76/2016, volta a disciplinare le unioni civili e le convivenze di fatto.

Riguardo agli aspetti processuali, la L. 26.11.2021 n. 206, la quale introduce importanti novità nei procedimenti in materia familiare onde assicurarne maggiore efficienza. Essa

---

<sup>1</sup> Ed il d.lgs. di attuazione 28.12.2013 n. 154.

contiene norme già entrate in vigore, altre che dovranno essere formulate dal governo entro un anno, sulla base di una delega ad esso conferita, all'interno di un quadro abbastanza dettagliato, onde adottare misure preordinate alla tutela dei diritti delle persone e della famiglia. Tra gli obiettivi principali la riforma si propone di introdurre un modello processuale unitario, "applicabile a tutti i procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie di competenza del tribunale ordinario, del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare". Di non secondaria importanza risultano poi le previsioni volte a rivedere la disciplina relativa all'ascolto del minore e quella tendente ad ampliare e valorizzare il ruolo del curatore speciale con riferimento alle ipotesi in cui gli interessi del minore stesso non possano essere adeguatamente tutelati dai genitori per varie ragioni. Nel contesto della delega è ricompresa la riorganizzazione del funzionamento e delle competenze del tribunale minorile, il quale prenderà il nome di tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie, con attribuzione di alcune funzioni alla sezione circondariale (istituita presso ogni tribunale), oltre alla sezione distrettuale (costituita presso la Corte d'Appello). Riorganizzazione che richiederà però tempi non brevi (entro il 2024).

L'attività legislativa sembra peraltro destinata a continuare anche nel prossimo futuro, al fine di introdurre ulteriori modifiche ad altre discipline fra le quali quelle relative al cognome familiare (attualmente solo in parte regolato dal recente intervento della Corte cost. 31.5.2022 n. 131), all'assegno di divorzio, ai patti in vista della crisi, all'adozione.

Alla luce della normativa vigente, e della lettura proposta in via interpretativa, i principi fondamentali più significativi del diritto di famiglia possono così riassumersi:

*a)* Vi sono una pluralità di modelli familiari disciplinati dall'ordinamento (matrimonio; unione civile, convivenza).

*b)* La libertà matrimoniale (o di contrarre una unione civile) è tutelata; occorre pertanto che il consenso al momento della celebrazione sia prestato consapevolmente da soggetto capace e senza costrizioni; in caso contrario, sulla tutela dell'affidamento di un coniuge (o dell'unito civilmente) prevale l'interesse dell'altro a liberarsi di un vincolo non scelto consapevolmente o liberamente.

*c)* Dal matrimonio (o dall'unione civile) nascono per entrambe le parti i medesimi diritti e doveri nonché uguaglianza di poteri nel governo della famiglia.

*d)* L'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia grava su tutti i membri del gruppo.

*e)* L'accordo è lo strumento fondamentale per assumere le decisioni familiari.

*f)* Regime patrimoniale della famiglia è la comunione legale, al quale può derogarsi solo con l'accordo delle parti. È vietato adottare regimi che pongono un coniuge o l'unito civilmente in posizione di inferiorità rispetto all'altro (ad es., la dote).

*g)* Il lavoro svolto da un familiare nell'impresa dell'altro si presume a titolo oneroso e pertanto deve essere ricompensato.

*h)* Il rapporto genitoriale si instaura, di regola, in base al criterio della generazione ma non mancano le eccezioni.

*i)* I genitori hanno medesimi diritti e doveri verso i figli e parità di poteri nell'esercizio della responsabilità genitoriale.

*l)* La discrezionalità dei genitori nel compimento delle scelte che coinvolgono

interessi dei figli incontra limiti, anche quando non può configurarsi un esercizio abusivo della responsabilità genitoriale che legittimi una pronuncia di decadenza dalla stessa.

m) Tutti i figli hanno il medesimo stato e dunque gli stessi diritti e doveri verso i genitori (art. 315 c.c.) ivi compreso il diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti (art. 315 *bis*). I minori hanno altresì diritto di essere ascoltati in vista dell'assunzione di decisioni che li riguardano.

n) Il figlio può fare accertare il proprio *status* anche in mancanza della volontà del genitore.

o) Il minore ha diritto di vivere nella propria famiglia o, comunque, di avere una famiglia nella quale crescere e sviluppare la propria personalità.

p) È configurabile un diritto della persona alla conoscenza delle proprie origini.

q) Separazione personale e divorzio si pongono come rimedi alla crisi coniugale e non come misure sanzionatorie a carico del coniuge colpevole.

r) I doveri di solidarietà, sotto il profilo economico, permangono anche durante la crisi coniugale, nonché nei casi di annullamento, scioglimento del matrimonio o dell'unione civile.

s) Il minore ha diritto, anche nel contesto della crisi familiare, a mantenere rapporti significativi ed equilibrati con entrambi i genitori ed i loro congiunti.

t) La famiglia è tenuta a provvedere al sostentamento di alcuni fra i suoi membri venutisi a trovare in situazione di difficoltà economica.

## 1.2. *Pluralità dei modelli familiari. Parentela ed affinità.*

Come in precedenza accennato, la famiglia è costituita da un gruppo di persone legato da vincoli affettivi e di solidarietà che trae origine da un atto di autonomia o dall'attuazione in via di fatto della comunione di vita.

L'art. 29 Cost. – nel riferirsi alla famiglia legittima – la definisce *società naturale fondata sul matrimonio*, cioè come realtà che non deriva da una costruzione giuridica ma dal bisogno spontaneo e naturale dell'uomo di creare una comunione di affetti, nella quale sviluppare la propria personalità e dare soddisfazione alle fondamentali esigenze di vita. Tale esigenza trova soddisfacimento anche mediante le altre forme familiari contemplate dall'ordinamento.

Rilevava Jemolo, diversi anni or sono, come la famiglia costituisca realtà metagiuridica appartenente “agli istinti primi, alla morale, alla religione più che al mondo del diritto”.

Trattasi dunque di una *formazione sociale*, cioè di una *società intermedia* fra Stato ed individuo, che riceve tutela già alla luce dell'art. 2 Cost. Spetta all'ordinamento stesso tracciare le linee caratterizzanti il gruppo in un determinato momento storico, le quali tengano conto dei mutamenti del costume sociale.

Il concetto di famiglia non è pertanto univoco e statico ma si evolve in virtù dei mutamenti sociali e culturali che vengono recepiti dalle norme. L'antico modello



della “famiglia patriarcale” tipico di una società pre-industriale è stato ormai superato da quello della c.d. “famiglia nucleare” (costituito dalla coppia e dai loro figli).

Nella visione del costituente il modello di riferimento è rappresentato dalla coppia eterosessuale unita in matrimonio ed, eventualmente, dai loro figli, secondo le indicazioni fornite dall’art. 29 Cost. (**famiglia legittima**).

Nell’art. 2 Cost. trovano fondamento le altre unioni affettive non matrimoniali di coppia (oggi disciplinate dalla L. 20.5.2016 n. 76). Trattasi delle unioni formate da una coppia del medesimo sesso (**unioni civili**) che traggono anch’esse origine da un atto di autonomia, costituito da una dichiarazione resa innanzi all’ufficiale di stato civile, inserita in apposito registro (delle unioni civili) all’interno dell’archivio dello stato civile, con la quale i contraenti si impegnano a realizzare una comunione di vita, con la conseguente nascita di diritti e doveri. Come si dirà successivamente (§ 4), gli effetti che ne scaturiscono sono simili, ma non coincidenti, rispetto a quelli propri del matrimonio.

Un terzo modello familiare è rappresentato dalla **convivenza di fatto**, fondata su uno stabile legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale (c.d. **famiglia di fatto**). La coppia può essere etero od omosessuale e si caratterizza per l’attuazione in piena libertà di forme di comunione di vita. L’ordinamento tutela in certa misura anche queste unioni ma, nel rispettare l’autonomia dei suoi componenti, fa scaturire effetti normativi più limitati rispetto alle altre due, affidando per gran parte la disciplina alle pattuizioni dei conviventi (contratti di convivenza), soprattutto per quanto riguarda gli effetti relativi alla coppia.

La relazione affettiva può caratterizzarsi anche in altri modi (es., mediante un rapporto stabile ma che non contempla un’organizzazione di vita comune o mediante rapporti saltuari e non esclusivi) ma in tal caso non ricorre un modello familiare.

Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo la propria legge nazionale sono contemplati dall’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e dall’art. 12 della Convenzione sui diritti dell’uomo (Roma 1950).

È pertanto ormai superata, anche alla luce dei recenti interventi normativi, l’interpretazione proposta, soprattutto in passato, dalla dottrina tradizionale che individuava nell’art. 29 Cost. il riconoscimento della famiglia legittima quale forma *esclusiva* di convivenza affettiva tutelata dall’ordinamento. In questa prospettiva si escludeva una protezione, sia pur limitata, della famiglia di fatto in quanto tale, ad eccezione di quelle forme di tutela che l’ordinamento ricollega alla mera convivenza (non esclusive, quindi, della convivenza *more uxorio*), con conseguente incostituzionalità delle norme che l’avessero introdotta. Tale interpretazione non era immune da pregiudizi ideologici, mossa soprattutto dal timore di svalutare la funzione dell’istituto matrimoniale; così facendo essa finiva col negare rilevanza a qualsiasi altra forma di unione affettiva, creando così uno schema rigido, non rispondente alla realtà sociale, ingiustificatamente limitativo della libertà di scegliere modelli alternativi su cui fondare l’unione di coppia, nel rispetto dei principi dell’ordinamento.

È ormai invece ampiamente consolidata, e trova riscontro nelle norme, l’opinione secondo la quale la famiglia di fatto è da annoverarsi tra le formazioni sociali,

volte a favorire lo sviluppo e la piena realizzazione della persona, contemplate dall'art. 2 Cost., fondata sulla solidarietà reciproca e volta ad assicurare la cura della prole<sup>2</sup>. In tale prospettiva non si è resa necessaria una riforma dell'art. 29 Cost. per consentire al legislatore ordinario di emanare norme volte a disciplinarla ed ai conviventi di regolarne contrattualmente i rapporti, nel rispetto delle regole sull'autonomia negoziale, nonché per introdurre l'istituto dell'unione civile.

La famiglia così configurata *non ha propria soggettività giuridica* né autonomia rispetto ai suoi componenti; al gruppo non sono quindi imputabili diritti o doveri. Detta soggettività spetta invece ai singoli familiari, mentre sorge in alcuni casi il problema di armonizzare interessi contrapposti dei diversi membri.

Non devono trarre in inganno al riguardo espressioni normative che parlano di bisogni, esigenze, necessità, interessi della famiglia, le quali costituiscono in realtà formule riassuntive per indicare l'insieme degli interessi dei diversi familiari alla luce dei quali, in alcuni casi, può essere necessario operare una mediazione con l'interesse di cui ciascuno si rende portatore: ad es., bisogni della famiglia sono quelli comuni a tutti i familiari (la casa) ma anche l'esigenza di uno solo, che il gruppo sceglie (o la legge impone) di assumere su di sé (l'istruzione); peraltro detto bisogno può rimanere sacrificato se uno più rilevante od urgente, anche di altro familiare, deve essere soddisfatto.

Incontra tuttavia ancora un limitato consenso la tesi, innanzi ricordata, secondo cui gli interessi dei singoli familiari possono essere sacrificati in nome di un superiore interesse della famiglia (che rimane distinto e prevale sui primi, rendendoli tutelabili solo di riflesso).

Secondo il dettato dell'art. 2 Cost. alcune libertà fondamentali di ciascuno possono dunque essere limitate nell'interesse di tutti, ma non totalmente sacrificate (per es., ad un familiare non può essere impedito di lavorare, ma tempi e modalità dell'attività possono essere condizionati dalle esigenze della famiglia), sempre che detto limite risulti funzionale al conseguimento delle finalità proprie dell'unione affettiva. Al di fuori di tali ipotesi ciascun componente della coppia ha diritto di esercitare le libertà fondamentali spettanti a tutte le persone (manifestazione del pensiero, di associazione, di professare o meno una religione, ecc.).

Riguardo all'estensione del gruppo – come accennato – si suole distinguere tra famiglia **nucleare** e **parentale**: nella prima sono compresi i coniugi, i membri di un'unione civile, i conviventi e, se vi sono, anche i loro figli (inclusi gli adottivi); della seconda fanno parte pure altri parenti e gli affini. In alcuni casi l'ordinamento fa rientrare nel gruppo persino estranei in esso stabilmente inseriti.

Tuttavia la famiglia nucleare può essere anche costituita da un solo genitore e dai figli (c.d. *famiglia monoparentale*) come accade nel caso di morte dell'altro genitore o

---

<sup>2</sup>V. da ultimo, in tal senso Cass. 22.1.2014 n. 1277; Cass. 21.3.2013 n. 7214, nonché C. cost. 18.11.1986 n. 237, *FI*, 1987, I, 2353.

nella separazione e nel divorzio in seguito all'affidamento esclusivo, nonché nell'adozione pronunciata nei riguardi di una persona sola. Altro modello – diremmo opposto – è quello della *famiglia poligamica* o *poliandrica*, composta cioè da un marito e più mogli (o viceversa), ammessa in alcuni ordinamenti (ma non dal nostro). Essa origina delicate problematiche anche in quegli Stati – come il nostro – che non l'ammettono ma sul cui territorio tali famiglie vivono (è il caso di alcuni immigrati di fede mussulmana).

Col termine *famiglia ricomposta* (o *rinnovata*) si identifica invece generalmente la coppia di cui almeno un componente proviene da una precedente esperienza matrimoniale, di unione civile o di convivenza. La nuova unione potrà poi essere matrimoniale o non fondata sul matrimonio (unione civile, unione di fatto). Membri di tale famiglia sono anche i figli provenienti dalle precedenti unioni e conviventi con uno dei genitori, nonché i nati dalla nuova unione.

Con riferimento alla c.d. famiglia allargata, occorre precisare che **parenti** sono le persone che hanno un ascendente comune (art. 74 c.c.) mentre **affini** sono i parenti dell'altro coniuge. È discusso se l'affinità possa configurarsi riguardo al rapporto intercorrente tra un membro dell'unione civile ed i parenti dell'altro, in quanto il testo dell'art. 78 c.c. fa riferimento solo al rapporto con il coniuge. Una interpretazione estensiva della norma risponde meglio alla natura del rapporto familiare caratterizzante l'unione civile.

I parenti di ciascun coniuge o dell'unito civilmente non sono affini fra di loro (ad es., la sorella del marito è affine della moglie ma non della sorella di lei); analogamente è a dirsi per gli affini di un coniuge (o dell'unito civilmente) rispetto all'altro (ad es., il marito della sorella della moglie non è affine del marito di lei).

Prima dell'entrata in vigore della L. 10.12.2012 n. 219, che ha riformato il testo originario dell'art. 74 c.c., era discussa, e per lo più esclusa dall'opinione prevalente, la rilevanza della c.d. *parentela naturale*, fondata cioè su un rapporto di consanguineità derivante da una unione non matrimoniale (ad es., i fratelli di genitori non coniugati non erano considerati parenti). La problematica aveva implicazioni vaste e di grande incidenza perché la soluzione prevalentemente accolta finiva per lo più col privare di rilevanza giuridica i rapporti tra congiunti che erano considerati, invece, socialmente membri della famiglia.

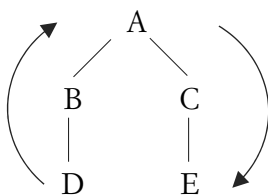
Essa è ormai del tutto superata dal nuovo testo della norma il quale stabilisce che *la parentela è il vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo*. Inoltre l'art. 258 c.c. precisa che il riconoscimento produce effetti non solo verso il genitore da cui è stato fatto ma anche riguardo ai parenti di esso. L'art. 300, 2° comma c.c. precisa tuttavia che il vincolo non si costituisce nel caso di adozione dei maggiorenni. La lettera della norma lasciava aperto il problema se si costituisse rapporto di parentela tra l'adottato ed i familiari dell'adottante nella c.d. adozione in casi particolari la cui disciplina è modellata per diversi aspetti su quella dei maggiorenni la quale non

recide i rapporti con la famiglia d'origine (§ 13.5). Problema risolto di recente in senso positivo dalla Corte costituzionale la quale, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 55 l. adoz. in relazione al rinvio all'art. 300, 2° comma c.c., ha affermato che la negazione del vincolo di parentela nei confronti dei componenti della famiglia del genitore adottivo, in seguito ad adozione particolare, comporterebbe un'innammissibile discriminazione nei suoi confronti la quale si porrebbe in contrasto con l'unicità dello stato filiale e dei relativi effetti da essa scaturenti declinata dall'ordinamento<sup>3</sup>.

La soluzione adottata dall'art. 74 c.c. ha posto le premesse per una radicale revisione della successione a causa di morte, compiuta dal decreto n. 154/2013, che ha dato attuazione ai principi contenuti nella legge, in quanto anche ai parenti "naturali" sono attribuiti i medesimi diritti successori un tempo riservati solo a quelli "legittimi".

Per il computo della parentela e dell'affinità si fa ricorso alle *linee* ed ai *gradi*. La *linea retta* sta ad indicare la generazione di un soggetto da un altro in maniera immediata (genitore-figlio) o mediata (nonno-nipote), mentre il grado dipende dal numero di generazioni intercorrenti tra i due soggetti (nipote e bisnonno sono, dunque, parenti in linea retta di terzo grado).

Nella *linea collaterale*, invece, pur esistendo un ascendente comune, non c'è discendenza di un soggetto da un altro (ad es., due cugini hanno in comune i nonni; due fratelli, i genitori<sup>4</sup>). Il grado si determina sommando il numero di generazioni che separano un soggetto dall'altro, passando per lo stipite comune. Ad es., i cugini D ed E sono parenti di quarto grado perché nel giungere ad E passando per A (senza contare D) intercorrono quattro generazioni:



Nell'affinità, linee e gradi sono i medesimi del rapporto di parentela che lega l'altro coniuge (o l'unito civilmente) con i propri congiunti: ad es., i suoceri sono affini in linea retta di primo grado, mentre i cognati sono affini in linea collaterale di secondo grado.

L'art. 77 c.c. dispone che la parentela rileva entro il sesto grado, fatti salvi alcuni effetti specialmente determinati.

L'affinità non viene meno, in linea di principio, per lo scioglimento del matri-

<sup>3</sup>C. cost. 28.3.2022 n. 79.

<sup>4</sup>I due fratelli si dicono germani se sono stati generati dai medesimi genitori; uterini se hanno solo la madre in comune, consanguinei se hanno in comune solo il padre.

monio da cui deriva<sup>5</sup>; si estingue, invece, in seguito all'annullamento del matrimonio (art. 78, 3° comma). Analogamente è a dirsi per l'unione civile se si segue la soluzione innanzi menzionata secondo la quale essa può configurarsi, in via interpretativa, anche in tale forma di unione.

L'ordinamento garantisce un particolare riconoscimento alle posizioni dei soggetti nell'ambito della famiglia nucleare. Ciascuna viene comunemente definita come **status** familiare; si individuano allora lo stato di coniuge, di membro della unione civile, di genitore, di figlio.

L'appartenenza a ciascuno *status* comporta per il soggetto il sorgere di diritti e doveri; è previsto il riconoscimento pubblico dello stesso mediante i registri dello stato civile (registro di matrimonio, delle unioni civili, delle nascite).

Appositi rimedi sono previsti per ottenere l'accertamento e la pubblicizzazione della posizione di familiare, non emergente dai registri dello stato civile; le certificazioni dello stato civile (compiute attingendo ai dati contenuti nei registri) costituiscono mezzo di prova privilegiato per dimostrare lo *status*.

Non soggette a pubblicizzazione sono, rispettivamente, le posizioni di parente o di affine, le quali non costituiscono stati familiari in senso proprio; ad esse, tuttavia, l'ordinamento ricollega in certi casi il sorgere di diritti ed obblighi.

È un dato dell'esperienza la progressiva perdita di rilevanza della famiglia parentale (in seguito alla scomparsa della c.d. *famiglia patriarcale*) caratterizzata dalla convivenza, con la coppia originaria, dei nuclei familiari successivamente formati dai figli con il matrimonio, unione civile o mediante stabile convivenza; detta famiglia era sottoposta ai poteri decisionali e di indirizzo del capostipite.

Tale realtà trova puntuale riscontro nell'ordinamento, il quale rivolge prevalentemente la propria disciplina alla famiglia nucleare. Fanno però riferimento alla famiglia parentale – ad esempio – le norme riguardanti gli impedimenti matrimoniali (o degli uniti civilmente), i diritti dei minori a coltivare i rapporti con alcuni componenti, la successione legittima, gli alimenti (ed a volte il mantenimento), l'impresa familiare, la legittimazione ad agire in giudizio riguardo ai provvedimenti inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale, nelle azioni di stato o per la pronuncia di interdizione, inabilitazione, nomina di un amministratore di sostegno, la carente assistenza su cui si fonda lo stato di abbandono ai fini dell'adozione.

Alla famiglia ricomprensiva anche estranei conviventi si riferiscono altre norme: ad es., l'art. 1023 c.c., il quale determina i bisogni che i diritti reali di uso ed abitazione sono destinati a soddisfare; ugualmente è a dirsi per gli usi in tema di comunione tacita familiare ai quali l'art. 230 *bis*, ult. comma c.c. fa rinvio.

In altre ipotesi ancora l'ordinamento richiede, per l'applicazione di una partico-

---

<sup>5</sup> Cass. 7.6.1978 n. 2848. *Contra*, nel senso che l'affinità viene meno in seguito al divorzio, T. Grosseto 9.10.2003, *DF*, 2004,481.

lare disciplina, che la famiglia presenti certe caratteristiche: si parla così – ad es. – di *famiglia lavoratrice*, *famiglia convivente*, *famiglia fiscale*, *famiglia anagrafica*. La prima assume rilevanza per l'applicazione della disciplina dell'impresa familiare (art. 230 *bis* e *ter*) e per l'individuazione del concetto di piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.); alla seconda fa riferimento la norma sulla successione nel contratto di locazione (art. 6, L. 27.7.1978 n. 392). Famiglia fiscale è quella produttrice di reddito e rileva, dunque, ai fini impositivi; quella anagrafica rileva in vista del particolare trattamento riservato dagli enti locali ai componenti della famiglia per il godimento di servizi da essi prestati.

### 1.3. *La famiglia fondata sul matrimonio (rinvio).*

Come si è detto la famiglia legittima costituisce la forma di unione affettiva privilegiata dall'ordinamento e tutelata nella maniera più ampia, in certa misura esclusiva, modello di riferimento per le altre (unioni civili, convivenze), alle quali è riservata pertanto protezione più limitata. Ciò dipende dal fatto che la coppia eterosessuale ha accettato di costituire un vincolo *socialmente rilevante*, dando vita ad un'unione esclusiva (monogamica), dotata di capacità espansiva (nascita di vincoli parentali), tendenzialmente stabile, quantunque dissolubile, sottoposta alla disciplina dell'ordinamento giuridico. Tali caratteri, ad eccezione della eterosessualità, si riscontrano anche nelle unioni civili, le quali ricevono pertanto un trattamento assai vicino a quello della coppia coniugata e devono considerarsi famiglia. Proprio sulla stabilità e vincolatività dell'unione si fonda, ad es., la disciplina, relativa ai diritti e doveri scaturenti dall'unione, sia pure con alcune differenze, ai regimi patrimoniali, ai diritti successori ed alla pensione di reversibilità, agli effetti della crisi di coppia.

A differenza della coppia del medesimo sesso solo quella eterosessuale è in grado però di generare naturalmente e di svolgere il ruolo genitoriale con le peculiarità proprie di un uomo e di una donna. Per tale ragione rimane riservata dalla legge solo a quest'ultima l'adozione legittimante. Altre importanti differenze di trattamento trovano invece fondamento nell'intento del legislatore di salvaguardare la centralità del vincolo matrimoniale e la tutela privilegiata della famiglia legittima, sul presupposto che altrimenti risulterebbe violato il dettato dell'art. 29 Cost. (ad es., i diritti e doveri coniugali sono diversamente enunciati rispetto a quelli che scaturiscono dall'unione civile, la separazione personale è prevista solo nel matrimonio).

Ben più pronunziate sono le differenze di trattamento tra la coppia coniugata o unita civilmente ed i conviventi di fatto (che si accentuano maggiormente nel caso di coppia omosessuale: ad es., questa non è ammessa alla procreazione assistita) in quanto essi non assumono alcun impegno, socialmente rilevante, di realizzare la comunione di vita. Mancando pertanto il carattere della vincolatività dell'unione (ed infatti dalla stessa sorgono diritti e doveri molto limitati) lo scioglimento può avvenire istantaneamente, senza alcuna formalità e conseguenze assai limitate, il

convivente superstite non può vantare diritti successori e pensionistici<sup>6</sup>, non opera la presunzione di paternità<sup>7</sup>. Non possono inoltre applicarsi analogicamente ai conviventi (per mancanza di identità di *ratio*) le norme che contemplano forme di tutela strettamente collegate all'esistenza del vincolo (ad es., le norme relative all'acquisto della cittadinanza italiana). Detto limite non sussiste se la norma è volta a tutelare l'unione in quanto tale (ad es., la sua stabilità)<sup>8</sup>.

Per rimarcare le differenze messe in luce la disciplina delle unioni non matrimoniali è stata posta al di fuori del codice civile. Al suo interno è collocata invece la regolamentazione dei rapporti fra genitori e figli, anche nati al di fuori del matrimonio, la quale prescinde da una comunione di vita dei genitori.

All'esame della disciplina del matrimonio e dei suoi effetti saranno dedicati i capitoli successivi.

#### 1.4. *L'unione civile.*

Due persone del medesimo sesso che intendano costituire una unione affettiva stabile, fondata sulla solidarietà e sull'assunzione di diritti e doveri, possono esprimere volontà in tal senso con dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile in presenza di due testimoni. La famiglia così composta prende il nome di **unione civile**. L'atto – che, come il matrimonio costituisce negozio giuridico bilaterale – è inserito in apposito registro dell'archivio civile (registro delle unioni civili) ed in tal modo pubblicizzato. Gli effetti che ne conseguono trovano applicazione anche alle unioni civili contratte all'estero nel rispetto delle regole previste dall'ordinamento straniero ed al matrimonio tra persone del medesimo sesso contratto in un Paese che lo ammette (art. 32 *bis* L. n. 318/1995)<sup>9</sup>.

Il legislatore ha compiuto una scelta volta a riservare uno specifico istituto per

---

<sup>6</sup>C. cost. 26.5.1989 n. 310, ha escluso l'incostituzionalità delle norme che non riconoscono al convivente diritti successori. Alla medesima conclusione è pervenuta C. cost. 29.1.1998 n. 2, *FI*, 1998,I,313 con riferimento alla mancata sospensione della prescrizione fra conviventi.

<sup>7</sup>V. al riguardo T. Pisa 20.1.1988, *DF*, 1988,1039.

<sup>8</sup>In questa prospettiva solleva forti perplessità l'ordinanza della C. cost. 11.5.2006 n. 192, la quale ha negato l'incostituzionalità della regola che riconosce solo al coniuge e non al convivente extracomunitario di donna italiana incinta il diritto di ottenere la sospensione del decreto di espulsione. Analoga critica può muoversi a Cass. 17.3.2009 n. 641, *FD*, 2009,454 ed a Cass. 23.9.2010 n. 20134, le quali hanno escluso l'applicazione del d.lgs. n. 286/1998 per consentire, rispettivamente, il ricongiungimento al cittadino italiano del convivente straniero o per impedirne l'espulsione dal nostro Stato. Le norme in questione, in quanto volte a tutelare l'unità della famiglia, devono applicarsi analogicamente al fine di non discriminare l'unione di fatto quale società naturale costituzionalmente garantita.

<sup>9</sup>Ammette la possibilità di un'applicazione retroattiva della norma, Cass. 14.5.2018 n. 11696, *FD*, 2019,136.

disciplinare la vita delle coppie del medesimo sesso, le quali non sono pertanto ammesse al matrimonio. Tale diversità di trattamento è stata considerata ragionevole dalla Corte costituzionale (v. § 2.1) e appare rispondente ai principi contenuti nella Costituzione. Infatti deve ritenersi che il matrimonio, al quale fa riferimento l'art. 29 Cost., sia quello con le caratteristiche peculiari di quel momento storico e dunque fondato sull'eterosessualità dei nubendi. Concezione che trova conferma nel riferimento all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi che ha un senso solo se letto nella prospettiva di diversità di sesso della coppia.

La scelta risponde anche a quanto stabilito dalla CEDU<sup>10</sup> la quale aveva considerato illegittimo il comportamento dell'Italia per non avere introdotto un istituto che consentisse il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

A differenza del matrimonio, la stipula dell'atto costitutivo dell'unione civile non è preceduta dalle pubblicazioni, fermo restando peraltro che l'ufficiale di stato civile – ricevuta la richiesta di costituzione dell'unione – deve procedere al controllo dei requisiti richiesti. Legittimato a fare opposizione è solo il pubblico ministero. Non è contemplata la conclusione di un accordo preventivo, volto ad impegnare le parti alla stipulazione della futura unione (corrispondente alla promessa di matrimonio: § 2.3). Un'eventuale accordo in tal senso sarebbe pertanto privo di effetti.

Condizioni di ammissibilità. Alla stregua degli impedimenti matrimoniali (§ 2.4) non può contrarre unione civile una persona:

- a) coniugata o vincolata da altra unione civile;
- b) minorenni;
- c) interdetta per infermità di mente (mentre se il giudizio di interdizione è ancora in corso il pubblico ministero può chiedere la sospensione dell'atto costitutivo);
- d) unita all'altro da vincoli di parentela o affinità in linea retta all'infinito, di parentela in linea collaterale di 3° grado o di affinità di 2° grado, di adozione (secondo quanto disposto dall'art. 87 c.c., onde è ammessa dispensa nei casi contemplati dalla norma suddetta);
- e) condannata, in via definitiva, per omicidio tentato o consumato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte.

Cause di invalidità. L'unione è invalida se contratta:

- a) in presenza delle situazioni innanzi menzionate;
- nonché ove ricorra:
- b) incapacità di intendere o di volere;
  - c) violenza o timore di eccezionale gravità;
  - d) errore sull'identità o sulle qualità dell'altro contraente, nelle medesime ipotesi in cui rileva l'errore nel matrimonio (§ 5.5) ad eccezione dell'errore sulla esisten-

---

<sup>10</sup> 21.7.2015 n. 18766/11.



za di un'anomalia o deviazione sessuale tale da impedire lo svolgimento della vita familiare o sullo stato di gravidanza (art. 122 n. 5 c.c.);

e) simulazione;

f) mancanza della libertà di stato.

*La legittimazione ad agire in giudizio* spetta, rispettivamente, alla parte incapace (*sub b*) o la cui volontà è viziata (*sub c*, *d*), ad entrambe le parti (*sub e*). Nelle ipotesi *a* ed *f* la legittimazione è attribuita a ciascuna delle parti, agli ascendenti prossimi, al pubblico ministero, a qualsiasi interessato.

L'invalidità non può essere fatta valere dopo 1 anno dalla cessazione del vizio del volere, ove la convivenza sia proseguita. Analoga soluzione deve applicarsi, pur nel silenzio della legge, nel caso *b*), alla stregua di quanto previsto per il matrimonio (§ 5.3). Trovano altresì applicazione le cause che impediscono di fare valere la simulazione (§ 5.7).

*Effetti prodotti.* Sotto il profilo patrimoniale l'unione civile produce i medesimi effetti del matrimonio: in particolare riguardo alla contribuzione ai bisogni della famiglia, al regime patrimoniale, alla pensione di reversibilità<sup>11</sup>, ai diritti derivanti dallo scioglimento dell'unione, ai diritti successori.

Sotto l'aspetto personale occorre sottolineare che tra i doveri assunti dai membri dell'unione non sono invece stranamente contemplati la fedeltà e la collaborazione, i quali costituiscono però aspetti fondamentali dell'impianto caratterizzante un'unione affettiva e solidaristica, onde è possibile profilarne l'esistenza in via interpretativa. Il comportamento difforme può assumere rilievo al fine della liquidazione dell'assegno eventualmente dovuto in occasione dello scioglimento dell'unione e del risarcimento del danno dovuto per lesione di un diritto fondamentale della persona.

La disciplina del cognome è diversa e più flessibile rispetto a quella prevista per la famiglia legittima. Infatti il legislatore si rimette alla determinazione dei membri dell'unione, assunta mediante dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile. La scelta può cadere su uno dei loro cognomi o su entrambi, determinandone l'ordine<sup>12</sup>. Il diritto all'uso viene meno con lo scioglimento dell'unione, onde dovrebbe essere ricompreso anche il caso di scioglimento per morte (ma la soluzione lascia molti dubbi e potrebbe essere superata in via interpretativa perché la morte non fa venire meno l'*affectio* dei membri della coppia).

---

<sup>11</sup> Occorre rilevare che A. Milano 9.2.2021, *DF*, 2021,637 ha riconosciuto tale diritto anche al partner del medesimo sesso il quale, pur avendo contratto matrimonio all'estero, non aveva potuto formalizzare il rapporto mediante unione civile per mancanza, all'epoca, di detto istituto. Per l'irretroattività della tutela rispetto all'entrata in vigore della legge si pronunzia invece Cass. 14.3.2022 n. 14341.

<sup>12</sup> Peraltro tale modifica non si verifica anche dal punto di vista anagrafico onde l'intestazione della relativa scheda rimane quella caratterizzata dal cognome originario. Per la conformità alla costituzione di tale regola (posta dall'art. 3 lett. c) n. 2) e dall'art. 8 d.lgs. 19.1.2017 n. 5) si è pronunziata C. cost. 22.11.2018 n. 212, *FD*, 2019,553.

Non è richiamata la disciplina della filiazione sul presupposto che la coppia del medesimo sesso non è in grado di generare naturalmente ed è esclusa dal ricorso alla procreazione assistita (poiché la L. n. 40/2004 ammette alla pratica solo coppie di sesso diverso: v. § 11.2) e dall'adozione, ivi compresa quella particolare riguardante il figlio dell'altro membro dell'unione (§ 13.5). E pur tuttavia i membri dell'unione potrebbero avere figli genetici in comune quando uno dei due abbia mutato sesso. Si prevede infatti che se la coppia era coniugata, e voglia mantenere in vita il rapporto, possa chiederne il mutamento in unione civile<sup>13</sup> (detto mutamento costituisce infatti causa automatica di scioglimento del matrimonio: v. § 7.1). Inoltre il frequente (anche se non pacifico) riconoscimento giurisprudenziale di provvedimenti stranieri assunti in Paesi che ammettono la genitorialità di coppie omosessuali (§ 11.2) e di provvedimenti interni di adozione da parte di coppie del medesimo sesso (§ 13.5) accresce notevolmente il profilarsi della filiazione nei confronti dei componenti l'unione civile.

Come si è detto in precedenza veste di unione registrata assumono anche le forme di unione omosessuale contratta all'estero, ivi compresa quella matrimoniale eventualmente consentita dallo stato straniero.

Scioglimento dell'unione. Esso scaturisce innanzitutto dalla morte di uno dei membri dell'unione o dal mutamento di sesso.

Nel caso di crisi della coppia non è prevista dalla legge una situazione di affievolimento del vincolo come per la separazione personale fra coniugi. L'unione può pertanto sciogliersi rapidamente, previa azione in giudizio. La domanda deve essere preceduta però da una dichiarazione resa al fine di manifestare la volontà dello scioglimento, tre mesi prima, anche da una sola parte, all'ufficiale di stato civile<sup>14</sup> del luogo in cui l'unione civile è stata conclusa, previa comunicazione dell'interessato all'altra parte (mediante raccomandata)<sup>15</sup>. Il giudice, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione delle parti, sancisce lo scioglimento dell'unione. La giurisprudenza esclude che sia altresì necessario l'accertamento circa il venir meno della comunione spirituale e materiale<sup>16</sup> (accertamento peraltro del tutto teorico anche nel contesto della crisi fra coniugi). Gli uniti civilmente, ove fossero d'accordo sullo scioglimento, possono ricorrere alle procedure stragiudiziali (negoziazione assistita, procedimento innanzi al sindaco: v. § 6.3).

Lo scioglimento può ottenersi anche negli altri casi contemplati dall'art. 3 l. div.

---

<sup>13</sup> Tuttavia T. Roma 2.9.2016, *FI*, 2017, I, 1108 ha affermato che la trasformazione in unione civile avviene in mancanza di domanda di divorzio.

<sup>14</sup> È discusso se la competenza spetti solo all'ufficiale di stato civile del luogo di conclusione dell'unione o anche a quello del luogo in cui il richiedente ha la residenza.

<sup>15</sup> T. Novara 5.7.2018, *FD*, 2019, 514, ha tuttavia affermato che dette formalità possano essere supplite dalla richiesta di scioglimento avanzata in sede giudiziale purché essa segua alla domanda dopo oltre tre mesi. *Contra* T. Milano 3.6.2020, *CG*, 2021, 1359.

<sup>16</sup> V. le decisioni cit. alla nota precedente le quali sono concordi al riguardo.

(ad eccezione dell'ipotesi di mancata consumazione (v. § 7.1)) senza dover attendere il termine di tre mesi innanzi menzionato. Nel caso di scioglimento per mutamento di sesso non è previsto che le parti possano ottenerne la trasformazione in unione matrimoniale.

Gli effetti dello scioglimento dovuto alla crisi sono gli stessi di quelli conseguenti al divorzio<sup>17</sup> (v. cap. 8).

### 1.5. *La famiglia di fatto.*

L'espressione famiglia di fatto è ormai generalmente usata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare la coppia formata indifferentemente da persone di sesso diverso o del medesimo sesso che convive stabilmente (e gli eventuali figli), non unita in matrimonio o da unione civile, la quale conduca un'esperienza di vita affettiva nel sostanziale rispetto dei doveri coniugali (o derivanti dall'unione civile), ma in piena libertà, non avendo contratto alcun impegno in tal senso.

Il conformarsi di una famiglia non dipende infatti necessariamente dalla sua costituzione sulla base di un vincolo formale (matrimonio, unione civile) bensì anche dalla concreta attuazione di un programma di vita fondato sull'affetto e la solidarietà reciproca, volto a realizzare il pieno sviluppo della persona e l'educazione dei figli nati da detta relazione.

Dopo l'introduzione del divorzio e della riduzione dei termini per conseguirlo, tale unione si fonda per lo più su una scelta della coppia che non ritiene opportuno sottoporre il proprio rapporto alla disciplina caratterizzante il vincolo giuridico (matrimoniale o di unione civile). se non fosse che – con riferimento al matrimonio – i tempi per ottenere la separazione sono ancora esageratamente lunghi a causa dell'inefficienza della giustizia.

Fino a poco tempo fa detta convivenza aveva costituito oggetto di tutela frammentaria e disorganica da parte della legge la quale non ne indicava i connotati caratterizzanti. Un'opera di parziale supplenza era stata esercitata dalla giurisprudenza.

La recente riforma dei modelli familiari ha introdotto importanti novità in proposito mediante esplicito riconoscimento della convivenza (indicandone gli elementi costitutivi) delineando una tutela un po' più organica, volta a completare la disciplina già esistente. Il legislatore ha pertanto compiuto una scelta precisa, discostandosi dalla corrente di pensiero che si era espressa contro la regolamentazione giuridica della convivenza sostenendo che avrebbe creato, inopportunamente, una figura di famiglia di grado inferiore rispetto a quella legittima, col rischio di disincentivare l'impegno matrimoniale. Si era inoltre sostenuto che l'intervento normativo avrebbe comportato una negazione della libertà dei consociati di creare

---

<sup>17</sup> Cfr. al riguardo T. Pordenone 13.3.2019 in materia di concessione e liquidazione dell'assegno divorzile (v. § 8.6) nel caso di scioglimento dell'unione. A. Milano 26.7.2018, *DF*, 2019,154 con riferimento alla liquidazione della pensione di reversibilità.

una forma di convivenza sottratta alla regolamentazione del legislatore da rimettere, tutt'al più, ad un contratto di convivenza.

C'è da osservare in contrario che la scelta della convivenza in alternativa al matrimonio spesso non è dettata dal desiderio di sottrarre l'unione ad ogni disciplina normativa, quanto di pervenire ad uno scioglimento rapido e semplice ove dovesse subentrare la crisi. L'affidare la disciplina dell'unione solo al contratto di convivenza avrebbe lasciato per lo più privo di tutela il convivente debole in quanto difficilmente la coppia, finché vive in armonia, si preoccupa di prendere in considerazione l'eventualità della crisi per regolarla. Una disciplina normativa essenziale (qual è quella tracciata dalla riforma), dotata di sufficiente flessibilità, sembra allora soluzione tutto sommato appropriata per regolare i rapporti nell'ambito delle unioni di fatto (al di là delle indubbie imperfezioni presenti nella legge e delle opzioni discutibili a volte compiute).

*Elementi caratterizzanti.* Il riconoscimento giuridico della convivenza è subordinato all'esistenza dei seguenti requisiti in seno alla coppia:

- a) maggiore età;
- b) mancanza di legami di parentela, affinità, adozione, secondo quanto previsto per il matrimonio;
- c) mancanza di un vincolo derivante da matrimonio o da unione civile;
- d) esistenza di un'unione stabile basata sul legame affettivo e di reciproca assistenza.

Problemi si pongono nella precisazione e nell'accertamento di alcuni dei requisiti menzionati. Riguardo al requisito *sub b)* è da ritenere che, in mancanza di più specifiche indicazioni normative, i vincoli ostativi non possono configurarsi in maniera più ampia rispetto a quanto stabilito per il matrimonio (§ 2.4) in quanto sarebbe illogico pretendere maggior rigore per riconoscere rilevanza giuridica ad un legame certamente più tenue di quello coniugale. Legittimo è invece il dubbio in senso inverso: se il divieto riguardi solo le situazioni che configurano una unione incestuosa. (es., padre-figlia, madre-figlio, fratello-sorella).

Riguardo al requisito *sub c)* ne consegue che la tutela della convivenza è esclusa se posta in essere ove una delle parti sia vincolata con altra persona da un matrimonio, non sciolto od annullato<sup>18</sup>. Infatti risulterebbe contraddittoria una tutela della convivenza *more uxorio* fondata sulla violazione del dovere di fedeltà, posto dall'ordinamento, anche quando il riconoscimento giuridico della convivenza sia volto a proteggere il soggetto "debole" del rapporto.

Riguardo alla precisazione e ricostruzione dei requisiti *sub d)* il legislatore si affida, come nel passato, all'opera dell'interprete (ed in particolare, della giurisprudenza), al quale spetta stabilire se la convivenza sia in atto da un tempo significati-

---

<sup>18</sup> In senso conforme, T. Palermo 14.4.2020, *DSF*, 2021, 1088.