



**SCUOLA DOTTORALE IN SCIENZE POLITICHE**

**XXII CICLO**

**Nuovi modelli familiari e tutela del minore.  
Aspetti nazionali ed internazionali.**

**Federico Sinagra**

**A.A. 2010/2011**

**Tutor: Prof.ssa Ersiliagrazia Spatafora**

## **Indice**

### **Introduzione**

#### **Capitolo I**

- 1.1 La famiglia contemporanea e lo sviluppo di nuovi modelli familiari.**
- 1.2 Evoluzione storica della legislazione in materia di famiglia.**

#### **Capitolo II**

- 2.1 Legislazioni straniere in tema di coppie di fatto.**
  - 2.3.1-La legislazione spagnola e la riforma Zapatero.**
  - 2.3.2-L'esperienza francese dei Pa.c.s.**
- 2.2 La famiglia nell'Unione europea.**
- 2.3 Famiglia e minori nelle Convenzioni di diritto internazionale.**

#### **Capitolo III**

- 3.1 Famiglia di fatto e Costituzione**
- 3.2 Il regime giuridico della filiazione naturale.**
- 3.3 La tutela dei minori alla fine della convivenza.**
- 3.4 Le adozioni all'interno dei nuovi modelli familiari.**
- 3.5 Legislazioni regionali e statuizioni comunali.**
- 3.6 I progetti di riforma degli anni 2000: DICO, CUS e DIDORE.**

### **Conclusioni**

### **Bibliografia**

## **Introduzione.**

Negli ultimi trent'anni siamo passati da una situazione in cui lo studio della famiglia era la cenerentola delle scienze giuridiche e sociali, i dati disponibili erano frammentari, e la famiglia in generale veniva considerata quasi impermeabile e resistente al cambiamento, ad una tendenza pressochè opposta.

La famiglia appare oggi in continuo movimento sia quanto al comportamento dei singoli, sia quanto al comportamento delle istituzioni che con essa interagiscono.

La questione della famiglia è ora, indipendentemente dalla prospettiva d'indagine, costantemente al centro del dibattito: dall'estensione dei diritti individuali alle limitazioni imposte dallo stesso ordinamento, dall'equilibrio demografico alle trasformazioni del mercato del lavoro.

Esigenze sociali, oggi divenute emergenze, impongono una riflessione, un confronto anche politico ed una regolamentazione che sappia cogliere i cambiamenti e disciplinarli, armonizzando i rapporti tra il diritto interno ed il diritto di altri ordinamenti giuridici.

In tale contesto il confronto è stato (ed è ancora) addirittura su cosa sia e cosa si possa definire "famiglia". Come ovvio, ad un tale quesito, non potrà essere solamente il diritto a fornire una risposta ed una definizione univoca.

A ben vedere e in linea più generale, nella lingua italiana il termine "famiglia" è di per sé poco indicativo, e copre ed include una grande varietà di esperienze e relazioni; è anche vero, d'altra parte, che non tutte le convivenze sono considerate o si autodefiniscono come famiglie allo stesso modo.

Così le convivenze non matrimoniali in Italia, ad esempio,

hanno un riconoscimento incerto sia dal punto di vista giuridico, sia da un punto di vista sociale: di "famiglia" si ma "incompleta" o "spezzata" si parla nel caso di una famiglia con un solo genitore (con ciò alludendo ad una precisa immagine di interezza per la famiglia); si parla di famiglie "ricostruite" per designare quelle che, invece, si formano dall'unione di divorziati.

Conseguentemente, all'interno di questo spazio relazionale in apparenza del tutto naturale e spontaneo, ma in realtà definito e (in maniera incompleta) codificato, il minore illegittimo sembrerà escluso dall'"ordine familiare", spinto fuori dalla pienezza della famiglia; allo stesso modo il minore con un solo genitore convivente nell'ordine materiale e simbolico avrà una famiglia parziale.

E l'elenco di ciò che viene, di volta in volta, incluso od escluso nel termine famiglia potrebbe continuare a lungo.

Non si tratta, è evidente, solo di una distinzione o di una imprecisione terminologica.

E', invero, il risultato della complessità delle relazioni personali, dei vincoli che si articolano nello spazio della famiglia e nel nostro Paese, di un intervento istituzionale in parte ancora atteso in una prospettiva di completezza organica

Inoltre una puntuale e magari univoca definizione terminologica si dimostra ancora più difficoltosa alla luce dell'inevitabile premessa (indispensabile al fine della presente ricerca) che le possibilità di concepire e definire la famiglia (anche all'interno del medesimo contesto sociale e temporale) dipenderanno altresì dall'approccio dell'indagine: essenzialmente giuridico come nella ricerca che ci occupa, ma anche sociologico, demografico, fiscale, etc.

Un'ulteriore difficoltà è, infine, rappresentata dal forte aumento dei dati normativi nazionali e "sovrnazionali" a

disposizione dello studioso, dovuto al ruolo sempre crescente svolto dall'Unione europea e dalla Comunità internazionale (fonti queste sempre più numerose e vincolanti sebbene, occorre evidenziare, non sempre lineari ed organiche).

Da tale ampliata prospettiva emergerà sin dal principio la consapevolezza che un'esperienza apparentemente così privata come la famiglia, non sia affatto lasciata alla scelta dei singoli e non sia esente da una (consapevole o meno) "globalizzazione" ed internazionalizzazione.

Alla fine della presente ricerca, sarà, ad esempio, possibile constatare come le riforme del diritto di famiglia di tutti i Paesi "occidentali" (nell'ultimo mezzo secolo, e più chiaramente negli ultimi dieci anni) sembrano andare verso alcune direzioni comuni: una netta separazione dell'istituto matrimoniale dallo *status* dei figli; l'introduzione del divorzio; l'"alleggerimento" della regolamentazione giuridica dei rapporti di coppia; riduzione delle differenze di regolamentazione tra coppie unite in matrimonio e coppie di fatto; accentuazione della tutela per i figli, vero centro dell'attenzione giuridica per la famiglia.

Allo stesso tempo si potrà, così, scorgere sia una progressiva de-istituzionalizzazione del matrimonio e una de-regolamentazione giuridica dei rapporti familiari (ovvero una sorta di restringimento dell'ingerenza pubblica come conseguenza delle scelte degli individui circa le relazioni di coppia), sia una trasformazione ed espansione di istituzioni sociali, prima svolta e garantita dal matrimonio (una sorta di dilatazione della sfera pubblica -e quindi di re-istituzionalizzazione delle relazioni familiari- a tutela di quelle figure, figli minori e famiglie non fondate sul matrimonio, che invece chiedono un riconoscimento giuridico più incisivo).

Tendenze solo apparentemente contrastanti, che rivelano,

in ogni caso, una crescente attenzione verso forme familiari nuove e verso la condizione del minore che è il soggetto più debole della famiglia.

Ed al riguardo anche in una società come quella italiana, tradizionalmente restia al cambiamento e lenta nel recepire suggerimenti od esortazioni, i tempi sembrano ormai essere maturi per un intervento di ampio respiro nella materia.

A richiedere questo cambiamento non differibile non è più solamente il cittadino (italiano), ma oggi anche l'Unione europea e la Comunità internazionale.

Ai politici di ogni indirizzo ed al legislatore il dovere di una risposta che esaudisca i bisogni della società e risponda ai doveri di armonizzazione "sovranaazionale" nell'ambito dell'Unione europea, ed internazionale con riguardo alle convenzioni internazionali che hanno ad oggetto i diversi aspetti dell'istituto "famiglia", il matrimonio, i rapporti (anche economici) tra i coniugi, e -soprattutto- i figli, nel più ampio contesto della protezione internazionale dei minori.

## Capitolo I

### 1.1 La famiglia contemporanea e lo sviluppo di nuovi modelli familiari.

Nella metà degli anni sessanta del ventesimo secolo nasce la famiglia "contemporanea". Le ragioni del suo affermarsi vanno rinvenute in alcuni importanti mutamenti sociali e culturali.

Anzitutto si accentua quella trasformazione di valori già iniziata nell'età moderna<sup>1</sup> e che portò sempre più ad una decisa individualizzazione: il punto di riferimento non è più il nucleo ma l'individuo, ed anche nella famiglia assistiamo all'affermazione di valori quali l'autonomia individuale e l'"auto-realizzazione".

All'interno del matrimonio assoluta priorità viene attribuita alle relazioni affettive, inevitabilmente precarie e soggette a cambiamenti di *partners*.

Tale modello individualistico, al cui interno non sono comunque del tutto esclusi valori di solidarietà familiare, accentua fenomeni come la fragilità della coppia, il ritardo a contrarre matrimonio, il calo delle nascite<sup>2</sup>, nonché la scelta di forme d'unione diverse.

Assistiamo inoltre ad un generale fenomeno di "privatizzazione" del matrimonio<sup>3</sup>. Le norme sociali e giuridiche sono viste come un indebita intrusione nella vita privata. Si lamenta che nei rapporti interpersonali il diritto possa far posto ad una "regolamentazione" privata.

Una prima evidente conseguenza è il venir meno della coincidenza tra relazione di coppia e istituzione matrimoniale: si diffondono forme di unione alternative rispetto al matrimonio "tradizionale" ed aumentano le nascite fuori di esso.

---

1 Enorme fu l'impatto che fenomeni come la crescita dello Stato, la colonizzazione e l'urbanizzazione ebbero sulla società (e sulla famiglia in particolare).

2 Il numero delle nascite si è considerevolmente ridotto agli inizi del XX secolo: tale diminuzione è stata anzitutto la conseguenza del calo della mortalità infantile (al fine di mantenere, quindi, la dimensione "ideale" della famiglia), e comunque influenzata anche dallo sviluppo dei metodi contraccettivi e dalla diffusione delle pratiche abortive.

3 Sull'argomento, cfr. J.GOODY, *La famiglia nella storia europea*, Roma, 2000.

Il matrimonio sarà sempre meno sentito come istituzione sociale e sempre più come "contratto" privato. Un contratto non stipulato nell'interesse della società (e né della famiglia in sé), ma nell'interesse dei singoli *partners* e finalizzato al raggiungimento della loro felicità.

Si riduce, quindi, anche il controllo dello Stato sulle modalità attraverso cui le unioni si formano e si sciolgono.

Emerge tuttavia anche una tendenza di segno opposto.

Assistiamo, infatti, anche ad una regolamentazione maggiormente pubblicistica della famiglia, ma tale fenomeno è per lo più circoscritto al rapporto genitori figli in nome del superiore interesse di questi ultimi.

Riassumendo per chiarezza espositiva le divergenti tendenze sopraesposte, possiamo evidenziare una "contrattualizzazione" dei rapporti di coppia ed una contestuale "istituzionalizzazione" dei rapporti di filiazione: stabilità ed indissolubilità non sono più peculiarità del rapporto coniugale ma di quello genitori-figli.

L'evidenziata richiesta di pubblicizzazione non riguarderà però solamente la filiazione ma anche le nuove forme familiari e, seppur a livello embrionale, anche i rapporti tra *partners* dello stesso sesso.

Conseguenza dei fenomeni di individualizzazione e di privatizzazione è poi quella di "pluralizzazione" dei rapporti sociali, ovvero una crescente differenziazione degli stili di vita e, per quel che interessa, dei modelli di vita familiare.

Nella società contemporanea si realizza il passaggio da un unico modello di struttura familiare ad una pluralità di forme familiari (molte delle quali nate dalla dissoluzione del precedente legame matrimoniale<sup>4</sup>).

Un'ultima ed imprescindibile trasformazione sociale avviene nelle relazioni di genere. Ci si avvia infatti, verso una effettiva parificazione dei sessi.

Nella famiglia moderna (e nel suo ideale di amore romantico) la parità sul piano affettivo-emozionale non aveva cancellato una sostanziale

---

4 Si pensi, ad esempio, alle famiglie "ricostituite" ed a un gran parte delle famiglie "unipersonali".



subordinazione giuridica e sociale della donna.

Nella società e nella famiglia contemporanea i rapporti di genere diventano via via più simmetrici e viene meno il rapporto di autorità e dipendenza tra uomini e donne: si può, più in generale, parlare di "democratizzazione" dei rapporti familiari.

La famiglia contemporanea è, dunque, una famiglia dai contorni complessi ed articolati, ma conserva un significato ed un valore pressoché inalterato.

Non si può così parlare di crisi della famiglia<sup>5</sup> ma al più di crisi del modello (ideale) di famiglia coniugale. Il modello familiare matrimoniale non è più esclusivo, ma si esplicita in molteplici, differenti realtà<sup>6</sup>.

Il descritto quadro di cambiamenti sociali ed evoluzioni giuridiche è senz'altro osservabile in tutto il Continente europeo ed in tutti i Paesi considerati "occidentali".

E', dunque, osservabile anche nel nostro Paese, sebbene l'Italia presenti alcune specificità imputabili ad una tradizionale tendenza all'impermeabilità alle trasformazioni sociali<sup>7</sup>. Il modello tradizionale di famiglia, ovverosia la coppia sposata con figli, costituisce ancora la grandissima maggioranza dei nuclei familiari, ma vanno via via affermandosi alcune tendenze: i giovani rimangono più a lungo nella famiglia d'origine<sup>8</sup>, si sposano più tardi e si sposano meno, i figli

---

5 Sul punto, cfr. C.SARACENO, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 2007, pag.38: "L'aumento del numero delle famiglie, se all'inizio della industrializzazione era dovuto...alla maggiore accessibilità del matrimonio per strati sociali che prima ne sarebbero stati esclusi, e quindi a un aumento dei tassi di nuzialità, oltre che all'incremento complessivo della popolazione, oggi non può più essere imputato ad alcuno di questi due fenomeni. Da un lato infatti i tassi di nuzialità si sono prima stabilizzati, poi sono diminuiti; dall'altro l'aumento del numero delle famiglie è stato maggiore dell'incremento della popolazione. In Italia, ad esempio, nel periodo 1961-1991 le famiglie sono passate da 13.747.000 a 19.909.000, con un aumento del 30% a fronte del 5% di aumento della popolazione, che nello stesso periodo è passata da 50.623.600 a 56.778.000 unità. L'aumento recente nel numero delle famiglie conferma piuttosto la tendenza verso la nuclearizzazione della famiglia; allo stesso tempo va messo in relazione con l'allungamento della durata della vita.

6 Si veda sull'argomento J.GOODY, *Storia Universale della Famiglia*, Milano, 1988: "Il matrimonio non è più un'istituzione fondamentale; diventa un atto puramente amministrativo che serve alla legittimazione dei figli. In Svezia metà dei bambini nasce al di fuori del matrimonio, e il fatto di essere un genitore solo dà diritto a determinati vantaggi fiscali".

7 In Italia, diversamente da quanto è accaduto in molti Paesi del centro e del nord Europa, non c'è stata una evoluzione ed una individualizzazione "estrema" dei percorsi familiari: nel nostro Paese i cambiamenti strutturali (aumento della scolarità e della partecipazione femminile al mercato del lavoro, miglioramento delle condizioni economiche di un'ampia porzione della popolazione) e culturali (diffusione di valori di auto-realizzazione) avvenuti negli ultimi decenni sembrano essersi integrati con una "base tradizionale", con il risultato di una maggiore "rigidità" di comportamenti.

8 Numerosi sono i fattori, come la difficoltà a trovare un primo impiego, l'allungarsi dei tempi di studio e di

naturali aumentano ed aumentano anche separazioni e divorzi (ma sono comunque una percentuale assai più bassa rispetto alla media europea), diminuisce la natalità.

L'analisi di tali fenomeni induce lo studioso non tanto ad evidenziare un generale e "tradizionale" ritardo italiano, ma piuttosto a parlare di un vero e proprio modello di evoluzione, un modello "mediterraneo" proprio di alcuni Paesi dell'Europa meridionale.

Sarà comunque opportuno evidenziare nel prosieguo della trattazione anche le peculiarità italiane rispetto ad alcuni Paesi del bacino mediterraneo: specificità, ritardi ed anomalie anche rispetto a quegli stessi Paesi del "modello mediterraneo", spiegabili forse con un maggior peso delle tradizioni culturali e religiose e con il c.d. "familismo"<sup>9</sup>, ma anche con una instabilità politica che ha rallentato, o in alcuni casi paralizzato, i processi riformatori più volte intrapresi o semplicemente ipotizzati.

In conclusione, al di là dei ritardi e delle specificità italiane, possiamo ricomprendere i modelli familiari europei ed "occidentali" in tre "macro-modelli": quello mediterraneo (all'interno del quale possiamo far rientrare il caso italiano), quello nordico (dei Paesi scandinavi) e quello continentale (ad esempio della Germania).

Alla luce delle sopraesposte considerazioni e diversificazioni, appare ancora più difficile, se non impossibile, trovare una definizione unitaria di famiglia, e nel proseguo dell'indagine ci si riferirà necessariamente alla famiglia per quella che è la sua definizione "minima": quel gruppo sociale che consiste almeno di una coppia o di una unità genitore-figlio. Con particolare attenzione ai diritti dei figli "minori", verranno esaminate, accanto alle forme familiari tradizionali, le nuove forme familiari, e quindi le famiglie di fatto (sia eterosessuali che

---

apprendistato, che ritardano l'ingresso nella vita adulta e attiva, e quindi la (ritardata) costituzione di una famiglia (il più delle volte unipersonale).

- 9 Familismo è il vincolo di solidarietà fra membri della stessa famiglia. Più spesso il termine viene utilizzato nell'espressione "familismo amorale", espressione coniata dal noto sociologo EDWARD C. BANFIELD. Egli, all'esito di una ricerca sul capo che si protrasse per quasi un anno in un piccolo centro della Lucania, ne individuò la causa dell'arretratezza sociale ed economica nella cultura locale che tendeva ad estremizzare i legami familiari. Gli individui agirebbero come seguendo una regola: massimizzare unicamente i vantaggi materiali e di breve termine della propria famiglia nucleare. Chiunque, persona o istituzione, proporrà innovazioni e valori differenti verrà considerata negativamente. Per un ulteriore approfondimento della (discussa) teoria di BANFIELD, si veda dello stesso autore "The moral basis of a backward Society", 1958.

omosessuali), le famiglie ricomposte, miste, monogenitoriali, unipersonali.

L'analisi della famiglia di fatto non può prescindere dal tentativo di individuarne una nozione comune, "atteso che con tale locuzione omnicomprensiva, come attualmente utilizzate in letteratura viene individuato l'intero fenomeno giuridico-sociale delle convivenze para-coniugali"<sup>10</sup>.

Causa ed effetto della frammentata e disorganica disciplina giuridica della famiglia non matrimoniale, è però l'assenza di una chiara nozione giuridica della medesima.

"Se la famiglia matrimoniale si definisce facilmente per la presenza dell'atto matrimoniale, la famiglia a-matrimoniale solitamente non dispone di un atto giuridico che possa essere preso quale presupposto della sua esistenza, fatta forse eccezione per l'ipotesi in cui i *partners* stipulino un cosiddetto contratto di convivenza, né nei vari ordinamenti occidentali si rinviene -ai fini del diritto- una generale definizione di famiglia o di rapporto familiare al di fuori di quella fondata sul matrimonio"<sup>11</sup>.

Per famiglia di fatto si deve intendere<sup>12</sup> una convivenza stabile e duratura fra due persone non legate fra di loro da vincoli matrimoniali, unite assieme dall'affetto coniugale e qualificata all'esterno dagli elementi tipici del rapporto matrimoniale quali coabitazione, assistenza reciproca, collaborazione, contributo ai bisogni comuni e fedeltà.

Quanto a tali elementi tipici si deve osservare come la sussistenza dell'*affectio coniugalis* informi "di sè la mera unione e ne diviene elemento scriminante e differenziatore dalle altre ipotesi di

---

10 D.RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, pag.65.

11 R.TORINO, *Nuovi modelli familiari e diritto ad essere genitori*, Roma, 2003, pag.21.

12 Per un ulteriore definizione cfr., A.M.BERNARDINI DE PACE, *Convivenza e famiglia di fatto*, in E.MOOSCATI e A.ZOPPINI, *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, pagg. 295-296: "la convivenza more uxorio o famiglia di fatto, è l'unione tra un uomo e una donna di stato libero, che pur concretizzandosi in comportamenti corrispondenti all'attuazione di quelli che nell'ambito della famiglia costituiscono i diritti e i doveri propri dei coniugi, risulta contraddistinta dalla non totale conformità allo schema legale del nucleo familiare legittimo perché del tutto carente dell'elemento formale della celebrazione del matrimonio oppure perché fondata su un atto formale non rilevante per l'orientamento giuridico, come un matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico, a cui non sia seguita la relativa trascrizione nei registri dello stato civile come prescritto dall'articolo 5, legge 27 maggio 1929, n. 847, modificato dalla legge 25 marzo 1985, n.121."

convivenza”<sup>13</sup>.

Si afferma comunemente, poi, che debba essere ferma condizione che tra i due *partners* vi sia consuetudine di “consumare rapporti sessuali”, condizione in mancanza della quale si ritiene sia impossibile configurare una vera e propria famiglia di fatto e la relativa problematica giuridica. “Ma l'affermazione va calmierata, atteso che non si vede il motivo per il quale escludere il limite che non possa sussistere una famiglia di fatto quando i conviventi non intrattengano rapporti sessuali, tanto più in quanto tale condizione non sia la risultante di una mancanza di *affectio*, così che possono dirsi che, all'occorrenza, inconsumazione potrà costituire una presunzione in tal senso<sup>14</sup>”.

Quanto alla convivenza non può essere ritenuta sinonimo di coabitazione, sulla cui necessità possono avanzarsi forti dubbi. Il problema della coabitazione, infatti, deve essere inteso in senso più lato, “cioè non con la fisica coabitazione, ma dovrebbe riferirsi alla convinzione soggettiva comune ad entrambi i conviventi *more uxorio* che quel determinato alloggio sia l'abitazione di famiglia. Infatti, non è improbabile che -soprattutto per motivi di lavoro- due persone (sebbene si sentano di considerarsi una famiglia e sebbene facciano riferimento ad un'unica abitazione materialmente intesa come abitazione di famiglia) vivano separati, ma costituiscano comunque una famiglia di fatto<sup>15</sup>”.

Il fenomeno della famiglia di fatto prima degli anni '60-'70 aveva una scarsissima diffusione ed era poco accettato socialmente: era considerato come un'esperienza extramatrimoniale per le persone più povere e per le persone con una precedente esperienza coniugale fallita.

Il cambiamento di significato attribuito a tale convivenza comincia ad emergere negli anni '60 in Svezia e Danimarca: si tratta in prevalenza di convivenze giovanili prematrimoniali nonché unioni più

---

13 D.Riccio, *op.cit*, pag.71.

14 D.Riccio, *op.cit*, pag.73.

15 D.Riccio, *op.cit*, pag.75.

adulte in attesa di scioglimento di precedente vincolo matrimoniale.

Negli anni '70, poi, anche in altri Paesi come la Francia, la Gran Bretagna, la Germania e gli Stati Uniti, prendono piede le coppie di fatto.

Infine, esse trovarono diffusione anche nei Paesi mediterranei tra cui l'Italia. È opportuno sottolineare come in tali Paesi, sebbene le famiglie di fatto siano assai meno numerose e si sviluppino più lentamente, esse costituiscono un fenomeno in costante crescita negli ultimi dieci anni<sup>16</sup>.

È davvero difficile quantificare il fenomeno con precisione, e una parte dello stesso è pressoché impossibile da rilevare.

Quanto alla regolamentazione, valgono anche per le coppie di fatto le tendenze già tracciate in via generale per la famiglia tradizionale: sempre più spazio all'autonomia dei singoli *partners* e quindi una famiglia sempre più "privata", ma allo stesso tempo incremento della regolamentazione nel rapporto genitori-figli.

Tutti i Paesi "occidentali" hanno, infatti, approvato norme che hanno pressoché equiparato la posizione dei figli nati fuori dal matrimonio a quella dei figli "legittimi". Tale tendenza di equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia di diritto, seppur con maggiore lentezza e notevole diversificazione nei Paesi oggetto della ricerca, ha riguardato altresì i rapporti tra i conviventi, intervenendo in modo particolare a tutela del *partner* più debole (di solito, ma non necessariamente, la donna) in caso di rottura dell'unione o morte del convivente.

La legislazione dei Paesi nordici è quella che si è spinta più avanti in questo processo di riconoscimento, tanto che alcuni giuristi hanno

---

16 Per una quantificazione del fenomeno, alcuni dati tratti dal dossier statistico 2007 dell'ISTAT: "In Italia i *singles* non vedovi sono 3 milioni 310 mila, i monogenitore non vedovi 995 mila, le coppie non coniugate 606 mila, le famiglie ricostituite 775 mila. Tutte queste forme familiari sono in crescita negli ultimi 10 anni, anche in conseguenza dell'aumento di separazioni e divorzi. Dieci anni fa i single non vedovi erano 2 milioni 138 mila, i monogenitori non vedovi 667 mila, 257 mila le coppie non coniugate e le coppie ricostituite 567 mila. Tra le coppie non coniugate circa la metà ha figli. Negli anni sono cresciute le coppie non coniugate con figli (120 mila nel 1995-1996, 293 mila nel 2005-2006). Sono aumentate anche le convivenze prematrimoniali. Il 22,8% dei matrimoni che sono avvenuti nel 1998-2003 sono stati preceduti da una convivenza. Erano il 14,7% per i matrimoni avvenuti tra il 1994 e il 1997. Nel Nord del Paese le convivenze prematrimoniali superano ormai il 30%. Tra le famiglie ricostituite il 59,4% ha figli, il 10,7% di queste ha figli di uno solo dei partner, il 39,1% ha solo nati nell'attuale unione, il 9,6% ha figli nati dall'unione attuale e precedente.

definito tali situazioni come "matrimoni informali"<sup>17</sup>. Unioni equiparate a quelle coniugali in campo fiscale, della sicurezza sociale e dei diritti patrimoniali.

Nei Paesi dell'Europa continentale prevale ancora la tendenza non tanto a disciplinare in modo organico le nuove forme familiari, quanto piuttosto ad attribuire (e ad imporre) ai conviventi obblighi di reciproca assistenza.

Tra questi Paesi, però, la Francia è recentemente (1999) intervenuta con i PACS<sup>18</sup>, sorta di contratti attraverso cui organizzare la vita in comune: l'ordinamento si limita a fissare una disciplina di fondo (anche in questo caso con attenzione alla prole), lasciando alla volontà dei *partners* stabilire i reciproci diritti e doveri.

Quanto all'Italia, è mancato sino ad oggi un intervento organico per quel che riguarda le coppie di fatto, e la lacunosa regolamentazione si riferisce pressochè esclusivamente alla tutela dei figli, volutamente ignorando di intervenire sui rapporti tra i *partners* della coppia.

Tale regolamentazione, come si è detto, si limita, sostanzialmente, ad una equiparazione tra famiglia di fatto e di diritto riguardo alla condizione dei figli nati fuori dal matrimonio: in questo senso va letta sia la riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>19</sup>, che il recentissimo disegno di legge delega del 29 ottobre 2010 (di cui ampiamente si dirà nel paragrafo successivo).

Anche in caso di adozione si evidenzia qualche riconoscimento alla famiglia di fatto. Ad esempio la legge N.149 del 28 marzo 2001, pur ribadendo che l'adozione è consentita alle sole coppie sposate, nel computo dei tre anni necessario al fine dell'accertamento del requisito di "stabilità" considera anche la convivenza stabile e continuativa prima del matrimonio.

La legge tace invece quasi completamente per quel che riguarda i

---

17 In tali Stati il matrimonio può essere anche non formalmente celebrato, ma è sancito per legge come nel caso dei matrimoni di fatto (*common-law marriage*) o matrimoni informali. Quest'ultimi si basano su un riconoscimento formale dei diritti e le tutele del matrimonio per coppie che vivono insieme anche senza la celebrazione (né civile, né religiosa) del rito.

18 Si veda per un approfondimento il capitolo secondo, paragrafo primo.

19 Si tratta dell'attesa L.n.151 del 19 maggio 1975, di cui si dirà più dettagliatamente nel paragrafo che segue.

rapporti dei conviventi. Alcune importanti innovazioni sono state esclusivamente apportate dalle pronunce della Corte di Cassazione sia in materia di assistenza sanitaria, di pensioni di reversibilità, di tutela del *partner* debole nel caso di scioglimento della convivenza, di morte del *partner*<sup>20</sup>, etc.

Sotto l'unica definizione di famiglia con un solo genitore esistono realtà familiari molto eterogenee e sono molteplici le cause della loro origine: vedovanza, separazione o divorzio, nascita di un figlio fuori dal matrimonio e (nei Paesi in cui la legislazione lo consente) l'adozione di un bambino da parte di un/una *single*.

Tale diversità di situazioni in cui un solo genitore vive almeno con un figlio (non necessariamente minore di anni 18), ha, come è ovvio, risentito delle trasformazioni sociali. Nel mondo occidentale si è passati da una vecchia monogenitorialità fondata su eventi ineluttabili (come la morte del *partner*) alla nuova monogenitorialità frutto di una scelta libera.

Per tale accentuazione dell'elemento volitivo la stessa definizione di famiglia spezzata o incompleta, che sottintendeva una *deminutio* rispetto alla famiglia tradizionale, appare oggi inopportuna.

La diffusione di questo modello familiare si è verificata sin dalla seconda metà degli anni '60, ma ha assunto proporzioni più rilevanti, specialmente nell'ultimo decennio, sia negli Stati Uniti (dove sfiora il 30% del totale delle famiglie), sia in Europa e, quindi, anche nel nostro Paese (dove però il fenomeno si attesta su percentuali tra il 5 ed il 10%).

Ovunque il forte aumento delle famiglie con un solo genitore è stato determinato dalla crescita delle separazioni e dei divorzi, che danno vita alla maggioranza di questi nuclei familiari, seguita dalla crescita del fenomeno sociale delle madri nubili, che in paesi del Nord Europa come Svezia e Norvegia raggiunge ed addirittura supera il 40% del totale delle famiglie mono genitoriali.

In Italia la situazione delle famiglie con un solo genitore

---

<sup>20</sup> Ad esempio la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto il diritto al "risarcimento" in favore del convivente in caso di morte del *partner* occorsa in un sinistro stradale.

presenta molti tratti comuni a quella del resto dell'Europa (forte femminilizzazione delle responsabilità familiari), ma anche alcune peculiarità. In Italia, ad esempio, "l'età dei genitori soli (intorno ai 40 anni per le donne e un po' oltre per gli uomini) rimane più elevata rispetto agli altri Paesi, perché da noi la vedovanza ha ancora un peso relativamente maggiore e separazioni e divorzi avvengono abbastanza tardi<sup>21</sup>".

Veniamo ora all'esame delle famiglie "ricomposte", altrimenti denominate famiglie "ricostituite", famiglie "aperte" e "nuove famiglie estese". Il termine più comunemente usato, cioè famiglia "ricostituita", è la traduzione letterale dell'espressione inglese *reconstituted family*, e si riferisce a quelle famiglie comprendenti il genitore a cui sono stati affidati i figli a seguito del divorzio, il nuovo coniuge (o più semplicemente il nuovo *partner*) ed anche con figli nati da questa nuova unione<sup>22</sup>.

Invero, le famiglie ricomposte esistevano anche nel passato, ma con caratteristiche e un impatto sociale molto diverso rispetto a quello che hanno oggi. Le famiglie conoscevano un nuovo legame non tanto in seguito ad una scelta come oggi il divorzio, ma per il verificarsi di un evento come la morte di uno dei coniugi: nell'ottocento e fino alla metà del secolo scorso a causa di malattie e guerre gli alti tassi di mortalità fecero sì che si arrivò a contare sino ad un terzo di famiglie ricomposte sul numero complessivo di famiglie. Il secondo matrimonio<sup>23</sup>, o comunque la formazione di un secondo nucleo familiare, era il più delle

---

21 A.L.ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008, pag.48, la quale osserva, relativamente alla divisione per genere sessuale, anche che "In Italia dunque, a differenza di quanto avviene nella maggioranza degli altri Paesi europei, le donne sole che lavorano con figli sono molto più numerose di quelle in coppia: mentre fra le prime le occupate sono oltre il 60%, fra le seconde superano appena il 40%. Troviamo le quote più alte di lavoratrici fra le divorziate, seguite dalle madri nubili, dalle separate e infine dalle vedove", e che, pag.51, "Se a questo punto volessimo tracciare il ritratto del tipico genitore solo, dalle ricerche empiriche emergerebbe l'immagine di una donna non più giovanissima, con un solo figlio già grandicello, con una rottura coniugale dietro di sé, che svolge un lavoro retribuito, ma in condizioni economiche piuttosto difficili".

22 Per un'ulteriore definizione, cfr. A.L.ZANATTA, *op.cit.*, pag.70, che così argomenta: "...se si guarda alla ricomposizione della vita affettiva e familiare della coppia adulta, indipendentemente dall'esistenza dei figli, la definizione può cambiare ancora per famiglia ricostituita si intende allora una coppia sposata o non sposata, con o senza figli, in cui almeno uno dei due partner proviene da un precedente matrimonio o da una precedente unione di fatto. Tale definizione... È la più adatta a offrire un quadro completo di queste famiglie nel nostro paese in cui sono abbastanza numerose quelle formate da coppie senza figli e da unioni di fatto".

23 "Secondo" sempre nel senso di successivo temporalmente come nuova famiglia quando finisce la prima: non si parla di poligamia.



volte una vera e propria necessità di carattere economico e sociale.

Oggi che la vedovanza non è più la prima ragione delle seconde unioni le famiglie ricomposte presentano caratteristiche estremamente differenti. Sebbene la longevità sia aumentata per progressi della medicina , per lunghi periodi di assenza di conflitti armati ed per una generale stabilità economica e politica (sempre relativamente ai Paesi occidentali), il numero delle famiglie ricostituite è negli ultimi trent'anni nuovamente aumentato, arrivando al 30% in Gbr e Germania e in Usa 40%.

Anche in Italia, sebbene con proporzioni più modeste, vi è stato un incremento di famiglie ricostituite, tanto che in alcune città del nord costituiscono oltre il 4% delle famiglie (o meglio delle coppie): invero tale percentuale può tener conto con esattezza solamente delle seconde nozze, mentre è pressochè impossibile quantificare il numero dei conviventi *more uxorio* con un precedente matrimonio alle spalle.

Nel sud del nostro Paese la diffusione di questa nuova forma di famiglia è meno forte, così come meno intensa è la diffusione dell'istituto della separazione e del divorzio.

Indipendentemente dall'area nel nostro Paese, però, tali convivenze *more uxorio* sono più diffuse che in altri, forse per la farraginosità della normativa sul divorzio.

Un'ulteriore peculiarità della realtà italiana è che la percentuale delle donne che si ri-sposano è sotto la media europea<sup>24</sup> (mentre per gli uomini le proporzioni sono in linea con la media degli altri Paesi europei).

In Italia<sup>25</sup> le famiglie ricostituite oltre che, come detto, meno diffuse, presentano anche una struttura meno complessa rispetto a quelle di altri Paesi ("occidentali").

Innanzitutto perchè nel nostro Paese circa la metà di coloro che divorziano non hanno figli; perchè l'età media al momento della seconda famiglia è più alta ed è quindi più improbabile che nascano dei

---

24 In realtà siamo però in media con i Paesi del bacino mediterraneo.

25 Solo nelle famiglie che non si sono ri-sposate troviamo un maggiore grado di complessità strutturale e si trovano figli nati dalla precedente unione e da quella attuale.

figli; perchè i divorziati italiani tendono a sposarsi con donne nubili e senza figli; perchè i figli in caso di rottura dell'unione, tendono a restare con la madre, che è il *partner* con più difficoltà a contrarre un nuovo matrimonio<sup>26</sup>.

Accomuna invece le realtà di molti Paesi l'incertezza sociale intorno ai genitori acquisiti<sup>27</sup>, che corrisponde in un certo senso alla incertezza terminologica che investe la stessa famiglia ricostituita. Oltre che una mancanza di norme sociali di riferimento, c'è mancanza di norme giuridiche che dettino diritti e doveri, e regolino la vita di queste forme familiari<sup>28</sup>.

Trovandosi ad affrontare questa nuova ed articolata realtà familiare, la quasi totalità dei sistemi normativi dei Paesi occidentali non hanno provveduto in maniera organica e si sono limitati a prevedere due situazioni limite ed opposte: il caso in cui non esiste alcun legame giuridico tra il bambino ed il genitore acquisito, che dunque, non avrà alcun diritto né dovere nei confronti di detto minore; ed il caso del genitore acquisito che diviene genitore "giuridico" prendendo il posto, e così acquisendone i diritti ed i doveri, del genitore biologico.

Anche in Italia vige tale sistema del "tutto o niente"<sup>29</sup>. Il diritto

---

26 Per un approfondimento, si veda A.L.ZANATTA, *op.cit.*, pag.78: " Poiché in Italia si divorzia a una età relativamente avanzata, a causa delle peculiarità della legislazione italiana sullo scioglimento del matrimonio (che prevede almeno tre anni di separazione legale prima di poter divorziare), anche l'età dei coniugi nelle seconde unioni è più elevata di quella delle altre coppie e, per lo stesso motivo, di quella delle coppie in famiglie ricostituite negli altri paesi. Ma, poiché l'età del divorzio tende ad abbassarsi, anche quella alla seconda unione si riduce: nel 1984 l'età media dei divorziati al secondo matrimonio era di 45 anni per gli uomini e di 41 anni per le donne, mentre 10 anni più tardi essa è scesa rispettivamente a 39 e ha 34 anni. Le distanze con gli altri paesi europei tendono quindi a ridursi. Il ceto sociale delle coppie ricostituite risente del fatto che tra esse sono molto numerose le persone separate e divorziate: queste... Appartengono a gruppi sociali più elevati rispetto alle coppie in cui entrambi i coniugi sono il primo matrimonio: benché siano mediamente più anziane, le coppie in famiglie ricostituite hanno un titolo di studio un po' più elevato. Inoltre tra le donne la presenza di casalinghe è molto più bassa e la quota di occupate è sensibilmente superiore, nonostante l'età più avanzata. Questo avviene perché... Sono più frequentemente le donne che lavorano a separarsi e a divorziare, alle quali bisogna aggiungere quelle che, a seguito della rottura di un precedente matrimonio, sono state indotte a trovarsi un lavoro per garantirsi l'autonomia economica. Infine, tra gli uomini come tra le donne, è maggiore la presenza di occupati che si trovano al vertice della scala sociale: imprenditori, liberi professionisti e dirigenti. Nel nostro paese sia la rottura del matrimonio, sia la formazione di una seconda unione sono esperienze più frequentemente legate allo stile di vita dei ceti medio-alti, a differenza di quanto avviene in altri paesi dell'Europa occidentale.

27 Tradizionalmente nei paesi occidentali le relazioni familiari sono costituite intorno ai vincoli di sangue e dunque intorno alla parentela biologica. La figura del genitore ri-costituito, o genitore sociale, (specie quando non si sostituisce ma si aggiunge a quello biologico) pone problematiche ed interrogativi di carattere psicologico-sociale di difficile risoluzione.

28 Il legislatore si è occupato di una minuziosa definizione solamente della prima famiglia, intervenendo così su separazione, divorzio e condizione dei figli in seguito al verificarsi di questi eventi.

29 Questa la nota definizione della sociologa francese IRENE THERY, direttrice di un Centro internazionale di ricerca

ignora del tutto questo nuovo rapporto, oppure il bambino può essere adottato dal neo coniuge del genitore come prevede la legge n. 184 del 1983.

In quest'ultimo caso si compirà per il diritto (che prevede l'esistenza di due soli genitori) una sorta di sostituzione del genitore biologico con quello adottivo. Il genitore biologico sarà estromesso dalla cura del minore. La potestà genitoriale sul minore spetterà invece, alla madre ed al suo secondo marito, che quindi assumerà (unitamente alla madre) l'obbligo di mantenerlo, educarlo ed istruirlo.

Tale rigida separazione dei ruoli che invero si rivela inidonea alla trattazione di tutte quelle situazioni che possono concretamente verificarsi, trova alcune attenuazioni solo in alcuni Paesi europei ed nelle singole legislazioni di alcuni Stati della Federazione nordamericana. Così ad esempio, il diritto inglese prevede per il partner che materialmente si prende cura del minore la possibilità di prendere decisioni nel suo (del minore) interesse in casi di eccezionale gravità. Non solo. Ricorrendo ad una pronuncia del giudice, questi potrà anche essere "autorizzato" ad assumere le decisioni dell'ordinario svolgimento della vita, e quindi di fatto assume la responsabilità genitoriale. Per quel che riguarda i diritti patrimoniali, alcune legislazioni<sup>30</sup> prevedono poi l'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli "di primo letto" del coniuge finché vivono con lui.

In Italia la trattazione di tali emergenze sociali viene per lo più demandata all'attività della dottrina e della giurisprudenza. In tema di famiglie ri-costituite l'unico "recente" provvedimento istituzionale è una circolare<sup>31</sup> del Ministero dell'Interno (la n.11 del 23 luglio 1996) che

---

pluridisciplinare proprio sulle famiglie ricomposte. Brillante carriera spesso al centro di polemiche anche perché contraria ai PACS, ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, ed alle famiglie composte da *partners* dello stesso sesso per motivi religiosi fu accusata da molti suoi colleghi di omofobia.

30 Ad esempio quella belga, inglese e olandese.

31 Si riporta il testo, nei suoi passaggi più significativi, della summenzionata Circolare voluta dall'allora Ministro dell'Interno G.NAPOLITANO, e che raccolse ovvi consensi da tutte le parti politiche: "...è emerso che talune amministrazioni comunali sono solite rilasciare certificazioni anagrafiche inerenti lo stato di famiglia con l'indicazione del termine "figliastro", riferito ai figli nati da precedenti unioni anche naturali e conviventi con il genitore non intestatario della scheda di famiglia anagrafica, successivamente risposatosi. Al riguardo, a parte ogni considerazione sull'uso in atti pubblici di una parola recepita nell'uso comune con significato discriminatorio, si rileva, su un piano strettamente tecnico-giuridico, l'erroneità di detta indicazione e la fondatezza delle doglianze espresse anche da parte dell'opinione pubblica. Giova, infatti, porre l'attenzione su due ordini di ragioni che manifestano la palese inammissibilità del comportamento tenuto dagli uffici anagrafici

elimina dalle certificazioni anagrafiche dei Comuni l'oramai anacronistica differenziazione ed indicazione tra "figli" e "figliastri".

Tale provvedimento non fu certo un riconoscimento di questa nuova forma familiare, né poté avere grandi effetti pratici, ma ebbe certamente un importante valore simbolico: riconoscimento del diritto alla riservatezza sulle proprie origini attraverso l'eliminazione dell'uso di un termine così discriminatorio come "figliastro" o "figliastra".

Prescindendo, però, da tale ineccepibile provvedimento, quello della famiglia ricostituita resta per il legislatore un importante vuoto di diritto da colmare nell'interesse anzitutto del minore ma anche della genitorialità biologica e "giuridica" che altrimenti si escludono a vicenda.

Le famiglie "unipersonali" sono composte da persone sole che non vivono all'interno di un nucleo familiare.

---

che utilizzano, in sede certificativa, tale dizione. La prima è di carattere funzionale ed attiene alla valenza delle certificazioni anagrafiche...La funzione del certificato anagrafico di stato di famiglia, non è, quindi, attribuire la pubblicità e la certezza in ordine ai menzionati fatti e relazioni, ma è quella di rispecchiare la composizione della famiglia ai soli fini anagrafici, come definita dall'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e cioè un insieme di persone - le quali possono, o meno, essere unite da vincoli di coniugio e/o di parentela - la cui caratteristica rilevante è costituita dalla "coabitazione" all'interno di una stessa unità immobiliare...La seconda ragione, che si oppone all'inserimento negli atti anagrafici del suddetto termine, ha ben altra origine e si fonda sul rispetto e la tutela formale e sostanziale di diritti soggettivi garantiti da norme di rango legislativo. Infatti l'indicazione della parola "figliastro" ovvero anche di figlio adottivo o, più semplicemente, di "convivente", viola quegli essenziali precetti tendenti ad assicurare un concreto ed effettivo riconoscimento del diritto della persona alla riservatezza riguardo alle origini del proprio status di figlio in tutte le sue qualificazioni. La tutela della riservatezza aveva già formato oggetto della legge 31 ottobre 1955, n. 1064, ove all'art. 1 veniva disposto che l'indicazione della paternità e maternità doveva essere omessa, oltre che negli estratti per riassunto, nei certificati di nascita, di matrimonio e di cittadinanza, anche negli atti attestanti lo stato di famiglia, nelle pubblicazioni di matrimonio esposte al pubblico, nonché in tutti i documenti di identità. La finalità della normativa era quella di tutelare la personalità di una determinata categoria di cittadini; tutela che, nel caso delle adozioni, è rafforzata dagli articoli 27 e 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e che ha trovato, infine, il suo completamento nella legge 7 agosto 1990, n. 241, negli articoli 22 e seguenti del capo V, disciplinante l'accesso ai documenti amministrativi. Questo Ministero, nel ricordare che già aveva diramato precise disposizioni al riguardo con circolari numeri 15900-2.8 e 2.8-bis, rispettivamente, del 3 gennaio e del 27 giugno 1956, stante il ripetersi degli incresciosi episodi, dispone, ai sensi dell'art. 12 della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, che dagli stati di famiglia anagrafici, vengano immediatamente eliminate le indicazioni relative alle relazioni di parentela, rimanendo solo l'indicazione dell'intestatario scheda. Nel caso di anagrafi informatizzate si dovrà provvedere all'adeguamento dei relativi programmi. Per quanto riguarda, infine, la corresponsione degli assegni per il "nucleo familiare", nel ricordare che il nucleo familiare è cosa ben differente dalla famiglia anagrafica e non può formare oggetto di certificazione da parte dell'anagrafe, come di recente ribadito dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con decisione n. 770 del 4 maggio 1994, si ricorda che la composizione dello stesso dovrà essere comprovata con dichiarazione resa dall'interessato ai sensi dell'art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15. Uguale comportamento dovrà essere seguito dalle amministrazioni penitenziarie che, in parte, ancora usano richiedere ai familiari dei detenuti il c.d. certificato di figliolanza...Le amministrazioni in indirizzo sono pregate di voler opportunamente rendere edotti i propri dipendenti uffici onde evitare il rinnovarsi di irrituali richieste di certificazioni con le indicazioni dei rapporti di parentela".

Anche per questo modello familiare è difficile fornire una quantificazione esatta, ma possiamo comunque affermare che il numero delle persone che vivono da sole tende a crescere con un ritmo assai intenso.

Nei Paesi del nord Europa sfiora percentuali del 40% di tutte le famiglie, nei Paesi mediterranei, tra cui l'Italia, si attesta intorno al 20%. Le cause e le scelte alla base delle famiglie unipersonali sono le più varie e diverse: si tratta di giovani che ritardano l'impegno nella vita adulta e nei legami familiari, di adulti separati o divorziati che hanno difficoltà o semplicemente una scarsa propensione a ricostruire una vita di coppia, e di anziani soli. Per questi ultimi le ragioni sono da rinvenire nell'allungamento dell'aspettativa di vita ed allo stesso tempo nella differenza di longevità (circa 8 anni) tra uomini e donne (unitamente alla quale va considerata anche la differenza di età cui sia arriva al matrimonio): sono più le donne. Anche dal punto di vista socio-economico si può tracciare una differenziazione. Le famiglie unipersonali costituiscono una categoria eterogenea che si concentra ai due estremi della scala sociale: giovani adulti che possono permettersi di vivere da soli e con consumi ampiamente sopra la media, ed anziani sia con una buona indipendenza economica, sia in condizioni di povertà, isolati ed al margine della vita sociale.

Può essere considerato come ulteriore "nuovo modello familiare" quello costituito dalle coppie "miste"<sup>32</sup>, ovvero quelle in cui i coniugi o *partners* sono di diversa cittadinanza.

Secondo la più restrittiva definizione della sociologa Mara Tognetti Bordogna, rientrano invece in questa categoria solamente le coppie in cui un/una italiano/a inizia una convivenza con uno straniero proveniente da un Paese in via di sviluppo e coinvolto in un'esperienza

---

32 Più opportuno il termine "*intermarriage*" che in se racchiude una serie di differenti specificazioni: *binational marriage* ovvero il matrimonio tra persone che provengono da nazioni diverse, *interfaith marriage* tra persone che appartengono a religioni diverse, *interethnic marriage* tra persone che non appartengono alla medesima etnia e *interracial marriage* tra persone che non appartengono alla stessa razza. L'utilizzo del termine *intermarriage* oltre che più preciso, parrebbe altresì più opportuno perchè la definizione "coppia mista" ha in sé l'idea di una famiglia irrimediabilmente problematica e che incontra la diffidenza della società. Una società effettivamente preoccupata da ciò che esce dai confini entro cui è abituata a vedere, dai confini del "normale" e del conosciuto.

migratoria<sup>33</sup>.

Fino ad un passato abbastanza recente l'Italia era fondamentalmente un Paese di emigrazione<sup>34</sup>, ed erano abbastanza frequenti le unioni di immigrati italiani con donne di altri Paesi.

L'Italia, a seguito dello sviluppo economico<sup>35</sup>, è diventata un Paese di immigrazione e a causa della "globalizzazione" veniamo in contatto con persone provenienti da Nazioni e culture lontanissime dalla nostra.

Si tratta di un fenomeno di grande rilevanza, probabilmente ancora in crescita e del quale si dirà ampiamente anche nei capitoli seguenti (ed in particolare nel capitolo secondo, paragrafo secondo per le unioni tra il cittadino italiano con un *partner* proveniente da Paese membro dell'Unione europea).

Esaurita la trattazione di questo breve ma indispensabile panorama socio-giuridico sulle nuove forme familiari, è ora possibile passare ad un altrettanto sintetico *excursus* sul sistema normativo italiano in materia di famiglia e di minori.

Come appena rappresentato, assai variegata sono le realtà familiari (anche) nel nostro Paese, e non sempre il legislatore è riuscito a provvedere ad un'esauriente definizione e regolamentazione di ogni singolo istituto.

---

33 Tale limitazione appare dettata dal maggiore sfavore con cui la società guarda le coppie che si compongono di un *partner* proveniente da un Paese lontano e con difficoltà economiche, mentre l'unione con un cittadino dell'Unione europea vicino geograficamente e culturalmente al nostro, è avvertito con minore allarme.

34 L'Italia è stata interessata dal fenomeno dell'immigrazione in modo particolare nei secoli XIX e XX. Nel secolo che va dall'unità d'Italia agli anni '80, quasi 30 milioni di italiani hanno lasciato la loro Patria per cercare fortuna nei Paesi occidentali (nord America, sud America, Australia, etc) e nel Nord Africa. A tale proposito possiamo distinguere due fasi dell'emigrazione italiana: quella tra la fine dell'800 e i primi trent'anni del 1900 che si diresse perlopiù oltreoceano ed in particolare verso gli Stati Uniti d'America; e quella della seconda metà del XIX secolo che aveva come destinazione soprattutto gli Stati europei in crescita come la Francia, la Svizzera, il Belgio e la Germania. Fu un esodo che coinvolse tutte le regioni italiane, anche se dapprima interessò maggiormente il nord, mentre nei primi decenni del '900 il primato migratorio passò alle regioni meridionali.

35 Si intende lo sviluppo economico che l'Italia conobbe successivamente al secondo conflitto mondiale. Uscita stremata dalla guerra, l'Italia attraversò con successo la fase della ricostruzione, per poi intraprendere quello che viene generalmente definito come "miracolo economico" (1953-1963). In tale periodo l'Italia fu protagonista di un record di crescita nella produzione nazionale, il cui apice fu raggiunto negli anni successivi al 1958, e riuscì a ridurre il divario economico con Paesi come la Germania e la Gran Bretagna. Strettamente legata alla ripresa economica italiana ed al benessere che si diffuse nel nostro Paese, l'immigrazione è, dunque, un fenomeno relativamente recente, che ha raggiunto dimensioni significative negli anni '70 ed ha poi trovato nuovo slancio nei primissimi anni del XXI secolo: oggi l'Italia è tra i Paesi europei più coinvolti (solamente dietro Gran Bretagna, Francia e Spagna come numero di stranieri residenti). Secondo i dati ISTAT sono attualmente presenti sul territorio italiano oltre 4 milioni di stranieri, pari al 7% della popolazione totale. Le comunità maggiormente rappresentate sono quella rumena (con oltre 800.000 residenti), quella albanese e quella marocchina.



## 1.2 Evoluzione della legislazione italiana in materia di famiglia.

L'evoluzione storica dell'istituto della famiglia coincide, per quanto riguarda le origini, con l'istituto della *patria potestas*.

Questa relazione tra genitori e figli o più precisamente tra padre e figli, era l'unica relazione rilevante per la collettività.

Consisteva in un potere assoluto e perpetuo<sup>36</sup> del *pater* sui figli e sui beni di loro proprietà. Non v'era distinzione tra cose o persone, in quanto oggetto di un potere assoluto<sup>37</sup>.

Il *pater familias* aveva, dunque, nei confronti dei figli lo *ius vitae ac necis*, il diritto di esporre il neonato non riconoscendolo come figlio, il diritto di vendere il proprio figlio e di disporre a suo piacimento della totalità delle relazioni personali e patrimoniali del figlio.

Il costume sociale e le consuetudini, tuttavia, intervennero a temperare i rigori di un potere così assoluto, conferendo ai poteri del padre anche la funzione di cura e di tutela del figlio così che il dovere sopra fece il potere: questo fu considerato come un *honor* piuttosto che come un *dominium*. Il padre, dovendo non pure allevare, ma educare il figlio, trovò nella personalità di questo un limite alla propria volontà. Onde la supremazia personale non sembrò più vitalizia, ma temporanea.

Dei limiti furono così progressivamente posti ai poteri del *pater* finché, in epoca post classica e nella legislazione di Giustiniano, si pervenne sostanzialmente ad un capovolgimento di tale potere con un'accentuazione del carattere protettivo e formativo della prole.

La perpetuità della *potestas* del *pater*, se pure formalmente mantenuta nel *Corpus Iuris*, venne di fatto come temperata dall'uso

---

<sup>36</sup> La *patria potestas* era perpetua ed i figli cessavano di esservi sottoposti solamente per il tramite dell'emancipazione, un atto di volontà del pater, o in conseguenza della sua morte.

<sup>37</sup> Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1987: "...formalmente identico al dominio sulle cose corporali; e massime alla potestà sopra gli schiavi, che con quella sui figli ha in comune l'indefinita possibilità di esplicazione.."



ricorrente di emancipare il figlio al raggiungimento della maggiore età<sup>38</sup> (ovverosia al compimento del venticinquesimo anno di età).

Tuttavia rimase in capo al *pater* il potere di decidere relativamente a tutte le scelte che riguardavano l'esistenza dei figli, in particolar modo circa le questioni di natura economica con il fine preciso di preservare il patrimonio di famiglia.

La famiglia e le necessità della famiglia, prevalevano rispetto alle necessità dei singoli, le cui "scelte" dovevano concordare con l'utilità del gruppo familiare.

Non venne meno, dunque, nei secoli il carattere totalizzante ed assoluto della *patria potestas*.

Appare, comunque, opportuno rilevare come nel periodo precedente l'unità d'Italia gli usi e le leggi che disciplinavano i rapporti familiari differivano sensibilmente da uno Stato all'altro. L'unico minimo comune denominatore era costituito, oltre che da una *patria potestas* "mitigata", dalla posizione privilegiata del figlio primogenito sugli altri nati, dei figli maschi sulle figlie, del marito sulla moglie.

Le disposizioni giuridiche relative alla famiglia erano di varia provenienza: dal diritto comune giustiniano, dal diritto germanico, dagli Statuti e dalle usanze locali, dal diritto canonico, dai patti nobiliari, etc.

Solamente il *Code Napoléon* introdotto oltre che in Francia, anche nei Paesi<sup>39</sup> occupati dagli eserciti di Napoleone, introdusse una profonda innovazione negli istituti e nelle relazioni familiari<sup>40</sup>.

Mantenne, tuttavia, alcuni aspetti tradizionali del diritto di famiglia come la potestà paterna<sup>41</sup> sui figli sino alla maggiore età dei figli, 21 anni), la potestà maritale sulla moglie e la netta distinzione tra

---

38 M.CERATO, *La potestà dei genitori*, Milano, 2000, pag.15.

39 Nel 1804 il *Code* divenne legge per l'intero territorio italiano, ad eccezione delle isole.

40 Il *Code Napoleon* pone al centro delle relazioni familiari la "famiglia legittima "della società borghese": una famiglia caratterizzata dallo spirito individualistico tipico della classe sociale che si stava imponendo. La struttura verticalistica non è abbandonata, cambiano le sue funzioni e finalità. L'intero Codice sembra risentire delle nuove idee dell'Illuminismo: l'uomo e i suoi diritti acquistano centralità. Notevole importanza è riservata al diritto di proprietà, incentivato e favorito in quanto alla base dei lavori mercantili della borghesia. Viene così abbandonata la tendenza alla conservazione del patrimonio immobiliare, che avrebbe ostacolato inevitabilmente le nuove aspirazioni economiche.

41 Il padre poteva addirittura richiedere l'arresto del figlio, minore di 15 anni, in caso di cattiva condotta del figlio, e senza alcun obbligo di fornire specifica motivazione.

filiazione legittima ed illegittima<sup>42</sup>, ma al tempo stesso introdusse alcune importanti novità delle quali si può rinvenire traccia in numerosi ordinamenti europei.

Per la prima volta, infatti, lo Stato avocava a sé la disciplina del matrimonio che divenne un istituto laico<sup>43</sup>, ed al tempo stesso introdusse l'istituto del divorzio: un divorzio, però, non richiesto sulla base della volontà del *partner* e magari sulla base di una incompatibilità di carattere<sup>44</sup>, ma un "divorzio-sanzione"<sup>45</sup> concesso solamente in ipotesi gravi di colpa come l'adulterio, le sevizie, l'ingiuria, etc.

Caduto il dominio napoleonico, durante il periodo della restaurazione, alcuni Stati italiani disciplinarono diversamente gli istituti familiari, richiamando in vigore le leggi anteriori ed il diritto canonico.

In altri casi fu, invece, mantenuto il Codice napoleonico, ma se ne sospesero le disposizioni relative al matrimonio, "ritenute pregiudizievoli per la solidità e la compattezza del gruppo familiare"<sup>46</sup>.

Fortemente influenzato dalle innovazioni napoleoniche fu la prima codificazione del diritto di famiglia dell'Italia postunitaria, ovverosia il Codice Pisanelli del 1865 che prevedeva una limitazione dell'autorità paterna sulla prole adulta e il riconoscimento di eguali diritti ai figli indipendentemente dal sesso (ad esempio al momento dell'apertura della successione).

Secondo le disposizioni del Codice, inoltre, "il matrimonio imponeva ad entrambi i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole. Ad entrambi i coniugi era riconosciuta la potestà sui figli, pur dandosi rilievo preminente al padre. Il padre poteva, inoltre, impartire disposizioni alla madre superstite per la educazione dei figli e la amministrazione dei loro beni<sup>47</sup>".

Tuttavia la Commissione che curò la stesura del testo definitivo

---

42 I figli naturali, erano destinatari di un trattamento fortemente diseguale rispetto ai legittimi, nella prospettiva di dover tutelare e garantire la stabilità e la dignità della famiglia legittima.

43 Per la celebrazione del matrimonio erano previsti due riti: quello religioso e quello civile, che doveva necessariamente precedere il primo; il matrimonio non era più considerato come un patto naturale, ma assume le vesti di un atto pubblico (la cui dissoluzione fu resa possibile grazie al ricorso al divorzio).

44 L'ipotesi del mutuo consenso invero era prevista, ma fortemente limitata.

45 Cfr. A. VINCENZO, *op.cit.*, pag. 634

46 M.CERATO *op.cit.*, pag.18. Il ritorno ad una più incisiva soggezione dei figli alla potestà paterna apparve come utile rimedio per evitare che la disgregazione della società familiare e civile.

47 M.CERATO *op.cit.*, pag.19.

fu assai attenta a rispettare il ruolo della Chiesa cattolica nella disciplina del matrimonio: non fu infatti, imposta la precedenza del matrimonio civile su quello religioso e non fu consentito il divorzio.

Introdotta in molte regioni del nord Italia con il Codice Napoleonico, fu così proibita nell'Italia unitaria, e la separazione fu solamente concessa in caso di adulterio<sup>48</sup>.

La disciplina delle relazioni familiari<sup>49</sup> rimase pressoché immodificata sino alla promulgazione del Codice Rocco del 1942, con il quale la famiglia divenne un "istituto sociale e politico": da un lato si rafforzò l'autorità del marito/padre, dall'altro si subordinarono gli interessi familiari a quelli nazionali.

Approvato durante la seconda guerra mondiale tale Codice rimase in vigore anche durante i primi decenni della nuova Repubblica: la parte riguardante il diritto di famiglia fu modificata solamente con la riforma del 1975.

Nel corso del ventennio, dal 1922 al 1943 (e al 1945) l'influenza del fascismo sulla famiglia non si fece sentire solamente attraverso il Codice Rocco ma bensì anche attraverso una intensa attività legislativa: oltre al Concordato, numerosi furono gli interventi volti ad esempio ad incoraggiare la natalità<sup>50</sup>, scoraggiare il lavoro extradomestico delle donne, punire l'aborto, etc.

L'intervento sulla famiglia si concretizzò anche attraverso un articolato sistema di politiche familiari volte sia ad accrescere la natalità, sia a sostenere un modello di famiglia autoritario e patriarcale<sup>51</sup> (non distante da quello evocato dalla Chiesa Cattolica), basato su una rigida divisione dei ruoli<sup>52</sup> in base al sesso, nella quale

---

48 Tuttavia la colpa per adulterio veniva attribuita diversamente alla moglie ed al marito, cui concretamente veniva riconosciuto una sorta di diritto a "trasgredire".

49 Ad eccezione dell'abolita (con la L.1176 del 19 luglio 1919) autorizzazione maritale: la norma prevedeva che la donna domandasse al capofamiglia (l'uomo) l'autorizzazione per comparire in giudizio e per il compimento di atti di disposizione patrimoniale come ad esempio donazioni, ipoteche, mutui, alienazioni di beni immobili, etc. La gravosa limitazione dell'autorizzazione del marito veniva attenuata soltanto per ragioni di opportunità economica, e ad esempio nel caso la famiglia svolgesse un'attività commerciale.

50 Nel 1925 furono varate norme a protezione ed assistenza della maternità e della infanzia; del 1928 è invece l'esenzione tributaria per le famiglie numerose.

51 Quanto alla potestà genitoriale (allora ancora patria potestà) si distingueva fra la titolarità, che spettava da entrambi i genitori, e l'esercizio, che era riservato esclusivamente al padre.

52 La famiglia (legittima) era dotata di una struttura caratterizzata da una rigida, duplice gerarchia: gerarchia tra i sessi, e gerarchia tra generazioni.

l'uomo adulto (il capo famiglia) era incoraggiato nel suo ruolo di procacciatore di risorse, e la donna incoraggiata nel suo ruolo di madre e moglie, il cui ruolo principale era quello di fornire lavoro domestico e prendersi cura dei membri della famiglia<sup>53</sup>.

L'emergenza dettata dalla prima guerra mondiale e, quindi, la necessità dell'organizzazione statale di poter contare sul contributo di quanti potessero validamente offrirlo rafforzò tale diversa valutazione e regolamentazione del ruolo e dei poteri della donna e dei figli nell'ambito del nucleo familiare.

Come detto la gran parte dell'impianto legislativo del ventennio fascista rimase inalterato per alcuni decenni. Il riferimento cui si ispira l'attuale sistema normativo è, però, costituito dalla nostra Carta costituzionale. Il riconoscimento della famiglia a livello costituzionale non è un fenomeno peculiare del nostro Paese; infatti anche le Costituzioni di Francia, Germania, Spagna, Portogallo, etc., ne riconoscono il ruolo sociale e apprestano per essa tutela e protezione<sup>54</sup>.

La Costituzione italiana del 1948 fu il risultato di una serie di compromessi politici e storici, che, inevitabilmente, si ripercossero anche sui principi riguardanti la famiglia e le relazioni familiari.

Innanzitutto, seppur brevemente, occorre ricordare l'art. 7 attraverso cui il Concordato del 1929, che attribuisce al matrimonio concordatario celebrato in Chiesa da un sacerdote gli stessi effetti del matrimonio civile, entra a far parte della Costituzione.

Ma la stessa natura e ruolo della famiglia fu argomento di lunghe riflessioni per l'Assemblea Costituente, nonché motivo di tensione per le forze politiche di allora (cattoliche e laiche).

Le questioni più dibattute furono quella della definizione della famiglia e della parità tra i coniugi, quella concernente lo status dei figli nati fuori dal matrimonio, quella concernente l'indissolubilità del

---

53 Non vanno tuttavia dimenticate la L. n.653 del 26.04.1934 sulla tutela del lavoro donne e fanciulli e il Decreto Legge del 1936 sull'assicurazione di maternità per le lavoratrici agricole.

54 Da evidenziare come, solo per fare un esempio, la Costituzione portoghese (art. 67) tuteli la famiglia in sé come fondamento della società, mentre altre Costituzioni, come quella tedesca, non sono volte tanto a proteggere la famiglia in senso generale e generico, quanto la famiglia fondata sul matrimonio (e quindi l'istituzione matrimoniale), rendendo così più rigido il sistema legale che sarà più difficilmente adeguabile alle trasformazioni sociali e culturali, di cui un istituto come quello della famiglia risente in maniera sensibile.

matrimonio e quindi concernente il divorzio, e quello concernente la misura dell'intervento stesso dello Stato sull'istituto "famiglia".

Quanto alla prima questione, la nostra Costituzione definisce (art. 29) la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", e sancisce che "il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Tali definizioni sono evidentemente il frutto di posizioni antitetiche in seno alla Costituente: il risultato, a ben vedere, lascia spazio ad alcune contraddizioni.

Infatti, viene affermato il principio della parità dei coniugi, ma al tempo stesso si esplicita che esso può essere temperato allo scopo di garantire l'unità della famiglia. Il principio di uguaglianza giuridica dei coniugi viene messo in correlazione con i principi dell'unità e della solidarietà: uomini e donne, marito e moglie sono si uguali ed hanno eguali diritti e doveri, ma salvo il caso in cui sia in questione l'unità familiare.

Nello stesso senso gli artt. 3 e 37 della Costituzione ribadiscono il principio di eguaglianza tra i sessi, ma lo stesso art.37, dopo aver sancito il diritto ad un eguale trattamento economico per l'uomo e per la donna, sembra subordinare l'uguaglianza giuridica dei coniugi al fatto che l'occupazione extradomestica della donna non pregiudichi l'adempimento della sua prioritaria funzione familiare.

Per quanto riguarda lo *status* dei figli, l'articolo 30 della Costituzione recita: "i figli nati fuori dal matrimonio sono considerati uguali, entro i limiti stabiliti dalla legge ai fini della protezione della famiglia legittima". Tale statuizione che ha in sé un'evidente contraddizione ha subito numerosi interventi ed ancora oggi<sup>55</sup> è al centro di intenti riformatori che trovano il consenso di tutte le forze politiche.

Quanto all'indissolubilità del matrimonio, già prevista dal Codice Civile, questa non fece ingresso nella Carta costituzionale, ma fu oggetto di confronti che si risolsero in una votazione che vide prevalere il fronte di chi vi si opponeva con un margine di un solo voto.

---

55 Si veda in tal senso il Disegno di legge n.3915, approvato il 29.10.2010, di cui si dirà in seguito.

In fine la questione relativa alla misura dell'intervento dello Stato all'interno della famiglia. La nuova Repubblica nasceva, infatti, dopo un ventennio di politiche fortemente interventistiche portate avanti dal fascismo proprio sulle questioni familiari.

Il risultato fu che la nostra Costituzione sancisce all'art.32 che lo stato "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo" e che la Repubblica "agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose" (art.31), ma anche che i decenni successivi furono caratterizzati da un'ostilità di fondo verso ogni forma di intervento statale, e, conseguentemente, da un mancato sviluppo concreto di adeguate politiche familiari.

Negli anni cinquanta e sessanta continuarono le tensioni e le contraddizioni, dovute anche al fatto che le relazioni interne alla famiglia continuavano ad essere disciplinate dal Codice Rocco, che come detto in precedenza, rispecchiava una visione "autoritaria" e confessionale della famiglia<sup>56</sup>.

Ad esempio sino al 1968, quando la norma fu dichiarata incostituzionale, l'adulterio della moglie e quello del marito continuavano ad essere valutati e sanzionati diversamente: il marito veniva punito solamente quando l'adulterio si trasformava in "concubinato visibile"; il semplice sospetto di adulterio della moglie costituiva, invece, causa sufficiente per ottenere la separazione.

Nonostante il bisogno di un intervento riformatore fosse già distintamente avvertito nella seconda metà degli anni sessanta per una ridefinizione del complessivo diritto di famiglia (anche nel senso di una piena uguaglianza tra marito e moglie), occorrerà attendere la riforma del 1975. Nel clima di fermento politico e sociale dei primi anni settanta e sotto la spinta dei movimenti sociali (femminista<sup>57</sup>, studentesco, dei

---

56 A titolo ulteriormente esemplificativo si pensi alla contraccezione ed all'aborto che continuavano ad essere regolate e, quindi, punite dalla normativa fascista che li definiva reati contro la "morale" e contro la "razza". La legge sull'interruzione di gravidanza arrivò solamente nel 1978.

57 Rafforzatosi anche grazie all'incremento del livello di istruzione femminile, ed alla maggiore partecipazione femminile al mercato del lavoro.

sindacati) anche in Italia parve non ulteriormente differibile un intervento riformatore sulla famiglia ed una ridefinizione dei ruoli tra i *partners* e tra le generazioni<sup>58</sup>.

L'introduzione del divorzio nel 1970 e la complessiva riforma del 1975 sanciscono, infatti, la fine (sul piano giuridico) delle asimmetrie di coppia e di generazioni, parzialmente adeguando il diritto alla realtà di una società profondamente mutata. Le principali novità introdotte da tale riforma riguardano sia il matrimonio (e quindi i rapporti personali e patrimoniali tra coniugi), sia i rapporti genitori-figli<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda il matrimonio la riforma del '75 porta l'età minima del matrimonio (senza la necessità del consenso del capofamiglia) a 18 anni per entrambi i coniugi<sup>60</sup>, consentendo un'anticipazione a 16 anni non più con il consenso dei genitori ma con il consenso del tribunale per i minorenni.

Per quanto riguarda i rapporti tra i coniugi la riforma traccia in via di principio una parità assoluta tra i coniugi con l'abolizione della figura del "capofamiglia" e con la previsione che con il "matrimonio si acquistano gli stessi diritti e si assumono gli stessi doveri"<sup>61</sup>. La potestà<sup>62</sup> sui figli va esercitata da entrambi i genitori, così come entrambi devono adempiere all'obbligo di istruire, mantenere ed educare la prole<sup>63</sup>. Anche in merito ai rapporti patrimoniali, vi è una svolta paritaria, passando dal regime di separazione a quello di comunione dei beni.

---

58 Per una opinione critica sulla riforma, cfr. G.A.STANZIONE, *premessa al volume V, Il diritto di famiglia*, Torino, 2007, secondo cui "il tempo dell'incertezza spesso tumultuosamente" porta "nuove regole, talvolta attese o sperate o temute. Esse difficilmente si lasciano ricondurre a sistema. L'attività interpretativa è resa ancor più difficile dal fatto che i singoli interventi normativi non rispondono probabilmente ad unità di intenti e di ispirazioni; di una politica del diritto che non emana da organi o istituzioni omogenei ovvero solleciti di una sofferta ma produttiva *communis opinio*. Quando ciò accade in materie sensibili come quelli del settore familiare, è ancor più avvertita l'urgenza di dare esatto conto delle nuove discipline e di tentarne una lettura che non concede nulla all'approssimazione. Tanto più che il complesso, armonico tessuto della riforma del 1975, scaturente da vent'anni di elaborazione, ha perso molta della sua compattezza, della linearità, della trama, sicché il disegno si palesa sovente incomprensibile, per le variazioni e i nuovi nodi e le aggiunte".

59 Per un approfondimento, cfr. P.UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, pag.247, secondo cui: "La Costituzione contiene *in nuce* tutti i punti chiave della riforma. In primo luogo, l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, come logica conseguenza della pari dignità cittadini, indipendentemente dal sesso, dalla religione o dalla razza. Un'uguaglianza che vale per i coniugi anche come corresponsabilità nella procreazione, nell'allevamento e nell'educazione dei figli. Sempre al principio dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e della loro pari dignità sociale va fatto risalire il dovere, da parte dei coniugi, di riconoscere tutti i figli, sia quelli nati all'interno del matrimonio, sia quelli nati all'esterno del matrimonio stesso".

60 Precedentemente era diversa: 16 anni per l'uomo, 14 anni per la donna.

61 Art. 143 c.c.

62 L'espressione ed il concetto di "patria potestà", è, come noto, stato sostituito da quello di potestà genitoriale.

63 Art. 148 c.c.

Per quanto riguarda i rapporti di filiazione vi è il riconoscimento della parità<sup>64</sup> tra figli nati “dentro” e “fuori il matrimonio”, e si afferma il principio del “prioritario interesse del minore”, viene sancita una differenziazione tra gli obblighi di mantenimento e quelli di cura ed educazione che così acquistano una pari dignità, viene infine stabilito che in caso di separazione debba essere considerato il parere del figlio se questi ha già compiuto 16 anni di età.

---

<sup>64</sup> Non si poteva effettivamente ancora parlare di assoluta parità tra i figli nati all'interno del matrimonio ed i figli nati fuori dal matrimonio: si trattava di una “parità imperfetta”. Si vedano in proposito i recenti progetti di riforma che almeno su un piano letterale tentano di rimuovere le ultime forme di discriminazione.



## Capitolo II

### 2.1 Panorama delle legislazioni europee in tema di coppie di fatto.

Prima di passare ad esaminare la disciplina italiana relativa alle famiglie di fatto, appare opportuna una breve analisi delle esperienze in materia di alcuni sistemi stranieri.

Per l'ampiezza della considerazione e della disciplina normativa svettano i Paesi del nord Europa, soprattutto dell'area scandinava. Finlandia, Norvegia, Danimarca e Svezia hanno dato alle coppie di fatto, eterosessuali ed omosessuali, diritto di "cittadinanza" e piena visibilità sociale e giuridica attraverso l'istituzione di specifiche anagrafi in cui vengono annotate le coppie.

Significativo, nel novero dei Paesi scandinavi, l'atteggiamento del legislatore svedese, il quale ha sostanzialmente cancellato i privilegi delle coppie matrimoniali. Ad esempio il regime delle coppie di fatto<sup>65</sup> prevede che i beni appartengano alla coppia in parti uguali tra i *partners*, e quanto alla materia ereditaria i beni della coppia in caso di morte verranno ereditati al 50% dal partner superstite ed è anche prevista la possibilità di acquistare i beni non ereditati secondo valutazioni risultanti per legge. Si tratta della stessa attenzione che si rivolge alle coppie sposate, anche per impedire squilibri di trattamento tra i conviventi di fatto, con una accurata tutela del *partner* più debole per minore capacità di guadagno.

Nel 2001 la Germania ha introdotto nel suo ordinamento l'istituto della convivenza registrata, la *eingetragene Lebenspartnerschaft*.

Alla convivenza si applicano alcune norme analoghe a quelle del matrimonio. La convivenza deve essere dichiarata dai *partners* reciprocamente e contemporaneamente, i conviventi potranno scegliere un cognome comune ed hanno obbligo di reciproco sostegno.

---

<sup>65</sup> Le unioni non matrimoniali in Svezia costituiscono la stragrande maggioranza (90%) delle unioni tra soggetti giovani (sotto i 35 anni).

Viene altresì assicurato un pieno riconoscimento alla coppia anche da un punto di vista fiscale, contributivo, assistenziale ed ereditario, ed al convivente sono attribuiti gli stessi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi.

Ai conviventi non è però riconosciuto il diritto all'adozione.

In Belgio il 1 gennaio 2000 è entrata in vigore una legge sulla convivenza legale, la *statutory cohabitation contract*: tale legge novella il codice inserendo nuove norme nel libro III (delle proprietà)<sup>66</sup>.

Nella coabitazione legale, valida sia per le coppie eterosessuali che omosessuali, "predomina il principio contrattualistico in base al quale le parti possono regolare per contratto (notarile) i loro rapporti, col limite che le clausole inserite non siano contrarie all'ordine pubblico e al buon costume<sup>67</sup>".

La dichiarazione di convivenza, sottoscritta dalle parti<sup>68</sup>, è consegnata all'ufficiale di stato civile del domicilio comune, il quale, verificate le condizioni previste dalla legge<sup>69</sup>, annota la dichiarazione nel registro della popolazione.

Si applicano alcune norme previste per l'istituto matrimoniale relativamente all'immobile adibito ad alloggio principale della famiglia, alla responsabilità verso i terzi per i debiti contratti ed alla contribuzione agli oneri della vita comune, alla presunzione di contitolarità dei beni acquistati nel corso della convivenza (fatta salva la prova della proprietà esclusiva da parte di uno dei conviventi).

Il 13 febbraio 2003 è stato reso possibile anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ed il 20 aprile 2006 è stata approvata una legge che consente l'adozione anche alle coppie omosessuali (unite in matrimonio o di fatto).

Passiamo ora ad esaminare in maniera più approfondita la normativa di quei Paesi che non solo geograficamente, sono più vicini

---

66 L'intenzione palese è quella di "non attribuire alcuno status ai conviventi e di fornire loro una protezione minima, secondo un modello intermedio fra unione non regolata dal diritto e matrimonio". D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, pag.126.

67 S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano,2006, pag.48.

68 Come il *PACS* francese, si può applicare anche alle convivenze diverse da quelle *more uxorio* e, quindi, anche ai legami tra fratelli, genitore-figlio, etc..

69 Per ottenere la convivenza legale le parti (indipendentemente dal sesso) non devono essere legate da vincolo matrimoniale o da altra convivenza legale.

al nostro.

Quella francese e quella spagnola rappresentano, infatti, realtà che da un punto di vista sociale, religioso<sup>70</sup> ed economico (oltre che storico) presentano numerosi punti di contatto con quella Italiana.

---

70 In Spagna i cattolici rappresentano il 75% della popolazione totale. In Francia sono oltre il 51%.

### 2.1.1 La legislazione spagnola e la riforma Zapatero.

La situazione presenta caratteristiche di particolare complessità in Spagna, dove il riconoscimento della famiglia di fatto si inserisce nell'articolato sistema delle autonomie locali.

La fattispecie dei nuovi modelli familiari, che anche in Spagna (come in tutta Europa) si sta diffondendo soprattutto, ma non solamente, tra le nuove generazioni, non trova una specifica ed esaustiva risposta nella legislazione: come accade in Italia anche in Spagna si procede avvalendosi delle capacità interpretative dei giuristi e delle pronunce giurisprudenziali in materia di convivenze *more uxorio*.

La giurisprudenza spagnola<sup>71</sup>, non vincolata come quella italiana dall'art. 29 della Costituzione, ha potuto accostare a quelle previste per le famiglie tradizionali un complesso di norme protettive delle unioni di fatto.

L'art. 39 della Costituzione spagnola "si limita" ad affermare che i pubblici poteri devono assicurare la protezione economica e sociale e giuridica alla famiglia, ed è stato quindi, possibile (nonostante il Costituente non vi abbia fatto espresso riferimento) estendere tale tutela sia alla *familia matrimonial* che alla *familia no matrimonial*<sup>72</sup>.

Nello stesso senso si può interpretare l'art.32<sup>73</sup> della Costituzione, secondo cui l'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio, "sembra riconoscere un più alto grado di considerazione alla famiglia matrimoniale {ma} non ha parimenti accordato ad essa una protezione esclusiva<sup>74</sup>".

L'*union de hecho* appare trovare, poi, "un sicuro fondamento costituzionale nell'art. 9.2 (della Costituzione) che impone di rimuovere

---

71 La giurisprudenza spagnola ha, invero, sempre ribadito il generale principio secondo cui, pur potendosi applicare ad esse le stesse norme, famiglia legittima e convivenze restano istituzioni differenti.

72 Concorde sul punto la quasi totalità della dottrina (DE ESTEBAN, LOPEZ GUERRA, GARCIA MARILLOY PEREZ TRUMPS, etc.).

73 Il testo è il seguente: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos, los derechos y deberes de los conyuges, las causas de sparacion y disolucion y sus efectos".

74 S. ASPREA, *op.cit.*, pag.50.

gli ostacoli che impediscono alla persona di partecipare in condizioni di eguaglianza, a formazioni sociali che concorrono al *libre desarrollo de personalidad*<sup>75</sup>".

Grazie alla "porta lasciata aperta" dalla Costituzione, la regolamentazione delle unioni che non si fondano sul matrimonio, poté basarsi anche su alcune disposizioni del codice civile e su leggi che in temi specifici, riconoscevano conformità all'ordinamento e, dunque, legittimità alle coppie di fatto.

In tema di diritto a succedere nel rapporto locativo, di diritto all'assistenza sanitaria, di diritto al ricongiungimento familiare, ed in alcune disposizioni penali, la posizione del convivente veniva accostata alla disciplina, nei ruoli e nelle facoltà, del coniuge. Medesima apertura già si riscontrava anche in tema di fecondazione assistita (oltre al consenso del coniuge era ammesso quello del convivente) ed in tema di adozione (per le coppie *more uxorio* anche omosessuali).

Il legislatore ha, però, realizzato un disegno frammentario ed i risultati più significativi furono dovuti, come poc'anzi accennato, nella quasi totalità ad "una giurisprudenza particolarmente attenta a bilanciare da un lato l'interesse al libero sviluppo della persona umana e, quindi, la protezione della famiglia non fondata sul matrimonio, dall'altro la tutela dell'individuo nel suo diverso atteggiarsi in relazione al suo rapporto di coniugio o di filiazione"<sup>76</sup>".

I cambiamenti culturali che hanno trasformato la società spagnola hanno così permesso di eliminare progressivamente quella tradizionale corrispondenza tra matrimonio e famiglia consentendo di attribuire più spazio alle unioni fra omosessuali od eterosessuali fondate sul diritto al libero svolgimento della propria personalità.

L'esperienza in materia di unioni civili affermata in Aragona e nelle comunità autonome della Catalogna è tale per cui già da tempo è stato accordato alle coppie stabili (omosessuali od eterosessuali), uno statuto simile a quello delle coppie sposate.

---

75 V.ZAMBRANO, *L'esperienza spagnola e la lei catalana del 10/1998*, pag.89, in M.R.MARELLA e F.GRILLINI, *Stare Insieme*, Napoli, 2001.

76 V. ZAMBRANO, *op. cit.* pag.92.

La legge n. 10 del 15 luglio 1998, sulle *uniones estables de parella*, adottata in Catalogna<sup>77</sup> fornisce una risposta al problema della coppia di fatto e al caso di conflittualità all'interno di questa, prendendo a modello il regime giuridico previsto per la famiglia tradizionale.

Tale legge si propone di regolare le convivenze fra soggetti eterosessuali e fra soggetti omosessuali, e si divide in due sezioni.

Il primo capo disciplina l'unione stabile eterosessuali, e relativamente alla modalità di costituzione e, quindi, alle condizioni attraverso cui si possa accedere ai benefici previsti, il legislatore ha ritenuto applicabile la disciplina relativa alle unioni matrimoniali tenendo conto di alcune circostanze di fatto, anche indipendentemente dalla chiara manifestazione di volontà dei *partners* di voler sottoporre la loro relazione interpersonale a detta disciplina. In particolare l'ordinamento catalano al capo I dell'art.1 della citata legge, fa discendere l'applicazione della disciplina dalla circostanza che si sia instaurata una relazione interpersonale, una convivenza (come moglie e marito), ininterrotta da almeno due anni.

Ai *partners* è data la possibilità di regolare, oralmente o con scrittura privata o atto pubblico, sia i rapporti personali che quelli patrimoniali e i rispettivi (reciproci) diritti-doveri nascenti dalla convivenza, anche in previsione della cessazione dello stesso rapporto di convivenza.

Ammessa la validità di tali accordi (non essendo, dunque, il concubinato un fatto socialmente e giuridicamente riprovevole), dottrina e giurisprudenza aprono al riconoscimento dell'autonomia negoziale dei conviventi che sono liberi di definire il regime giuridico da applicare sia durante la convivenza che al suo venir meno<sup>78</sup>, salvo il duplice limite rappresentato dalla non contrarietà *a las leyes, a la moral, al orden publico* e dal divieto di accordi che facciano sorgere una situazione di squilibrio in danno di una delle parti.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Analoghe disposizioni sono previste per le coppie di fatto in Aragona (Legge n.6 del 26.03.1999).

<sup>78</sup> Artt.1225 e 945 del *Codigo Civil*.

<sup>79</sup> Art. 1348 *Codigo Civil*.

Una disciplina analoga è prevista nel secondo capo della legge 10/1998 anche per le coppie omosessuali. Per tali coppie è tuttavia, sufficiente il semplice rapporto di convivenza, essendo irrilevante la durata della stessa. E' altresì richiesta la manifestazione della volontà di accettare il regime di convivenza stabilito dalla legge (art.19).

Allo stesso modo delle coppie eterosessuali è previsto un obbligo di reciproca assistenza e responsabilità solidale per le spese comuni, ed è consentito di regolare autonomamente (art.22) i rapporti patrimoniali e personali che sorgono con la convivenza.

Occorre evidenziare, però, che se "alla coppia di fatto eterosessuale la legge in questione, attribuisce un rilievo istituzionale, quella omosessuale continua a rimanere connotata in termini contrattuali e volontaristici, in considerazione del rilievo che assume la diversità di sesso ai fini del matrimonio, e non potendo la coppia omosessuale né adottare, né far ricorso a pratiche di inseminazione artificiale<sup>80</sup>".

La legge aragonese n. 6 del 26 marzo 1999, invece, all'art.1 qualifica la convivenza come *relaciòn analoga a la conyugal*. Le legislazioni pur presentando numerose analogie si differenziano in alcuni punti: mentre il legislatore catalano permette alle parti di accordarsi, sia per i rapporti personali che per quelli patrimoniali, in qualunque modo, *in forma verbal o per escrit o en document public* (art. 3 legge 19 del 1998), la legge aragonese, invece, subordina alla necessaria adozione dell'atto pubblico la regolamentazione di tali reciproci rapporti (art. 5 legge 6/1999).

La registrazione, sia per l'una e per l'altra normativa, rimane per le coppie omosessuali l'unico, o comunque il più valido, strumento per accreditare all'esterno la realtà giuridica della coppia<sup>81</sup>: il riconoscimento della convivenza è infatti subordinato all'adozione dell'atto pubblico e alla sua registrazione, a differenza di quanto

---

80 V. ZAMBRANO, *op. cit.* pag.112.

81 "Con particolare riferimento alla legge sull'unione stabile catalana è interessante notare che il capo II della legge sulle unioni stabili, dedicato alle convivenze omosessuali, prescrive quale requisito per la costituzione, agli effetti di legge, dell'unione la forma dell'atto pubblico congiunto (artt 19 e 21), non essendo sufficiente la semplice convivenza per due anni". C.S. PASTORE, *La famiglia di fatto*, Torino, 2007.

disposto dalla disciplina riferita alle coppie eterosessuali per le quali la prova della convivenza può desumersi anche *per acta de notariat*<sup>82</sup> di fronte alla pubblica amministrazione.

Tuttavia la necessità e la trascrizione in registri civili denota la forza e allo stesso tempo la debolezza delle unioni tra omosessuali che solo dalla data della trascrizione assumono rilievo giuridico con effetti che coinvolgono sia le relazioni personali di quelle patrimoniali<sup>83</sup>.

Quindi all'assenza di formalità, tratto caratteristico della convivenza non fondata sul matrimonio, si contrappone la necessità di individuare i fattori rilevanza esterna del fenomeno, ed in questo senso l'atto iscritto nel registro attribuisce senza dubbio forza probatoria.

Passiamo ora ad analizzare il sistema normativo spagnolo in materia di diritto di famiglia ed in particolare di matrimonio, soprattutto alla luce delle recenti riforme attuate dal Governo di José Luis Rodriguez Zapatero, ponendo, anche in comparazione con la disciplina italiana.

Dopo un lungo *iter* parlamentare caratterizzato da aspre polemiche, il 1° luglio 2005 è stata approvata (con 183 voti a favore e 136 contrari) la *Ley 13/2005 de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, promossa dal Governo.

Questa legge determina una radicale trasformazione sociale, probabilmente una rivoluzione del tradizionale concetto giuridico di famiglia e di matrimonio: in forza di tale riforma, la Spagna diventa la terza nazione in Europa, dopo Belgio e Olanda, che estende l'istituto del matrimonio alle unioni di persone dello stesso sesso.

Se si ripercorre rapidamente l'evoluzione dell'ordinamento giuridico spagnolo, si constata che in un lasso di tempo molto breve (non più di tre decenni) esso ha compiuto un'indiscutibile evoluzione<sup>84</sup>.

---

82 Legge 10/1998, art.2, capo1; legge 6/1999 art.3.

83 "La necessaria presenza di un atto pubblico registrato, cui il rilievo esterno della convivenza (omosessuale n.d.r.) rimane rigorosamente legato se, da un lato ne evidenzia la funzione costitutiva, dall'altro è conferma della minore forza che questo tipo di unione possiede. Si che, solo a partire dalla data dell'*autorizacio de document de referencia* (art.21) la convivenza, da mero fatto sociale, assume rilievo giuridico, con conseguenze che, come si è visto, si riflettono anche nell'ambito delle relazioni personali e patrimoniali". V. ZAMBRANO, *op. cit.*, pag.113.

84 La Corte costituzionale spagnola, con sentenza n.222 del 11.07/1994, affermava che: "En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vinculo matrimonial, tal como prevé



L'ampiezza e la risonanza che hanno avuto le modifiche legislative<sup>85</sup> spagnole in materia di famiglia sono dovute anche al fatto che le riforme si inseriscono in un contesto normativo, rappresentato dal Codice Civile del 1889, che è ancora ispirato a principi, quali il carattere patriarcale della famiglia e la discriminazione fra figli legittimi e naturali.

Occorre poi, considerare come già l'avvento della Costituzione del 1978, che costituisce il risultato di innegabili conquiste sociali, abbia determinato un radicale mutamento di prospettiva con l'affermazione di principi assolutamente in contrasto con quelli che avevano ispirato i codici del diciannovesimo secolo.

Per comprendere i principi-cardine del diritto di famiglia spagnolo, è, così, sufficiente analizzare la vigente Costituzione, la quale sancisce l'assoluta parità tra i coniugi, stabilendo che "l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in condizione di totale uguaglianza giuridica" (art. 32, comma 1), la laicità dello Stato (art. 16, comma 3), e si affida alle istituzioni dello Stato medesimo il compito ed il potere di regolamentare l'istituto del matrimonio, oltre ad affermare l'uguaglianza di fronte alla legge dei figli legittimi e dei figli nati fuori dal matrimonio (art. 39).

I principi costituzionali appena menzionati hanno trovato attuazione mediante la riforma del *Código Civil* ad opera di due leggi promulgate nello stesso anno (1981), la cui approvazione ha determinato sostanzialmente la prima importante riforma del diritto di famiglia spagnolo<sup>86</sup>.

La prima è la legge 11/1981, sulla modificazione del codice civile in materia di filiazione, patria potestà e regime economico del

---

nuestro Código Civil.....Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo".

85 Sulla capacità di rinnovarsi del sistema giuridico spagnolo si veda C. LASARTE ALVAREZ, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, in *Familia*, 2006, pag. 545 ss.

86 Sul punto si veda C. LASARTE ALVAREZ, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, op. cit., pag. 545 ss. , nonché A.A.V.V., *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, 2005, pag.48.

matrimonio<sup>87</sup>, e la seconda è la legge 30/1981, di modifica del regime legale del matrimonio nel codice civile e di determinazione del procedimento applicabile alle cause di nullità, separazione e divorzio<sup>88</sup>.

Esse rappresentano la più ampia e profonda riforma del *Código Civil* dalla sua promulgazione nel 1894, e l'obiettivo non poteva che essere quello di varare una riforma che consentisse di recuperare decenni di ritardo maturati rispetto ad alcuni Paesi europei.

Successivamente sono state emanate altre leggi, che pur avendo inciso su taluni istituti del diritto di famiglia, non hanno comunque avuto la rilevanza di quelle del 1981, né hanno alterato il sistema instaurato con la predetta riforma: tra queste meritano senza dubbio di essere menzionate la L. 24 ottobre 1983, n. 13, di riforma del codice civile in materia di tutela, la L. 11 novembre 1987, n. 21, di modificazione di determinati articoli del codice civile e del codice di procedura civile in materia di adozione, la L. 15 ottobre 1990, n. 11, di riforma del codice civile in applicazione del principio di uguaglianza fra i sessi, la L. 23 dicembre 1994, n. 3535, di modificazione del codice civile in materia di celebrazione del matrimonio civile da parte dei Sindaci, e la Legge Organica 15 gennaio 1996, n. 1, sulla protezione giuridica dei minori, che modifica parzialmente il codice civile e il codice di procedura civile.

Con la legge 13/2005, del 1 luglio, il Parlamento spagnolo ha, invece, introdotto una profonda e più generale riforma del matrimonio a livello nazionale<sup>89</sup>.

È opportuno, però, premettere che, vista la particolare organizzazione politico-territoriale spagnola, la quale prevede un forte decentramento dei poteri statali con l'attribuzione di molta autonomia alle regioni organizzate in Comunità Autonome, alcuni diritti contenuti nella nuova legge avevano già avuto un riconoscimento almeno indiretto in quelle leggi, tanto autonome quanto statali, che già dallo

---

87 B.O.E. (Boletín Oficial del Estado) del 19 maggio 1981.

88 B.O.E. (Boletín Oficial del Estado) del 20 luglio 1981.

89 Il progetto fu presentato al Parlamento nel dicembre 2004, ed approvato, con 187 voti favorevoli e 147 contrari, il 30 giugno 2005.

scorso decennio facevano parte dell'ordinamento giuridico spagnolo.

Questo è, peraltro, quanto si evince dalle normative di cui sono dotate alcune "Regioni", che hanno espresso la volontà di far prevalere, con i limiti fissati dal legislatore nazionale, l'autonomia privata<sup>90</sup>.

La legge del 2005, infatti, sembra seguire il percorso già tracciato da alcuni Parlamenti regionali, come quello Catalano<sup>91</sup> e Aragonese, che, rispettivamente nel 1998 e 1999, avevano configurato uno "statuto delle unioni stabili" (sia etero che omosessuali) analogo, sotto diversi profili, a quello delle coppie tradizionali.

Fra il 2000 e il 2001 era stata, poi, la volta delle regioni di Navarra, Asturia, Valencia e Isole Baleari, seguite nel 2003 anche dai Paesi Baschi.

Elemento prezioso apportato dalla legge statale, non previsto dalle disposizioni regionali, è la possibilità di far valere i diritti di queste nuove coppie anche davanti a terzi: solo così si può veramente parlare di un'equiparazione giuridica totale con le coppie di sesso diverso o uguale, unite in matrimonio.

Il risultato di tale frammentaria ed articolata disciplina di fronte alle richieste delle comunità omosessuali che pretendevano una regolamentazione, fu quello di un generale e più radicale stravolgimento dell'istituto "famiglia". Le dilazioni governative e la proliferazioni di norme regionali volte ad accordare un riconoscimento parziale, condussero le loro rivendicazioni, infatti, verso l'istituto "matrimoniale".<sup>92</sup>.

La discussione della riforma, in Spagna, generò una viva polemica tanto nell'opinione pubblica che nella dottrina scientifica<sup>93</sup>; le

---

90 C.FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2000, pag. 107 e ss.

91 La legge, che aveva validità limitata ai territori della "Regione", era intitolata "Ley de Uniones Estables de Pareja".

92 V.CAROLLO, Saggio su *La coppia di fatto alla luce della giurisprudenza comunitaria: normativa nazionale spagnola e italiana a confronto*, dal sito:

[www.eurojuris.project.eu/ipernews/component/newsletter/upload/Saggio\\_a\\_cura\\_del\\_Dott.\\_Vincenzo\\_Carollo.\\_La\\_coppia\\_di\\_fatto\\_alla\\_luce\\_della\\_giurisprudenza\\_comunitaria.\\_Spagna\\_e\\_Italia\\_a\\_confronto.doc](http://www.eurojuris.project.eu/ipernews/component/newsletter/upload/Saggio_a_cura_del_Dott._Vincenzo_Carollo._La_coppia_di_fatto_alla_luce_della_giurisprudenza_comunitaria._Spagna_e_Italia_a_confronto.doc)

93 Si veda R.CHAPARRO, *Obiecciones juridico civiles a las reformas del matrimonio*, in *Actualidad Civil*, op. cit., p. 1157; e S.ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Madrid, 2005.

critiche si sono concentrate fundamentalmente sulla via scelta dal legislatore per conseguire la piena "normalizzazione" delle unioni omosessuali e quindi la loro inclusione in una istituzione come il matrimonio.

È opportuno sottolineare che, dando uno sguardo d'insieme alle varie legislazioni nazionali europee in materia di coppie omosessuali, il panorama normativo si presenta piuttosto vario, soprattutto per quanto riguarda le c.d. unioni di fatto<sup>94</sup>, ma la riforma spagnola sembra inserirsi in un processo riformativo generale di ampio respiro.

Alcuni Paesi si sono dotati di leggi che disciplinano unicamente le unioni omosessuali: è il caso della legge danese n. 372 del 7 giugno 1989 sulla "*Partnership* registrata", che all'art. 1 prevede che "due persone dello stesso sesso possono ottenere la registrazione della loro *partnership*"; registrazione che "comporterà gli stessi effetti legali del matrimonio".

Sulla stessa linea e solo temporalmente successive, si collocano analoghe leggi in Norvegia, Islanda, Finlandia e Svezia.

Anche la legge federale tedesca del 16 febbraio 2001 disciplina le *partnership* di persone dello stesso sesso le quali, condividendo un progetto di vita, possono scegliersi un cognome comune e sono obbligate al mutuo riconoscimento di reciproci diritti e doveri di solidarietà e di assistenza.

Più articolata è la legge federale svizzera del 18 giugno 2004 "sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali", da cui derivano tutta una serie di diritti e doveri, quali la "assistenza e rispetto reciproci" e "il dovere di provvedere, ciascuno nella misura delle proprie forze, al mantenimento dell'unione domestica".

Caratteristica comune di tutte queste legislazioni appena citate è però quella di disciplinare unicamente le unioni omosessuali, a differenza di quanto avviene in Francia, che con la legge n. 944 del 15

---

<sup>94</sup> A.PEREZ, "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. *Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto*, 2003, pp. 343-363.

novembre 1999 ha istituito il "*Pacte civil de solidarité*" (c.d. PACS).

La prima legislazione specifica volta ad introdurre l'istituto giuridico del matrimonio omosessuale, fu, invece, la legge olandese del 2000, seguita nel 2003 da quella del Belgio, e poi dalla Ley 13/2005 della Spagna.

Tale breve richiamo ad alcune legislazioni europee evidenzia una tendenza comune di maggiore apertura del diritto di famiglia verso un riconoscimento della convivenza omosessuale, tendenza tra l'altro sollecitata anche da vari interventi del Parlamento Europeo.

Tecnicamente, infatti, il governo spagnolo ha trovato appoggio per il suo ambizioso progetto di riforma proprio in una risoluzione del Parlamento europeo "sull'uguaglianza dei diritti degli omosessuali nell'Unione Europea"<sup>95</sup>: in particolare, nell'intento rappresentato nel paragrafo 14, di mettere fine a ogni forma di discriminazione per ragioni di orientamento sessuale, permettendo alle coppie omosessuali l'accesso a uno *status* giuridico equiparabile a quello delle coppie eterosessuali.

Come possiamo leggere nel *Proyecto de Ley* con il quale si modifica il *Código Civil* in materia di diritto a contrarre matrimonio: "il regolamento del matrimonio nel diritto civile spagnolo contemporaneo ha subito l'influenza dei modelli e valori dominanti nelle società europee e occidentali".

In tale senso, non c'è alcun dubbio che l'attuale Carta costituzionale spagnola già conteneva i medesimi (e già richiamati) principi: la promozione dell'uguaglianza effettiva dei cittadini attraverso il libero sviluppo della loro personalità (artt. 9, comma 2, e 10, comma 1 della Costituzione), la preservazione della libertà relativamente alle varie forme di convivenza (art. 1, comma 1 della Costituzione), e un principio di uguaglianza reale nel godimento dei diritti, senza discriminazione alcuna per ragioni di sesso, opinione o qualunque altra condizione personale o sociale (art. 14 della

---

95 Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994.

Costituzione), sono valori consacrati costituzionalmente, la cui formazione deve riflettersi nel regolamento delle norme che delimitano lo *status* del cittadino.

“In questo contesto, la legge spagnola permette che il matrimonio sia celebrato fra persone dello stesso o diverso sesso, con pienezza e uguaglianza di diritti e obblighi”<sup>96</sup>.

Ma veniamo , ora al contenuto della legge.

I mezzi di comunicazione diedero ampio risalto sin dalla promulgazione della Ley 13/2005, parlando genericamente di una legge che rende possibile il matrimonio tra omosessuali.

Invero, la legge 13/2005 non tratta specificamente di omosessuali o esclusivamente dei diritti degli omosessuali: essa modifica l'art. 44 del *Código Civil*.

Prima della riforma tale articolo recitava: «L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio in conformità alle disposizioni di questo codice»; il novellato testo riporta, infatti, l'aggiunta un secondo comma: «Il matrimonio avrà gli stessi requisiti e gli stessi effetti quando entrambi i coniugi siano dello stesso sesso».

Di seguito la legge introduce, altresì, piccole modifiche linguistiche in alcuni articoli del codice civile spagnolo e della legge dell' 8 giugno 1957 sul registro civile: dove si leggeva “uomo” e “donna”, “marito” e “moglie”, “sposo” e “sposa”, “padre” e “madre”, ecc., adesso si parla di “coniugi”, “consorti” o “progenitori”, prescindendo quindi, da una distinzione di genere.

Le espressioni “coniugi” e “consorti” assumono, ora, nell'ordinamento giuridico spagnolo, il più semplice significato di persone unite in matrimonio, indipendentemente dal fatto che esse siano dello stesso o di diverso sesso.

Come è evidente, non si tratta solo di un riconoscimento legale

---

<sup>96</sup> *Exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, 15 gennaio 2005.

delle unioni omosessuali: si è operato un cambiamento radicale del concetto stesso di matrimonio e di famiglia, la cui struttura essenziale oggettiva è stravolta.

Vengono modificati gli articoli 44, 66, 67, 154, 160, 164, 175, 178, 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404, e 1458 del *Código Civil*.

Prima di tale intervento normativo, il matrimonio su cui si fondava la famiglia era una relazione giuridica di cui costituiva caratteristica essenziale l'eterosessualità; adesso diventa, invece, una relazione per la quale il sesso dei contraenti è del tutto indifferente<sup>97</sup>.

Si elimina così nella maniera più assoluta ogni differenza fra unioni di persone dello stesso sesso e unioni di persone di sesso diverso: ogni differenziazione giuridica tra questi due tipi di unioni sarebbe un atto di ingiusta discriminazione.

Veniamo ora ai diritti e doveri dei coniugi riconosciuti dalla Ley 13/2005.

Anzitutto appare opportuno evidenziare come il Legislatore spagnolo abbia preferito dettare un'integrazione dei nuovi modelli familiari nel regime giuridico-civile del matrimonio già esistente, scartando a priori la possibilità di approvare una legge speciale "esterna" al Codice Civile, permettendo così il pieno ed automatico accesso delle coppie omosessuali al complesso di diritti e doveri che integrano l'istituto matrimoniale<sup>98</sup>.

Quanto meno curioso è che, mentre non vi è uno specifico elenco di quali siano i doveri attribuibili ai futuri coniugi, per i diritti, invece, sono riportate numerose situazioni a titolo di esempio per definire tale fattispecie<sup>99</sup>.

Viene così, riportato in questa elencazione anche uno degli

---

97 Si veda E.LAURO, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi del diritto civile spagnolo*, 2005, pag. 272.

98 Si veda S.ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Madrid, 2005.

99 L.AGUILAR RUIZ- C.HORNERO MÈNDEZ, *Un nuevo matrimonio en España (a propósito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, in *Familia* 2006, pag. 299 ss.

effetti, uno dei diritti più discussi della legalizzazione del "matrimonio" fra persone dello stesso sesso, e cioè la possibilità che questi coniugi adottino congiuntamente un minore: tale rivoluzionaria possibilità appare menzionata nella legge proprio come mero "esempio dei diritti e delle prestazioni sociali riconosciute a questa categoria di cittadini"<sup>100</sup>.

Sempre citati *ad exemplum* nella Ley 13/2005 troviamo altri diritti, che i nuovi coniugi acquisiranno, ovverosia il diritto alla residenza del consorte non spagnolo (art. 2 lett. a) RD del 26 giugno 1992), così come alla cittadinanza (art. 22 C.C.), il diritto a ricevere gli alimenti dal coniuge (artt. 142 e ss. C.C.), il diritto ad essere nominati tutori o curatori in caso di incapacità dell'altro (artt. 234 e 291 C.C.), il diritto a formalizzare l'adozione del figlio naturale di uno dei due coniugi (art. 176 C.C.), il diritto a succedere a titolo di eredi o legatari in caso di morte del consorte (artt. 807, 834 e 944 C.C.)<sup>101</sup>.

Tra gli aspetti più innovativi, almeno per quel che riguarda gli effetti economici del nuovo modello familiare, i diritti successori.

Occorre infatti evidenziare come questi diritti che ora, con la Ley 13/2005 vengono acquisiti automaticamente dai coniugi omosessuali, prima non venissero riconosciuti nemmeno nel caso in cui fossero stati esplicitamente previsti da un patto privato stipulato fra i membri della coppia<sup>102</sup>.

Per quanto riguarda il regime patrimoniale della famiglia in Spagna, coniugi e quindi ora anche quelli dello stesso sesso, hanno la facoltà di scegliere il regime economico che preferiscono sottoscrivendo delle convenzioni matrimoniali (*capitulaciones matrimoniales*), entro i limiti posti dal *Código Civil* (art. 1315)<sup>103</sup>.

---

100 Si veda DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, p. 59.

101 Si veda in argomento, S.MELIS, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rass. Parl.*, 2005, p. 267 e ss.

102 Nella legislazione autonoma, antecedentemente alla Ley 13/2005, unicamente la legge dell'Andalusia e quella Catalana prevedevano una tutela successoria per i conviventi omosessuali

103 Le convenzioni sono contratti che per essere validi devono essere conclusi con atto pubblico (art. 1327 C.C.) davanti al notaio. Inoltre non devono essere contrari alla legge, al buon costume e non possono limitare l'uguaglianza di diritti spettanti ai coniugi (art. 1328 C.C.). Esse possono stipularsi prima o durante il matrimonio



Il *Código Civil* disciplina diverse figure tipiche di regimi patrimoniali: comunione legale o *sociedad de gananciales* (art. 1346 ss. C.C.); separazione dei beni o *separación de bienes* (art. 1435 ss. C.C.), regime di partecipazione o *régimen de participación* (art. 1411 ss. C.C.).

A seguito dell'entrata in vigore della Ley 13/2005, dunque, l'intera disciplina del regime patrimoniale della famiglia può ritenersi estesa alle coppie omosessuali<sup>104</sup>, tanto più che la Carta costituzionale spagnola offre al legislatore ordinario un margine sufficiente per regolamentare forme ed effetti del matrimonio (art. 32 della *Constitución*).

Di grande rilevanza è poi la questione relativa all'applicabilità dell'istituto ai cittadini stranieri.

Nella legge spagnola 13/2005 non c'è una norma che specificamente regoli i matrimoni tra spagnoli e stranieri o tra stranieri, e ciò ha determinato, in fase di prima applicazione della legge, che alcuni giudici incaricati delle pratiche matrimoniali, abbiano ritenuto di poter celebrare il matrimonio tra persone omosessuali solo quando a contrarlo fossero due cittadini spagnoli.

Tale interpretazione non era corretta, ed è così stata oggetto di una risoluzione del 29 luglio 2005 della Direzione Generale dei Registri e del Notariato, massimo organo spagnolo in materia di Registri Civili.

---

(art. 1326 C.C.): quindi, oltre che per scegliere o sostituire il regime patrimoniale della famiglia, possono servire per modificarlo in parte (art. 1325 C.C.). In ogni caso, per poter essere opposte ai terzi vanno iscritte nel Registro Civile. Quando i coniugi decidono di non stipulare convenzioni matrimoniali, o quando queste risultino inefficaci, il regime patrimoniale della famiglia sarà quello della comunione legale (*sociedad de gananciales*, art. 1316 C.C.), che è il regime patrimoniale generale vigente in Spagna, tranne in quelle Comunità autonome nelle quali il diritto locale o *derecho foral* dispone l'applicazione di un altro regime. Così accade in Catalogna, Aragona, Baleari, Paesi Baschi e Navarra. Questi differenti regimi hanno caratteristiche proprie che li avvicinano ora al regime convenzionale, ora a quello della separazione dei beni. Qualunque sia il regime scelto dai coniugi, ciascuno deve contribuire con i propri beni alle spese familiari (art. 1318 C.C.). In caso ciò non avvenga, ciascun coniuge può rivolgersi al giudice perché adotti le misure opportune per l'adempimento delle obbligazioni assunte per la famiglia.

Il coniuge può compiere gli atti necessari a soddisfare le necessità ordinarie della famiglia, secondo gli usi del posto e le circostanze proprie di ciascun dovere a cui si attende. Per le obbligazioni familiari si risponde con i beni comuni e solo in via subordinata con i beni propri del coniuge che ha agito, e successivamente con quelli dell'altro coniuge. In questi due ultimi casi il coniuge ha diritto di rivalersi sui beni comuni o di essere reintegrato in base al regime patrimoniale scelto (art. 1319 C.C.).

Della casa familiare e dei beni che l'arredano si può disporre solo di comune accordo o, in caso di disaccordo, con l'autorizzazione del giudice, anche quando tali beni siano propri di uno solo dei coniugi (art. 1320 C.C.).

104 Si veda S.MELIS, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, op.cit., pag. 267 ss.

In tale Risoluzione si afferma che il matrimonio tra persone dello stesso sesso può essere validamente contratto in Spagna sia dalle coppie formate da un cittadino spagnolo e uno straniero, sia da quelle formate da *partners* entrambi stranieri residenti in Spagna, poiché la legge nazionale spagnola, in questo caso, prevale sulle leggi nazionali dei coniugi<sup>105</sup>, quindi anche e soprattutto nel caso in cui tali leggi non permettano o non riconoscano la validità del matrimonio tra omosessuali<sup>106</sup>.

La Risoluzione affronta direttamente anche il tema del c.d. "turismo matrimoniale": ossia delle coppie omosessuali che, non avendo la possibilità di sposarsi nel proprio Paese, decidono di recarsi in Spagna per farlo.

La Risoluzione definisce legittimo tale fenomeno<sup>107</sup>, e si limita a rappresentare che il matrimonio omosessuale contratto in Spagna da cittadini stranieri potrebbe non essere riconosciuto nei Paesi in cui questo non è ammesso dalla legge e che, tuttavia, tale profilo riguarda solo il diritto del Paese nel quale il matrimonio voglia farsi valere mentre rimane estraneo per l'ordinamento e le autorità spagnole<sup>108</sup>.

Per quel che riguarda il riconoscimento di tale matrimonio in Italia, dobbiamo far riferimento all'art. 28 L. 31 maggio 1995, n. 218 sulla "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", in base al quale quattro sono le leggi astrattamente applicabili al rapporto matrimoniale: quella del luogo di celebrazione; quella dello Stato nel quale, al momento della celebrazione, i coniugi avevano la propria

---

105 Sul punto, cfr. L. Aguilar Ruiz – C. HORNERO MÉNDEZ, *Un nuevo matrimonio en España (a propósito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, op. cit., pag. 299 ss.

106 La celebrazione del matrimonio può avvenire, oltre che in Spagna, anche all'interno delle rappresentanze diplomatiche spagnole all'estero, nel rispetto dei limiti previsti dalle convenzioni internazionali che regolano i rapporti diplomatici.

107 La validità "interna" dei matrimoni omosessuali era stata, tra l'altro, già riconosciuta indirettamente dal Tribunale Europeo dei Diritti Umani, nelle sentenze del 17 ottobre 1986 e del 27 settembre 1990, secondo le quali non permettere il matrimonio fra persone dello stesso sesso non implica violazione dell'art.12 della Convenzione di Roma per la protezione dei diritti umani perché la regolamentazione del *ius nubendii* è rimessa al legislatore nazionale. Sull'argomento si veda P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, Milano, 2002, p. 415 ss.

108 Tale soluzione passa per l'applicazione della regola di conflitto generale prevista nell'art. 9, comma 1, del *Código Civil español* che stabilisce che "la capacità e lo stato civile, i diritti e doveri della famiglia e la successione in caso di morte" siano assoggettati allo "statuto personale determinato dalla nazionalità della persona" T.ORTIZ DE LA TORRE, *Notas sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español*, in *Actualidad Civil*, num. 20, 2005

residenza; quella di cittadinanza del marito al momento della celebrazione; quella di cittadinanza della moglie allo stesso momento<sup>109</sup>.

In linea di principio dunque, il matrimonio è considerato valido dalla normativa italiana se conforme a una delle previsioni richiamate e sempreché esso non produca effetti contrari all'ordine pubblico<sup>110</sup>.

Merita infine un approfondimento anche la disciplina dell'adozione da parte delle coppie omosessuali e la soluzione proposta dalla Ley 13/2005 e quindi di riforma apportata al *Código Civil*.

La disciplina dell'adozione è stata oggetto, in Spagna, di diverse riforme succedutesi negli anni a partire dalla Ley 7 del 1970, riformatrice di quella del 1958, che però, anche con i successivi ritocchi apportati dalle leggi 11/1981 e 30/1981, non risultava in grado di soddisfare pienamente la funzione sociale che deve compiere l'istituto dell'adozione, e nel nel corso degli anni rivelò sempre di più tutte le sue carenze e insufficienze previsionali e disciplinatorie.

È solo successivamente all'entrata in vigore della Costituzione del 1978 che si è finalmente arrivati ad un importante processo di rinnovamento dell'ordinamento giuridico spagnolo in materia di minori, e quindi, di adozioni.

Le linee guida dell'attuale regime giuridico dell'adozione possono essere fatte risalire all'entrata in vigore della Ley 21 dell'11 novembre del 1987, che per prima riportò i principi che avevano rinnovato la Costituzione<sup>111</sup>, modificando, tra gli altri, gli artt. 172-180 del *Código civil* in materia di adozione e di affidamento.

Una delle caratteristiche principali della Ley 21/1987 fu quella di riuscire ad ottenere un controllo preventivo delle condotte e dei comportamenti che precedono l'adozione vera e propria da parte dei richiedenti l'adozione, attraverso l'intervento di un Ente pubblico

---

109 Sull'argomento G.GALLUZZO, *Il diritto della famiglia e dei minori*, Milano, 2002.

110 Per un approfondimento si veda, A. SINAGRA, *Riconoscimento ed esecuzione in Italia degli atti giurisdizionali stranieri in materia di diritto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, pag. 659 ss.

111 Si veda il Preambolo della stessa Ley 21/1987, *De modificación de determinados artículos del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción*.

competente nell'ambito territoriale di ciascuna Comunità Autonoma<sup>112</sup>.

Questo controllo aveva varie finalità: innanzi tutto, far cessare il "traffico" di bambini, e poi anche quello di effettuare un'adeguata selezione degli adottanti mediante il rispetto di condizioni minime di idoneità.

Ma la Ley 21/1987 ha avuto anche e soprattutto il pregio di introdurre due principi fondamentali, tuttora indefettibili come la configurazione dell'adozione come istituto di piena integrazione familiare, realizzata con la rottura del vincolo giuridico fra l'adottato e la sua famiglia d'origine, e con il riconoscimento *ope legis*<sup>113</sup> dell'esistenza di una relazione di filiazione fra adottato e adottanti; nonché la prevalenza dell'interesse dell'adottato rispetto agli interessi legittimi degli adottanti e dei genitori naturali ad esempio, anche attraverso la richiesta del consenso del minore sottoposto ad adozione.

La preoccupazione di dotare il minore di un'adeguata tutela giuridica deriva anche da diversi Trattati Internazionali, ratificati negli ultimi anni dalla Spagna e, in particolare, dalla Convenzione dei Diritti del Fanciullo, del 20 novembre 1989, ratificata dalla Spagna il 30 novembre del 1990, che (come evidenziato) segna l'inizio di una nuova filosofia di relazione col minore, basata su un sempre maggiore riconoscimento del ruolo di protagonista che esso svolge nella società.

Particolare attenzione merita la figura dell'*acogimiento familiar*, una sorta di affido familiare preadottivo, introdotto nel *Código Civil* (artt. 172-174) dalla Ley 21/1987.

Il merito di questa legge è quello di rendere flessibile l'istituto dell'affido familiare, adeguandolo alle esigenze del minore: è previsto dall'Ente Pubblico, nell'interesse del minore, sia quando si ritiene necessario un periodo di adattamento alla famiglia che ha avanzato richiesta di adozione, sia quando il minore è solo temporaneamente

---

112 Sull'argomento, cfr. I.T. PIAZUELO, *Un breve apunte en relación al Convenio de l'Haya*, marzo 2003, dal sito: [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)

113 Ex art. 108 del *Código Civil*: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. (...) La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

allontanato dalla sua famiglia d'origine, con la quale rimane il vincolo giuridico.

L'art. 172 del *Código Civil*, che disciplinava l'*acogimiento familiar*, è stato peraltro modificato dalla Ley 54/2007, la quale, accanto a questo tipo di affidamento, introduce un altro modello: l'*acogimiento residencial*, previsto nell'eventualità in cui il minore si trovi in un Centro di Accoglienza, nel qual caso risulta affidato al Direttore di tale Centro<sup>114</sup>.

Come accennato, la Ley 21/1987 ha riformato anche le norme in materia di adozione, prevedendo alcuni fondamentali requisiti di idoneità degli adottanti.

Di particolare importanza ai fini della presente ricerca, è l'art. 175 del *Código Civil*, riformato dalla Ley 21/1987, che prevede che l'adottante possa essere anche una persona *single* purchè abbia compiuto venticinque anni (se l'adozione è effettuata da ambedue i coniugi, è sufficiente che tale requisito venga soddisfatto da almeno uno dei due), e, tra l'adottante e l'adottato intercorrano almeno quattordici anni<sup>115</sup>.

E' da notare, infine, come la Ley 21/1987 dimostri di rispettare il riparto costituzionale e statutario di competenze fra Stato e Comunità Autonome con una disposizione finale specifica, in cui si dichiara sussidiaria la disciplina nazionale rispetto alle disposizioni delle Autonomie locali<sup>116</sup>.

A dimostrazione di ciò, la normativa prevede che, dal momento

---

114 AA.VV., *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, 2005.

115 Per quanto riguarda, invece, i requisiti personali dell'adottato, previsti anch'essi dall'art. 175, innanzi tutto è specificato, anche se con alcune eccezioni, che possono adottarsi solo minori non emancipati; altre limitazioni, poi, riguardano il divieto di adozione di un discendente o un parente entro il secondo grado in linea collaterale. Per quanto riguarda la procedura dell'adozione, secondo quanto disposto dall'art. 176 del *Código Civil*, questa si costituirà con risoluzione giudiziale, che terrà conto dell'interesse dell'adottato e dell'idoneità all'esercizio della patria potestà degli adottanti. La normativa prevede, inoltre, che in caso di domanda di adozione di un minore, che abbia già compiuto dodici anni, sia richiesto anche il suo consenso (art. 177 C.C.): ciò questo soprattutto alla luce del fatto che, con l'instaurarsi del nuovo vincolo di filiazione tra adottato e adottante, si produce l'estinzione del precedente vincolo giuridico del minore con la famiglia d'origine (art. 178 C.C.), a meno che i genitori naturali, entro due anni dall'avvenuta adozione, dimostrino di non aver avuto colpa nel non aver rispettato i termini fissati dall'art. 177 del *Código Civil* (ora art. 180 C.C.)

116 Si vedano le *Disposiciones Adicionales* della Ley 21/1987, *De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción*

in cui viene formalizzata la richiesta di affido preadottivo, e fino a quando il procedimento giudiziale non porti all'effettiva approvazione della domanda di adozione, le Comunità Autonome hanno il potere-dovere di effettuare, attraverso i Servizi Sociali, delle opportune indagini per valutare il grado di adattamento del minore all'interno della famiglia, ma soprattutto, la condizione di idoneità dei futuri genitori nei confronti del minore<sup>117</sup>.

La Commissione di Tutela del Minore, appositamente creata per svolgere questo compito all'interno di ogni Comunità Autonoma, revisionerà l'affido familiare semestralmente, ratificandolo, modificandolo, oppure estinguendolo, in base all'esito delle indagini svolte.

Appare a questo punto opportuno, per completezza espositiva un breve cenno anche alla disciplina spagnola relativa all'adozione del minore proveniente da altro Paese.

L'adozione internazionale ha acquisito, in Spagna, una rilevanza e una diffusione tali, soprattutto in questi ultimi anni, da destare una sempre maggiore attenzione e appoggio da parte delle Amministrazioni Pubbliche.

Tale attenzione si è concretizzata nella istituzione di una *Comisión sobre la Adopción Internacional* e di un *Consejo Consultivo de Adopción Internacional* che hanno lo scopo di formulare conclusioni e raccomandazioni, in ambito normativo, alle Amministrazioni spagnole competenti.

Cardine e riferimento per il rinnovamento della disciplina riguardante i diritti dei bambini stranieri in stato di adottabilità e i diritti di chi desidera adottarli, è stata, la *Convenzione sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale*, firmata all'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata dalla Spagna il 30 giugno 1995.

---

<sup>117</sup> Si veda la *Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del Código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción*, BOE del 17 novembre 1987, núm. 275.

La Convenzione dell'Aja, già dall'articolo 1, evidenzia come suo intento, quello di stabilire garanzie affinché le adozioni internazionali si svolgano nel superiore interesse del minore e nel rispetto dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti dal diritto internazionale, di instaurare un sistema di cooperazione fra gli Stati contraenti (con lo specifico scopo di assicurare il rispetto di queste garanzie, e quindi prevenire il fenomeno della sottrazione e della vendita di minori), assicurare il riconoscimento (negli Stati contraenti) delle adozioni realizzate in conformità alla Convenzione.

L'adozione internazionale è stata disciplinata, in Spagna, da un'apposita legge organica, volta a dare applicazione alla Convenzione dell'Aja: la Ley 1/1996, successivamente novellata dalla Ley 54 del 28 dicembre 2007<sup>118</sup>.

Come si è già detto la Ley 13/2005, nell'equiparazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso a quello delle coppie eterosessuali, ha comportato automaticamente la possibilità per i coniugi omosessuali di adottare minori<sup>119</sup>.

Anteriormente all'entrata in vigore della Ley 13/2005, diverse Comunità Autonome<sup>120</sup> permettevano già l'adozione congiunta alle coppie di fatto, e quindi anche a quelle composte da persone dello stesso sesso, ma solo con la Ley 13/2005 il diritto di adozione delle coppie omosessuali si estende a tutto il territorio nazionale spagnolo.

Nasce, così, realmente un nuovo modello familiare, sperimentato solo recentemente da alcuni altri Stati europei, precisamente Olanda, Svezia, Belgio, Islanda e Regno Unito.

Nella maggior parte delle legislazioni europee, invece, l'adozione

---

118 Secondo la Ley 54/2007, il procedimento di adozione internazionale inizia con la presentazione della domanda alle Autorità competenti, ossia gli Enti Pubblici per la Protezione dei Minori, che possono procedere direttamente alla raccolta ed all'inoltro delle domande, oppure affidare tale compito ad appositi Enti accreditati, che sono gli Enti Collaboratori dell'Adozione Internazionale. L'adozione si costituisce, poi, attraverso un provvedimento del giudice, previa dichiarazione di idoneità dell'adottante, rilasciata dall'autorità competente.

119 Sul punto, cfr. L.AGUILAR RUIZ – C.HORNERO MÉNDEZ, *Un nuevo matrimonio en España (a propósito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, in *Familia* 2006, pag. 312 ss.

120 Navarra (art. 8 della *Ley Foral* del 3 luglio 2000), Paesi Baschi (art. 8 della *Ley* del 7 maggio 2003), Aragona (art. 10 della *Ley* del 26 marzo 1999, riformata nel 2004), e Catalogna (artt. 115 e 117 del *Código de Familia de Cataluña*, riformato nel 2005).

di minori da parte di coppie omosessuali è espressamente vietata, con l'ulteriore eccezione di Danimarca, Germania e Norvegia, dove invece è permessa l'adozione solo del figlio (legittimo, naturale o adottivo) del *partner* omosessuale di un'unione civile.

Al riguardo appare opportuno menzionare la recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, n. 43546/02, del 22/01/200838: in tale pronuncia, di enorme portata innovativa, si è affermato che lo Stato, il quale rifiuti l'autorizzazione ad adottare un minore per il solo fatto dell'orientamento sessuale del richiedente, viola l'art. 14 (divieto di discriminazione) e l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel caso di specie, la ricorrente, E. B., di nazionalità francese, denunciava di aver subito, durante le fasi della procedura di approvazione della propria domanda di adozione, una discriminazione basata sul suo orientamento sessuale.

Tale trattamento fu effettivamente riconosciuto come discriminatorio, ed in contrasto con la legislazione francese in materia, che accorda espressamente alle persone *singles* il diritto di fare richiesta di adozione.

Tornando alla legislazione spagnola, passiamo ad analizzare i pregi e soprattutto i difetti e le critiche mosse alla Ley 13/2005.

Questa affronta l'importantissima riforma sociale e giuridica dell'adozione nazionale con la stessa tecnica legislativa utilizzata per riformare l'istituto del matrimonio civile, ossia con una mera modifica terminologica di quegli articoli del *Código Civil* che, per la loro redazione, risultavano incompatibili con il nuovo modello di matrimonio e di famiglia introdotto dal Governo spagnolo.<sup>121</sup>

Sotto diversi punti di vista la tecnica scelta dal legislatore spagnolo è risultata carente e imperfetta, soprattutto alla luce dell'obiettivo che essa intendeva perseguire: ampliare sostanzialmente

---

121 Sul punto, cfr., C.LASARTE ALVAREZ, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, op. cit., pag.545 e ss.



l'ambito soggettivo dell'istituto dell'adozione, il cui regime giuridico risulta ancora oggi sostanzialmente basato sulla eterosessualità degli adottandi<sup>122</sup>.

A sostegno di tale considerazione, basti pensare che alcune disposizioni della Ley 21/1987, ancora in vigore, sono rimaste inalterate, contenendo espressi riferimenti alla coppia eterosessuale.

In particolare, nella terza Disposizione Addizionale di suddetta legge, ancora si legge che: « I riferimenti di questa Legge alla capacità dei coniugi di adottare simultaneamente un minore saranno applicabili all'uomo e alla donna che formino una coppia unita in modo stabile, in ragione di un legame affettivo analogo a quello coniugale»<sup>123</sup>.

In pratica, la Ley 13/2005, nel suo *Artículo único*, si limita a modificare la redazione iniziale di due articoli del *Código Civil*, integrati nella Sezione Seconda del Capitolo V del Titolo VI (*De la adopción*): l'art. 175, comma 4, e l'art. 178, comma 2.

La variazione del quarto comma dell'art. 175 presuppone l'integrazione di un nuovo inciso al precetto, diretto a tutelare le adozioni (congiunte o successive) effettuate da uno dei due coniugi nei confronti dei figli naturali o adottati, dell'altro.

In particolare, nel caso si tratti di figli adottati in precedenza da uno dei due coniugi, e qualora il matrimonio sia stato celebrato dopo l'adozione, l'altro coniuge avrà anch'egli diritto di fare domanda di adozione sui figli del consorte.

Per quanto riguarda la modifica del secondo comma dell'art. 178 del *Código Civil*, invece, essa consiste, innanzi tutto, nella soppressione del requisito, precedentemente necessario, per cui l'adottante doveva essere dello stesso sesso del progenitore naturale<sup>124</sup>.

Nell'attuale redazione dell'art. 178, inoltre, possiamo leggere alcune eccezioni agli effetti generali previsti dalla norma, ossia

---

122Sul punto, cfr. L.AGUILAR RUIZ – C.HORNERO MÉNDEZ,, *Un nuevo matrimonio en España, op. cit.*, pag. 299 ss.

123Dalle *Disposiciones Adicionales* della Ley 21/1987, *De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción*.

124L. B.DE HEREDIA, *Adopción por parejas del mismo sexo*, in *Reformas de familia*, pag. 124.

l'estinzione dei vincoli giuridici dell'adottato con la sua famiglia biologica.

In pratica, secondo la nuova disposizione, tali vincoli potranno permanere: quando solo uno dei due genitori biologici risulta legalmente riconosciuto e determinato, sempre che ne sia fatta esplicita e concorde richiesta da parte del genitore biologico, dell'adottante, e dell'adottato se maggiore di dodici anni; oppure quando l'adottato sia figlio del coniuge dell'adottante, anche qualora quest'ultimo sia deceduto.

Da ricordare, infine, che come la precedente legislazione spagnola sull'adozione di minori, anche in base alla nuova normativa è prevista la necessità di un *certificado di idoneità* degli adottanti, da rilasciare in base ad una serie di indagini ed esami psico-sociali, miranti a verificare l'attitudine ad essere dei buoni genitori, indistintamente se si tratti di coppie eterosessuali od omosessuali.

Analizzando la recente giurisprudenza spagnola sulle adozioni di minori da parte di coppie omosessuali, si segnalano due casi rilevanti in materia.

Il 29 settembre del 2006, una coppia omosessuale di Barcellona è stata la prima a vedersi riconoscere gli effetti della riforma del codice di famiglia, operata dalla Ley 13 del 1° luglio 2005, sulla possibilità per le famiglie omosessuali di adottare un minore.

Le statistiche rilevano che, durante il primo anno e mezzo dall'entrata in vigore della Ley 13/2005, sono state presentate ben ventiquattro richieste di adozione da parte di coppie omosessuali<sup>125</sup>.

Considerando tali dati, si è affermato che la riforma legale, che ha esteso la soggettività del diritto di adottare un minore, in definitiva, non ha provocato nessuna rottura sociale né alterazione del sistema delle adozioni nazionali<sup>126</sup>.

---

125Dalla lettura di una relazione esposta da CARMÉ FIGUERAS, Segretaria delle Politiche Sociali del PSOE, in occasione dell'inaugurazione del primo *Foro Internazionale dell'Infanzia*.

126F.T.G., *Una pareja de homosexuales consigue la primera adopción en Catalunya tras la reforma de la ley de familias*, El País, EFE, 29/09/2006 .

Inoltre, la maggior parte delle domande di adozione presentate finora riguardano adozioni nazionali di minori di nazionalità spagnola, come nel caso del minore adottato dalla coppia di Barcellona.

Ma questo è ovvio, se teniamo conto del fatto che in materia di adozioni, in caso di contrasto, prevale sempre la legislazione del Paese d'origine del minore, e se consideriamo quanto pochi sono gli Stati, nel mondo, che permettono l'adozione di minori da parte di coppie omosessuali.

Un altro caso emblematico è quello rappresentato dalla sospensione dall'esercizio delle sue funzioni di un giudice di Murcia, Fernando Ferrin Calamita, che aveva negato ad una donna omosessuale la possibilità di adottare la figlia biologica della partner.

Il comportamento del giudice è stato esaminato dal *Consejo General del Poder Judicial*, il C.S.M. spagnolo, che, per la prima volta su querela di un privato cittadino, ha deciso, il 19/02/2008, la sospensione cautelativa del giudice dalle sue funzioni<sup>127</sup>.

Nella motivazione della sua sentenza, il magistrato così spiegava le sue convinzioni: «L'ambiente omosessuale aumenta sensibilmente il rischio che anche i minori lo diventino»; e ancora: «è impossibile che due genitori omosessuali diano una formazione integrale al minore».

Il pubblico ministero, che ha istruito la causa di sospensione, ha considerato le affermazioni del giudice come una grave infrazione all'art. 418, comma 6, sulla Responsabilità Disciplinare dei Giudici e dei Magistrati, ed ha chiesto, per il presunto ritardo attribuitogli nel prodedimento di adozione del minore, diciotto anni di inabilitazione dall'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali<sup>128</sup>.

Si ricorda, infine, che la legittimità costituzionale della Ley 13/2005, è stata messa in discussione dal Partito Popolare di José María Aznar e Mariano Rajoy Brey, il quale ha presentato un ricorso al *Tribunal Constitucional*, denunciando la contrarietà della legge ad una

---

127 P.LINDE, *El juez que no deja adoptar*, Murcia, EFE, 27/07/2007.

128 Sul punto, cfr. M.ALTOZANO, *El Consejo del Poder Judicial suspende al juez que obstaculizó una adopción por parte de una lesbiana*, in *El País*, EFE, 19/02/2008.

serie di norme costituzionali<sup>129</sup>.

Comunque, anche se attualmente pendente dinanzi al Tribunale Costituzionale, la presentazione del ricorso non incide affatto sull'attuale applicazione della legge.

Sempre al fine di un'esauritiva trattazione della disciplina della famiglia, appare opportuno trattare seppur brevemente quanto introdotto dalla legge 15 del 2005 in tema di separazione e divorzio: le grandissime novità apportate hanno infatti, una diretta influenza sul rapporto che intercorre tra la coppia di fatto e la famiglia matrimoniale.

La prima legge sul divorzio, promulgata in Spagna dopo la fine del regime franchista, è la Ley 30, del 22 giugno 1981. Prima di allora, tuttavia, il divorzio era già stato introdotto, per un breve periodo, durante la Seconda Repubblica: il 26 febbraio 1932 le *Cortes Constituyentes* approvarono, infatti, una storica legge in materia, promossa dall'allora Ministro della Giustizia, Fernando de los Rios, in base al disposto dell'art. 43 della *Constitución* del 1931, che prevedeva, appunto, la dissoluzione del vincolo matrimoniale per mutuo dissenso, o anche su richiesta di uno solo dei coniugi in presenza di una giusta causa.

La legge, entrata in vigore il 2 marzo 1932, fu una delle più progressiste dell'epoca in quanto prevedeva, tra l'altro, il divorzio consensuale: l'art. 2 disponeva, infatti, che "habrà lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por algunas de las causas determinadas en esta Ley (...)".

Tra i motivi di divorzio erano previsti l'adulterio, la bigamia, l'induzione alla prostituzione dei figli o della moglie, l'abbandono della famiglia o del coniuge per un anno, l'aver attentato alla vita del coniuge, ma anche la separazione di comune accordo per tre anni.

La legge del 1932 presentava altri aspetti decisamente innovativi, come l'attribuzione anche alla moglie della potestà

---

<sup>129</sup> Il ricorso segnala che la Ley 13/2005 è contraria alla *Constitución* perché violerebbe l'art. 32, non rispettando la definizione di matrimonio fra un uomo e una donna, e poi sarebbe contraria anche ai precetti costituzionali degli artt.9, 10 comma 2, 14, 39, 53 comma 1, e 167.

genitoriale, la possibilità per la coppia di accordarsi sull'affidamento dei figli, ed ancora il diritto ad un contributo economico per il coniuge.

Durante il regime franchista, tuttavia, la norma venne abrogata con legge del 23 settembre 1939 e furono dichiarate nulle le sentenze di divorzio fino ad allora pronunciate.

Il matrimonio, così, tornò ad essere considerato indissolubile fino alla promulgazione della Ley 30/1981, che ha, come nucleo della sua elaborazione, proprio la re-ammissione del divorzio.

Secondo la normativa introdotta dalla Ley 30/1981 – dove, peraltro, si possono trovare ancora alcuni tratti del vecchio modello della separazione-sanzione – i coniugi che intendessero sciogliere il loro vincolo matrimoniale potevano presentare domanda di separazione solamente dopo un anno dalla celebrazione delle nozze e, una volta ottenuta la separazione, dovevano aspettare un altro anno per presentare la domanda di divorzio.

In nessun caso, comunque, il matrimonio poteva dissolversi in conseguenza di un mero accordo in tal senso tra i due coniugi<sup>130</sup>, mentre la legge introdusse, all'art. 82 del *Código Civil*, un elenco tassativo delle cause di separazione, ossia l'abbandono ingiustificato del domicilio coniugale, l'infedeltà, il comportamento ingiurioso o vessatorio e qualsiasi altra violazione grave o ripetuta dei doveri coniugali; . qualsiasi violazione grave o ripetuta dei doveri nei confronti dei figli comuni o di quelli di uno dei coniugi che convivano nel domicilio coniugale; la condanna a una pena detentiva di durata superiore a sei anni; l'alcolismo, la tossicodipendenza o le turbe mentali, a condizione che l'interesse dell'altro coniuge o quello della famiglia richiedano la sospensione della convivenza; l'effettiva cessazione della convivenza da sei mesi, quando l'altro coniuge vi abbia liberamente acconsentito; l'effettiva cessazione della convivenza da tre anni, anche in assenza del consenso;

---

<sup>130</sup> Per un approfondimento, cfr. C.LASARTE ALVAREZ, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, op. cit., pag. 545 e ss.

Conseguenza della separazione, a norma dell'art. 83 c.c. come modificato dalla *Ley 30/1981*, è la sospensione della vita in comune dei coniugi e la cessazione della possibilità di vincolare beni dell'altro coniuge nell'esercizio della potestà domestica (*potestad doméstica*).

La separazione viene meno in caso di riconciliazione dei coniugi e lascia senza effetto i provvedimenti del giudice: tuttavia, i coniugi devono comunicare al giudice la loro riconciliazione.

La normativa spagnola sul divorzio del 1981 si ispira alla dottrina del divorzio-rimedio<sup>131</sup> e intende fornire una soluzione giuridica a una situazione di cessazione effettiva della convivenza ritenuta, a differenza della separazione, irreversibile e definitiva.

Secondo l'art. 86 del *Código Civil*, come modificato dalla *Ley 30/1981*, costituiscono causa di divorzio la cessazione effettiva della convivenza da almeno un anno ininterrotto dalla presentazione della domanda di separazione, formulata da entrambi i coniugi o da uno di essi con il consenso dell'altro, quando la domanda sia stata presentata dopo almeno un anno di matrimonio; la cessazione effettiva della convivenza da almeno un anno ininterrotto dalla presentazione della domanda di separazione personale, su richiesta del ricorrente o di colui che ha proposto una domanda riconvenzionale ai sensi dell'articolo 82 C.C., quando la domanda di separazione sia stata definitivamente accolta o, superato il termine sopra menzionato, se in prima istanza non è stata resa alcuna decisione; la cessazione effettiva della convivenza da almeno due anni ininterrotti (dal libero consenso di entrambi i coniugi alla separazione di fatto o dalla sentenza definitiva o dalla dichiarazione giudiziale di assenza di uno dei coniugi, su richiesta di uno di essi; la cessazione effettiva della convivenza da almeno cinque anni, su richiesta di uno dei coniugi; la condanna definitiva per tentato omicidio del coniuge o dei suoi ascendenti o discendenti.

Venivano pertanto esclusi dall'elenco dei motivi di divorzio, invocabili dinanzi ai tribunali, il concetto di colpevolezza di uno dei

---

<sup>131</sup> Sul punto, cfr. C.LASARTE ALVAREZ, *Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 655, 2005.

coniugi e il mutuo consenso, che non fosse accompagnato dalla cessazione effettiva della convivenza per un determinato periodo di tempo, salvo in caso di tentato omicidio dell'altro coniuge o dei suoi ascendenti o discendenti. Non era, quindi, possibile presentare domanda di divorzio consensuale se non in presenza di tali circostanze.

Quando il divorzio o la separazione siano stati richiesti congiuntamente o da uno solo dei coniugi con il consenso dell'altro, gli artt. 81 e 86 C.C. prevedono che la domanda debba necessariamente accompagnarsi ad una proposta di accordo per regolare le conseguenze della separazione o del divorzio (*convenio regulador*).

Tale accordo, a norma del novellato art. 90 C.C., deve necessariamente stabilire a chi spetta l'affidamento dei figli su cui entrambi i coniugi esercitano la patria potestà, l'esercizio di questa e, se del caso, la regolazione dei permessi di visita e del tempo che i figli devono passare con il genitore che non viva abitualmente con essi; se ritenuto necessario, il regime di visita dei nonni ai nipoti, tenendo sempre in conto l'interesse di questi; a chi vada attribuito l'uso della casa familiare e dei beni che la arredano; il contributo di ciascun coniuge alle spese familiari e l'ammontare degli alimenti; quando necessario, la liquidazione dei beni comuni; il contributo economico da corrispondere, in conformità all'art. 97 C.C., a uno dei coniugi.

Comunque, in via generale, il divorzio comporta lo scioglimento del regime patrimoniale dei coniugi, mentre, per quanto riguarda i rapporti con i figli, il principio generale è che il divorzio non esime i genitori dagli obblighi nei loro confronti e pertanto entrambi, a prescindere dall'affidamento, devono contribuire al loro mantenimento fino a quando non diventino economicamente indipendenti (a meno che il mancato raggiungimento dell'indipendenza economica non dipenda da cause loro imputabili).

Come affermato dal Ministro della Giustizia, Juan Fernando López Aguilar, in un suo intervento a difesa del progetto di riforma del

2005<sup>132</sup>52, in oltre vent'anni di applicazione, la Ley 30/1981 ha mostrato enormi insufficienze, che hanno inciso sull'aggravarsi dei conflitti familiari dai quali trae origine il processo di separazione e divorzio.

La necessità di un periodo di separazione antecedente al divorzio -che nelle intenzioni del legislatore del 1981 avrebbe dovuto avere un effetto di rallentamento della procedura di scioglimento del vincolo matrimoniale in virtù del principio di prudenza- ha comportato un aumento dei costi giudiziali a carico delle parti, l'incertezza riguardo alla situazione giuridica del coniuge separato e il desiderio dei coniugi di rinegoziare le condizioni della separazione (principalmente quelle relative all'assegno di mantenimento).

Questo contesto ha sicuramente reso terreno fertile alle riforme promosse dal Governo presieduto da José Luis Rodríguez Zapatero e alla promulgazione della Ley 15/2005, dell'8 luglio, *de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio*.

La Ley 15/2005, certamente una svolta fondamentale in materia di separazione e divorzio in Spagna, introduce, infatti, grandi novità nell'*iter* dei due procedimenti, in primo luogo eliminando la necessità della previa separazione personale per poter chiedere il divorzio, anche se questa rimane un'opzione possibile per chi lo richieda.

In questo modo, i coniugi possono optare per uno dei due istituti come alternative totalmente indipendenti, senza dimenticare, però, una differenza fondamentale: mentre con la separazione, non producendosi una rottura definitiva del vincolo coniugale, in caso di riconciliazione la vita matrimoniale può riprendere come prima della separazione; in caso di divorzio, invece, gli ex-coniugi, che decidano di riconciliarsi, dovranno contrarre un nuovo matrimonio.

Come abbiamo visto, mentre prima della riforma del 2005 separazione e divorzio erano due istituti collegati da un vincolo di propedeuticità, ossia per poter richiedere il divorzio si dovevano

---

132 In *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, num. 84, 2005, pag. 4095 e ss.



iniziare preventivamente le pratiche della separazione, dopo la riforma i due istituti diventano assolutamente indipendenti e alternativi.

In pratica, con la Ley 15/2005, separazione<sup>133</sup> e divorzio<sup>134</sup> sono due opzioni, che le parti possono liberamente scegliere per risolvere i loro rapporti di vita in comune.

In ogni caso, come precisato dalla nuova redazione degli artt. 81 e 86 del *Código Civil español*, per presentare domanda di divorzio, è necessario che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, contrariamente a quanto stabilito dalla normativa precedente, che esigeva un minimo di un anno.

Le misure previste dalla Ley 15/2005 velocizzano enormemente la procedura, al punto che, per la conclusione di un procedimento di divorzio basato su mutuo accordo, saranno sufficienti un paio di mesi, mentre per quello non consensuale, invece, sei mesi<sup>135</sup>.

A partire dall'entrata in vigore della legge, inoltre, il coniuge che

---

133 Quanto alla separazione, come detto, non scioglie il vincolo matrimoniale: i coniugi separati continuano ad essere legalmente sposati, anche se la sentenza di separazione produce la sospensione della loro comunione di vita. La separazione di fatto costituisce la cessazione effettiva della convivenza matrimoniale, voluta liberamente da entrambi i coniugi, o da uno solo di essi, che abbandona la casa coniugale, senza però rivolgersi al Giudice per legalizzare la situazione. La separazione giudiziale, invece, si perfeziona con la sentenza del Giudice, al quale i coniugi si sono rivolti. A partire dalla separazione giudiziale, i coniugi avranno piena libertà sulla propria persona e sui propri beni, senza interferire nella vita e nelle attività dell'altro; non è più prevista, quindi, la possibilità di vincolare il patrimonio di ciascun coniuge alle attività dell'altro. Se i coniugi riusciranno a raggiungere un accordo durante il procedimento di separazione contenziosa, dovranno presentare al Giudice questo accordo di composizione (*convenio regulador*), e il procedimento diventerà di mutuo accordo. Allo stesso modo, se iniziando un procedimento consensuale una delle due parti non ratifica davanti al Giudice la domanda di separazione o l'accordo presentato, il procedimento di mutuo accordo si archivia e deve iniziarsi un altro di separazione contenziosa.

134 A differenza di quello che succede con la separazione, il divorzio si può accordare solo con sentenza giudiziale e produrrà effetti a partire dalla firma della domanda. Con l'entrata in vigore della Ley 15/2005, abbiamo visto come sia sufficiente un periodo di tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, trascorsi i quali si può fare richiesta di divorzio, senza bisogno di darne motivazione e soprattutto senza dover aver fatto previa richiesta di separazione. Possiamo distinguere due diversi tipi di procedimento di divorzio: quello consensuale o di mutuo accordo, e quello contenzioso. Il divorzio di mutuo accordo è un procedimento veloce, semplice ed economico: viene presentata la domanda di divorzio e l'eventuale accordo, da entrambi i coniugi, al Giudice, che si limita, quindi, a ratificarli. I coniugi possono essere addirittura rappresentati dallo stesso procuratore, avendo così una riduzione dei costi a loro carico. Nel procedimento di divorzio contenzioso, invece, la domanda sarà presentata da uno solo dei coniugi, che indicherà anche le misure che dovrebbero adottarsi per la custodia dei figli, gli alimenti, e le altre questioni familiari che vuole rimettere alla decisione del Giudice, espressa poi nella sentenza. Questo procedimento è più lungo, complicato e costoso di quello di mutuo accordo. Contro le sentenze pronunciate nei processi matrimoniali di separazione e divorzio si può proporre ricorso davanti al Tribunale Provinciale (*Audiencia Provincial*). Così come succede nel procedimento di separazione, se i coniugi, nel corso di un procedimento di divorzio contenzioso, riescono a raggiungere un accordo, il procedimento diventa di mutuo accordo, con la presentazione al Giudice di un accordo di composizione. Allo stesso modo, se iniziando un procedimento di divorzio di mutuo accordo una delle parti non ratifica davanti al Giudice la domanda o l'accordo, inizierà un nuovo procedimento contenzioso.

135 Sul punto, cfr., L.AGUILAR RUIZ- C.HORNERO MENDEZ, *Un nuevo matrimonio en España (a propósito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, op. cit., pag. 299 e ss.

non desideri più continuare il matrimonio, potrà liberamente proporre domanda di divorzio: è stata eliminata, così, l'esigenza di addurre come causale, uno dei motivi tassativamente elencati dalla precedente redazione dell'art. 81 C.C..

Tra l'altro, una volta presentata la domanda di divorzio da uno dei due coniugi, l'altro non potrà opporvisi, e neanche il Giudice potrà rifiutare, a sua volta, la richiesta, salvo che per ragioni procedurali.

Una cifra rivelatrice dell'esito e della portata della riforma introdotta dalla Ley 15/2005, già nel suo primo anno di applicazione, è il notevole aumento della percentuale dei divorzi, a scapito di una diminuzione della percentuale delle separazioni.

Se a tale constatazione, uniamo la circostanza che, nello stesso periodo di tempo, il numero di matrimoni finiti, della durata inferiore ad un anno, si è triplicato, arriviamo alla conclusione che la riforma, ha avuto successo dal punto di vista pragmatico, tecnico; ma è dubbio se di adeguamento o di trasformazione della realtà sociale.

Ciò nonostante è invocato da più parti un ulteriore e più generale intervento di riforma nella legislazione di famiglia, al fine di rimuovere alcuni aspetti che si presentano ad oggi contraddittori.

Infine, la riforma legislativa in materia di separazione e divorzio, operata dalla Ley 15/2005, si è occupata anche di altre importanti questioni, che riguardano nello specifico la filiazione, oltreché il regime patrimoniale<sup>136</sup>, il regime successorio<sup>137</sup> e la mediazione<sup>138</sup> dei quali non

---

136 Un altro articolo toccato dalla riforma è quello relativo all'erogazione di un assegno (*pensión compensatoria*) a favore del coniuge pregiudicato economicamente dalla separazione o dal divorzio (art. 97 C.C.). In realtà, però, il cambiamento apportato dalla riforma riguarda solo il carattere dell'erogazione, che potrà essere provvisoria o vitalizia, e, novità ancor più significativa, potrà consistere anche in una prestazione unica, con un unico e definitivo versamento. Quest'ultima possibilità, tra l'altro, sembra quella da preferire nei casi di divorzio di persone sposate solo da qualche mese, per le quali una pensione vitalizia sarebbe incongruente. Si veda Adrian Perez Mayor, *Crisis matrimoniales e indemnización por daño o moral*, in *Revista jurídica de Catalunya*, num. 1/2004, pp. 163-171.

137 Per quanto riguarda i diritti successori del coniuge separato, di fatto o giudizialmente, essi sono disciplinati dagli artt. 834 e 835 del *Código Civil español*, dove, in pratica, prima della riforma, al coniuge separato, non veniva riconosciuta la qualifica di coniuge vedovo, e quindi non veniva considerato tra gli *herederos forzosos* o legittimari. L'art. 834 c.c. poneva, inoltre, dei problemi interpretativi laddove faceva riferimento al concetto di colpa della separazione, ormai estraneo alla disciplina dell'istituto a partire dalla Ley 30/1981, mentre non disponeva nulla, a differenza dell'art. 945 c.c. relativo alla successione *ab intestato*, in merito al coniuge separato di fatto. A partire dall'entrata in vigore della Ley 15/2005, nella nuova redazione dell'art. 834 C.C. anche il coniuge separato di fatto potrà godere dei diritti successori solo se risulterà incluso nel testamento.

138 Nell'Esposizione dei Motivi della Ley 15/2005 e nella Terza Disposizione Finale possiamo trovare anche qualche

si tratterà perchè non strettamente pertinenti alla presente indagine<sup>139</sup>.

Per quanto riguarda la situazione dei figli e della loro patria potestà, diciamo subito che è uno dei punti su cui la riforma ha inciso di più.

Con la Ley 15/2005 si rafforza la libertà di decisione dei genitori nell'esercizio della patria potestà: infatti, la legge prevede espressamente che i genitori possano accordarsi, tramite il *convenio regulador*, sull'attribuzione di tale esercizio ad uno solo di essi oppure ad entrambi in forma congiunta (art. 92, comma 5, C.C.)<sup>140</sup>.

Ove mancasse un accordo, invece, sarà il Giudice, su istanza di parte (art. 92, comma 8, C.C.), a prendere una decisione sull'affidamento e sull'esercizio della patria potestà: sarà, in ogni caso, sempre favorita l'applicazione della custodia condivisa dei figli, mentre la privazione della patria potestà genitoriale si potrà produrre solo con una sentenza motivata del Giudice.

Espressamente si prevede che qualsiasi misura necessitata da ostacoli, impedimenti o difficoltà nella relazione tra un genitore ed il proprio figlio, debba essere sostenuta da serie motivazioni.

---

riferimento all'istituto della mediazione. Il legislatore, infatti, con il fine di ridurre le conseguenze che possono derivare da separazione e divorzio, per mantenere il dialogo tra i membri della famiglia e, in particolare, per garantire la protezione del minore, propone la mediazione come un mezzo volontario e alternativo di soluzione delle liti familiari, con l'intervento, appunto, di un mediatore imparziale e neutrale (si veda la stessa *Exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*, 8/07/2005. Inoltre, durante il procedimento di separazione o divorzio, le parti possono chiedere in qualsiasi momento al Giudice la sospensione delle procedure giudiziali per poter ricorrere alla mediazione familiare.

139 Per un più generale approfondimento sul punto, si veda L.AGUILAR RUIZ- C.HORNERO MENDEZ, *Un nuevo matrimonio en España (a propósito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, op. cit., pag. 312 ss.

140 Si vedano in argomento, anche M. ENCARNACION ROCA I TRIAS, *La responsabilidad civil en el Derecho de familia*, in M.MARTINEZ, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pagg. 543-550.

## **L'esperienza francese dei Pa.c.s.**

Il *Pa.c.s.*, acronimo di *Pacte Civil de Solidarité*, è la più celebre forma di riconoscimento delle famiglie non tradizionali, e, più in generale, delle unioni non matrimoniali.

Il *Pacte Civil de Solidarité* presenta, a differenza di istituti presenti in altri Paesi ed a questo assimilati, la massima flessibilità ed adattabilità. Tale peculiarità si deve probabilmente anche al fatto che nacque non soltanto per regolare la famiglia di fatto, ma le convivenze affettive in generale: relazioni di coppia tra persone dello stesso sesso, unioni di studenti universitari o di anziani.

L'obiettivo dichiarato è quello di promuovere la solidarietà economica tra persone che instaurano una vita in comune, anche prescindendo dalla convivenza.

Limitando, però, l'indagine ai nuovi modelli familiari, soggetto della presente ricerca, il *Pacs* dà alle coppie che non vogliono, o non possono, sposarsi una certa legittimazione sociale, giuridica e fiscale: rappresenta una forma originale di coppia, una sorta di compromesso tra l'unione libera ed il matrimonio.

Infatti, anche se in larga parte assimilabile all'istituto matrimoniale, non è un matrimonio nell'accezione corrente del termine, bensì una forma di unione legittima che pone l'accento sul progetto di vita in comune di due individui (piuttosto che sulla complementarità di genere).

Una prima, e forse più importante, peculiarità consiste dunque, nel fatto che il *Pacs* non pone nella sua formazione alcun divieto di genere ai suoi contraenti, vale a dire che permette espressamente ad un uomo ed a una donna, così come a due uomini ed a due donne, che progettino una vita a due, di stipularlo.

Il *Pacte* non pone quindi, le diverse forme di esprimere l'amore (o la comunanza) e la sessualità in posizione gerarchica, e non differenzia in alcun modo lo status dei *pacses*<sup>141</sup> eterosessuali da quello

---

141 Ovverosia coloro i quali hanno contratto un *Pacs*: *les personnes pacses*.

degli omosessuali.

Ma, come detto in apertura della trattazione, l'idea con cui nasce il *Pacs* non è solamente quella del rifiuto di una suddivisione della popolazione in gruppi chiusi a seconda dei propri orientamenti sessuali: è in concreto utilizzabile per una grande varietà di situazioni di vita comune, e questo lo rende differente dai numerosi provvedimenti adottati in numerosissimi Paesi europei.

Tutti questi provvedimenti hanno aperto vivaci dibattiti tra antropologi e politici intorno alle continue evoluzioni dei modelli di vita familiare e di coppia, ma il *Pacte Civil de Solidarité* ha letteralmente diviso la comunità scientifica (che subito ne ha colto la portata) e dato vita ad uno dei più interessanti e vivaci dibattiti scientifici degli ultimi decenni<sup>142</sup>.

I media hanno, invece, veicolato l'interesse dell'opinione pubblica su quella logica universalista a fondamento del *Pacs* che è la non differenziazione dei sessi.

L'attenzione per il *Pacs*, quindi, si è concentrata nell'attenzione per l'istituto che scardina uno dei pilastri dell'antropologia (appunto la differenza tra i sessi e la sessualità) attorno al quale ogni società, esistente od esistita, sembra aver costruito il sociale e le regole che ne permettono il funzionamento.

Effettivamente tutti gli antropologi francesi concordano nel considerare il *Pacte Civil de Solidarité* come una vera e propria rivoluzione in materia di matrimonio e più in generale, di famiglia che appare mettere in discussione la teoria antropologica secondo cui tutto

---

142 In Francia ad aprire il dibattito fu l'etnologa francese FRANCOISE HERITER (autrice di *Maschile e femminile, Il pensiero della differenza*, Bari, 2000), allieva di LEVI-STRAUSS, riprendendo le definizioni di parentela, famiglia e matrimonio elaborate dal Maestro nel testo *Les structures elementaires de la parenté*, Bari, 2008. In questo saggio il padre dello strutturalismo francese è arrivato alla conclusione che in tutte le società umane il passaggio dallo "stato di natura" allo "stato di cultura" antropologicamente inteso, si sia attuato grazie al riconoscimento ed alla elaborazione della differenza tra i sessi, e che nessuna società abbia eluso tale irriducibile ed oggettiva differenza nell'elaborare le sue rappresentazioni. La famiglia e, in generale, la società umana, si è sempre organizzata in base alla differenza tra maschile e femminile. L'istituzione della famiglia va considerata nella sua eterogeneità di modelli e nella sua capacità di modularsi in forme differenti, ma tutti i modelli sono stati elaborati partendo dall'universale constatazione del semplice fatto di natura biologica della complementarietà fisica tra uomo e donna. La Heriter va oltre, parlando di "valenza differenziale dei sessi": auspica sì una completa uguaglianza sociale dei sessi, ma ritiene impensabile che una società disconosca la complementarietà tra i generi, e mette in guardia, così, i legislatori dall'approvare strumenti giuridici che privilegino le aspirazioni dell'individuo rispetto al benessere dell'attività (poiché gli interessi del gruppo dovrebbero venire prima di quelli dell'individuo).

il pensiero umano si basa sulla differenza tra i sessi<sup>143</sup>.

Gli antropologi favorevoli al nuovo istituto (più esattamente al progetto del nuovo istituto) hanno ritenuto di dover riconsiderare le teorie sul matrimonio e sulla famiglia alla luce del mutato contesto storico-sociale; quelli contrari, invece, pur tenendo conto dei progressi e dell'evoluzione (della mentalità) nella società francese, hanno posto l'accento sul limite oltre il quale la "legge dell'uomo" non possa porsi in contraddizione con la "legge della natura" nel rinnovamento della concezione e dell'ordinamento della famiglia.

Il dibattito tra oppositori e sostenitori<sup>144</sup> del "progetto *Pacs*" cominciò nella metà degli anni novanta e si è protratto oltre l'entrata in vigore della legge nel 1999.

Non è stato forse un caso che un tale confronto scientifico (poi estesosi a tutti i "Paesi occidentali", e non solo) abbia preso le mosse ed abbia poi prodotto i suoi frutti proprio in Francia.

Un'istituzione come il *Pacs* suscita legittime perplessità perchè le società umane sono sempre state costruite affinché il sociale, vale a dire gli interessi della comunità o perlomeno della maggioranza della comunità, prevalgano sugli interessi del singolo (o della minoranza). L'attenzione (giuridica, politica e sociale) sempre maggiore nei confronti del singolo individuo porta a chiedersi fino a che punto sia

---

143 Influenzata dalle idee della HERITIER, ma assai più conservatrice è la sociologa del diritto IRÈNE THERY. Redige per conto del Governo francese ( su domanda di Martine Aubry et Elisabeth Guigou, ministri del Governo Jospin) le rapport «Couple, un rapporto (*Couple, filiation et parenté aujourd'hui*) sulla famiglia e sulla filiazione in Francia in cui scive che il matrimonio non è soltanto l'istituzione che riconosce la coppia, ma anche (al di là di ogni differenza culturale quella istituzione che *articule la difference des sexes*. Alla luce di ciò, rifiuta l'idea universalista sottesa al *Pacs*. Pur affermando l'importanza di dare pari dignità alle coppie omosessuali, THERY sottolinea il fatto che la coppia omosessuale non è investita dello stesso ruolo sociale di quella eterosessuale che è la sola a riflettere l'ineluttabile fatto di natura della differenza dei sessi, che fa sì che "*haque sexe a besoin de l'autre pour que l'humanité vive et se reproduise*."

144 I sostenitori del *Pacte* ritengono che i recenti cambiamenti verificatisi nella società francese siano il frutto dell'adattamento della istituzione familiare alla società francese contemporanea. Questa ha compiuto un lungo cammino verso una sempre maggiore affermazione dell'individualismo e della libera scelta in tutti i campi dell'esperienza umana, e tale fenomeno evolutivo non rappresenta necessariamente un pericolo per l'equilibrio della società e della famiglia. I maggiori esponenti di questa corrente di pensiero sono il giurista DANIEL BORRILLO ed il sociologo ed antropologo ERIC FASSIN (*Au-delà du Pacs*). Quest'ultimo non considera l'ineguaglianza tra i sessi e tra eterosessualità e omosessualità una "invariante" culturale, ma solamente una delle tante traduzioni istituzionali di una differenza biologica. Sempre secondo il Fassin, l'innegabile frequenza della discriminazione tra uomini e donne e tra eterosessualità ed omosessualità sarebbe motivata principalmente da determinati fatti storici e sociali che, al momento attuale, non hanno più dimostrato alcuna ragione d'essere in Francia. Le norme dettate dai gruppi umani sono legate alla storia, ragion per cui le mutate esigenze dovrebbero spingere la società a *ne pas oublier qu'au lieu d'être ancrées dans une humanité intemporelle qui échapperait au jeu démocratique, les normes sont tout autant produites par la société qu'heritées de l'histoire*.

lecito spingersi proprio nell'attenzione dell'individualità.

Le trasformazioni, avvenute<sup>145</sup> e tuttora in corso nella famiglia francese, sembrano coerenti con la storia di questo Paese che (come dovrebbe ogni Nazione che si presume "democratica") ha sempre aspirato alla parità dei suoi cittadini e posto l'accento (anche nella sua *Constitution*) sull'importanza dell'eguaglianza e della libertà individuale e collettiva, sia nella sfera pubblica che in quella privata.

Esaurita questa imprescindibile premessa di carattere socio-politico, veniamo ora ad una breve analisi, prettamente giuridica, del celebre prodotto dell'ordinamento d'oltralpe.

Il *Pacs* fu introdotto in Francia con la Legge n. 99-944 del 15 novembre 1999: si tratta di una sorta di contratto (come pocanzi accennato) tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso, maggiori di età e capaci di agire. Sebbene sia un atto di autonomia privata, attribuisce numerosi diritti e doveri (superiori, solo per fare un esempio, anche a quelli derivanti alla *cohabitation* legale belga) ed anche un vero e proprio *status* familiare, come si evince indirettamente dal fatto che il primo articolo della summenzionata legge prevede la nullità del *Pacs* qualora stipulato da contraenti già uniti da vincolo matrimoniale o da precedente *Pacs*.

Il legislatore francese, infatti, novellando il codice civile, ha inserito le nuove norme relative al *Pacs* nel libro I "delle Persone"<sup>146</sup>: tale collocazione evidenzia come non venisse inteso e non si tratti di un mero contratto tra due persone.

Il *Pacs*, dunque, non è solamente destinato a regolare (contrattualmente) i rapporti tra le persone che si "uniscono", ma ha rilevanza verso l'esterno, la comunità e le istituzioni.

Però, se, come detto, il *Pacs* è concluso tra due persone

---

145 Le innovazioni nel diritto di famiglia francese non si sono limitate al solo istituto del Pa.c.s., basti pensare alla nuova legge francese sul divorzio, la n.439 del 2004. Per un approfondimento, cfr. S.PATTI-M.G.CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, pag.283: "...entrata in vigore il 1 gennaio 2005, ha completato un itinerario di riforma iniziato da circa trent'anni, seguendo il metodo suggerito da J. CARBONNIER, di modificare il diritto per tappe, corrispondente all'evoluzione della società. Le finalità della riforma sono state sintetizzate utilizzando i termini *dedramatisation, concentration des effets du divorce, simplification et pacification*".

146 *Code civil*, Livre I, Titre XII, *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*, artt. 515-1 e ss. Per un primo commento ed una traduzione degli articoli con cui la L.944/99 completa il Libro I del Codice civile francese, cfr. M. ARAMINI, *Pacs, matrimonio e coppie omosessuali. Quale futuro per la famiglia?*, Milano, 2007.

maggioresi al fine di organizzare la loro vita in comune<sup>147</sup>, la caratteristica peculiare è la necessità di tale vita in comune ed il sostegno materiale che i *partenaires* sono tenuti a prestarsi reciprocamente<sup>148</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, ovverossia la "vita in comune", essa consiste (secondo i successivi articoli della L.99-944) non solo nella "comunione di interessi" e nell'"esigenza di coabitazione", e nella "vita di coppia".

I *partenaires* non possono derogare a queste disposizioni, ma possono determinarne le concrete modalità nell'ambito della loro autonomia contrattuale.

Anche per quanto riguarda, il secondo aspetto (o, meglio, requisito) ossia il "sostegno reciproco e materiale" si tratta di un dovere con conseguenza nullità di ogni disposizione contraria.

In caso di disaccordo ed in mancanza di disposizioni contenute nel *pacte*, spetterà al giudice determinare le modalità di esplicazione di tale dovere, tenendo conto delle concrete capacità di ciascun *partenaire*: tale aiuto "materiale" ha natura esclusivamente economica, non gravando in capo ai *partnaires* alcun obbligo di fedeltà, soccorso ed assistenza.

Evidenti sono le differenze con l'istituto matrimoniale.

Anzitutto vi è una sostanziale differenza di forma, dal momento che il *Pacs* non è un atto solenne. Quanto agli effetti (limitatamente a quelli d'interesse per la presente ricerca), esso non attribuisce reciproci diritti successori, non ha alcun effetto innovativo sotto il profilo della parentela e dell'affinità, non vi è alcun effetto in ordine al rapporto di filiazione, non legittima all'adozione<sup>149</sup>.

Quanto alle formalità, essendo un contratto (sinallagmatico) è sottoposto alle condizioni generali previste dall'art. 1109 e ss. del *code civil*. Tale norma prevede che quanto stipulato debba essere prodotto

---

147 Può quindi essere qualificato come contratto bilaterale a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, commutativo e ad esecuzione continuata.

148 Il *Conseil Constitutionnel* ha sancito (*decision* n.99-419 del 9 novembre 1999) l'inderogabilità di tali caratteristiche ed al tempo stessa la costituzionalità della norma, nonostante le obiezioni sollevate per la mancata approfondita definizione dei concetti "vita in comune" e "sostegno reciproco e materiale".

149 Sul punto, cfr. D. Riccio, *op.cit.*, pag.149.



al cancelliere (che ne curerà l'iscrizione<sup>150</sup>) del tribunale del luogo ove i contraenti risiedono<sup>151</sup>, in doppio originale e con allegati i documenti di stato civile.<sup>152</sup>

Il cancelliere, valutata la regolarità formale delle pattuizioni, procede all'iscrizione del *Pacs* e consegna un originale<sup>153</sup> a ciascun contraente.

Lo stesso cancelliere dovrà ricevere le eventuali modificazioni (espressioni di volontà congiunta), e provvederà ad allegarle all'originaria convenzione.

Quanto al rapporto tra i *partenaires* si è già detto dell'obbligo di assistenza materiale e della possibilità che questo venga disciplinato secondo le modalità previste dal *Pacs* stesso.

Vi sono però alcune statuizioni del *code civil* che devono essere osservate.

Non possono concludere<sup>154</sup> un patto civile di solidarietà, a pena di nullità, i discendenti e gli ascendenti in linea retta, i collaterali sino al terzo grado (incluso) e le persone già unite ad altri tramite *Pacs* o matrimonio<sup>155</sup>.

Non possono altresì, contrarre un *pacs* le persone (maggioirenni) sottoposte a tutela: in caso contrario il tutore o il giudice potranno porvi termine.

L'art. 515, secondo comma del *Code civil*, stabilisce che i *partenaires* rispondono in solido nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte da ciascuno dei due ma limitatamente a quelle relative ai bisogni della vita quotidiana (in comune) ed a quelle relative

---

150 Ai sensi del decreto attuativo n. 99/1090 nei registri saranno contenute le seguenti informazioni: nome, cognome e dati anagrafici dei *partnaires*, data e luogo di registrazione del *Pacs*, numero di registrazione, causa e data di eventuali modificazione o scioglimento del *Pacs*.

151 Il *Tribunale d'instance* nella cui giurisdizione fissano la loro residenza comune.

152 Il Cancelliere non partecipa alla stipula; si limita ad iscriverlo nel registro. Su tale iscrizione sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale per una presunta violazione della vita privata poiché terzi potrebbero venire a conoscenza: tali eccezioni di incostituzionalità sono state superate dal *Conseil Constitutionnel* che ha sottolineato come la registrazione dei *Pacs* persegua il duplice obiettivo del rispetto dell'ordine pubblico, e di conferire data certa all'accordo rendendolo opponibile a terzi.

153 Dallo stesso cancelliere vistati e datati.

154 Ex art. 515 *code civil*.

155 Per un approfondimento ed un raffronto con l'istituto matrimoniale, cfr. L.BARBIERA, *Le convivenze paraconiugali*, Bari, 2008, pag.21.

alla casa comune<sup>156</sup>.

L'articolo 515 prevede che i *partenaires* indichino se intendano sottoporre al regime di comunione i beni che acquisteranno in seguito alla stipula del *Pacs* (nonché i beni mobili funzionali e d'arredo all'abitazione della coppia). In assenza di indicazione specifica delle parti, apparterranno ai due contraenti in parti uguali<sup>157</sup>.

Quanto al rapporto di filiazione c'è un pressochè totale silenzio legislativo: causa e conseguenza è che la stipula di un *Pacs* sia improduttiva di effetti innovativi in materia.

Di conseguenza sono stati, invece, numerosi gli interventi giurisprudenziali in materia: è opportuno menzionare quello che nega che i contraenti il *Pacs* possano ricorrere all'adozione<sup>158</sup>, nonché quello che esclude l'applicabilità delle disposizioni in materia di procreazione assistita.

Le cause di estinzione del patto sono previste dall'articolo 515-7 del *code civil*.

Qualora i contraenti decidano di comune accordo di porre fine al patto, presenteranno alla cancelleria del tribunale del luogo dove almeno uno dei due risiede una dichiarazione congiunta che verrà riportata sul registro.

Nel caso in cui uno solamente dei contraenti decida di porre fine al patto, questi dovrà notificare la propria decisione all'altro ed inviare copia di tale notifica alla cancelleria del tribunale che ricevette l'atto di stipula.

In caso di decesso di uno dei contraenti il *Pacs*, il *partenaire* superstite è tenuto ad inviare copia dell'atto di morte alla cancelleria del tribunale dove fu registrato l'atto.

In tali ipotesi il cancelliere provvederà ad una annotazione a margine dell'atto iniziale, nonché a margine del registro.

Analizzate le formalità, il contenuto e le previsioni in caso di

---

156 Tale forma di tutela risulta in concreto assai debole: il debitore può, per ragioni di riservatezza, venire a conoscenza esclusivamente dell'avvenuta stipula del *pacs*, ma non dell'identità dell'altro *partenaire*, né tantomeno potrà estrarre copia del *PACS* presso la cancelleria.

157 Salvo che non abbiano disposto altrimenti all'atto di acquisto del bene.

158 Si vedano a tale proposito gli articoli 341 e 343-1 del *Code civil*.

risoluzione del patto civile di solidarietà, è opportuna un'ultima considerazione.

L'interesse per l'istituto francese non risiede, infatti, nella possibilità concreta che ad esso il legislatore italiano guardi come ad un modello da imitare, ma anche nella possibilità tutt'altro che lontana che il *Pacs* venga contratto in Italia.

Il legislatore francese infatti, ha previsto, nell'ipotesi che almeno uno dei due *partenaires* sia francese, la possibilità che questo venga stipulato all'estero presso rappresentanze diplomatiche e consolari (francesi).

A differenza dell'ordinamento francese, però, quello italiano non prevede la possibilità che di stipulare contratti tipici di convivenza . E' dunque, possibile stipulare un *Pacs* in Italia?

Per rispondere occorre premettere che l'Italia ha ratificato la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. L'articolo 3 prevede che il contratto sia "regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta deve essere espressa o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto e dalle circostanze". Si dovrebbe, pertanto, ritenere che anche in Italia possa essere stipulato un *pacs* in quanto si tratta di un contratto di diritto privato che le parti decidono di regolare secondo la legge francese.

L'articolo 3, comma 3, sembra porre un limite a tale possibilità: "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti ...non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale Paese non consente di derogare per contratto".

Tuttavia, non sembra che ci siano né tra i principi costituzionali né tra le leggi ordinarie, norme imperative che impediscano la stipula di un contratto che organizza gli aspetti patrimoniali di una convivenza "*more uxorio*".

Va evidenziato, in altri termini, che la esigibilità in Italia di un Patto Civile di Solidarietà disciplinato dalla legge francese, potrà avere riguardo soltanto agli aspetti patrimoniali sia nei rapporti tra i soggetti contraenti il patto e sia tra questi soggetti e terzi, nei limiti precisati

più avanti.

Ogni altra disposizione, presupposto o finalità del Patto francese di solidarietà potrebbe contrastare in Italia con la vigente normativa costituzionale ed ordinaria, rilevante agli effetti dell'ordine pubblico interno sotto il profilo che, come in precedenza accennato, il Patto Civile di Solidarietà richiama in una certa misura i presupposti ed i profili di una convivenza -e, forse, anche unione- qualificabile come matrimoniale.

Tale possibilità di stipula è, invece, espressamente prevista, per la famiglia legittima: l'art. 159 del nostro codice civile prevede che i coniugi possano escludere il regime della comunione dei beni stipulando, prima o dopo il matrimonio, una convenzione matrimoniale per adottare il regime di separazione dei beni o un regime atipico.

Anche il nostro ordinamento riconosce, quindi, ampio spazio all'autonomia privata nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi, garantendo la facoltà di scelta del regime patrimoniale ed anche la possibilità di mutare questo regime in ogni momento<sup>159</sup>.

Le previste (sempre per le famiglie legittime) limitazioni<sup>160</sup> circa il contenuto delle convenzioni patrimoniali non sembrano costituire un ostacolo reale alle pattuizioni *de qua*.

L'art. 30, comma 1, della legge n.218/1995 prevede che i rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali, ma che (i coniugi) possano "tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali" vengano "regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale uno di essi risiede". Tale facoltà di scelta sarà, quindi, subordinata esclusivamente alla redazione per iscritto, ed alla condizione che sia scelta la legge di uno Stato con il quale uno dei coniugi abbia un significativo legame (specificamente di cittadinanza).

Occorre precisare, però, che in Italia il patto civile di solidarietà

---

<sup>159</sup> Art. 162 c.c.

<sup>160</sup> Ulteriori limitazioni sono previste dall'articolo 160 c.c. che dispone che i coniugi non possono derogare né ai diritti né alle doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio; e dall'articolo 161 c.c. che prevede che gli sposi enuncino in modo concreto le leggi e gli usi che regolano il contenuto delle convenzioni che intendono stipulare, al fine di evitare incertezza sulle regole da applicare ai loro rapporti patrimoniali.

avrà effetti limitati. Non potrà ad esempio essere opposto a terzi, in quanto per raggiungere tale scopo, come previsto dalla legge francese, sarebbe necessaria la trascrizione ad opera del cancelliere del Tribunale ordinario. La possibilità di espletare tale formalità non è però prevista dall'ordinamento italiano e non esistono quindi appositi registri.

Ma vi è di più: l'articolo 30, comma terzo, direttamente tutela la buona fede dei terzi, in quanto prevede che il regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi quando regolato da legge straniera, sia opponibile ai terzi soltanto soltanto nell'ipotesi in cui questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per colpa.

Concludendo si può ritenere che, anche attraverso la Convenzione di Roma ed il richiamo alla legge francese, in Italia sia possibile stipulare un contratto simile al *Pa.c.s.* per regolare la convivenza di una coppia, sempre che almeno uno dei *partners* sia cittadino francese o abbia la residenza in Francia; queste convenzioni potranno essere opposte a terzi solo se questi le conoscano o le ignorino per colpa.

## 2.2 La famiglia nell'Unione europea.

Nel presente paragrafo ci si propone di analizzare anzitutto la nozione di "familiare" nell'Unione europea, alla luce sia della normativa vigente che della giurisprudenza in materia.

L'evoluzione del fenomeno istituzionale europeo ha da sempre comportato un progressivo ed evidente ampliamento delle competenze della Comunità europea (ora Unione europea), rispetto alle competenze nazionali degli Stati membri.

Attenendo la famiglia a situazioni ovviamente per lo più di natura personale, sembrava impossibile immaginare una incidenza della normativa comunitaria sui diritti nazionali degli Stati membri che andasse oltre la previsione di disposizioni che assumono la famiglia quale semplice presupposto per la qualificazione di situazioni attributive di poteri e di doveri in rapporti economici.

Fino a qualche tempo addietro, infatti, sia nella normativa sia nella considerazione della giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, le situazioni di natura personale erano lontane dall'attenzione della allora Comunità europea, ponendosi in una attitudine di "non ingerenza", estranea agli obiettivi realmente perseguiti (sviluppo delle attività economiche, più strette relazioni fra gli Stati aderenti attraverso l'instaurazione di un mercato comune, graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli stessi Stati membri, etc)<sup>161</sup>.

L'evoluzione si è realizzata sia per il tramite di quella che è stata chiamata una "armonizzazione deliberata", effettuata attraverso atti normativi emanati dalle Istituzioni comunitarie, sia per il tramite di una "armonizzazione spontanea" realizzatasi in conseguenza di altri fattori quali la circolazione delle persone e dei

---

<sup>161</sup> Per un approfondimento, cfr. S.M.CARBONE, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pag.6: "...né la Comunità né l'Unione europea hanno, ad oggi, una specifica competenza per l'approvazione di atti vincolanti in materia di diritto materiale di famiglia. In nessuna norma dei Trattati istitutivi si rintraccia, in materia, il trasferimento della sovranità e delle relative competenze degli Stati membri alle istituzioni comunitarie; e detta previsione non è contenuta neppure nell'ambito della oramai superata Costituzione europea o del Trattato di Lisbona, in cui viene, per contro, ribadito che l'unione persegue i suoi obiettivi esclusivamente "in ragione delle competenze che le sono attribuite nei Trattati (art.2).""

modelli giuridici, oggetto delle numerose Convenzioni internazionali vigenti in questo settore.

L'evolversi delle politiche comunitarie, passate dall'esercizio di competenze prettamente economiche, necessarie alla realizzazione di un mercato interno<sup>162</sup>, alla elaborazione di politiche idonee nei loro effetti concreti ad incidere sui rapporti familiari, è avvenuto con modalità tali da non essere immediatamente riconoscibili.

Benchè, infatti, non vi siano dubbi che sussista alcuna competenza comunitaria attribuita nel settore delle politiche concernenti la famiglia<sup>163</sup>, è oggi innegabile che molti atti comunitari (emanati in attuazione di specifiche politiche rientranti certamente nell'ambito delle competenze della Unione europea), abbiano un impatto diretto o indiretto sull'organizzazione, la "gestione" e lo sviluppo della famiglia e la sua complessiva disciplina giuridica.

Merita, dunque, di essere evidenziato come un'attività normativa della Unione europea in materia di famiglia, sia pure posta in essere in via mediata e per la necessità di perseguire differenti finalità, abbia trovato sempre più spazio ed un notevole sviluppo.

E' sufficiente ricordare le parole della Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Spagna* del 14 aprile 2005, dove si rammenta come "*il legislatore comunitario ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato*".

Dunque, i primi interventi "legislativi" comunitari relativi alla famiglia evidenziano chiaramente che la priorità delle Istituzioni europee non era quella di regolare e disciplinare tale istituto, come nucleo fondamentale della società, ma di eliminare alcuni ostacoli

---

162 Cfr. P. DE CESARE, *Persone e famiglia*, Torino, 2008, pag.207: "Le questioni legate alla famiglia in ambito comunitario, comunque, venivano generalmente prese in considerazione in quanto collegate a motivi economici. Si era compreso, infatti, che le diversità di normative nel settore avrebbero potuto ostacolare la circolazione delle persone all'interno dello spazio comunitario e così intralciare il completamento del mercato interno".

163 Cfr. S.M.CARBONE, *op.cit.*, pag.7: "...nè la Comunità né l'Unione europea hanno ad oggi, una specifica competenza, per l'approvazione di atti vincolanti in materia di diritto materiale di famiglia. In nessuna norma dei trattati istitutivi si rintraccia in materia, il trasferimento della sovranità e delle relative competenze degli Stati membri alle istituzioni comunitarie; e detta previsione non è contenuta neppure nell'ambito dell'ormai superata Costituzione europea o del trattato di Lisbona, in cui viene, per contro, ribadito che l'Unione persegue i suoi obiettivi esclusivamente "in ragione delle competenze che le sono attribuite nei Trattati"".

che si frapponessero alle finalità economiche delle Comunità.

In questo senso un intervento anche in ambito familiare da parte dell'Unione europea si rendeva pressochè indispensabile, sebbene la famiglia si ponesse in una dimensione, almeno apparentemente, non solo marginale rispetto agli obiettivi propri della Unione, ma anche più intima e quindi refrattaria ad interventi giuridici diretti.

L'attenzione della Comunità prima e dell'Unione europea poi, verso l'istituto della famiglia (in continua evoluzione e sempre meno ristretto nei confini delle differenti regolamentazioni giuridiche nazionali) è visibilmente cresciuta negli ultimi anni, ma già dagli anni '60 emergeva la consapevolezza che le questioni familiari, così solidamente connesse a quelle economiche, non potessero essere oggetto di una rigorosa spartizione di competenze con i singoli Stati e quindi a questi attribuite in via esclusiva.

Solo per fare un esempio appariva evidente come il principio di libera circolazione della "forza lavoro" nell'area comunitaria non potesse liberamente e dignitosamente manifestarsi se non vi fosse stata una sistematica e soddisfacente trattazione della tematica relativa alla famiglia del lavoratore migrante. Verrà così conseguentemente sancito il diritto dei familiari, intesi in senso ampio come coniuge, discendenti e ascendenti a carico, a trasferirsi ed a stabilirsi con il lavoratore nello Stato ove questi è occupato.

Fatta questa necessaria premessa e prima di passare alla più specifica rappresentazione della condizione del minore, specie all'interno dei nuovi modelli familiari, occorre seppur brevemente analizzare quali siano i membri della famiglia al fine di definire e delimitare quanto più possibile l'oggetto della presente ricerca.

Le differenze attualmente registrabili nel diritto di famiglia degli Stati membri rendono, infatti, difficile anche la sola ricostruzione di una nozione comunitaria di "rapporti di coppia" che, come tale, dovrebbe essere fondata sui principi di diritto comuni agli ordinamenti nazionali.



Nell'ultimo decennio diversi Stati europei hanno infatti disciplinato nuove forme di unione familiare (ad esempio le cosiddette *partnership* registrate) distinte dal matrimonio e aperte a coppie di persone dello stesso sesso, o, anche -naturalmente- di sesso diverso. A fronte di un quadro normativo variegato, sorge l'interrogativo circa la reale esistenza di principi comuni in materia di relazioni di coppia.

Ciò ha influenzato l'atteggiamento del "legislatore" comunitario che, pur non disconoscendo l'esistenza delle nuove forme di unione, ma rinvia al diritto nazionale, di volta in volta applicabile alla fattispecie, per la qualificazione di tali rapporti come "familiari", ai fini della garanzia di diritti soggettivi di origine comunitaria.

Ad esempio, in base alla Direttiva 2004/38/CE, per "coniuge" si intende il *partner* sposato ad un cittadino dell'Unione. L'unica condizione è l'esistenza di un legame matrimoniale. L'ipotesi certamente più corrente e meno problematica è quella di una coppia formata da un marito e una moglie di sesso differente.

La Corte europea di Strasburgo dei diritti umani, e la giurisprudenza comunitaria inizialmente interpretarono in senso restrittivo il diritto a sposarsi, riferendosi allo stereotipo della famiglia fondata sul matrimonio di persone di sesso diverso, composta dal soggetto che esercita la libertà di circolazione, identificato quasi esclusivamente con la figura del padre lavoratore (*male breadwinner*), che mantiene finanziariamente la moglie (*primary carer*) e i figli, completamente funzionale alla realizzazione del mercato interno con l'obiettivo di rendere compatibili la libertà di circolazione del lavoratore e il suo diritto di farsi raggiungere dalla famiglia cui devono essere allo stesso fine assicurate adeguate condizioni di inserimento nello Stato ospite.

Per quanto riguarda, invece, le forme di matrimonio "atipiche", nel caso *Reed c. Regno Unito*, la Corte respinse il ricorso

di una persona transessuale<sup>164</sup> basandosi sul fatto che "il diritto a sposarsi garantito dall'art. 12 si riferisce al matrimonio tradizionale tra persone di diverso sesso biologico."

Grande apertura, invece, al diritto delle persone transessuali si rinviene nella sentenza *Goodwin*, la quale ha esteso il diritto di matrimonio alle coppie in cui uno dei due membri è transessuale: la Corte di Strasburgo ha modificato la propria giurisprudenza circa la possibilità, ora ammessa, di riconoscere anche ai transessuali il diritto di sposarsi e nel quadro di riferimento argomentativo ha rilevato anche che "*le libellè de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme*".

Sulla scia di tale sentenza fu, poi, censurato un provvedimento britannico che rifiutava il beneficio di una pensione di reversibilità ad un *partner* transessuale.

In questa decisione<sup>165</sup> la Corte di Giustizia della Comunità europea, 7 gennaio 2004, C-117/01 afferma che: "L'art. 141 del Trattato Ce osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei

---

164 "A person who psychologically identifies with the opposite sex and may seek to live as a member of this sex especially by undergoing surgery and hormone therapy to obtain the necessary physical appearance (as by changing the external sex organs)" Medical Dictionary del U.S. National Library of Medicine. Il termine "transessuale" fu coniato nel 1949 dal Dottor David Caudwell (1897-1959), ma è diventato di uso comune in seguito alla pubblicazione del testo *The transsexual phenomenon (Il fenomeno transessuale)* del Dott. Harry Benjamin, edito nel 1966, che è diventato ben presto testo di studio universitario, in quanto è il primo libro che indaga sulla transessualità con un approccio anche nosografico, affermando che si tratta dell'unica patologia classificata come psichiatrica a non essere curata psichiatricamente. La realtà transessuale investe entrambe le direzioni di transizione: esistono quindi transessuali maschi transizionanti femmina e transessuali femmine transizionanti maschio. Internazionalmente si usa l'acronimo "FtM" per indicare i trans da femmina a maschio e "MtF" ad indicare le trans da maschio a femmina. La forma del genere da utilizzare per le persone transessuali, rispettosa nei confronti della persona, è quella propria del genere di elezione. Nel caso di MtF i termini transgender/transessuale andranno quindi declinati al femminile, mentre - al contrario - nel caso di FtM i termini transgender/transessuale andranno declinati al maschile.

165 Per un approfondimento sulla pronuncia, cfr. BATTAGLIA, "Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza KB. c. Regno Unito, in *Dir. Un. eur.*, 2004, pp. 599-618; DE FELICE, *La Corte Ce entra nel diritto di famiglia*, in *Rassegna Avvocatura Stato*, 2004, pp. 135-137; ICARD, *Un droit d'accès au mariage protège par la CJCE*, in *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 979-983; MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa dir. priv.*, 2004, pp. 989-1000; QUINONES ESCAMEZ, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: un orden público europeo armonizador? (a proposito de las SSTJCE, asuntos KB. y Garcia Avello)*, in *Revista Derecho Comunitario Eur.*, 2004, pp. 507-529; TOMASI, *Le coppie non tradizionali* cit.; TRUCCO, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, pp. 825-831; VIOLLINI, *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2004, pagg. 414-416.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, impedisce ad una coppia, quale K. B. e R, di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro." Costituisce discriminazione in base al sesso il fatto di negare al convivente transessuale di un lavoratore un beneficio economico, nella specie la pensione di reversibilità, concesso invece al coniuge<sup>166</sup>.

La Corte ha chiarito che la pensione di reversibilità è qualificabile come retribuzione e ribadito che la discriminazione fondata sul mutamento di sesso deve ritenersi una discriminazione in base al sesso.

Nonostante tale significativo intervento, però, la Corte è rimasta, tuttavia, ferma nel più generale atteggiamento di non ingerenza nelle scelte legislative nazionali in materia di *spousal benefits*, sottolineando che "la decisione di riservare determinati benefici alle coppie coniugate, escludendone tutti coloro che convivono senza essere sposati, è affidata sia alla scelta del legislatore, sia all'interpretazione effettuata dai giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno, senza che un soggetto possa far valere alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario".

L'argomento utilizzato per sostenere tale tesi è la tradizionale comparazione tra la situazione di un uomo e quella di una donna: poichè questi verrebbero trattati allo stesso modo, non vi è discriminazione in base al sesso.

Mentre le aperture in senso "progressista" della nozione comunitaria di famiglia non sono complete per la coppia; per i

---

<sup>166</sup> Nel caso di specie, l'ostacolo al riconoscimento della pensione era di tipo indiretto: la legislazione britannica sullo stato civile non prevedeva la rettifica dei dati relativi al sesso, dunque impediva il matrimonio del transessuale con persona di sesso opposto rispetto a quello acquisito mediante intervento chirurgico, con ciò frustrando il soddisfacimento della condizione preliminare per l'ottenimento della pensione di reversibilità. Il divieto risultava dal combinato disposto dell'art. 11 lett. c del *Matrimonial Causes Act 1973*, che sancisce la nullità di ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile, e dell'art. 29 n. 1 en. 3 del *Birth and Deaths Registration Act 1953*, che vieta ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale. La legislazione inglese è stata modificata con il *Gender Recognition Act 2004*, che consente il matrimonio degli individui transessuali che abbiano subito un intervento di mutamento di sesso.

rapporti di filiazione è ormai pacifica l'adozione di una nozione ampia, che include la filiazione legittima, naturale e adottiva e, altresì, tutela le famiglie cd. "ricostituite", nelle quali il legame di filiazione sia stabilito rispetto a un solo genitore.

Ciò è conforme al rilievo dato dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali al diritto del bambino ad "*intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori*".

L'evoluzione verso una nozione ampia di filiazione si coglie con chiarezza nel settore della cooperazione giudiziaria civile. Com'è noto, l'ambito applicativo del regolamento n. 1347/2000 era limitato ai figli comuni ai coniugi, dunque ai rapporti di filiazione legittima, legittimata da matrimonio e adottiva, ove l'adozione fosse stata disposta nei confronti di entrambi i coniugi. Ne restavano esclusi i figli che ciascun coniuge avesse avuto da precedenti unioni, anche se inseriti nel nucleo familiare interessato dalla dissoluzione della coppia. Si riteneva ad esempio che, nell'ordinamento italiano, non ricadessero nell'ambito applicativo del regolamento, i figli naturali riconosciuti di uno dei coniugi, inseriti nella famiglia con provvedimento giudiziale ex art. 252 cc, o legittimati per provvedimento del giudice (artt 284-286 cc.).

Il regolamento n. 2201/2003, per garantire pari diritti a tutti i minori, include nel proprio ambito applicativo le famiglie di fatto e quelle "ricostituite", come risulta dalla nozione di "responsabilità genitoriale" e dalla recisione del legame di necessaria correlazione tra i provvedimenti in tale ambito e quelli in materia di dissoluzione del vincolo matrimoniale.

Ai sensi dell'articolo 2, 2, c, della Direttiva 2004/38/CE, sono membri della famiglia "i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico [del cittadino europeo] e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b)".

La Direttiva riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia 17 settembre 2002, C - 413/99, Baumbast che nel dispositivo recita: "I figli di un cittadino dell'Unione europea stabiliti in uno Stato

membro, ove il genitore si avvalga del diritto di soggiorno in quanto lavoratore migrante nello Stato membro medesimo, godono del diritto di soggiornare in tale Stato al fine di seguirvi corsi di insegnamento generale, conformemente all'art. 12 del regolamento n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità Europea. Il fatto che il matrimonio tra i genitori del figlio di cui trattasi sia stato *medio tempore* sciolto, la circostanza che solamente uno dei genitori sia cittadino dell'Unione Europea e che tale genitore non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante ovvero la circostanza che i figli non siano essi stessi cittadini dell'Unione Europea restano del tutto irrilevanti al riguardo".

La Direttiva riguarda dunque tutti figli del cittadino europeo (e del suo coniuge o convivente registrato), che siano figli della coppia o non. La Direttiva pone tuttavia un limite, questi figli devono avere meno di 21 anni o essere a carico dei genitori<sup>128</sup>. La Corte di Giustizia aveva precisato, in materia di libera circolazione dei lavoratori, che *"l'articolo 10 commi 1 e 2 del regolamento 1612/68 deve essere interpretato nel senso che la qualità di membro della famiglia a carico deve risultare da una situazione di fatto se si tratta di membro della famiglia il cui sostegno è assicurato dal lavoratore, senza che sia necessario determinare le ragioni del ricorso a questo sostegno e chiedersi se l'interessato sia in grado di sopperire ai propri bisogni con l'esercizio di un'attività retribuita."*

Benchè la Direttiva lo precisi solo per i figli del cittadino europeo, e il caso di estendere questa condizione ai figli del coniuge o del convivente registrato in virtù del principio di uguaglianza nel trattamento. *Si tratta senza dubbi di un errore di redazione.*

Nonostante ciò, non tutti i figli del cittadino europeo o del partner (sposato o non) beneficiano dello status conferito dall'articolo 2, 2, c della Direttiva. In primo luogo, come abbiamo visto, i figli di più di 21 anni che non sono più a carico dei genitori sono esclusi. In secondo luogo, i figli del convivente non registrato sono deliberatamente omessi. Infine i nipoti, i bisnipoti, etc. non rientrano

in questa categoria, La Direttiva ha infatti optato per l'espressione "discendenti diretti" e non per l'espressione "discendenti in via retta".

E' possibile avanzare un confronto con il contenuto del regolamento 1612/68/CEE<sup>131</sup> che faceva riferimento ai "discendenti" o ancora alla Direttiva 93/96/Cee<sup>132</sup> che parlava solo di "figli".

La Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, prevede inoltre che "*Il matrimonio poligamo non è riconosciuto*". Ne consegue che "*Sono così esclusi anche i figli delle mogli non ammesse al ricongiungimento a meno che non lo esiga l'interesse superiore*" (in applicazione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989).

I figli esclusi dalla categoria dei discendenti potranno comunque rientrare nella categoria omnicomprensiva degli "*altri membri della famiglia*".

La nozione comunitaria di "figlio" è dunque pluralistica e definita in modo autonomo e uniforme, con espressa esclusione della rilevanza delle qualificazioni nazionali del rapporto di filiazione.

L'unico rinvio al diritto nazionale, segnatamente dello Stato di accoglienza, viene operato in materia di immigrazione per selezionare le tipologie di filiazione adottiva idonee a fungere da presupposto per l'attribuzione del diritto comunitario di soggiorno.

Esaurita questa necessaria individuazione dei membri appartenenti al nucleo familiare, è possibile procedere con una più specifica analisi delle previsioni che riguardano i nuovi modelli familiari: è possibile prendere le mosse, per chiarezza espositiva, proprio dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Essa non prevede disposizioni esplicite in materia di filiazione, eppure la Corte europea dei diritti dell'uomo tutela i figli in ragione ed a partire proprio dall'art. 8 CEDU<sup>167</sup>, il quale protegge la vita

---

<sup>167</sup> L'art. 8 CEDU così dispone: «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

privata e familiare, nonché dall'art. 12, il quale protegge il diritto al matrimonio.

Da tali disposizioni, se correlate all'art. 14 che vieta qualsiasi discriminazione, può evincersi come non possano essere in nessun modo tollerate situazioni che impediscano il libero dispiegarsi dei rapporti familiari, al di là dello *status* dei membri della famiglia.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che «la situazione da valutare è la possibilità concreta di due soggetti di stabilire e mantenere legami di tipo familiare».

Il medesimo organo giurisdizionale ha più volte fatto riferimento alla parità tra figli, evitando di giustificare discriminazioni irragionevoli che, magari in nome di una presunta tutela della vita familiare, possano porre in posizione deteriore i figli nati al di fuori del matrimonio.

È il fatto stesso della nascita a originare un legame tra i genitori e i minori, nell'ottica del rispetto del *favor veritatis*, e questo è nettamente preminente finché non intervengono altri valori allo stesso modo tutelati a livello continentale e che permettono di "derogare" rispetto alle verità biologiche.

Sulla stessa scia, si può fare riferimento all'art. 1 della Carta di Nizza del 2007, che recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». All'art. 21, poi, lo stesso documento prevede il dovere di non discriminazione, affermando che «è vietata qualsiasi forma di discriminazioni fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o la tendenza sessuale».

Senza dimenticare il Trattato di Lisbona<sup>168</sup>, che modificando il

---

168 Il Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007, all'art. 6 così dispone "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze

Trattato sull'Unione Europea, a questo aggiunge un articolo 1 bis, all'interno del quale si afferma che: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze. Questi sono valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità fra donne e uomini»

In assenza, però, di una normativa di riferimento davvero esaustiva, l'analisi circa la tutela della famiglia ed in specie dei nuovi modelli familiari deve necessariamente proseguire (dopo questi rapidi riferimenti appunto normativi) attraverso lo studio della giurisprudenza che si è trovata frequentemente a dover colmare lacune che investivano interi settori del diritto o definire l'applicazione pratica di principi solamente appena accennati.

La prima affermazione giurisprudenziale<sup>169</sup> della parità tra la famiglia "matrimoniale" e la famiglia "naturale" (nonché in materia di uguaglianza nella filiazione) è del 1979: la sentenza *Marckx c. Belgio*<sup>170</sup> definisce l'ambito di applicazione dell'art.8 della

---

dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

169 Della Corte europea dei diritti dell'uomo.

170 Quanto al rapporto di filiazione, il Belgio venne "condannato" perché la legislazione nazionale sulla filiazione naturale determinava il sorgere di effetti giuridici esclusivamente fra la madre nubile che aveva riconosciuto la figlia minore, ma non nei confronti della famiglia della stessa madre. Questa la vicenda: Alessandra Marckx nacque nel 1973 a Wilrijk, vicino ad Anversa, da Paula Marckx, di nazionalità belga, nubile. Alla nascita, la bambina venne registrata presso l'anagrafe, secondo la legge propria per i figli nati fuori del matrimonio. Nell'ottobre del 1973, un giudice distrettuale di Anversa convocò la madre per discutere della tutela della figlia, informandola anche della modalità di riconoscimento e sulle conseguenze dell'atto. La successione del figlio illegittimo, secondo, l'art. 756 del Codice civile belga, era definita "irregolare". Il 29 ottobre del 1973 Paula Marckx riconobbe la figlia, assumendone la potestà, tuttavia Alessandra Marckx non assunse subito un rapporto di parentela con i parenti della madre, possibilità consentita solo con provvedimento discrezionale del giudice. La procedura si perfezionò il 18 aprile 1975. Paula e la sorella si rivolsero alla Corte europea, lamentando che le disposizioni del codice belga stabiliscono che la filiazione materna illegittima ha effetti solo tra la madre e il figlio, mentre non comportava conseguenze nei confronti dei terzi, sia relativamente ai membri della famiglia della madre, sia per quanto riguarda i diritti patrimoniali ed ereditari. Infatti, per poter rafforzare la propria posizione nei confronti della figlia, la madre avrebbe dovuto procedere all'adozione della stessa.

Per meglio comprendere, secondo la legge belga (vigente al momento della nascita di Alexandra) la nascita di un figlio «illegittimo» non creava alcun rapporto giuridico con la madre. La dottrina ricorda come il nato poteva venire registrato all'anagrafe con il cognome della madre, ma «affinché tra i due fosse riconosciuto il rapporto *erga omnes* e cioè il vincolo di filiazione, occorreva che questo fosse stabilito con il riconoscimento volontario della madre di fronte al giudice distrettuale o con la proposizione dell'*action de recherche de maternité*». Nel caso del riconoscimento, questo non era retroattivo al momento della nascita, mentre il riconoscimento stesso era opponibile da chiunque ritenesse non fosse corrispondente a



Convenzione europea, statuendo che esso va applicato *"to the family life of the illegitimate family as well as to that of the legitimate family"*.

Tale sentenza che apre la strada ad una oramai consolidata giurisprudenza che riferisce l'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione europea non soltanto alle famiglie "tradizionali", non aveva ad oggetto le coppie di fatto ma si riferiva più direttamente al rapporto tra madre e figlia in una famiglia non "matrimoniale".

Nella sentenza Keegan c. Irlanda, invece, la Corte si riferisce specificamente alle unioni non fondate sul matrimonio affermando che queste vadano comprese nella nozione di famiglia del sopracitato art. 8 in quanto che appunto *"is not confined solely to marriage-based relationship and may encompass other de facto family ties where the the parties are living together outside of marriage"*

Il Giudice europeo ha sottolineato che anche se la promozione della famiglia fondata sul coniugio costituisce un obiettivo giustificato dello Stato, le legittime misure tese a proteggere la famiglia nell'ambito "tradizionale" non devono per inverso ledere gli interessi della famiglia naturale: *"The Court recognise that support and encouragement of the traditional family is in itself legitimate or even praiseworthy. However, in the achievement of this recourse must not be had to measures whose object or result is, as in the present case, to prejudice the illegitimate family; the members of the illegitimate family enjoy the guarantees of article 8 on an equal footing with the members of the traditional family"*.

Come rappresentato nel capitolo primo, le famiglie di fatto non rappresentano una categoria omogenea e, conseguentemente, non godono tutte dello stesso grado di protezione.

L'unione libera fondata sulla coabitazione e un progetto di

---

verità. Gli unici effetti erano quelli ereditari, per cui il figlio succedeva nei confronti della madre. Inoltre, la madre di un figlio illegittimo che successivamente alla nascita del bambino non si sposò col padre biologico poteva rafforzare la propria posizione giuridica solo adottando il figlio stesso. In questo caso, «l'adottato acquista, oltre allo *status* di figlio di adottato, lo *status* di figlio legittimo, ma senza diritto alla successione *ab intestato* dei parenti della madre.

vita comune costituisce a tutti gli effetti una famiglia, come riconosciuto nella citata sentenza Keegan (i *partners*, che non avevano contratto tra loro matrimonio ma non erano neanche legati da altri vincoli matrimoniali, avevano convissuto per un anno e pianificato di contrarre matrimonio ed avere un figlio).

Assai diversa quanto al riconoscimento è la situazione della coppia in cui uno dei *partner* (o entrambi) ha formato una famiglia legittima e vive all'interno di questa. La giurisprudenza di Strasburgo riconosce la vita familiare, il rapporto tra il genitore ed i figli illegittimi, ma si mostra incline a qualificare come familiare anche il rapporto tra questi *partners*. Ne è un esempio chiarissimo la sentenza del 14.07.77, X. e Y. c. Svizzera, in cui si afferma che la relazione tra padre e figlio è sempre "*included in the concept of family life within the meaning of Article 8 of the Convention*", mentre "*this is not necessarily the case with extra-marital relationship even if they have led to the birth of children*". Se un rapporto extraconiugale è caratterizzato da una coabitazione saltuaria, tale rapporto sarà preferibilmente inserito nell'ambito della vita privata e non in quello della vita familiare. Difficile e forse inopportuno è un generale giudizio su tale qualificazione fornita a questa tipologia di convivenze.

Occorre, però, rilevare come l'utilizzo del criterio della stabilità o viceversa della temporaneità della coabitazione ai fini della caratterizzazione della vita in comune come "familiare", sembra essere contraddetto dalla sentenza Kroon ed altri c. Olanda, la quale, trattando delle coppie unite in matrimonio, afferma che il venir meno della coabitazione non è da considerarsi decisivo al fine della qualificazione della "vita familiare" se questa è dimostrabile da altri elementi.

Caso per certi aspetti intermedio tra quelli appena rappresentati è quello trattato dalla nota sentenza Johnston c. Irlanda: l'impossibilità di divorziare è qui alla base di una famiglia (conseguentemente "adulterina") in cui i *partners* hanno cessato i

rapporti con i rispettivi coniugi, ed hanno altresì creato una famiglia di fatto caratterizzata da una stabile convivenza e dalla nascita di figli.

La Corte ha così ribadito che l'articolo 8 non deve essere riferito alla sola famiglia legittima, ma la tutela da questo offerta ben può e poteva applicarsi al caso dei ricorrenti che, sebbene legati da precedenti matrimoni, convivevano da oltre 15 anni ed avevano avuto dei figli.

I ricorsi e le decisioni appena esaminate illustrano chiaramente che per la giurisprudenza europea è possibile qualificare una coppia di fatto come "famiglia" (con i conseguenti diritti e doveri) se vi è prova della stabilità di questa relazione, e tale prova potrà essere tratta senza esitazioni nel caso di coabitazione stabile (o se si preferisce di lunga durata). Siffatto requisito non è, però, imprescindibile e le famiglie di fatto potranno essere "accertate" anche sulla base di altri fattori, come ad esempio la prole. In questo senso la sentenza Kroon e altri c. Olanda, secondo cui requisito dirimente per l'accertamento e la conseguente qualificazione del legame (come) familiare è la nascita di quattro figli all'interno del rapporto costituito dai ricorrenti: "*Although , as a rule, living together may be a requirement for family life, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient costancy to create de facto family ties*". In questo caso, dunque, la vita familiare è riconosciuta anche se i *partners* non coabitano e non vi è alcun impedimento a che lo facciano.

La tutela riservata alle coppie di fatto può, poi, incontrare un ulteriore limite nel caso in cui uno dei *partners* sia straniero e si sia reso responsabile di un illecito penale. Qualora, infatti, sia stata disposta una misura di allontanamento del partner che ha costruito una relazione familiare (non fondata sul matrimonio) dal territorio dello Stato, dovrà essere effettuato una valutazione che tenga conto sia degli interessi familiari del cittadino straniero, sia degli interessi nazionali (del Paese che lo ha accolto) alla prevenzione e repressione

dei crimini.

L'interesse nazionale prevarrà quando la relazione familiare sia sorta e si sia sviluppata in una situazione di irregolarità, nonché nel caso in cui lo straniero si sia sottratto ad una misura di allontanamento, ovvero sia rientrato clandestinamente nel territorio dello Stato di accoglienza dopo una misura di espulsione.

Il bilanciamento di interessi e quindi il giudizio sul provvedimento di allontanamento che colpisce l'unione formata dai *partners*, deve tenere conto della "situazione familiare" esistente nel momento in cui la misura è stata presa<sup>171</sup>.

La Corte afferma che qualora il provvedimento che ha colpito il *partner* abbia preceduto la formazione della coppia di fatto, tale *partner*, che è consapevole dell'irregolarità della sua permanenza, è anche consapevole della precarietà della relazione che ha iniziato a costruire sul territorio ospitante.

Così, ad esempio, il caso della madre colpita da provvedimento di espulsione che dà alla luce un bambino che *ius soli* ha acquistato la cittadinanza del Paese nel quale sono immigrati ed in cui la donna si trova illegalmente, non potrà essere fattore esclusivo e determinante al fine della valutazione della posizione della cittadina straniera (e della relazione familiare da questa costruita). Se così fosse, se cioè trovassero una tutela incondizionata tutte le relazioni familiari sorte successivamente ad un provvedimento di espulsione, vi sarebbe fondatamente il rischio che il diritto alla vita ed al rispetto della vita familiare venga strumentalizzato per fini migratori e, quindi, per eludere la normativa prevista dallo Stato accogliente in materia.

Per effettuare tale condivisibile bilanciamento, saranno poi necessariamente valutati ulteriori elementi quali ad esempio la gravità dei reati commessi dal *partner*, e che diedero luogo al provvedimento di allontanamento, che confligge con la tutela della relazione instaurata. Nel caso di reati particolarmente gravi ed odiosi

---

<sup>171</sup>Si veda al riguardo Baghli c. Francia: ric.n.34374/97.

come ad esempio il traffico di sostanze stupefacenti o crimini di natura sessuale, il citato bilanciamento di interessi non potrà che approntare una tutela affievolita al legame familiare appena sorto<sup>172</sup>.

Una tale limitazione, che nasce, come detto, dal bilanciamento dell'interesse individuale (alla tutela della vita familiare) con l'interesse collettivo (al rispetto della normativa penale del Paese di immigrazione), non è riservata esclusivamente alle coppie di fatto ( o ai nuovi modelli familiari), ma è applicabile anche alle unioni fondate sul matrimonio: la valutazione circa la regolarità nel momento in cui sorge e si sviluppa la relazione sarà, dunque, indipendente dalla legittimità o meno della famiglia.

La Corte respingerà la pretesa protezione ex articolo 8 soltanto facendo riferimento al dato temporale summenzionato, ovvero sia considerando se la famiglia si sia formata anteriormente o successivamente al provvedimento di allontanamento, a nulla rilevando che questa sia una famiglia di fatto o "tradizionale".

Dunque l'ipotesi di immigrazione illegale è sì il caso più frequente di scioglimento di "nuovi nuclei familiari", ma le sentenze della Corte confermano costantemente che tale scioglimento o viceversa l'approntamento della tutela della situazione familiare, avvengono in maniera indipendente dalla "legittimità" del legame.

Alla luce delle sopraesposte considerazioni sembra, quindi, possibile affermare che la "coppia extra-matrimoniale" goda della stessa tutela di cui gode la "coppia matrimoniale" garantita dall'articolo 8 contro l'ingerenza statale. La stessa considerazione d'eguaglianza non può, però, essere fatta in merito alle azioni positive che lo Stato riconosce in generale alle coppie sposate.

Tuttavia, proprio in considerazione delle citate sentenze, occorre evidenziare come le coppie di fatto non godano di un trattamento in tutto identico a quello riservato alle famiglie costituite da *partners* uniti in matrimonio: nel ricorso *Marckx c. Belgio* la Corte ha precisato che l'articolo 12 non può essere interpretato nel senso

---

172 A tale proposito, cfr. *Baghli c. Francia* ed anche *Dalia c. Francia*.

di attribuire esattamente gli stessi effetti giuridici che discendono dal matrimonio a tutte quelle situazioni familiari che con questo presentano un'analogia: *"appear to construe article 12 as requiring that all the legal effects attaching to marriage should apply equally to situations that are in certain respects comparable to marriage; The court cannot accept this reasoning"*; ed ancora nel ricorso Johnston e altri c. Irlanda alla medesima conclusione si arriva relativamente all'articolo 8: *"the Court does not consider that is possible to derive from article 8 an obligation...to establish for unmarried couples a status to that of married couples"*.

Il riconoscimento di un divario tra la coppia matrimoniale e quella di fatto, e, quindi, l'accettazione del differente *status* giuridico probabilmente altro non è che una sorta di allineamento del giudice europeo alla manifesta volontà di numerosi Stati di sostenere e di incoraggiare il modello di famiglia "tradizionale" (e quindi matrimoniale).

I casi proposti dinanzi al giudice europeo con riferimento all'intervento statale positivo a titolo di protezione della famiglia riguardano prevalentemente la questione della concessione della pensione di reversibilità.

La posizione dei ricorrenti appare particolarmente debole quando si tratta di convivenza extra coniugale e la possibilità del divorzio era legalmente percorribile.

Di fronte ad una convivenza stabile il giudice europeo ammette che si tratta di vita familiare ma non ritiene che da questa situazione derivi a favore dei *partners* conviventi ogni diritto che spetta in capo ai coniugi legittimi.

Nel ricorso G.A.B.<sup>173</sup> c/ Spagna la ricorrente, separata ma non divorziata, reclamava il diritto di usufruire in seguito al decesso del convivente della pensione di reversibilità che era invece stata accordata all'ex coniuge del defunto. Si accertò che la ricorrente aveva vissuto "maritalemment" per molti anni con il compagno

deceduto e che, da questa unione di fatto, erano nati due figli e che, conseguentemente, "il ne fait pas de doute qu'il a existé une vie familiale entre la requérante et le *de cuius*". Tuttavia, non si ritenne discriminatorio il diverso trattamento riservato dalla legislazione nazionale al convivente superstite rispetto all'ex coniuge, poiché tale differenza era volta a proteggere la famiglia "tradizionale", e quindi volta ad uno scopo legittimo secondo la giurisprudenza di Strasburgo e compatibile con l'articolo 14 della Convenzione.

In tale caso specifico l'effetto è risultato essere paradossale ed iniquo, concedendo un beneficio economico (la pensione di reversibilità) all'ex coniuge con cui, da lungo tempo, non vi era alcun rapporto, anziché alla convivente di fatto. Tuttavia, tali effetti discendevano esclusivamente dalla passività degli interessati e dalla loro riluttanza ad avvalersi di strumenti legali utilizzabili al fine di far coincidere la realtà sociale con quella giuridica (il divorzio): non era concretamente possibile riconoscere una violazione dell'articolo 8 della Convenzione da parte dello Stato.

Del tutto analogo fu il caso di Quintana Zapata c. Spagna, in cui la ricorrente, che vantava ben 65 anni di convivenza e 5 figli nati dall'unione con il suo *partner*, sollecitava l'attribuzione della pensione di reversibilità. La prova di una vita familiare era certa, ma la Corte ha concluso che la mancata concessione della pensione al *partner* superstite persegue lo scopo (legittimo) della protezione della famiglia tradizionale: la misura rispettava il criterio di proporzionalità e la valutazione di opportunità al riguardo rientrava nel margine di apprezzamento attribuito allo Stato.<sup>174</sup>

Tale decisione fu presa anche in considerazione del fatto che la legislazione spagnola garantiva una prestazione equivalente alla pensione di reversibilità al convivente superstite che non aveva potuto regolarizzare la sua situazione in ragione del divieto di divorzio che era in vigore prima del 1981.

---

<sup>174</sup> La decisione si è fondata, ancora una volta, sulla giurisprudenza consolidata in tema di discriminazione secondo cui una distinzione è discriminatoria qualora questa manchi "de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé".

Questa previsione normativa rendeva l'elemento volontaristico (non esercitato) fondamentale nel godimento del beneficio concesso dallo Stato. Inoltre, nella decisione si sottolineò come, nel precedente caso G.A.B. c/ Spagna, che non si trattava di un diritto tutelato dalla Convenzione a favore di ogni persona e che, quindi, la facoltà dello Stato di operare distinzioni non discriminatorie risultava incontrovertibile.

La Corte Europea ha avuto modo di prendere in esame un altro effetto della convivenza non matrimoniale, non più come i precedenti esaminati in tema di prestazioni previdenziali statali, ma di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi in caso di separazione.

Nella decisione Saucedo Gomez c. Spagna del 26 gennaio 1999, la Corte ha analizzato l'opportunità di offrire ai conviventi la stessa tutela prevista per i coniugi nei rapporti reciproci: la ricorrente aveva convissuto per 18 anni e dopo la rottura del rapporto aveva cercato senza successo di ottenere dalle autorità giudiziarie la constatazione della separazione, l'attribuzione della dimora della coppia e gli alimenti da parte dell'ex compagno.

Anche in questo caso, se la possibilità di svincolarsi da un precedente matrimonio per sposare il convivente non era possibile all'inizio del rapporto, lo era diventato in seguito e la ricorrente aveva volontariamente scelto di non avvalersi di questa possibilità. La ricorrente, tuttavia, lamentava che il rifiuto delle autorità competenti ad attribuirle l'assegnazione della dimora costituiva una violazione del combinato disposto degli articoli 8 e 14.

Analogamente ai precedenti casi in materia di diritti dei conviventi, la sentenza fece leva sulle differenze esistenti tra situazioni sociali di tipo familiare e realtà inquadrate giuridicamente come unioni matrimoniali, nonché sul significato della discriminazione ex art. 14 come stabilito nel "caso linguistico" belga.

La Corte ha puntualizzato che "les differences de traitement existant en matier d'attribution du logement familial entre conjoints



et concubins poursuivent un but lègitime et s'appuient sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle". La differenza di trattamento non è quindi discriminatoria se ha lo scopo di tutelare la famiglia tradizionale soprattutto quando gli svantaggi per i *partners* derivano da una loro libera scelta (nel caso di specie libera scelta di non contrarre matrimonio).

In conclusione, la normativa e la giurisprudenza tutelano in linea di principio qualsiasi forma familiare, e quindi anche la convivenza "more uxorio". Tale riconosciuta tutela non sta però a significare che questa forma di famiglia costruita senza vincoli giuridici sia equiparata sotto ogni aspetto alla famiglia fondata sul matrimonio. La tutela delle coppie di fatto si esplica, infatti, pressoché totalmente in vista di garantire la vita familiare degli interessati da indebite ingerenze ed ostacoli di natura statale

Difetta un riconoscimento che si traduca in un intervento positivo: è legittima<sup>175</sup> la condotta degli Stati che si astengono dal frapporre degli ostacoli alle convivenze di fatto, ma riservano alle famiglie fondate sul matrimonio il beneficio di alcuni diritti, ad esempio in campo previdenziale. Una sorta di equazione responsabilità/benefici giustifica tale disparità: differenti responsabilità e doveri assunti contraendo il matrimonio rendono obiettivamente distinte le condizioni dei coniugi da quelle dei conviventi *more uxorio*, e pertanto giustificano una disparità di trattamento.

La Corte di Strasburgo in questo senso esplicitamente sostiene che le differenze di trattamento non sono discriminatorie se perseguono uno scopo legittimo, e l'attribuzione di determinati benefici alle coppie sposate certamente lo è perché mira a sostenere la famiglia "tradizionale" matrimoniale.

E', così, evidente che la normativa e la giurisprudenza comunitarie costituiscono con ogni probabilità la forma di tutela

---

175 Così anche la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1996.

sopranazionale meno garantista nei confronti della famiglia di fatto.

La tutela approntata effettivamente si esprime in una non interferenza nella vita familiare, che in ambito comunitario si traduce nel diritto al ricongiungimento.

Gli obblighi negativi che gravano sullo Stato circa la non ingerenza nella vita familiare riguardano, quindi, allo stesso modo coppie di fatto e coppie sposate: le garanzie giuridiche per lo svolgimento della vita familiare sono le stesse.

I privilegi, soprattutto di natura economico-sociale, che lo Stato riconosce alle famiglie in virtù di obblighi positivi sono invece riservati alle coppie che, avendo scelto di assumersi le responsabilità insite nello *status* matrimoniale, godono di benefici riservati alla famiglia tradizionale.

Non grava sullo Stato alcun obbligo di riconoscere lo stesso trattamento alle coppie di fatto ed alle coppie matrimoniali: il matrimonio è un istituto giuridico che implica doveri ed attribuisce simmetrici diritti ed effettivamente, qualora lo Stato riconoscesse alle coppie che vivono "*more uxorio*" gli stessi privilegi riconosciuti alle coppie sposate, senza che i conviventi assumono i doveri previsti dal matrimonio, si giungerebbe al paradosso di una discriminazione al contrario: una discriminazione, cioè, della famiglia tradizionale.

Tali considerazioni valgono certamente per la situazione familiare extra matrimoniale che più frequentemente si verifica, sia quella in cui la coppia sceglie di non contrarre matrimonio. Diversa è la situazione e diverse dovrebbero essere le valutazioni quando la volontà dei *partners* di fondare una famiglia sia impedita da una disposizione di legge.<sup>176</sup> In tali circostanze, appare doveroso assicurare, invece, alle famiglie di fatto una tutela del tutto simile a quella delle unioni legittime, stante l'impossibilità di modificare lo *status* giuridico familiare.

In ogni caso, le scelte dei *partners*-genitori non dovrebbero incidere sui diritti dei figli nati, appunto, fuori dal matrimonio. Questi

---

<sup>176</sup> Ad esempio, quando ad uno o ad entrambi i *partners* è preclusa la possibilità di sciogliere un precedente vincolo matrimoniale al fine di costituire una nuova famiglia legittima con il nuovo *partner*.

hanno pieno titolo alla parificazione dei diritti con i figli nati in una famiglia legittima: tale riconoscimento nella giurisprudenza dell'Unione è, infatti, incontroverso.

Concludendo, anche in riferimento a tale specifico argomento numerose appaiono essere le lacune normative e preziosissime le pronunce giurisprudenziali.

Si può, tuttavia, affermare che il diritto protegge il legame genitore-figlio a prescindere dal tipo di riconoscimento giuridico che per quest'ultimo è previsto: i rapporti di filiazione all'interno di una convivenza "*more uxorio*" rientrano, senza dubbio, nel concetto di vita familiare ed anche i rapporti tra un genitore e il figlio naturale al di fuori di una convivenza stabile, dopo una rottura di un legame di fatto o addirittura in un contesto extraconiugale, beneficiano in principio della tutela garantita ai figli nell'ambito della vita familiare.

Tuttavia, non ogni rapporto biologico di filiazione viene tutelato allo stesso modo di un rapporto familiare e di filiazione legittima: il riconoscimento e la tutela del rapporto genitori-figli dipende anche dall'effettività dei legami e dalla dipendenza emozionale.

## **2.3 Famiglia e minori nelle Convenzioni di diritto internazionale.**

Occorre, anzitutto, premettere che la tutela generale della "famiglia" si esplica attraverso due forme di garanzia, l'una volta alla tutela del diritto di sposarsi e così fondare una famiglia, l'altra alla tutela del diritto al rispetto della vita familiare.

Le previsioni dell'articolo 23 e dell'articolo 17 del Patto sui diritti civili e politici<sup>177</sup> indicano chiaramente come il diritto al rispetto della vita familiare era (e forse già in origine) da considerarsi come una garanzia distinta da quella relativa al diritto al matrimonio e alla costituzione di una famiglia, e di conseguenza andava tutelato autonomamente.

La vita familiare è, dunque, un concetto molto più vasto di quello che si esaurisce nell'ambito della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio: si estende ad altre fattispecie come il rapporto tra genitore figlio naturale, o tra persone che organizzano la propria vita secondo un modello coniugale, ma senza contrarre matrimonio e quindi senza un riconoscimento formale.

Tale problematica è stata specie nell'ultimo decennio portata all'attenzione del Comitato<sup>178</sup> per i diritti dell'uomo istituito dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. Nell'accertare

---

<sup>177</sup> Allorché la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo fu proclamata nel 1948 dall'Assemblea Generale, essa fu considerata come il primo passo nella formulazione di una futura "carta internazionale dei diritti dell'uomo", il cui valore fosse sia giuridico che morale. Nel 1966 - a tre decenni di distanza dall'impegno assunto dalla Organizzazione delle Nazioni Unite in questa vasta impresa - la "carta internazionale dei diritti dell'uomo" diventava una realtà grazie all'entrata in vigore di tre importantissimi strumenti: Il Patto Internazionale sui Diritti economici, sociali e culturali, il Patto Internazionale sui Diritti civili e politici ed il Protocollo Facoltativo relativo a quest'ultimo Patto.

I Patti obbligano gli Stati che li abbiano ratificati a riconoscere e progettare un'ampia gamma di diritti umani, mentre le disposizioni facoltative stabiliscono le procedure in base a cui i privati nonché gli Stati possono presentare denunce in merito a violazioni dei diritti dell'uomo.

<sup>178</sup> Gli Stati che abbiano ratificato il Patto relativo ai diritti civili e politici provvedono alla nomina di un Comitato per i diritti dell'uomo composto di 18 membri. Questi ultimi ricoprono la loro carica a titolo individuale e debbono essere persone di alta levatura morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti dell'uomo. In conformità alle disposizioni facoltative di questo Patto, il Comitato per i diritti dell'uomo può esaminare comunicazioni nelle quali uno Stato parte pretenda che un altro Stato parte non adempie agli obblighi derivanti dal Patto. Il Comitato esercita le funzioni di organo d'inchiesta e può designare, col preliminare consenso degli Stati interessati, commissioni di conciliazione *ad hoc* che mettono i loro buoni uffici a disposizione degli Stati allo scopo di giungere ad una soluzione amichevole della questione fondata sul rispetto dei diritti dell'uomo, quali sono riconosciuti dal Patto, (queste disposizioni facoltative sono entrate in vigore il 28 marzo 1979 allorché si è verificata la decima dichiarazione di accettazione di esse).

l'esistenza di una famiglia ai sensi degli articoli 17<sup>179</sup> e 23<sup>180</sup> del Patto, la giurisprudenza del Comitato ha privilegiato il criterio dell'effettività e, relativamente alla convivenza *more uxorio*, il Comitato si è più volte espresso nel senso di equipararla al matrimonio ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Patto.

Ricordiamo in tal senso il parere sul caso del 2001 Winata contro Australia<sup>181</sup>, il quale concerneva l'espulsione dei genitori stranieri di un cittadino minorenni. Si trattava di una coppia di origine indonesiana illegalmente immigrata in Australia e qui residente da oltre 10 anni. In tale periodo era nato un figlio che aveva così ricevuto la cittadinanza australiana.

Il rapporto in questione viene definito dal Comitato come una "*de facto relationship akin to marriage*" e l'unità dei due conviventi insieme al figlio è ritenuta una famiglia a tutti gli effetti; il Comitato esaminò il ricorso sul merito senza mettere in discussione la natura di famiglia dell'unità composta dai tre soggetti e dunque l'applicabilità dell'articolo 17 alla fattispecie. Il Comitato ha ritenuto che l'espulsione dei genitori costituiva un'ingerenza arbitraria nella vita familiare degli interessati, in violazione dell'articolo 17 del Patto: rigettò, dunque, l'eccezione del governo australiano secondo cui i genitori avrebbero potuto tornare insieme al figlio in Indonesia ed ugualmente rigettò quella secondo cui i genitori sarebbero dovuti tornare in Indonesia per chiedere un visto speciale che avrebbe comportato diversi anni di attesa (Parent Visa<sup>182</sup>).

Occorre evidenziare come il Comitato non abbia in alcun

---

179 L'art. 17 così dispone: "1.No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks".

180 L'art.23 così dispone: "1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. 2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized. 3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses. 4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.

181 Comunicazione n.930 del 2000, parere del 16 agosto 2001.

182 L'Australia, paese in continua ricerca di manodopera qualificata, offre un articolato sistema di Visa per entrare legalmente nel suo territorio. Attualmente ci sono quattro forme di Visa.

modo sostenuto che si possa desumere una necessità di formale equiparazione tra coppie matrimoniali e coppie di fatto. La quasi totalità degli interventi si sviluppa intorno al divieto di discriminazione posto dall'articolo 26<sup>183</sup> del Patto.

Nel più risalente (1987) caso *Danning c. Olanda* il Comitato era intervenuto sulla mancata concessione a soggetti che convivevano *more uxorio* di un incremento nell'indennizzo di invalidità destinato alle persone coniugate. Al fine di determinare se una tale mancata concessione rappresentasse una discriminazione contraria all'articolo 26 del Patto, occorreva preliminarmente accertare se l'articolo 26 fosse applicabile alla legislazione in materia di sicurezza sociale (poiché si trattava di un diritto non presente nel "catalogo" dei diritti elencati dal Patto).

Il Governo olandese contestava l'applicabilità dell'articolo 26 del Patto in relazione ai diritti che rientravano nell'ambito di applicazione del Patto sui diritti economici sociali culturali (il quale aveva proprie procedure di controllo tra le quali non erano inclusi i ricorsi individuali).

Il Comitato invece ritenne che l'articolo 26 non si limitava a riprodurre la garanzia offerta dall'articolo 2 del Patto, ovvero sia il godimento da parte di ogni individuo senza discriminazione dei diritti elencati nel Patto, ma invece afferma un generale principio di non discriminazione nella legislazione o nelle applicazioni di essa, in qualunque campo regolato dalla autorità pubblica.

Conseguentemente il Comitato stabilì che, allorquando uno Stato decida, nell'esercizio delle sue prerogative sovrane, di emanare un atto legislativo, tale atto dovrà comunque conformarsi al principio posto dall'articolo 26: "although article 26 requires that legislation should prohibit discrimination, it doesn't not of itself contain any obligation with respect to the matters that may be provided for by legislation. Thus it does not, for example, require

---

<sup>183</sup> L'art.26 così dispone: "All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

any State to enact legislation to provide for social security. However, when such legislation is adopted in the exercise of a State's sovereign power, then such legislation must comply with article 26"<sup>184</sup>

Il Comitato, però, stabilì anche i limiti e quindi la reale portata del principio di non discriminazione appena menzionato. Stabilì, infatti, che "The right to equality before the law and to equal protection of the law without any discrimination does not make all differences of treatment discriminatory. A differentiation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination within the meaning of article".

Premesso ciò, il Comitato evidenziò come le distinzioni operate dalla legislazione olandese tra coppie sposate e coppie di fatto fossero fondate su criteri oggettivi e ragionevoli poiché "The decision to enter into a legal status by marriage, which provides ... bount for certain benefits and certain duties and responsibilities"<sup>185</sup>, lies entirely with the cohabiting persons". Poiché il ricorrente e la sua convivente non hanno "in law assumed the full extent of the duties and responsibilities" che incombono sulle coppie sposate, detto ricorrente "does not receive the full benefits" previsti per le coppie sposate.

La scelta dello *status* matrimoniale effettuata liberamente dai *partners*, comporta una consapevole assunzione di doveri e responsabilità correlati all'ottenimento di determinati benefici. La tutela statale assicurata a una coppia è (legittimamente) commisurata al grado di responsabilità assunto dalla coppia stessa. La ragionevolezza del criterio posto alla base di questa distinzione esclude il carattere arbitrario che avrebbe reso discriminatoria una differenza di trattamento.

Nell'analogo caso *Cornelis Hoofdan c. Olanda* del 1998 il Comitato confermò a distanza di 10 anni tale posizione.

---

<sup>184</sup> Lo stesso principio fu affermato nella decisione del ricorso n. 406/1990 *Sprenger c. Olanda*.

<sup>185</sup> Il Governo olandese aveva evocato, tra i doveri assunti dalle coppie matrimoniali, l'obbligo reciproco di provvedere al mantenimento del coniuge, la necessità di ottenere il consenso del coniuge per diverse operazioni economiche (tra le quali quelle relative alla proprietà familiare), la responsabilità congiunta per debiti connessi ai beni comuni, etc.

La "comunicazione" (il ricorso) lamentava la violazione del diritto al rispetto della vita familiare in ragione della mancata concessione di un contributo statale, che era riservato invece alle persone sposate soprattutto in considerazione del fatto che la convivenza *more uxorio* in questione era equiparata al matrimonio con riguardo ad altre norme interne in materia di sicurezza sociale.

Il ricorrente lamentava non solo che l'obbligo di contrarre matrimonio al fine di beneficiare del contributo statale in questione costituiva un'ingerenza arbitraria nella vita privata, ma anche che il diverso trattamento delle coppie di fatto rispetto alle coppie sposate rappresentava una discriminazione non consentita dall'articolo 26 (alla luce delle mutate concezioni sociali su matrimonio/convivenza).

Sotto il primo profilo il Comitato dichiarò la "comunicazione" irricevibile, facendo notare che lo Stato non aveva interferito in alcun modo con la decisione della ricorrente di convivere senza sposarsi: il ricorrente godeva della libertà di contrarre o meno matrimonio ed il fatto che una decisione liberamente presa nella sfera privata abbia delle conseguenze sul piano della sicurezza sociale non può integrare gli estremi di un'ingerenza statale arbitraria: "The State party at no time interfered with the author's decision to cohabit with his girlfriend without marrying her .... The author was free to marry or not to marry. The fact that a freely made decision regarding one's private life may have a certain legal consequences in the field of social security could not be seen as constituting arbitrary or unlawful interference"<sup>186</sup>.

Quanto al secondo profilo il comitato esaminò la questione della lamentata discriminazione sulla base dello stato civile rifacendosi al principio secondo cui "not every distinction amounts to prohibited discrimination under the covenant, as long as it is based on reasonable and objective criteria"<sup>187</sup>.

---

186 Paragrafo 6.3, Comunicazione n. 602/1994, Parere del 25 novembre 1998.

187 Paragrafo 11.4, Comunicazione n. 602/1994, Parere del 25 novembre 1998.



Il Comitato ribadiva così che l'acquisizione dello *status* matrimoniale comportava delle responsabilità e garantisce dei benefici, e che rappresenta una libera scelta dei conviventi e, quindi, il Comitato conclude, come nel precedente caso Danning, che l'autore non avendo assunto l'interezza degli obblighi insiti nel matrimonio, non poteva accedere ai benefici associati allo *status* che discendeva da questo.

Non si limitano ai citati Patti ed alle relative pronunce del Comitato.

Numerose sono le "testimonianze" a livello internazionale del fatto che le coppie di fatto inizino ad avere un riconoscimento giuridico.

Basti pensare alla tutela apprestata dalla Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie adottata dalla risoluzione 45/158 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il cui articolo 4 recita: "For the purpose of the present convention the term members of the family refers to persons married to migrant workers" o che hanno con questi una relazione che concordemente con la legislazione applicabile è produttiva di effetti equivalenti al matrimonio "as well as their dependent children and other dependent persons who are recognized as members of the family by applicable legislation or applicable bilateral or multilateral agreements between the States concerned"<sup>188</sup>.

I familiari cui si estende la tutela della convenzione sono, dunque, oltre al coniuge ed i figli (legittimi o naturali), anche i conviventi quando la legislazione applicabile riconosce alla relazione dei *partners* effetti equivalenti al matrimonio.

Anzitutto occorre analizzare la ulteriore normativa e la giurisprudenza internazionale in assenza di disposizioni espresse nel Patto sui diritti civili e politici circa la filiazione naturale, ancorchè il riconoscimento dei diritti familiari che discendono

---

188 Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990, International Convention on the Protection of the Right of the All Migrant Workers and Members of Their Families.

dall'esistenza di un legame di sangue si è fatto strada con la "giurisprudenza" del Comitato per i diritti dell'uomo, nonché attraverso gli orientamenti indicati nelle sue pronunce.

L'osservazione generale numero 19 del Comitato concerne la protezione della famiglia ai sensi dell'articolo 23 del Patto. Nel rilevare l'assenza di una concezione universale della nozione di famiglia, si rappresenta come la famiglia possa essere costituita anche da genitori non coniugati e dai loro figli.

Tale considerazione non implica però l'esistenza in capo agli Stati che hanno sottoscritto il Patto di un obbligo di riconoscere specifiche forme di famiglia: il Comitato ha reputato tuttavia doverosa l'assicurazione della tutela prevista dal Patto a qualsiasi forma di famiglia, inclusa quindi la famiglia naturale, nel senso che la posizione del Comitato venne evidenziando come il diritto internazionale non pretenda di incidere sugli ordinamenti nazionali ai fini della determinazione della famiglia, lasciando così agli Stati l'assoluta facoltà di decidere in merito a quali fenomeni sociali attribuire rilevanza giuridica (la famiglia).

L'assai misurata osservazione del Comitato appare comprensibile in relazione ad uno strumento teso solamente ad indirizzare le scelte legislative degli ordinamenti degli Stati contraenti (ognuno dei quali al suo interno avrà realtà sociali che presentano grandissime differenze).

Al fine della presente ricerca sono invece numerose ed utilissime le pronunce del Comitato sulla base del protocollo facoltativo sulle "comunicazioni" individuali.

Nell'accertamento dell'esistenza di una famiglia sembra, infatti, prevalere il criterio dell'effettività: il legame biologico tra genitore figlio al di fuori del contesto familiare tradizionale deve quindi trovare traduzione e protezione in un adeguato vincolo giuridico.

Secondo le pronunce del Comitato i rapporti compresi nel concetto di famiglia non sono ristretti a quelli che si sviluppano

nell'ambito della vita matrimoniale e possono addirittura prescindere dalla coabitazione.

È, infatti, sufficiente la sola esistenza di legami biologici come quelli tra genitori e figli per configurare un'ipotesi di vita familiare ai sensi del Patto sui diritti civili e politici, con tutti gli obblighi che ne conseguono per lo Stato.

Una tale interpretazione di famiglia è rinvenuta nella comunicazione Hendriks c. Olanda, in cui il Comitato statui che "The words the family in article 23, paragraph 1, do not refer solely to the family home as it exist during the marriage. The idea of the family must necessarily embrace the relation between parents and child. Although divorce legally ends a marriage, it cannot dissolve the bond uniting father - or mother - and child; this bond does not depend on the continuation of the parents marriage"<sup>189</sup>.

Nello stesso senso la "comunicazione" Balaguer contro Spagna: il Comitato ha ricordato la necessità di interpretare il concetto di famiglia in maniera estesa puntualizzando che lo stesso include rapporti tra genitori e figli perfino in mancanza di matrimonio o coabitazione<sup>190</sup>.

L'eccezione formulata dal Governo spagnolo era incentrata sulla instabilità di un rapporto che non era mai stato confermato dal vincolo matrimoniale e che oltretutto, aveva avuto breve durata.

Anche per quel che riguarda il Patto sui diritti economici, sociali, culturali e possono valere le stesse considerazioni: tale patto tende infatti ad estendere la tutela garantita alla famiglia anche a quelle forme non tradizionali. L'articolo 10, paragrafo 1, dispone nel senso che "The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, wich is the natural and fondamentale group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children".

---

189 Paragrafo 10.3, Comitato per i Diritti dell'Uomo, Hendriks c. Olanda.

190 Paragrafo 10.2, Comitato per i Diritti dell'Uomo, Balaguer c. Spagna.

Quanto appena annunciato assume rilevanza ancora maggiore se si considera che la precedente (originaria) formulazione dibattuta in sede di lavori preparatori, menzionava esplicitamente la famiglia fondata sul matrimonio: appare, così, ancora più evidente l'intento di estendere la tutela offerta da questa disposizione a qualsiasi tipo di famiglia<sup>191</sup>

In questo senso anche la Convenzione europea del 4 novembre 1950, il cui riconoscimento della genitorialità trova fondamento nell'articolo 8 e nel divieto di discriminazione previsto dall'articolo 4. La Corte di Strasburgo ha infatti stabilito in maniera chiara che l'articolo 8 non tutela esclusivamente la vita che si realizza all'interno di una famiglia tradizionalmente definita come legittima. Già nel 1978 con la decisione X contro Germania, la Commissione europea aveva precisato che: "l'accertamento di un rapporto familiare tra genitori e figli non dipende dall'esistenza del coniugio".

Nella "comunicazione" Balaguer c. Spagna è, poi, possibile individuare elementi che possono qualificare il rapporto tra genitore naturale e figlio all'interno della sfera della vita familiare.

In tale statuizione, pur riconoscendo il pacifico principio secondo cui il rapporto intercorrente tra genitore figlio è comunque costitutivo di vita familiare, il Comitato per i diritti umani ebbe a specificare alcuni criteri aggiuntivi, come l'effettività dei rapporti genitore-figlio e quindi l'esistenza di legami affettivi ed anche economici.

Il paragrafo 10. 2 della "comunicazione" precisa, infatti, che: "The Committee begins by noting that the term family must be understood broadly; it reaffirms that the concept refers not solely to the family home during marriage or cohabitation, but also to the relations in general between parents and child....Some minimal requirements for the existence of a family are however necessary, such as life together, economic ties, a regular and

---

191 Cfr. ERICKSSON M.K., *The right to marry and to found a family*, Uppsala, 1990, pag. 82.

intence relationship, etc.”.

Gli evidenziati criteri andranno individuati ed il relativo rapporto andrà accertato con una razionale elasticità: regolarità ed intensità del rapporto potrebbero venir meno proprio a causa di una violazione del diritto del genitore e quindi del tutto indipendentemente dalla volontà dello stesso genitore. In questo caso tale interruzione o comunque tale affievolimento del rapporto si ritiene che debba essere valutato come irrilevante. In caso contrario si rischierebbe di confermare la stessa situazione lamentata dal ricorrente.

Quando sono in gioco gli interessi del figlio minore, va data la precedenza alle circostanze del caso: se il rapporto tra genitore figlio manca di intensità, ad esempio non per volontà del padre ma per l'opposizione della madre e per le lungaggini dei processi tramite i quali un padre può far valere i propri diritti, sarebbe ingiusto ed anche illogico opporre al padre ricorrente la ineffettività del rapporto e conseguentemente negargli il diritto di stabilire una relazione con il figlio.

Le stesse valutazioni circa l'effettività e circa l'opportunità devono essere alla base di qualsiasi decisione nel rapporto genitore-figlio. Tale rapporto può trovare specie all'interno dei nuovi modelli familiari, le più diverse caratterizzazioni.

Ad esempio parlando di famiglie “ricostituite”, per ristabilire tramite una pronuncia dell'autorità il rapporto con il padre naturale può rivelarsi contrario all'interesse del figlio: nella nuova realtà familiare del figlio può esistere un'altra figura paterna, mentre il padre naturale risulta essere un estraneo; sovvertire tale situazione di fatto, seppure creata in violazione della legge, potrebbe danneggiare il minore e la sua stabilità emotiva. La specificità di di ogni modello familiare, e forse di ogni singolo caso, rendono possibile dunque solamente la formulazione di canoni e di principi generali, ed anche l'applicazione di questi non potrà essere indistinta ma dovrà tener conto delle particolarità del caso.

Mentre il rapporto tra genitore naturale e figlio è stato oggetto di sporadiche pronunce e chiarimenti giurisprudenziali che necessitavano di una non sempre agevole applicazione, i diritti del figlio nato al di fuori del matrimonio sono stati sin dal principio univocamente garantiti in considerazione della particolare vulnerabilità del minore.

È sufficiente ricordare l'articolo 25 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo che espressamente si prefigge di evitare ogni discriminazione del figlio naturale cui spetta la medesima protezione sociale del figlio legittimo: "*All children , whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection*". Ed invero il diritto ad una pari protezione sociale per i figli naturali è garantito anche dalla prima parte dello stesso articolo che dispone nel senso che: "*Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance*".

Difetta, invece, un riconoscimento espresso dei diritti inerenti alla condizione giuridica del figlio illegittimo. Così è anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici le cui norme relative alla famiglia, materia tradizionalmente regolata dagli ordinamenti interni, hanno incontrato scarsi consensi degli Stati in sede di negoziazione.

Testimonianza di ciò è il difficoltoso e rigido approccio del Comitato nel già citato parere sul caso Balaguer contro Spagna: non poté che derivarne un'interpretazione formale delle disposizioni in materia di tutela della famiglia, interpretazione che in realtà non è consona con gli obiettivi del Patto.

Il Comitato ritenne che la protezione dei figli in caso di dissoluzione del matrimonio prevista dalla seconda parte dell'articolo 23, paragrafo 4, si riferisse esclusivamente alla situazione dei figli minori in seguito alla dissoluzione del matrimonio ed infatti così recita: "If paragraph 4 is placed into the overall context of article 23, it becomes clear that the protection of

the second sentence refers only to children of the marriage<sup>192</sup> which is being dissolved”.

Effettivamente la formulazione letterale del Patto giustifica la posizione del Comitato poiché il riferimento alla protezione dei minori è inserito all'interno della regolamentazione dei diritti dei coniugi e riguarda il matrimonio e, quindi, durante il matrimonio e nel caso di dissoluzione di questo: “ States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children”

Tuttavia, data l'analogia tra la condizione del minore per il quale la separazione dei genitori avviene in via di fatto e quella del minore di cui i genitori sciogliono un vincolo matrimoniale e quindi legale, e data la sostanziale equiparazione della convivenza *more uxorio* al matrimonio sotto il profilo delle responsabilità genitoriali, la logica e la coerenza imporrebbero la stessa protezione per i minori a prescindere dalla giuridicità del legame che si è dissolto tra i genitori.

Appare così opportuno riportare l'opinione concorrente di Elizabeth Evath allegata al citato parere del Comitato: “I do not agree....with an interpretation of the concept of marriage in article 23, paragraph 4, wich would automatically exclude its application to relationships wich, while not formal marriages, are in the nature of marriage and share many of its attributes including joint responsibility for the care and upbringing of children. Legal regimes applying to such relationships should, in my view, be in conformity with article 23, paragraph 4”.

È, comunque, indiscutibilmente controversa la possibilità di desumere la protezione per i figli naturali dall'articolo 23 la cui finalità è evidentemente quella di dettare i diritti connessi al matrimonio e non i diritti connessi alla vita familiare in generale

---

192 Sottolineatura presente nel testo originale.

come fa l'articolo 17.

È forse più semplice far discendere la protezione dei figli nati fuori dal matrimonio (in caso di dissoluzione del rapporto *de facto* dei genitori) dall'articolo 24, paragrafo 1, del Patto che enuncia specifiche misure di tutela del minore anche in considerazione del più generale diritto alla non discriminazione. "Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origine, property or birth, the right to such measures of protectione as are required by his status as a minor, on the part of his falmily, society and the State".

E' infine opportuno svolgere una breve considerazione circa l'interesse del figlio naturale ad accertare l'identità dei genitori.

Stabilire la paternità biologica non è, infatti, sempre un diritto rivendicato dal padre naturale, ma talvolta è un diritto riconducibile al minore.

Il diritto del minore (o anche del maggiorenne) a conoscere le proprie origini viene espressamente contemplato nella dichiarazione del 3 dicembre 1986 dell'Assemblea Generale dell'Onu. Tale dichiarazione relativa ai principi sociali giuridici applicabili alla protezione dal benessere dei fanciulli con particolare riferimento alle prassi in materia di adozione e di collocamento familiare a livello nazionale ed internazionale, si riferisce all'articolo 9, espressamente all'esigenza che può manifestare un minore adottato di conoscere il proprio passato: "The need of a foster or an adopted child to know about his or her background should be recognized by persons responsible for the child's care, unless this his contrary to the child's best interests".

Il limite al riconoscimento di tale diritto non è dato, come si potrebbe pensare dalla tutela della privacy dei genitori naturali, ma dagli interessi del minore stesso che in alcuni casi possono pretendere proprio una maggiore "riservatezza".

Tuttavia, occorre evidenziare come la Dichiarazione non



affermi un vero e proprio diritto del minore a conoscere i suoi genitori naturali o, in generale, i suoi ascendenti, ma si limita a farne un riferimento in termini di opportunità o meglio di necessità (*"the need"*) attenuando sostanzialmente la portata giuridica della disposizione che è peraltro inclusa in uno strumento a carattere non vincolante.

Concludendo, è davvero poco agevole riassumere gli orientamenti internazionali in materia di filiazione naturale, in considerazione delle evidenziate lacune normative ed in considerazione dell'estrema diversità delle fattispecie che hanno dato luogo alle pronunce giurisprudenziali.

Si può tuttavia affermare che il diritto internazionale tende a proteggere il legame stabilito tra genitore e figlio a prescindere dalla sua giuridicità (anche se il riconoscimento del rapporto biologico dipenderà dalla concreta effettività dei legami). La normativa internazionale, che pure non impone agli Stati l'obbligo di riconoscere alle unioni di fatto le stesse prerogative previste per le famiglie tradizionali, richiede invece assoluta parità di trattamento per i figli (legittimi, naturali, o nati fuori del costituito rapporto matrimoniale).

Tale attenzione per l'interesse dei minori è anche presente nelle questioni relative all'attribuzione della paternità nelle quali la tutela maggiore è riservata ai figli i cui interessi potranno prevalere su quelli dei genitori.

La Commissione europea ha chiarito ancora più nettamente nella decisione B. R. e J. Contro Repubblica Federale di Germania risalente al 1984, che se l'articolo 8 protegge la famiglia illegittima, dall'articolo 12 si può ricavare che la famiglia basata sul matrimonio ha titolo ad una maggiore tutela: "It is a consequence of the couple's free decision not to marry that the applicant does not enjoy all the privileges the national family law attributes to a married father...if, as in the present case, both parents wish to maintain family relations they are free to marry and do so to

obtain those legal advantages they require. If, however, they choose not to marry in order to avoid the application of marriage and family law, they are themselves responsible for the legal consequences of their choice”.

Le difficoltà che potrebbero sorgere dall'attribuzione esclusiva alla madre della custodia di un minore nato al di fuori del matrimonio sono una conseguenza della scelta consapevole della coppia di non sposarsi, e tali difficoltà si potrebbero facilmente superare contraendo matrimonio.

Deve essere tuttavia menzionato come non siano mancati i ricorsi dinanzi agli organi di Strasburgo in cui fossero le coppie sposate a lamentare delle differenze di trattamento indebite perché si ritenevano discriminate rispetto alle coppie di fatto ad esempio sotto il profilo fiscale.

Così nel caso *Lindsay c. Regno Unito*, i ricorrenti evidenziavano proprio le finalità dell'articolo 18 di proteggere l'istituto matrimoniale, sostenevano la contrarietà alla Convenzione di una legislazione fiscale che tassava più severamente una coppia sposata rispetto ad un “accordo di convivenza” che quindi disincentivava al matrimonio.

A tale rilievo la Commissione europea rispose che si rendeva necessario considerare la legislazione economica nel suo insieme e non il singolo provvedimento: da una lettura complessiva le coppie sposate risultavano invero favorite dalla normativa del Regno Unito.

Esclusa la natura discriminatoria del provvedimento fiscale contestato, veniva poi ribadito il principio di non identità tra matrimonio e convivenza *more uxorio* per giustificare misure statali che prevedevano diversi trattamenti: “The applicants in the present case seek to compare themselves, a married couple, with a man and woman who receive the same income, but who live together without being married. The Commission is of the opinion that these are not analogous situations. Thought in some fields, the *de facto*

relationship of cohabitees is now recognised, there still exist differences between married and unmarried couples, in particular differences in legal status and legal effects. Marriage continues to be characterised by a corpus of rights and obligations which differentiate it markedly from the situation of a man and woman who cohabit".

## **Capitolo III**

### **3.1 Famiglia di fatto e Costituzione.**

La scrittura della Carta costituzionale vide contrapposti su alcune tematiche i due schieramenti che erano usciti vittoriosi dalle elezioni del 1946: democristiani (guidati da Moro, La Pira e Dossetti), e social-comunisti (guidati tra gli altri da Basso, Togliatti e Calamandrei).

Tra gli argomenti su cui il dibattito fu più acceso vi fu proprio quello relativo alla stesura degli articoli inerenti la famiglia.

Lo scontro interno alla Commissione dei 75<sup>193</sup> concerneva innanzitutto l'introduzione nella Carta costituzionale del principio di indissolubilità del matrimonio sostenuto, in particolare, dai costituenti democristiani.

Una simile statuizione non solo avrebbe impedito o comunque reso ancor più difficile l'affermarsi, anzi l'introduzione del divorzio, ma, come rilevò Calamandrei, appariva in netta contraddizione con la stessa disciplina dell'annullamento del matrimonio sia civile, sia religioso.

Anch'egli contrario alla costituzionalizzazione del principio dell'indissolubilità, Togliatti affermò che la questione relativa alla definizione del matrimonio andava lasciata all'attività del legislatore ordinario.

Lo scontro si protrasse per diverse sedute della sottocommissione competente per i diritti di famiglia (la Commissione "diritti e doveri dei cittadini"), e vide inizialmente l'approdo ad una formulazione di compromesso in cui emergevano chiaramente la proposta proveniente dalla parte cattolica " la famiglia è una società naturale, e come tale lo Stato ne riconosce i diritti e la tutela allo scopo di assicurare l'adempimento della sua missione", e la proposta proveniente dalla parte laica "(ne

---

<sup>193</sup> I 556 eletti nominarono un Comitato composto da 75 membri per redigere la Costituzione in rappresentanza ed in proporzione a tutte le forze politiche presenti nell'Assemblea. Tale Comitato si divideva a sua volta in tre sottocommissioni: diritti e doveri dei cittadini, presieduta da Umberto Tupini; organizzazione costituzionale dello Stato, presieduta da Umberto Terracini; rapporti economici e sociali, presieduta da Gustavo Ghidini.

riconosce i diritti allo scopo di assicurare)...insieme la saldezza morale e la prosperità della Nazione”.

Una formulazione articolata ed appesantita, frutto evidente di un compromesso, ma che ancora lasciava spazio alla famiglia non matrimoniale. Infatti in questo stadio di elaborazione dell'articolo 29, allora articolo 23, non v'era nessun accenno all'istituto matrimoniale.

Ma l'ampio spazio lasciato aperto alle convivenze di fatto era troppo evidente per non destare preoccupazione nell'area cattolica per una sua futura introduzione nell'ordinamento giuridico dello Stato.

Il Comitato giunse così ad una nuova formulazione: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile”.

L'Assemblea si spaccò e sembrò dimenticare i punti di contatto già raggiunti.

Fu allora Togliatti<sup>194</sup> che propose di dividere la votazione del nuovo testo: una prima votazione sull'intero articolo, ma sino alla parola matrimonio; una seconda votazione riguardante la sola parola indissolubile. Nell'occasione il segretario del PCI annunciò l'accettazione della sua parte politica dei due principi contenuti nell'ultima formulazione: quello della famiglia naturale e quello che tale famiglia fosse fondata sul matrimonio.

La prima votazione ebbe esito favorevole. Veniva invece respinta con decisione l'introduzione della norma costituzionale del principio dell'indissolubilità.

All'esito di questa intensa battaglia politica circa l'indissolubilità del matrimonio, venne sacrificata la famiglia di

---

194 Era evidente il compromesso politico tra le forze democristiane e quelle comuniste, e rifletteva una sensibilità sociale e religiosa, diffusa e radicata nella popolazione di fine anni '40 che non intendeva mettere in discussione il concetto di unità familiare. “In questo quadro sembra palese che l'interesse fondamentale della sinistra, il costume sociale dell'epoca e i sentimenti religiosi assai diffusi e radicati nella popolazione, fosse quello di non apparire alla pubblica opinione come la profanatrice dei nuclei familiari italiani. Innalzò, quindi, ben in alto i vessilli della difesa della famiglia legittima, ma è comprensibile che, se tale difesa si svolgeva sulla fronte dell'indissolubilità, su cui poi si arrivò allo scontro, le posizioni della famiglia di fatto restarono sguarnite e furono, in effetti, sacrificate” D'ANGELI, *op.cit.*, pag.290.

fatto, in favore della quale non si prese una posizione<sup>195</sup>.

Così non si costituzionalizzò l'indissolubilità del matrimonio, ma neppure si prese in considerazione l'istituto della famiglia di fatto ed anzi il favore della Costituzione (*favor legitimitatis*) fu diretto alla famiglia legittima fondata sul matrimonio.

Lo stesso Togliatti (sebbene la componente comunista e socialista fosse forza di maggioranza di sinistra nell'assemblea) preoccupato di non creare ulteriori esasperazioni, intervenendo prima dell'approvazione definitiva dell'articolo 29<sup>196</sup>, aveva dichiarato che la semplice unione dell'uomo e della donna non è condizione sufficiente per la formazione della famiglia: "la famiglia per noi esiste soltanto quando la sua costituzione è regolata dalla legge, quando è fondata sul vincolo matrimoniale".

La famiglia che gode dei favori della Costituzione non poté quindi, che essere quella matrimoniale, ma tale favore non va inteso in senso esclusivo ed a scapito delle altre formazioni "intermedie" tra le quali vi è anche la famiglia di fatto.

Alla luce, dunque, del tenore dell'art.29 Cost., la dottrina maggioritaria ritiene che la famiglia di fatto trovi tutela costituzionale nella previsione dell'articolo 2 Cost., il quale attribuisce alla coppia non unita in matrimonio la natura di formazione sociale ed alla luce del quale può essere interpretato lo stesso articolo 29: tale articolo riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio non tanto sancendo il principio di esclusività della famiglia legittima, ma semplicemente esprimendo il *favor matrimonii* del costituente.

La famiglia di fatto è dunque uno di quei gruppi sociali all'interno dei quali alla personalità individuale viene assicurato il suo svolgimento, mentre gli articoli 29 e 30 della Costituzione non devono essere interpretati nel senso esclusivo della tutela della

---

195 Sul punto, cfr. S.ASPREA, *op.cit.*: "A conclusione del serrato e contraddittorio dibattito svoltosi in sede costituente, la vittima rimasta sul terreno fu la famiglia di fatto sacrificata -non si sa quanto sia fondata la supposizione (la votazione sulla definizione dell'indissolubilità avvenne a scrutinio segreto)- forse sull'altare di un compromesso tra le opposte forze in campo".

196 On. P. TOGLIATTI, intervento del 15 aprile 1947.

famiglia legittima fondata sul matrimonio.

Qualora così venissero intesi ne deriverebbe la negazione di tutte quelle relazioni a carattere familiare non suggellate dal matrimonio, con una conseguente discriminazione e negazione dei diritti fondamentali non solamente dei *partners*, ma soprattutto dei figli nati da questi rapporti ai quali la Costituzione e le leggi garantiscono invece diritti e dignità pari a quelli dei figli legittimi.

Tale lettura costituzionale è già da alcuni decenni confermata dalla giurisprudenza di legittimità. Si veda in tal senso la sentenza numero 556/77 della Corte di Cassazione la quale sancì che la convivenza *more uxorio*, “pur non rappresentando i caratteri formali della famiglia legittima, appare pur sempre, secondo il principio fondamentale fissato dall'articolo 2 della Costituzione, stante la sua funzione di gratificazione affettiva e di solidarietà sociale, come una formazione sociale finalizzata alla funzione di ambito che consente il processo di sviluppo e di crescita della persona, propria della famiglia nell'attuale fase di evoluzione della società”.

Sebbene il legislatore non abbia ancora recepito l'esigenza di disciplinare in maniera organica il fenomeno delle coppie di fatto<sup>197</sup>,

---

197A tale riguardo appare opportuno ricordare due sentenze della Corte Costituzionale che sembrarono “sollecitare” un tale intervento. La prima è la sentenza del 18 novembre 1986, n. 237, che decise sulla questione di legittimità costituzionale sollevata sugli artt. 307, ultimo comma, e 384 c.p., nella parte in cui non si prevede che la scriminante di cui all'art. 384 c.p. possa estendersi al convivente *more uxorio*. Dapprima evidenziò l'“inscindibile endiadi” famiglia-matrimonio: “E che gli stessi Costituenti così divisassero doversi intendere la ripetuta norma, fornisce una obiettiva riprova la votazione per divisione, che ne seguì in aula. Fu esplicitamente rifiutato, infatti, un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29, primo comma, la locuzione “diritti della famiglia come società naturale” dall'altra “fondata sul matrimonio”; si procedette - all'incontro - dapprima al voto sul riconoscimento dei diritti familiari, accorpandosi, in successiva votazione, la frase “come società naturale fondata sul matrimonio”, rimasta avvinta in inscindibile endiadi”. Poi rappresentò l'opportunità di un intervento legislativo riguardo interessi che appaiono meritevoli di tutela: “Va poi ricordato, per completezza, come non avesse mancato la Corte, peraltro, di porre l'accento (sentenza n. 6 del 1977) sulla opportunità di una valutazione legislativa degli interessi dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva. 3b) - In effetti, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare - anche a sommaria indagine - costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto più - in ciò concordando con i giudici remittenti - allorché la presenza di prole comporta il coinvolgimento attuativo d'altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione. In altre parole, si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti (si vedano ad es. gli artt. 250 e 252 del codice civile nel testo novellato con la legge 19 maggio 1975 n. 151), in parte da definire nei possibili contenuti. Comunque, per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione. Ma su di una regolamentazione esaustiva di tal sorta, necessariamente involgente, senz'altro, scelte e soluzioni di natura discrezionale, questa Corte non avrebbe facoltà di pronunciarsi senza invadere quelle competenze che spettano al Parlamento, nel razionale esercizio di un potere che il solo legislatore è chiamato ad esercitare; per il che la Corte rinnova la sollecitazione contenuta nella sentenza n. 6 del 1977”. La seconda sentenza è proprio la n.6/77, resa nel giudizio di legittimità costituzionale

la giurisprudenza ha quindi già dato maggiore rilievo al concreto rapporto di coppia piuttosto che all'aspetto formale del matrimonio.

Proseguendo l'analisi della tutela approntata dall'articolo 2 della Costituzione, ovvero l'analisi della tutela alla famiglia di fatto come entità in cui l'individuo sviluppa la sua personalità, consente di affermare che si tratti non di una famiglia minore poiché la funzione d'essa svolta è identica a quella della famiglia legittima dal momento che entrambe le figure familiari tendono a promuovere la personalità e la solidarietà tra gli individui che vi appartengono.

La famiglia di fatto va quindi considerata non come famiglia minore ma come una *species* interna ad un *genus* costituito dalla famiglia intesa come società naturale fondata sul matrimonio<sup>198</sup>.

Se, dunque, l'articolo 2 rappresenta una sorta di statuto minimo della famiglia, la "disciplina prevista dall'articolo 29 non può escludere dalle ipotesi familiari le ipotesi alternative alla comunità coniugale, se pure privilegi questa intesa come società naturale fondata sul matrimonio<sup>199</sup>".

Differente è il discorso per le unioni *more uxorio* con figli: queste non possono essere considerate semplici coppie, ma famiglie che non hanno legalmente formalizzato il loro legame: la Carta fondamentale, infatti, prevede uguale tutela e uguale dignità sia per le famiglie legittime sia per le famiglie di fatto.

L'articolo 31 ad esempio prevede agevolazioni costituite da misure di natura economica con particolare riguardo proprio alle famiglie numerose. Sempre l'articolo 31, al comma secondo, prevede istituti di generalizzata protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù.

L'articolo 34 prevede borse di studio assegni ed altre

---

dell'art. 307, ultimo comma, del codice penale e dell'art. 350 del codice di procedura penale. Si legge, infatti, in sentenza che "...*De iure condendo*, la normale presenza di quegli interessi, però, non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse ed in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione".

198 Così autorevole dottrina: F.D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, e D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007.

199 E. FALLETTI, *op.cit.*, pag.29



provvidenze per le famiglie al fine di favorire l'accesso allo studio da parte dei figli, indipendentemente da ogni differente qualificazione giuridica della coppia.

L'articolo 36 prevede per il lavoratore una retribuzione non solo proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro, ma anche sufficiente ad assicurare a sé e dalla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa; anche a tale riguardo indipendentemente da ogni qualificazione giuridica della coppia.

L'articolo 37 garantisce alla donna lavoratrice condizioni di lavoro che le consentano l'adempimento della sua essenziale funzione familiare fornendo così tutela alla madre ed alla prole.

Ognuno di questi interventi previsti dalla Costituzione va, dunque, esteso a tutte le famiglie, non solo a quelle fondate sul vincolo matrimoniale.

La dottrina minoritaria rinviene invece negli articoli 18 e 19 la tutela costituzionale per le coppie di fatto. Quanto all'articolo 18 la tutela troverebbe fondamento nella norma che riconosce ai cittadini il diritto di associarsi liberamente per i fini che non sono vietati dalla legge penale. Il riconoscimento di questa libertà si esplicherebbe anche nella costituzione di una famiglia di fatto quale alternativa alla famiglia legittima.

Quanto, invece, all'articolo 19, la tutela della famiglia di fatto risiederebbe nel diritto di professare liberamente la propria confessione religiosa (fatto salvo il limite del buon costume). Grazie agli epocali mutamenti sociali recentemente vissuti, e dato lo stretto legame esistente tra religione e concezione della famiglia, ecco che tale dottrina rinviene nel testo dell'articolo 19 della Costituzione una norma a favore della famiglia di fatto, nel rispetto di coloro che professano la propria e differente fede, o che tuttavia legati al loro ateismo, non riconoscono nel matrimonio inteso in senso religioso, l'atto fondativo della famiglia. La famiglia di fatto rappresenterebbe espressione della libertà religiosa, di una scelta atea, una scelta, cioè, di non contrarre matrimonio dal fondamento

religioso<sup>200</sup>.

Indipendentemente dall'articolo, o dagli articoli, all'interno dei quali si vuole rinvenire il fondamento della tutela, la dottrina quasi unanimemente evidenzia come il pluralismo delle figure familiari sia consentito e tutelato nella Carta costituzionale, nonostante la carenza della legislazione ordinaria e di tutele dirette (che il più delle volte provengono da interventi giurisprudenziali), anche se la famiglia fondata sul matrimonio resta ben salda al vertice delle formazioni tutelate<sup>201</sup>.

Per completezza espositiva si riporta anche quella dottrina contraria (Vilani, Tedeschi, Carbonnier, etc.) a qualsiasi apertura al riconoscimento in favore delle famiglie di fatto: l'articolo 29 costituirebbe un ostacolo insormontabile. Ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, poi, le famiglie di fatto non rientrerebbero nelle formazioni sociali tutelate dalla norma, in quanto l'articolo non garantisce le formazioni sociali in sé considerate quanto i diritti inviolabili dell'individuo: sarà, quindi, al singolo che bisognerà far riferimento quando si valuterà la fattispecie in esame. Anche le agevolazioni previste dalla Costituzione sarebbero esclusivamente destinate in favore della famiglia legittima.

Tale dottrina trovava conforto in un risalente, ed oramai superato, orientamento della Corte costituzionale che sosteneva la legittimità della differenziazione tra regime previsto per la famiglia matrimoniale e per la famiglia di fatto, sulla base del fatto che una equiparazione contraddirebbe la stessa natura della convivenza basata su di un rapporto di fatto, che come tale che quindi rifugge da ogni qualificazione giuridica, e di obblighi reciproci.

In numerose anche se datate pronunce, la Corte costituzionale affermò anche che il principio di uguaglianza è diretto ad impedire che a danno dei cittadini siano disposte discriminazioni arbitrarie, ma non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti un'identica disciplina. Al contrario,

---

200 Di questa opinione S.FERLITO, *Il concordato nel diritto interno*, Napoli, 1997.

201 Cfr. E.FALLETTI, *op.cit.*, pag.30.

deve essere consentito di dettare norme diverse per situazioni diverse. Un ordinamento che non distingue situazione da situazione, e che considera tutte le situazioni allo stesso modo non è nemmeno pensabile perché finirebbe in sostanza a non disporre alcuna regola.

La giurisprudenza della Corte costituzionale appare, tuttavia, ancora oggi pronunciarsi in una duplice direzione: quella del riconoscimento dei diritti dei conviventi, e quella dell'indicazione dei confini e dei limiti dello stesso rapporto di convivenza rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio.

L'apertura in favore delle coppie di fatto è iniziata a maturare tra gli anni '60 e '70 e, seppure le pronunce non siano tutte nella medesima direzione, alla fine degli anni '70 la Corte affermava che era necessario attribuire anche alla famiglia non fondata sul matrimonio la funzione di adempimento dei doveri di mantenimento, di educazione ed istruzione della prole, nonché di sviluppo e arricchimento della personalità all'interno di quella famiglia che, seppur non istituzionalizzata, assolve pienamente la funzione che le è propria.

La Corte costituzionale sembrerebbe, dunque, avere attribuito piena rilevanza giuridica alla famiglia sprovvista di vincolo matrimoniale proprio perché presenta, comunque, quei connotati tipici del rapporto matrimoniale.

La rilevanza sociale di questo fenomeno sembra, quindi, essere subordinata alla capacità di assolvere ai valori solidali ed affettivi tipici di una famiglia "coniugale": appare indispensabile, dunque, distinguere tra un semplice ed occasionale rapporto affettivo e la "vera e propria" famiglia di fatto, a tal fine dovendo tenersi conto "soprattutto del carattere di stabilità che conferisce grado di certezza al rapporto" (così Cass. I sez. civ., n. 3503/1998).

Nell'ampia tipologia delle unioni non matrimoniali si potrà riconoscere rilevanza costituzionale e necessità di disciplina legislativa, sia per quanto concerne la tutela dei minori sia per

quanto riguarda i rapporti patrimoniali tra i *partners*, a quelle unioni paramatrimoniali, ovverosia caratterizzate da adeguata stabilità (eventualmente accertabile anche attraverso la registrazione), legami affettivi, presenza di prole, interessi patrimoniali comuni.

Detta ricostruzione sarebbe sostenuta dal combinato disposto dell'articolo 317 bis c.c. e dell'articolo 2 della Costituzione che comprenderebbe la famiglia di fatto tra quelle formazioni sociali con funzioni di gratificazione affettiva e solidarietà sociale: un luogo di arricchimento e sviluppo della personalità dei suoi componenti, in via analoga a quanto succede nell'ambito della famiglia coniugale<sup>202</sup>.

Tale orientamento di apertura verso famiglia di fatto non fu, come detto, manifestato in maniera costante. Deve essere, infatti, evidenziato come con il provvedimento n.310 del 18.05.1989 Corte Costituzionale sostenne che una equiparazione tra il regime previsto per la famiglia matrimoniale e quello previsto per la famiglia di fatto "contraddirebbe la stessa natura della convivenza che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti ed obblighi reciproci, quando, invece, l'anno precedente, con la sentenza 4.04.1988 n.404 era giunta ad affermare il diritto per il *partner* convivente *more uxorio* di succedere nel contratto di locazione poiché: "Nel contesto della legge n. 392 del 1978 l'art. 6 specifica un regime di successione nel contratto di locazione, che supera quello previgente, in quanto destinato a non privare dell'abitazione, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi (e dunque, oltre al coniuge, gli eredi estranei, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini); in ciò esprimendosi il dovere di solidarietà sociale, che connota, da un canto, la forma costituzionale dello Stato sociale e, dall'altro,

---

202 E. FALETTI, op.cit., pag. 33, la quale a sua volta riporta l'opinione di DOGLIOTTI e ZAMBRANO.

ricosce un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost., ma anche artt. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 11 del Patto internazionale dei diritti economici sociali e culturali). E', di conseguenza, irragionevole e viziata da contraddittorietà logica la previsione di legge che, pur tutelando l'abituale convivenza, non include, tuttavia, tra i successibili nel contratto di locazione, chi era già legato *more uxorio* al titolare originario del contratto; risultando, in pari tempo, leso il diritto fondamentale all'abitazione. Pertanto, per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., è costituzionalmente illegittimo l'art. 6, primo comma, della Legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*"<sup>203</sup>.

Sembra, comunque, possibile sostenere<sup>204</sup> che negli ultimi vent'anni si sia affermato un orientamento che, pur considerando il modello matrimoniale come il più idoneo ad assolvere i compiti ed a garantire i diritti della comunità familiare e dell'educazione della prole, non esclude la possibilità che altri modelli di aggregazione familiare possano assolvere alla medesima funzione.

La dottrina che si divide sulla qualificazione e sul contenuto di questa tutela costituzionale, è, invece, pressoché unanimemente concorde su tale notevole apertura della giurisprudenza costituzionale a favore della famiglia di fatto.

---

203 Dal sito del *Sole 24 ore*, massima n.1 a sentenza n.404/88 della Corte costituzionale. Invero ad oggi, la successione nel contratto di locazione appare essere pacifica solo nel caso del *partner* con prole comune. Si veda in tal senso l'ordinanza (massima) della Corte costituzionale n.7 del 14 gennaio 2010: "E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, legge n. 392/1978, sollevata in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente anche quando non vi sia prole naturale".

204 Cfr. F.BOCCHINI, *Le convivenze familiari: diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006.

### 3.2 Il regime giuridico della filiazione naturale.

La legge 19 Maggio 1975, n. 151 di riforma del diritto di famiglia ha avuto il merito di portare a compimento, in maniera pressochè assoluta, il lungo processo di equiparazione tra filiazione legittima e la filiazione naturale, abbandonando l'odiosa discriminazione ed emarginazione della prole nata fuori dal matrimonio<sup>205</sup>, e dando (finalmente) piena attuazione all'articolo 30 della Costituzione che così dispone: "E' dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio.

La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima"<sup>206</sup>. Il tratto che caratterizza la nuova normativa, nella logica di attuazione del disposto costituzionale, è quello di avere riconosciuto il c.d. *favor veritatis*, in luogo del tradizionale *favor legitimatis*: oggi infatti nulla esclude di poter riferire il generale potere-dovere (prima era destinato a qualificare solo la posizione del genitore "legittimo") di educazione, istruzione e mantenimento dei figli a ciascuno dei genitori, siano essi coniugati o conviventi *more uxorio*, sulla base della sola procreazione.

A livello codicistico la (pressochè) assoluta equiparazione tra figli legittimi e figli naturali è disposta nell'art 261 che positivamente recepisce il dettato costituzionale: questa norma infatti dispone che "il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi".

---

205 In passato era comunemente usato, in luogo del termine di filiazione "naturale", quello di filiazione "illegittima", proprio a sottolineare l'atteggiamento di disapprovazione sociale in cui erano tenuti i figli nati fuori dal matrimonio. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2002, sostiene, invece, che l'espressione più adatta sarebbe quella di "filiazione meramente naturale", "a ragione della circostanza che, in realtà, sia la filiazione legittima, sia quella naturale, si fondano sul fatto naturale della generazione, che non può non essere comune ad entrambe".

206 Anche al di là di quanto esplicitamente disposto dall'articolo 30 della Costituzione in ordine alla parificazione, essa sarebbe comunque ricavabile, alla luce dei valori sottesi al nostro ordinamento, già dalla lettura degli articoli 2 e 3 della Costituzione, escludendo che si possa operare una discriminazione della prole per il fatto della nascita.

Tali diritti e doveri trovano la loro fonte normativa nell'articolo 147 c.c., in base al quale "Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Tra i doveri, in particolare, è annoverato l'obbligo di mantenere il figlio (fin dalla nascita e non dal momento del riconoscimento), regolato dal seguente articolo 148 c.c., che disciplina la ripartizione tra i genitori dei costi necessari al mantenimento della prole, stabilendo per ciascuno dei due il dovere di fare tutto il possibile perché il figlio abbia quanto gli occorre, anche nel caso in cui l'altro genitore si renda inadempiente, prevedendo inoltre delle garanzie processuali in caso di inadempimento, che possono trovare applicazione anche nel caso di prole "naturale".

Il rapporto giuridico di filiazione naturale s'instaura per mezzo del fatto della procreazione e dell'atto di riconoscimento, a nulla rilevando invece la convivenza *more uxorio* dei genitori, ben potendo essa mancare fin dall'inizio o venir meno senza che muti lo *status* di figlio naturale.

A differenza dello *status* di figlio "legittimo", che deriva *ope legis* dalla nascita in costanza di matrimonio (in virtù del regime delle presunzioni) quello di figlio "naturale" può, dunque, essere acquisito solo in seguito ad un atto di accertamento volontario dei genitori, rappresentato dal riconoscimento di cui agli artt. 250 ss. c.c. e 35 della legge 218/1995, ovvero all'esito positivo dell'azione giudiziale di paternità e maternità naturale previsto dall'art.269 c.c. (azioni previste dall'ordinamento per attuare il diritto del figlio ad acquisire uno *status* familiare, anche in assenza di riconoscimento e contro la volontà dei genitori).

A fronte della sostanziale uguaglianza ormai raggiunta in virtù del principio della verità biologica, occorre evidenziare come permangano alcuni tracce del regime di privilegio accordato ai figli legittimi. Basti pensare a titolo esemplificativo al c.d.

“diritto di commutazione”, di cui all’art. 537c.c. ultimo comma, che prevede in caso di concorso ereditario tra figli legittimi e naturali, la possibilità per i primi di “commutare” la quota ereditaria spettante ai secondi, liquidandola in danaro o in beni immobili ereditari, salvo che questi vi si oppongano. Non si deve sopravvalutare la portata di questa prerogativa, perché proprio la clausola di riserva che subordina l’operatività del diritto alla mancata opposizione fa degradare questa norma a mera petizione di principio: sarà il giudice a decidere infatti, in caso di opposizione, “valutate le circostanze personali e patrimoniali”.

Venendo più in generale alla potestà genitoriale sulla prole “naturale”, la sede normativa della regolamentazione è costituita dall’art. 317 bis<sup>207</sup> del codice civile, così come novellato dalla legge di riforma del diritto di famiglia (nel cui ambito la convivenza dei genitori naturali assume un preciso significato giuridico con importanti conseguenze sotto il riflesso dell’esercizio congiunto della potestà). La norma, infatti, dispone che “al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui”; ma il secondo comma la attribuisce ad entrambi congiuntamente, qualora ambedue lo abbiano riconosciuto e siano “conviventi”; se invece il riconoscimento è effettuato da tutti e due i genitori, ma questi non convivono, spetta al genitore convivente con il figlio, anche se l’atto ha data anteriore rispetto a quello dell’altro genitore, ovvero infine, se il figlio non è convivente con alcuno dei due genitori, al genitore che per primo abbia effettuato il riconoscimento.

All’altro coniuge residua comunque un potere di vigilanza sulla istruzione, educazione, e condizioni di vita del figlio a norma dell’ultimo comma dell’art 317 bis c.c..

Come risulta evidente dalla lettera della disposizione,

---

<sup>207</sup>“La previsione dell’articolo 317 bis c.c. “attribuisce alla convivenza tra l’uomo e la donna non uniti in matrimonio, e genitori di un figlio, una rilevanza giuridica che si sviluppa in duplice direzione. In primo luogo verso il figlio naturale...e poi anche nei rapporti tra i genitori, protagonisti della convivenza extraconiugale: la loro relazione non è legalmente formalizzata, e tuttavia risulta, per molti aspetti significativi, giuridicamente regolata”, così T.MARVASI, *La famiglia di fatto*, pag. 55, Roma, 2003.



assume una posizione centrale il dato "fattuale" dell'effettiva coabitazione del genitore con il figlio, cui la disciplina dà prevalenza rispetto alla semplice anteriorità cronologica dell'atto di riconoscimento. Per quanto attiene al contenuto della potestà genitoriale, essa ha le stesse caratteristiche e la stessa natura di quella esercitata da genitori uniti in matrimonio nei confronti del figlio legittimo, risultando anch'essa dal complesso di diritti, doveri, responsabilità, che spettano al genitore in quanto tale e a prescindere dallo *status* formale della prole, in virtù del rinvio operato dalla stessa norma all'art. 316 (che si riferisce alla filiazione legittima).

La potestà genitoriale si qualifica pertanto sotto il profilo personale come potere di guida e custodia, e, sotto il profilo patrimoniale, come potere di amministrazione (del patrimonio dei figli), rappresentanza, e usufrutto legale sui beni del figlio minore di età, così come disciplinati dagli articoli 320 e ss. c.c..

Infatti, in forza del rinvio contenuto nell'art 317 bis c.c., si può estendere alla filiazione naturale l'applicazione di tutte le norme contenute nel titolo IX del codice, comprese quelle relative alla possibilità di intervento da parte del giudice "della famiglia" in caso di eventuali contrasti tra i genitori nel corso dell'esercizio della potestà.

E' in tale intervento che si rinviene un'altra disparità sostanziale ancora sussistente tra i figli legittimi ed i figli naturali.

L'articolo 317 bis infatti prescrive che il giudice, quando ne sia richiesto l'intervento, possa anche derogare alle disposizioni contenute nello stesso articolo, potendo disporre non solo di affidarlo ad uno solo dei genitori anche se conviventi ed entrambi soggetti attivi del riconoscimento, ma anche potendo escludere in assoluto la potestà dei genitori naturali nominando un tutore, avuto riguardo all' "esclusivo interesse del minore".

Questo intervento ha un contenuto ben più penetrante di quello previsto nell'ambito della famiglia legittima, essendo in

quest'ultimo caso l'intervento necessariamente subordinato ad una condotta negativa del genitore, che si concretizza (a norma degli articoli 330 e 333 c.c.) nella violazione, nella negligenza, o nell'abuso dei doveri inerenti alla potestà genitoriale<sup>208</sup>.

La scelta del legislatore di non condizionare la perdita della potestà del genitore ad una condotta "pregiudizievole" per il figlio naturale, utilizzando come parametro esclusivo di giudizio il solo "interesse del minore", sembra adombrare ancora quel "*favor legitimatis*", che la stessa riformasi prefiggeva. La norma infatti appare rivelare un atteggiamento di diffidenza dell'ordinamento rispetto alla forma "fattuale" di famiglia: una diffidenza da cui scaturisce la scelta di fornire una tutela rafforzata al figlio naturale, prescrivendo un potere del giudice ben più penetrante rispetto a quello permesso nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio.

Questa differente previsione porta, però, con sé il rischio di entrare in contrasto con il principio di eguaglianza formale sancito dall'art. 3 comma 1 Costituzione<sup>209</sup>, introducendo una disparità di trattamento in una situazione (familiare) sostanzialmente equivalente.

Appare evidente una sorta di "presunzione" di idoneità in capo al genitore legittimo, che necessita invece di essere verificata di volta in volta per il genitore naturale: una sperequazione del trattamento riservato all'una e all'altra forma di filiazione che giunge alla grave conseguenza di vanificare la stessa *ratio* della riforma.

Veniamo ora ad esaminare cosa accade nel caso di interruzione della convivenza.

Analogamente alla famiglia legittima anche la famiglia di

---

208 Tali condotte comportano la decadenza dalla suddetta potestà, e possono avere come conseguenza anche l'allontanamento dalla residenza familiare. Questo tipo di condotta rileva anche ai fini del diritto penale in quanto costituisce l'elemento oggettivo delle due fattispecie di cui agli articoli 571 e 572 del codice penale, rispettivamente disciplinanti i reati di "abuso dei mezzi di correzione e di disciplina", e "maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli".

209 L'articolo 3 della Costituzione, al comma 1, sancisce il principio dell'uguaglianza formale disponendo che "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

fatto può attraversare crisi e giungere sino allo scioglimento. Così come la prima cessa per morte del coniuge o per scioglimento, la seconda cessa per morte del convivente<sup>210</sup> o per atto di volontà di uno o di entrambi i conviventi.

Qualora la famiglia di fatto venga meno per un atto di volontà di uno o di entrambi i conviventi, per nulla assimilabile evidentemente al procedimento di separazione o di divorzio, non vi sarà alcun bisogno di un provvedimento giurisdizionale.

Anche in tal caso il rapporto con i figli è sostanzialmente assimilabile a quello esistente nel matrimonio.

“Potrebbe esservi accordo tra le parti su varie questioni: la collocazione del minore presso uno dei genitori, misura e modalità dell'obbligo di mantenimento, etc.

Le parti potrebbero comunque rivolgersi al giudice perchè emetta un provvedimento che recepisca l'accordo (ma in tal caso il giudice ne potrebbe anche prescindere nell'interesse del minore).

L'intervento giudiziario è invece indispensabile quando vi sia contrasto tra le parti. Il giudice (il Tribunale per i minorenni) disporrà l'affidamento e il regime di visita dell'altro, secondo le indicazioni offerte dalla giurisprudenza in materia di separazione o divorzio<sup>211</sup>”, e quindi seguendo la disciplina prevista per la filiazione legittima.

Appare, comunque, opportuno evidenziare come dottrina e giurisprudenza siano concordi nel ritenere che sussista un vero e proprio diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia: tale principio è stato recepito dal legislatore e positivamente descritto nell'articolo 1 della legge 4 Maggio 1983, n. 184. Per quanto questa norma sia specificamente prevista per disciplinare l'adozione, tuttavia da essa è possibile trarre un principio di diritto naturale applicabile anche al di fuori della

---

210 In questo caso, mentre la posizione successoria per i figli naturali e ormonali sostanzialmente assimilata a quella dei figli legittimi, non è previsto per il convivente (a meno che il *partner* non lo abbia istituito erede).

211 D.Riccio, *op.cit.*, pag.596.

disciplina suddetta, ed a prescindere dalla connotazione "legittima" o "fattuale" della filiazione.

Questo principio si traduce in un'"aspettativa" per il figlio minore non solo alla permanenza della famiglia, sia essa legittima o di fatto, ma anche alla stabilità di essa<sup>212</sup>: il diritto di crescere nell'ambito della propria famiglia, infatti, non viene meno di fronte alla rottura del rapporto e della convivenza dei genitori.

Quest'aspettativa troverà risposta nella tutela giuridica, dettata solo ed esclusivamente a protezione del minore, nell'ambito anche della crisi della famiglia di fatto: infatti, così come il principio di autonomia delle parti subiva dei limiti nel corso dello svolgimento del rapporto genitori- figli in costanza di convivenza (trovando tale aspetto una regolamentazione compiuta nell'articolo 317 bis), allo stesso risultato dovrà giungersi anche nel momento della rottura del rapporto, sottraendo anche in tal caso la sorte dei figli alla libera scelta dei genitori. Non a caso la fase patologica della famiglia di fatto si ritiene il momento più significativo nel senso di un avvicinamento alla famiglia legittima, riconoscendosi anche in tal caso, per ciò che attiene nello specifico alla filiazione, la necessità di una "eteronormazione", che elimini ogni possibilità di una "delega in bianco" ai genitori<sup>213</sup>.

---

212Cfr., MARVASI, *op.cit.*, pag .52.

213Cfr.,MARVASI, *op.cit.*, pag. 56.

### **3.3 La tutela dei minori alla fine della convivenza.**

Nella famiglia di fatto, che si sottrae ai vincoli dettati da norme e precetti, l'accordo ed il consenso dei *partners* rivestono centralità non soltanto nel momento costitutivo del rapporto di convivenza, ma anche nella fase patologica della relazione, quando cioè il rapporto di coppia viene a cessare.

Come evidenziato, la famiglia di fatto può cessare per morte del convivente o per atto di volontà di uno o di entrambi i conviventi ed in questo caso non vi sarà bisogno di alcun provvedimento giurisdizionale: il rapporto cesserà, quindi, per volontà di entrambi o di uno soltanto dei conviventi, consensualmente o unilateralmente senza necessità di alcuna formalità.

Tuttavia non si deve ritenere che nel momento della cessazione della convivenza non sorgano doveri e diritti.

“È evidente...che la libera e consapevole scelta di vivere insieme al di fuori del matrimonio e, quindi, delle regole legali cui lo stesso è soggetto se, da un lato, è meritevole di rispetto da parte del diritto positivo, in quanto espressione dell'esercizio dei diritti fondamentali della persona, dall'altro non può in alcun caso svolgersi in pregiudizio dei principi inderogabili dell'ordinamento e, fra questi, primi fra tutti, dei valori costituzionali di solidarietà sociale, garantiti tanto nella famiglia fondata sul matrimonio, quanto in quella di fatto<sup>214</sup>”.

Infatti la diffusione della famiglia di fatto ed il diffondersi del convincimento che il vincolo matrimoniale non possa più essere considerato il vincolo di coppia esclusivo, hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza verso una estensione degli strumenti previsti dal legislatore in favore della famiglia legittima anche in favore della famiglia di fatto. Tuttavia una totale estensione in via analogica alla convivenza della disciplina prevista per la famiglia legittima parrebbe scontrarsi con la stessa natura della famiglia di fatto.

---

214 G. PORCELLI, *La rottura della convivenza di fatto*, in G.FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, pag.1449.

“Tuttavia l'esigenza di tutelare il convivente debole a cui la cessazione della convivenza potrebbe recare gravi pregiudizi, soprattutto economici, di garantire diritti della prole, laddove vi fosse, hanno subito acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza sulla individuazione di mezzi e strumenti di tutela dei membri della famiglia di fatto, nel rispetto delle peculiarità e specificità che la connotano<sup>215</sup>”.

La giurisprudenza ha ritenuto che l'articolo 317 bis c.c., possa essere un valido strumento normativo anche per la coppia di fatto.

Tale articolo dispone nel senso che qualora i genitori naturali convivano, l'esercizio della potestà sulla prole è congiunto, mentre qualora i genitori non convivano l'esercizio della potestà è affidato al genitore con il quale il figlio convive.

“È fatto salvo, comunque, l'intervento del giudice in caso di disaccordo tra i genitori sull'affidamento oppure per correggere e rivedere i criteri e le regole che organizzano l'esercizio della potestà in conformità all'interesse del minore<sup>216</sup>”.

A tale proposito la Corte costituzionale ha ritenuto che spettassero alla competenza del giudice ordinario i provvedimenti riguardanti il mantenimento del figlio ed, invece, al giudice minorile quelli relativi alla potestà genitoriale.

L'intervento, solo eventuale e successivo, del giudice opererà in senso correttivo e migliorativo delle condizioni del minore e potrà giungere sino all'esclusione di entrambi i genitori dall'esercizio della potestà<sup>217</sup>.

Interpretando quanto previsto dall'articolo 317 bis c.c. si può dedurre sia che i genitori possano accordarsi autonomamente riguardo le modalità di gestione del rapporto al momento della cessazione della convivenza anche in merito all'esercizio della potestà genitoriale, sia che il giudice possa disporre l'affidamento congiunto della prole ad entrambi i conviventi.<sup>218</sup>

---

215 C.S.PASTORE, *La famiglia di fatto*, Torino, 2007, pag.142

216 C.S.PASTORE, *op.cit*, pag.158

217 Cfr., Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n.5847/1993.

218 Il Tribunale per i Minorenni di Perugia ha ritenuto fosse possibile, nell'esclusivo interesse morale e materiale della

Il genitore non affidatario non è, tuttavia, estromesso dalla vita del figlio e mantiene il dovere di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (oltre ovviamente al dovere di provvedere al mantenimento di questi).

Concludendo è possibile rilevare come, in mancanza di una legislazione specifica in materia di famiglie di fatto, possa trovare applicazione la disciplina prevista in favore dei figli legittimi nel caso della separazione dei genitori<sup>219</sup>.

Il problema relativo all'assegnazione dell'abitazione nella quale la famiglia di fatto ha abitato va affrontato e risolto attraverso il riferimento al superiore interesse del minore e, quindi, al diritto di questi a conservare le abitudini di vita (e dunque anche la casa nella quale ha vissuto).

La Corte costituzionale, con sentenza numero 166 del 13.05.1998, ha statuito che l'obbligo di mantenimento che grava sui genitori si sostanzia anche nell'assicurare alla prole l'idoneità della dimora, intesa quale luogo di formazione sviluppo della personalità psico-fisica: l'attuazione di tale dovere non può essere in alcun modo condizionata dalla mancanza del vincolo matrimoniale tra i genitori, poiché la fonte dell'obbligo è rappresentata dalla rapporto di filiazione in sé.

È, dunque, compito dei genitori assicurare il mantenimento della prole, a prescindere dallo *status filiationis*: viene eliminata qualsiasi disparità di trattamento tra lo *status* di figlio legittimo e quello di figlio naturale relativamente ai provvedimenti in favore della prole nel caso di cessazione del rapporto (matrimoniale o di fatto).

Con specifico riferimento all'assegnazione della casa familiare, l'articolo 155, quarto comma, attribuisce, anche in rapporti a-matrimoniali, tale diritto al genitore affidatario della prole.

---

prole, disporre l'affidamento congiunto nonostante i genitori si oppongano ed anche nel caso di forte conflittualità tra questi. La pronuncia è stata però, riformata in grado di Appello.

219 Sul punto, cfr. G.FERRANDO, *Convivere senza matrimonio*, in *F.D.* 1998: "Anche nel momento della crisi della famiglia di fatto, la necessità di dare provvedimento nell'interesse dei figli fa sì che la sua disciplina tende sempre più a modellarsi su quella della separazione del divorzio, almeno per quanto concerne i rapporti tra genitori e figli. In assenza di una disciplina specifica, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato regole operative di soluzione del conflitto tra i genitori relative all'affidamento, all'educazione, al mantenimento, dei figli che, come quelle proprie della separazione e del divorzio, tendono a dare a tali rapporti un assetto unitario e complessivo".

Sulla scia della sopracitata pronuncia della Corte costituzionale si sono poi succedute numerose pronunce della Cassazione tra le quali appare opportuno ricordare la numero 10.102 del 2004: "...in tema di famiglia di fatto e nelle ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio* l'attribuzione giudiziale del diritto di (continuare ad) abitare nella casa familiare, al convivente cui sono affidati i figli minorenni o che conviva con i figli maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti per motivi indipendenti dalla loro volontà, è da ritenersi possibile per effetto della sentenza numero 166/1998 della Corte costituzionale, che fa leva sul principio di responsabilità genitoriale, immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica degli articoli 261 (che parifica doveri diritti del genitore nei confronti dei figli legittimi e di quelli naturali riconosciuti), 147 e 148 (comprendenti il dovere di apprestare un'idonea abitazione per la prole, secondo le proprie sostanze e capacità) c.c., in correlazione all'articolo 30 Cost. Tale diritto è attribuito dal giudice al coniuge (o al convivente), qualora ne sussistano i presupposti di legge, con giudizio di carattere discrezionale, non suscettibile di sindacato in sede di legittimità se logicamente ed adeguatamente motivato, tale da comprimere temporaneamente, fino al raggiungimento della maggiore età o dell'indipendenza economica dei figli, il diritto di proprietà o di godimento di cui si è titolare o contitolare l'altro genitore in vista nell'esclusivo interesse della prole alla conservazione per quanto possibile dell'habitat domestico anche dopo la separazione dei genitori".

Il principio di responsabilità genitoriale così come previsto dalla nuova disciplina sull'affido condiviso (art.155 *quinquies*) non viene, dunque, meno con la maggiore età della prole, ma permane fino al raggiungimento dell'autonomia economica.

La disciplina introdotta dalla legge sull'affido condiviso, la numero 54 dell'8.02.2006, ha quindi disposto nel senso che le norme da adottare nei riguardi della prole in caso di separazione dei genitori siano da estendere anche ai figli nati da una coppia di fatto. La



conseguenza più rilevante è che ora la prole, in via generale, è affidata ad entrambi i genitori, e scompare di conseguenza la vecchia disposizione che prevedeva che l'abitazione fosse assegnata al genitore affidatario e che il godimento della stessa abitazione fosse subordinato alla valutazione prioritaria dell'interesse dei figli.

Quanto al dovere di mantenimento, che grava su entrambi i genitori, trova applicazione "la stessa disciplina prevista per i genitori legittimi dato che, il genitore naturale assume tutti i diritti e i doveri prescritti dagli articoli 147 e 148 c.c., a prescindere dalla sussistenza del rapporto coniugale (Trib.Roma13.12.1993, DFP,1994,1059)<sup>220</sup>.

La tutela del diritto al mantenimento garantita dall'articolo 155 c.c. si estende alle coppie non coniugate e, così, le controversie riguardanti il mantenimento del figlio nato all'interno di una coppia di fatto spettano alla competenza del giudice ordinario.

### **3.4 Le adozioni all'interno dei nuovi modelli familiari.**

Ha fatto molto discutere la notizia della recentissima sentenza della Cassazione, la n.3572/2011 del 14.02.2011, secondo la quale, a detta della quasi totalità dei mezzi di informazione, i "tempi sarebbero maturi" per consentire l'adozione di minori anche ai *singles*. La Suprema Corte di Cassazione avrebbe, quindi, invitato il Parlamento a prendere provvedimenti sulla questione.

Invero, non è esattamente questo (o solo questo) il contenuto della pronuncia, ma si tratta, comunque, di un'utile spunto da cui partire per approfondire l'argomento.

In Italia sono possibili due tipi di adozione, che seguono procedure differenti.

L'adozione nazionale è quella che si realizza quando il minore viene dichiarato adottabile dal Tribunale per i minorenni del territorio nazionale. Potrebbe riguardare anche bambini stranieri. Anzi, è una circostanza che si verifica sempre più di frequente. Mediamente, seguendo questa strada, vengono adottati circa 2 mila bambini, ogni anno.

L'alternativa è l'adozione internazionale<sup>221</sup>, che riguarda bambini di nazionalità straniera, ma anziché seguire una procedura che si svolge interamente in Italia, viene svolta direttamente nel Paese dove si trova il minore, d'accordo con le autorità italiane. Tale forma di adozione è regolamentata, in Italia, dalla *Legge 4 maggio 1983, n.184*, successivamente novellata (nel capitolo relativo a tale forma di adozione) dalla *Legge 31 dicembre 1998, n. 476*, che ha recepito nel nostro ordinamento la *Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale* del 29 maggio 1993 (Convenzione dell' Aja), costituendo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Commissione per le Adozioni Internazionali.

Tra le normative che troveranno applicazione, occorrerà fare

---

<sup>221</sup>Per un approfondimento, cfr. M. DOGLIOTTI, *Adozione Internazionale: ratifica della Convenzione dell'Aja e nuova disciplina*, in *Famiglia e diritto*, 1/1999, pag. 15 e ss., e L.SACCHETTI, *Il nuovo sistema dell'adozione internazionale. Legge 31 dicembre 1998 n. 476*, Rimini, 1999, pag. 24 e ss.

riferimento anche a quelle del Paese di provenienza del bambino, ed a eventuali Convenzioni specifiche in materia, stipulate tra quest'ultimo e l'Italia.

La procedura si compone di una prima fase, che si svolge in Italia, nella quale viene decretata l'idoneità della coppia all'adozione, da parte del Tribunale per i minorenni.

La *Legge 31 dicembre 1998, n. 476*, prevede che, entro un anno dall'emissione del decreto di idoneità, la coppia dia mandato ad un Ente autorizzato dalla *Commissione adozioni internazionali* per procedere all'adozione in un determinato Paese straniero.

La Commissione per le Adozioni Internazionali ha il compito di tutelare i diritti dei minori e garantire il conseguimento degli obiettivi della Convenzione, e quindi di controllare le procedure di adozione, collaborando con le Autorità degli altri Stati convenzionati, di autorizzare gli enti, pubblici e privati, ad operare nel settore delle adozioni attraverso l'istituzione di un Albo e vigilare sulla loro attività, di promuovere iniziative di formazione, informazione e studio sulle tematiche legate all'adozione, di dare il via libera all'ingresso e alla permanenza del minore in Italia, e, come appena accennato, di coordinare ruoli e funzioni delle tre principali organizzazioni coinvolte: Tribunale per i minorenni, Servizi socio-assistenziali degli Enti locali, e Enti autorizzati.

Perchè la Commissione possa seguire la pratica all'estero ed in Italia fino all'avvenuta adozione, sarà necessario, in alcuni Paesi, un accreditamento ulteriore da parte dello Stato straniero.

Da evidenziare, infine, che la legge n. 476/1998 ha assegnato alle Regioni competenze specifiche relativamente allo sviluppo e all'organizzazione della rete dei servizi previsti in materia di adozioni e affidamenti, alla vigilanza sul funzionamento delle strutture e dei Servizi che operano sul territorio al fine di garantire livelli adeguati di intervento, alla promozione e definizione di protocolli operativi e convenzioni fra Enti autorizzati e Servizi, nonché alla definizione di forme stabili di collegamento fra gli stessi Enti e gli organi giudiziari

minorili.

Le adozioni internazionali sono state in costante crescita, negli ultimi anni. Attualmente sono circa 4 mila l'anno<sup>222</sup>, il doppio di quelle nazionali.

Quanto all'adozione nazionale, appare opportuno prendere in esame i requisiti di idoneità all'adozione.

Negli articoli 6 e 7 della legge numero 184, del 4 maggio 1983, vengono fissate le condizioni di carattere generale perché si possa ottenere l'adozione di un minore: la domanda presentata da coniugi sposati (e non separati neppure di fatto<sup>223</sup>), da almeno tre anni ovvero che abbiano convissuto per lo stesso periodo prima del matrimonio; l'idoneità della coppia, sia sotto un profilo affettivo che nella capacità di educare, istruire e mantenere i minori che si intendano adottare; una differenza di età tra adottanti e adottato di almeno 18 anni e non più di 45 (il limite massimo che si deve calcolare rispetto al coniuge più giovane, mentre il più anziano non deve superarlo di oltre 10 anni)<sup>224</sup>; l'esistenza della

---

<sup>222</sup>Le autorizzazioni concesse all'ingresso dei minori stranieri, fase conclusiva dell'adozione internazionale, sono cresciute dalle 1.797 dell'anno 2001 alle 4.130 del 2010. Si riporta l'analisi preliminare "*Coppie e bambini nelle adozioni internazionali*" resa della Commissione per le Adozioni Internazionali, relativamente all'anno 2010: "Le coppie che hanno adottato minori stranieri al 31 dicembre 2010 sono state 3.241 con una media di 270 coppie al mese, superiore all'andamento dell'anno 2009, quando le coppie adottanti furono 3.082 con una media di 257 coppie adottive al mese. I dati permettono di rilevare una relativa stabilità del fenomeno, a livello di macro aree territoriali, con prevalenza delle coppie adottanti provenienti dal centro-nord dell'Italia. Il maggior numero di coppie adottive, anche nel 2010, risiedono in Lombardia con una quota pari al 18,9% (614 coppie), abbiamo quindi il Lazio con il 10,3% (335 coppie), con un incremento rispetto al 2009 di oltre il 21%. Seguono le coppie della Toscana con il 9,4% (304 coppie) e quelle del Veneto con il 9,3% (303 coppie). Importanti risultati confermano l'incremento già registrato nel 2009 nelle regioni meridionali. Le coppie della Campania sono il 7,4 % (240 coppie) e quelle della Puglia il 6,9% (224 coppie). Significativi gli incrementi percentuali di regioni come la Calabria e la Sardegna. Va evidenziata, inoltre, la diminuzione delle coppie adottive della Sicilia pari ad oltre il 14%. Le coppie che hanno adottato nell'anno 2010 conservano le caratteristiche già segnalate nell'anno 2009 (aumento dell'età media, prevalenza di titoli di studio medio-superiori, delle categorie lavorative impiegatizie, delle libere professioni e degli insegnanti) con l'accentuazione delle tendenze in atto già negli anni precedenti. Nel periodo gennaio-dicembre 2010 sono stati autorizzati all'ingresso in Italia 4.130 minori adottati, provenienti da 58 Paesi, con incrementi costanti soprattutto nel secondo semestre. L'anno 2010 si conclude con un incremento di 166 minori autorizzati all'ingresso in Italia a scopo adottivo, in termini percentuali il 4,2% in più rispetto all'anno 2009. Nel periodo gennaio-dicembre 2010, Federazione Russa, Colombia, Ucraina, Etiopia e Brasile si confermano, come nel 2009, i 5 maggiori Paesi di origine. Il Paese di origine, con il maggior numero di minori adottati, è La Federazione Russa con 707 minori pari al 17,12 % del totale.

<sup>223</sup>"Tra i coniugi non deve sussistere separazione neppure di fatto (che consiste in una situazione di non convivenza non soltanto temporanea, integrata dall'allontanamento del domicilio coniugale -difetto del *consortium vitae*- con la volontà da parte di un coniuge di troncare la *maritalis affectio*, manifestata all'altro coniuge *per facta concludentia*) accertabile attraverso l'indagine dei servizi sociali che intervengono, necessariamente, al fine di valutare l'idoneità psicofisica della coppia richiedente". Robertho Thomas, *L'adozione*, 2006 Milano.

<sup>224</sup>I limiti sono derogabili dal Tribunale per i minorenni qualora dalla mancata adozione possa derivare un

dichiarazione dello stato di adottabilità del minore adottando, effettuata dal tribunale per i minorenni in seguito al giudizio positivo circa il suo stato di abbandono; il consenso dell'adottando che abbia compiuto 14 anni, sempre revocabile fino alla pronuncia definitiva dell'adozione<sup>225</sup>.

Tali condizioni costituiscono i presupposti inderogabili e devono sussistere obbligatoriamente per dar luogo alla pronuncia di adozione: valgono sia per l'adozione di minori italiani che di quelli stranieri per l'espresso richiamo contenuto nell'articolo 29 bis della legge numero 184, all'articolo 6 della medesima<sup>226</sup>.

In relazione all'esistenza del rapporto di coniugio della coppia aspirante all'adozione, mentre la legge numero 431 del 1967 sull'adozione speciale, prevedeva rigidamente che tale coppia dovesse essere sposata da almeno cinque anni, la legge numero 184 nella sua versione originale riduceva tale periodo a tre anni.

Nessuna apertura legislativa vi era, nel testo originario della legge 184, nei confronti della possibilità di adozione da parte di una coppia di fatto, tanto che la stessa Corte costituzionale con provvedimento del 6 luglio 1994, numero 200, ritenevano fondata, in riferimento all'articolo 2 della Costituzione, la questione di legittimità dell'articolo 6 della legge numero 184 nella parte in cui disponeva che, ai fini dell'idoneità ad adottare, gli aspiranti fossero uniti in matrimonio da almeno tre anni, per violazione della tutela che doveva riconoscersi alla famiglia di fatto come formazione sociale, e inammissibile la stessa questione sotto il profilo della disparità di trattamento e l'irragionevolezza, posto che la stabilità effettiva di una coppia di coniugi da poco tempo sposati, ma convivente da 10 anni appariva superiore a quello offerto da coniugi uniti in

---

grave pregiudizio per il minore e questo pregiudizio non sia altrimenti evitabili. Detti limiti di età non valgono una nel caso in cui la coppia adottiva abbia già figli (naturali o adottivi) dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già adottato dalla coppia.

225 E' previsto altresì, per il minore adottando che abbia compiuto i dodici anni il diritto ad essere sentito personalmente, così come per il minore che non ha raggiunto i dodici anni in rapporto alle sue capacità di discernimento.

226 "Ovviamente per le adozioni internazionali, la dichiarazione di adottabilità e l'ascolto del minore (ovvero il suo consenso, come previsto dalla singola legislazione straniera, ex art.4 lett. a) e d) della Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale del 21 maggio 1993), devono essere contenuti nel provvedimento adottivo o di affidamento preadottivo emesso dall'autorità competente estera". R. THOMAS, *op.cit.*, pag. 74.

matrimonio da tre anni.

Invero secondo la Corte “non si può ravvisare la violazione dell'articolo 2 atteso che, da un lato, l'aspirazione dei singoli ad adottare non può ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo e, dall'altro, e anche qualificando la famiglia di fatto come formazione sociale, non per questo deriverebbe alla stessa si è riconosciuto il diritto all'adozione, come previsto per la famiglia fondata sul matrimonio”.

La successiva modifica della sopracitata legge, avvenuta con la novella numero 149 del 2001<sup>227</sup>, introduceva però l'equiparazione della convivenza di fatto triennale<sup>228</sup> conclusasi con il matrimonio al rapporto di coniugio triennale, ai fini della valutazione del requisito della stabilità del rapporto di coppia richiesto dall'articolo 6.1.

Si prendeva così atto della naturale evoluzione sociale e del netto incremento delle unioni di fatto rispetto ai matrimoni, anche in considerazione della finalità di garantire al minore adottato una stabilità oggettiva della famiglia, implicita e quindi garantita da un equivalente periodo di stabile unioni di fatto, antecedente al matrimonio.

In tal modo la legge di riforma numero 149 del 2001 compiva un rilevante passo verso il riconoscimento della possibilità dell'adozione da parte di una coppia già di fatto, così vincendo le vecchie resistenze di chi affermava che si tratta di una coppia che, potendo sciogliersi *ad nutum*, non avrebbe potuto garantire la stabilità affettiva al minore adottando, dimenticando però il sempre maggiore incremento delle separazioni legali nonchè i figli naturali “a coronamento” di numerose unioni *more uxorio*, felicemente durature nel tempo<sup>229</sup>.

---

227 Per un approfondimento cfr., E.FALLETTI, *op.cit.*, pag.73.

228 “Convivenza che possedesse il carattere della stabilità e continuità da accertarsi dal Tribunale minorile, per mezzo dei servizi sociali, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, ex art.6.4 della legge n.184 novellata”: R. THOMAS, *op.cit.*, pag.75.

229 Sul punto, cfr R.THOMAS, *op.cit.*, pag 76, secondo cui “la progressiva perdita d'importanza, nel costume sociale, del matrimonio come vincolo giuridico (invero secondo il rapporto dell'Eurispes del 2 febbraio 2006, il tasso di nuzialità, inteso come il numero di matrimoni civili e religiosi ogni 1000 abitanti è diminuito negli ultimi 10 anni, da 8 a 4,3, praticamente dimezzando il numero complessivo dei matrimoni celebrati in Italia) e il fenomeno, sempre in maggiore incremento, di famiglie monoparentali, derivanti dalla rottura del predetto vincolo matrimoniale, manifestano chiaramente che, attualmente non esiste più un unico modello di famiglia che sia munita di un

Più complesso è il problema dell'ammissibilità dell'adozione da parte di una persona singola, proprio perché il minore adottato deve riconoscere nella famiglia adottiva, sotto un profilo psicologico ed affettivo, il modello di quella naturale che, normalmente, è composta da due genitori di sesso diverso.

La parificazione "completa" fra la filiazione legittima e quella adottiva (introdotta con la legge del 1967 sull'adozione speciale) ha indotto il legislatore ad affidare il bambino abbandonato in adozione esclusivamente ad una famiglia normo-composta da due genitori (mentre il codice civile del 1942 prevedeva la possibilità di adozione anche per le persone singole all'articolo 291).

Pertanto, nonostante che la Convenzione europea in materia di adozioni di minori, firmata a il 24 aprile 1967 (e ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, numero 357) nell'articolo 6 dichiara che " la legislazione non può permettere l'adozione che a due persone unite in matrimonio sia che adottino simultaneamente o successivamente, ovvero a un solo adottante" e, quindi, preveda la possibilità di adottare da parte della persona singola (disposizione confermata dall'articolo 2.1 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sull'adozione internazionale, resa esecutiva in Italia con la legge numero 476 del 31 dicembre 1998), la Corte di Cassazione con sentenza numero 7950 del 21 luglio 1995, riformando la pronuncia della Corte di Appello - sezione minori di Roma del 28 novembre 1994 (che aveva ammesso l'adozione legittimante in favore di una persona singola, nota attrice cinematografica), affermava che *de iure condito* l'adozione legittimante era possibile solo in favore di una coppia di coniugi, pur non escludendo una diversa disciplina *de iure condendo*, in quanto la Convenzione europea<sup>230</sup> non introduceva

---

sufficiente grado di stabilità nel tempo tale da poter, conseguentemente, costruire un'"idonea famiglia" di accoglienza. Pertanto un eventuale innovazione legislativa che consentisse l'adozione legittimante anche alle coppie di fatto, dovrebbe trovare la sua collocazione in una ragionevole regolamentazione giuridica, in generale, dei vari modelli culturali di unioni (coppie di fatto, famiglie monoparentali, unioni ricostituite, ecc.), che si auspica possa avvenire in tempi brevi, come è già successo in altri paesi dell'Unione europea, quali la Spagna e l'Inghilterra. A tal proposito si deve evidenziare che il 31 dicembre 2000 è entrata in vigore in Inghilterra e nel Galles la nuova legge sull'adozione *-adoption act-* che prevede la possibilità adottiva anche per i due componenti delle unioni di fatto".

230 Il vecchio testo, entrato in vigore in Italia il 25 agosto 1976, richiedeva al fine dell'adozione una coppia unita dal vincolo matrimoniale e che potesse garantire un ambiente di vita stabile ed armonioso. Il nuovo testo del 2008,

direttamente la adozione di un minore anche da parte di una persona singola, ma solo attribuiva agli Stati aderenti la facoltà di ampliare legislativamente in tale favorevole direzione per i *singles*, l'ambito di ammissibilità dell'istituto della adozione legittimante.

In tale maniera la Cassazione confermava il contenuto di quanto già affermato dalla Corte costituzionale, con ordinanza interpretativa di rigetto numero 183 del 15 maggio 1994 che, intervenendo sul caso in questione su richiesta della Corte di Appello di Roma - sezione minorenni<sup>231</sup>, respingeva l'eccezione di incostituzionalità della norma (e cioè l'articolo 6 della Convenzione europea precitata), affermando che solo una innovazione legislativa potesse riconoscere "in misura più ampia la possibilità che, nel corso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte della persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore".

Secondo il sistema vigente è, invece, ammessa in favore della persona singola l'adozione solo nei casi particolari, previsti dall'articolo 44 della legge numero 184:

- adozione del minore orfano di entrambi i genitori da parte dei suoi parenti fino al sesto grado, ovvero da persone che gli siano legate da un rapporto affettivo stabile e duraturo preesistente alla scomparsa dei suoi genitori;
- adozione del minore, figlio anche adottivo, da parte del coniuge del suo genitore;
- adozione del minore, orfano di entrambi i genitori, che sia portatore

---

invece, prende atto dei profondi mutamenti della realtà sociale ed arriva a consentire l'adozione ai singoli. A tale proposito appare opportuno ricordare la sentenza della Corte europea dei diritti umani n. 22/1/08 ,E.B. c/Francia, sul divieto di discriminazione basato sull'orientamento sessuale per il singolo che volesse adottare un minore: una scelta fondata su una distinzione è discriminatoria ai sensi dell'articolo 14 CEDU, se essa manca di uno scopo oggettivo e ragionevole, ovvero se essa non persegua uno scopo legittimo o se non vi è rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi che lo scopo. Nel caso si tratti di orientamento sessuale è necessario che vi siano delle ragioni particolarmente gravi e convincenti per giustificare una differenza di trattamento in materia di diritti sanciti dall'articolo 8 CEDU. Su questi presupposti è discriminatorio negare l'autorizzazione all'adozione del singolo fondando il diniego esclusivamente sull'omosessualità dell'aspirante genitore.

<sup>231</sup> La Corte di Appello, con ordinanza del 25 settembre 1993, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6 della precitata Convenzione europea, sul supposto carattere di applicazione automatica della predetta norma, nella parte in cui consente "senza limiti" l'adozione di un minore da parte di un solo adottante, in contrasto con gli articoli 29, 30 e 3 della Costituzione.



di handicap;

-adozione di un minore per il quale sia stata constatata l'impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo in suo favore.

In questo senso occorre ricordare anche la recente ordinanza della Corte costituzionale, la numero 347 del 15 luglio 2000, secondo la quale, la fattispecie in cui durante il periodo di affidamento preadottivo intervenga la separazione fra i coniugi affidatari è l'unica ipotesi ulteriore di adozione legittimante, nella quale, dunque, l'adozione può essere disposta (nell'esclusivo interesse del minore ai sensi dell'articolo 25.5 della legge numero 184) nei confronti del solo coniuge che ne faccia richiesta.

Appare a questo punto opportuno il riferimento alle pronunce giurisprudenziali sull'argomento, al fine di evidenziare un orientamento di cauta apertura oramai consolidato, alla luce del quale i recenti clamori per la pronuncia 2572/11 appaiono una buona parte ingiustificati.

Infatti, già con la sentenza n.6078 del 18 marzo 2006<sup>232</sup>, la prima sezione civile della Corte di cassazione era intervenuta in tal senso circa il ricorso presentato da Do. Va., cittadina rumena, in possesso anche di cittadinanza italiana per matrimonio, la quale si era rivolta dapprima al Tribunale per i minorenni di Roma<sup>233</sup> per il riconoscimento della sentenza di adozione (di An. Iz. Va.) emessa dal Tribunale di Costanza in Romania il 23.04.2003, e poi alla Corte di Appello<sup>234</sup>.

---

232 Tale sentenza viene anche richiamata dalla stessa 2572/11, a pag.13: "Fermo restando che, come questa Corte ha già rilevato (Cass. 18 marzo 2006, n.6078)..."

233 L'istanza fu respinta osservandosi che la richiedente era coniugata e che il provvedimento straniero, emesso solo nei suoi confronti, era in contrasta con la normativa che disciplina l'adozione internazionale nel nostro Paese. Il Tribunale ritenne altresì la inapplicabilità dell'art. 36, comma 4, della legge sull'adozione, mancando la prova del soggiorno continuativo almeno biennale della richiedente in Romania.

234 La Corte di Appello di Roma, con decreto in data 21.04.2005, rigettò il reclamo, rilevando anzitutto che, essendo la reclamante cittadina italiana, era soggetta alla legge italiana, che all'art. 6 stabilisce che l'adozione è consentita ai coniugi e non alla persona singola; e che inoltre, in base alla stessa legge, i coniugi devono ottenere dal Tribunale per i minorenni del luogo di residenza un decreto di idoneità all'adozione internazionale, e conferire poi l'incarico ad un ente autorizzato per l'ulteriore corso della procedura all'estero. Detta normativa sarebbe stata completamente pretermessa dalla reclamante. La circostanza richiamata dalla difesa, secondo la quale anche la Romania, come l'Italia, è parte della Convenzione di L'Aja del 1993, non modificherebbe i termini della questione: infatti, proprio in quanto vincolate dagli stessi impegni internazionali, le Autorità di detto Paese avrebbero dovuto prendere contatto con l'Autorità centrale italiana per avere chiarimenti in ordine alla normativa vigente in Italia. In tal modo, esse avrebbero appreso che l'adozione richiesta non poteva in nessun caso avere efficacia nel nostro Paese, in quanto l'art.35 comma 3,

Giunta al terzo grado di giudizio, con il secondo motivo<sup>235</sup> di ricorso, la ricorrente denunciava violazione dell'art. 36, con riferimento anche all'art.44 della L. 184 del 1983, e falsa applicazione dell'art. 29 bis della stessa legge, che stabilisce che, per promuovere un procedimento di adozione internazionale, le persone residenti in Italia debbono possedere i requisiti prescritti dall'art. 6 della stessa legge, che consente l'adozione alle sole coppie, escludendola per le persone singole. Nell'ordinamento vigente è ammessa dall'art. 44 della L. 184 del 1984 l'adozione da parte del *single*: e se detta norma non prevede la possibilità di estendere la normativa italiana ai casi internazionali di adozione da parte di una persona singola, nemmeno essa la esclude: sicché, in via interpretativa ed analogica, è rimessa al giudice la facoltà di trovare una soluzione idonea a risolvere il problema in presenza di un rapporto affettivo e genitoriale di fatto ormai consolidato, quale si configurava nella specie. In proposito rilevava, altresì, di essere coniugata, e che la minore in questione aveva instaurato un solido legame affettivo anche con il coniuge dell'adottante.

La Suprema Corte ritenne, tuttavia, tale censura destituita di fondamento: "Per vero, la legislazione nazionale conosce l'adozione da parte del *single*: trattasi, come peraltro sottolineato dalla stessa

---

della L. 184 del 1983 subordina l'ordine di trascrizione del provvedimento Straniero all'accertamento, di competenza del Tribunale per i minorenni, dell'autorizzazione all'ingresso rilasciata dalla Commissione per le adozioni internazionali, ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. h), mentre il comma 6 dello stesso art. 35 stabilisce che non può comunque essere ordinata la trascrizione quando il provvedimento straniero riguardi adottanti che non siano in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana, e neppure quando l'adozione straniera si sia realizzata senza l'intervento delle Autorità centrali e di un ente autorizzato. Né avrebbe alcun pregio, secondo la Corte d'Appello, l'argomentazione della reclamante relativa alla erronea applicazione dell'art.36 comma 4, della L. 184 del 1983, che richiederebbe in modo chiaro un soggiorno continuativo congiuntamente alla residenza almeno biennale. Aggiunse la Corte che dal certificato del Comune di Ro. del 23.06.2003 risulta che la reclamante era residente senza interruzioni a Ro. dal 9.05.1992, mentre i due certificati del ministro rumeno delle finanze reperibili nel fascicolo di parte si riferivano a un domicilio fiscale ottenuto unicamente allo scopo di evitare la doppia imposizione.

235 Con il primo motivo di ricorso, meno pertinente alla presente ricerca, si lamentava, invece, la violazione e falsa applicazione degli articoli 35 e 36 della L. 184 del 1983, come modificati dalla L. 476 del 1998. La Corte d'Appello non avrebbe tenuto conto che, se anche la L. 184 del 1983 agli artt. 35, comma 6, e 39, comma 1, lett. h), vieta il riconoscimento dell'adozione pronunciata all'estero in mancanza di determinati requisiti, resta comunque salva la previsione di cui all'art. 36, comma 4, della stessa legge, secondo il quale il Tribunale per i minorenni deve riconoscere ad ogni effetto in Italia l'adozione pronunciata dall'autorità di un Paese straniero ad istanza di cittadini italiani che dimostrino al momento della pronuncia di avere soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni. Nella specie, la ricorrente aveva prodotto una certificazione dalla quale risultava la sua residenza negli anni 2001 e 2002 in Romania, ove la stessa aveva soggiornato continuativamente per otto mesi.

ricorrente, dell'adozione "in casi particolari", di cui all'art.44 della L. 184 del 1983 - che ha effetti limitati rispetto all'adozione legittimante - o nelle speciali circostanze di cui all'art. 25, quarto e quinto comma, della stessa legge. Sono, peraltro, quelli appena citati, i soli casi nei quali il legislatore nazionale si è avvalso della facoltà, rimessa agli Stati dall'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozioni di minori, firmata a Strasburgo il 24.04.1967 e ratificata dall'Italia con la L. 22.05.1974, n. 357 - norma non autoapplicativa, cioè direttamente applicabile nei rapporti intersoggettivi privati, occorrendo, a tal fine, l'interposizione di una legge nazionale (v. Corte Cost., sentenza n. 183 del 1994) -, di prevedere l'adozione da parte di persone singole”.

Prosegue la Corte “Al di fuori delle predette ipotesi, la citata norma pattizia non consente ai Giudici italiani di concedere l'adozione di minori a persone singole. Al contrario, il principio fondamentale al riguardo è quello, scaturito dall'art.6 della L. 184 del 1983, secondo il quale l'adozione è permessa solo alla coppia di coniugi (uniti in matrimonio da almeno tre anni), e non ai singoli componenti di questa: principio, quello appena enunciato, applicabile, per effetto dell'art. 29 - bis della stessa legge - introdotto dall'art.3 della L. 476 del 1998 - anche alle adozioni internazionali. E' bensì vero che, secondo una interpretazione costituzionalmente corretta, queste ultime devono essere ritenute ammissibili negli stessi casi in cui è ammessa l'adozione nazionale legittimante o quella in casi particolari (V. Corte Cost., ordinanza n. 347 del 2005). Tuttavia, una siffatta esegesi, se induce alla conclusione della possibilità per il *single* di procedere all'adozione internazionale nei casi particolari di cui all'art. 44 cit., non può certamente fondare il riconoscimento di una generalizzata ammissibilità di tale adozione da parte di persona singola: ammissibilità, del resto, esclusa in via generale, come si è già precisato, nell'adozione nazionale, alla stregua del diritto vigente.

Resta, ovviamente, fermo che, tanto più in presenza della disposizione convenzionale sopra menzionata (art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1967), che a ciò lo facoltizza, il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere - nel concorso di particolari circostanze, tipizzate dalla legge o rimesse di volta in volta al prudente apprezzamento del giudice - ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona, anche qualificandola con gli effetti dell'adozione legittimante, ove tale soluzione sia giudicata più conveniente all'interesse del minore, salva la previsione di un criterio di preferenza per l'adozione da parte della coppia di coniugi, determinata dalla esigenza di assicurare al minore stesso la presenza di entrambe le figure genitoriali, e di inserirlo in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità (v. Corte Cost., sent. n. 183 del 1994, cit.)”.

Sebbene, quindi, la Suprema Corte riconoscesse che il legislatore ben avrebbe potuto provvedere con un'apertura all'adozione da parte delle persone singole, il ricorso proposto dalla Do.Va. fu rigettato.

In questa stessa direzione si può leggere anche la recente sentenza della Cassazione che tanto clamore<sup>236</sup> ha suscitato, al punto che ha ritenuto opportuno di intervenire con una nota anche l'ufficio stampa della stessa Corte.

C'è stato, invero, un “indiretto invito” rivolto al legislatore da parte della Corte di Cassazione in materia di adozione, nell'affermazione contenuta in sentenza che appaiono giunti “tempi maturi perché il legislatore possa provvedere nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell’ambito di

---

<sup>236</sup> Sulla sentenza era intervenuto anche la Santa Sede, per il tramite del Cardinale Ennio ANTONELLI, presidente del Pontificio Consiglio per la Famiglia secondo il quale il bambino ha bisogno di entrambi i genitori “per formarsi in modo giusto”: “in linea generale, la priorità è il bene del bambino, che esige un padre ed una madre”. “Non conosco nel dettaglio questo caso e il pronunciamento della Suprema Corte” specifica il Cardinale ANTONELLI “Ma il linea generale ogni bambino ha diritto a una madre e a un padre: questa dovrebbe essere la normalità”.

ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante”.

La Corte ha semplicemente affermato che, in assenza di un apposita legge (che qualora fosse emanata non sarebbe contrastante con la Convenzione Strasburgo sui diritti dei minori), non è possibile al giudice accogliere una richiesta di adozione da parte di una persona *single*:

“Conseguentemente deve considerarsi che a proposito dell'adozione legittimante l'art.6 della legge numero 184 pone il principio formatore dell'istituto secondo il quale tale adozione è consentita solo a coniugi uniti in matrimonio, avendo finora ritenuto il legislatore tale statuizione opportuna e necessaria nell'interesse generale dei minori: solo in presenza del quale l'art.25, una volta che l'affidamento preadottivo abbia avuto già corso in conformità del principio stabilito dall'art.6 ponendo in essere vincoli genitoriali con una coppia unita in matrimonio, autorizza l'adozione nonostante il sopravvenire della morte o della separazione di uno dei coniugi nel corso del procedimento. Deve quindi escludersi che in contrasto con tale principio generale, allo stato della legislazione vigente, soggetti singoli possano ottenere, ai sensi dell'articolo 36 , comma 4 in questione, il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con gli effetti legittimanti anziché ai sensi e con gli effetti di cui all'articolo 44 della legge numero 184 del 1983, secondo quanto disposto dalla sentenza impugnata. Fermo restando che...con riferimento al disposto della sopra menzionata disposizione dell'articolo 6 della convenzione di Strasburgo, il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel corso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante. Ne deriva che il ricorso deve essere rigettato”.

Tuttavia la nota dell'ufficio stampa della Corte di Cassazione, in riferimento “ad alcuni commenti alla sentenza

apparsi nel senso che la Corte nella sentenza avrebbe invitato, sollecitato ed addirittura preteso che il legislatore approvasse una norma che permettesse l'adozione anche da parte di persone singole" ha voluto precisare che "con la sentenza numero 3572/11 la Corte ha semplicemente svolto il proprio compito di interpretare la legge, nel caso l'articolo 6 della Convenzione Strasburgo del 24 aprile del 1967 in materia di adozione dei minori, ratificata con legge numero 357 del 1974, evidenziando che la norma in questione non è auto applicativa nel senso che non conferisce immediatamente ai giudici italiani il potere di concedere l'adozione di minori a persone singola al di fuori dei limiti entro i quali tale potere è attribuito dalla legge nazionale".

"Ne è stata tratta la conclusione che la norma attribuisce al legislatore nazionale la facoltà e non l'obbligo di prevedere la possibilità di adozione anche per persone singola così che perché tale nozione possa avere luogo in Italia è necessaria l'interposizione di una legge interna che determina i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte della persona singola".

In questo senso conclude l'ufficio stampa della Corte appare evidente che" nessun invito, sollecitazione o pretesa nei confronti del legislatore" è stata avanzata con la sentenza.

E' evidente, dunque, come a tale pregevole pronuncia avessero voluto attribuire una portata ancora più ampia, ed una valenza rinnovatrice della dell'attuale normativa, che certamente non poteva avere: la Suprema Corte non poteva e non ha né cambiato la disciplina dell'adozione, né imposto al legislatore di intervenire.

Minor eco mediatico hanno, invece, avuto alcuni provvedimenti della giurisprudenza di merito che sembrano, tuttavia, avere una portata innovativa ancora maggiore.

In particolare il Tribunale di Brescia ha accolto la domanda di riconoscimento di un'adozione a favore di una donna non

coniugata, pronunciata all'estero (in Ecuador) ai sensi dell'articolo 36, comma 4, della legge 184/1983. Secondo il giudice minorile, nonostante la nostra legge nazionale richieda quale requisito perché si possa ottenere l'adozione legittimante del minore il matrimonio tra gli adottanti, un'adozione pronunciata all'estero in favore di un single non urta contro i nostri principi di ordine pubblico.

Il Tribunale per i minorenni<sup>237</sup> parte dalla considerazione secondo cui l'ordine pubblico, limite all'accoglimento delle sentenze straniere sia un «insieme di principi fondamentali ed indefettibili del nostro ordinamento che non possono essere derogati senza grave turbamento dell'ordine sociale e senza urtare contro le basi etiche della nostra convivenza civile nazionale».

Tali principi peraltro sono soggetti a subire il mutamento dei costumi e dell'etica sociale e sono pertanto suscettibili di profonde trasformazioni nello spazio e nel tempo.

“Sulle stesse basi è stata anche accolta un'adozione pronunciata all'estero in favore di una coppia non coniugata. Questo perché si ritiene che non urti contro il nostro ordine pubblico il fatto che una coppia non sposata, possa divenire genitore adottivo. È infatti innegabile come il fenomeno della convivenza di fatto sia nella nostra società in recente espansione e pertanto non urta contro il comune sentire sociale considerare genitori due conviventi more uxorio (Tribunale per i minorenni di Brescia, 26 settembre 2006)”<sup>238</sup>.

Rimanendo sempre in argomento, per completezza espositiva appare, ora, opportuno un breve ed incidentale riflessione sulla possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

Sull'argomento c'è stato un positivo intervento legislativo con la legge n.40 del 19 febbraio 2004, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, pubblicata nella Gazzetta

---

237A sostegno del suo ragionamento il Tribunale citò numerosi provvedimenti che andavano nella stessa direzione, come la pronuncia del 30 ottobre 2000, della Corte d'appello di Torino, che ha riconosciuto in Italia l'adozione legittimante di minore pronunciata all'estero a favore di una persona singola.

238S.A.R. GALLUZZO, *Il vincolo matrimoniale è requisito indispensabile per avanzare la domanda*, in *Famiglia e Minori*, il *Sole 24 ore*, pag.36 e ss.

Ufficiale del 24 febbraio 2004.

In base all'articolo 5, che stabilisce i requisiti soggettivi, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita le coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate ovvero conviventi, in età potenzialmente fertile, e con entrambi gli aspiranti genitori viventi.

L'articolo 4 disciplina, invece, l'accesso alla tecnica di procreazione assistita statuendo che il ricorso è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione: è comunque circoscritto ai casi di sterilità ed infertilità inspiegate e documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità ed infertilità da causa accertata e certificata da atto medico<sup>239</sup>.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita devono, inoltre, essere applicate in base al principio della gradualità (al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi dunque al principio della minore invasività) e del consenso informato (che andrà realizzato ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge).

Infine, l'articolo vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

La normativa in questione è stata oggetto di un dibattito acceso, nonché oggetto di incidenti di costituzionalità sollevati sotto diversi profili, ma che tuttavia non sono pertinenti all'argomento di questa trattazione.

Preme tuttavia osservare quanto il legislatore abbia avuto un comportamento illogico, o quantomeno contraddittorio, nel disciplinare l'accesso delle coppie di fatto all'istituto dell'adozione ed alla procreazione medicalmente assistita.

Nel caso dell'adozione la chiusura è totale, in nome della esigenza della stabilità della coppia presumibilmente garantita dall'istituto matrimoniale.

---

239 Sul punto, cfr. E. FALLETTI, *op.cit.*, pag.176.



All'opposto vi è una vasta apertura per le coppie di fatto all'accesso alla procreazione assistita. Non viene richiesta alcuna documentazione sulla stabilità o sulla durata del rapporto di convivenza, come se in questo caso i timori non abbiano a trovare ragion d'essere.

In realtà sembra trattarsi della medesima situazione: due aspiranti genitori che tentano, attraverso la via dell'adozione o attraverso la via della fecondazione medicalmente assistita, di realizzare il loro naturale desiderio di maternità ovvero paternità.

Una tale disciplina appare così ingiustificatamente discriminatoria. L'esempio delle coppie eterosessuali che convivono *more uxorio* e che magari tentano di accedere all'adozione perché affette da gravi patologie fisiche per la procreazione naturale, denota l'incapacità del legislatore di interpretare i fenomeni sociali emergenti e di regolarli in maniera equilibrata e, soprattutto, tempestiva.

### 3.5 Legislazioni regionali e statuizioni comunali.

L'aumentare degli spazi di intervento del legati alla legislazione regionale rende imprescindibile l'analisi di tale produzione normativa. Dagli anni '90 si è sviluppata in Italia una crescente attenzione per la "famiglia" da parte delle Regioni e degli Enti locali<sup>240</sup>, in netta contrapposizione con l'atteggiamento dello Stato decisamente restio ad intraprendere politiche sociali in favore della famiglia e, più in particolare, all'emanazione di una organica normativa in materia di coppie di fatto.

In ambito regionale sono state recentemente emanate diverse disposizioni legislative, volte nella maggioranza dei casi ad inquadrare, in una cornice di politica familiare più omogenea, taluni servizi e sostegni che fino a quel momento venivano svolti in modo frammentario dagli enti locali, o alla promozione e progettazione di iniziative innovative per sorreggere la famiglia nelle sue attività quotidiane di cura da parte di soggetti non istituzionalizzati<sup>241</sup>.

Lo scopo che si sono poste le Regioni è senza dubbio quello di coordinare e valorizzare tutti i protagonisti della politiche familiari, quali istituzioni pubbliche, terzo settore, famiglia, comunità locali, etc. Obiettivi questi raggiungibili attraverso una sussidiarietà di tipo verticale (principio organizzativo tendente a disporre lungo l'asse orientato gerarchicamente, le diverse entità attive nel sociale, attribuendo priorità ai livelli istituzionali) e una di tipo orizzontale che fa, invece, riferimento a un principio etico-sociale e riconosce il contributo fondamentale offerto dalle entità a minore strutturazione (in quest'ultima prospettiva riveste strategica importanza il terzo settore, dove l'associazionismo familiare riesce meglio a soddisfare i bisogni della famiglia).

Così la famiglia può passare da destinataria passiva delle politiche sociali, come avviene in un "modello assistenziale", a

---

240 Sul punto, cfr., V.MARANO, *Le unioni di fatto*, Milano 2005, pag.19 e ss.

241 Per un approfondimento, cfr. G.ROSSI, *Le politiche regionali per la famiglia a confronto e la legge 23/99 della Regione Lombardia in "politiche sociali e servizi*, II, 2, 2000, pag.253.

soggetto attivo, tipico di un "modello relazionale", improntato, appunto, al principio della sussidiarietà.

Invero non tutte le Regioni hanno adottato delle politiche sociali per la famiglia, ma solo una piccola percentuale, come la Lombardia, la Liguria, le Marche, il Friuli Venezia Giulia, e di recente anche la Puglia. Non è, dunque, possibile delineare in modo esaustivo una politica familiare che possa evidenziare i caratteri dell'intero nostro Paese, ma è possibile tracciare, in base alle Leggi regionali ad oggi emanate, temi e problematiche che queste intendono più decisamente affrontare.

Gli ambiti in cui si sono registrati i maggiori interventi a livello regionale sono i benefici e le agevolazioni di tipo economico-fiscale per le famiglie, la tutela ed il supporto della maternità, agevolazioni inerenti all'abitazione per uso familiare, il sostegno nella cura e nell'accudimento dei figli, il sostegno per le famiglie monogenitoriali, il sostegno nello svolgimento dei compiti educativi, nonché facilitazioni nell'organizzazione dell'attività lavorativa dei genitori<sup>242</sup>.

Negli ultimi anni è infatti aumentato l'interesse verso i bisogni della famiglia legati alla quotidianità e alla normalità, specialmente nel tentativo di riuscire a coordinare i tempi familiari con quelli lavorativi, o in quelli tesi al sostegno nell'educazione della prole.

Tali provvedimenti anche se tesi all'abbandono di una logica prettamente assistenziale, sono però ancora molto lontani dal concretizzarsi in una applicazione relazionale di politica familiare (con interventi che attivino la famiglia e potenzino le reti di mutuo aiuto e interventi che "accompagnino" la famiglia nello svolgimento dei suoi compiti primari).

A titolo esemplificativo è possibile citare il caso della Regione Puglia che ha "varato" la sua politica sociale a sostegno della famiglia con la L.R. n.5 del 2004. All'art.1, quarto comma, si legge che essa si pone "nel quadro di attuazione del principio costituzionale del pluralismo sociale e istituzionale, la Regione

---

242 Cfr. a titolo esemplificativo le Leggi regionali del Friuli Venezia Giulia, n.16/2004 e 24/2004.

riconosce e promuove i valori propri dell'ordinamento della famiglia e il suo ruolo fondamentale di ogni singola persona umana, ai sensi dei principi sanciti negli artt. 2- 3- 29- 30- 31Cost.”

Tra gli obiettivi che la Regione Puglia si è prefissata di raggiungere vi sono, quindi, favorire la formazione di nuovi nuclei familiari attraverso interventi che concorrono a eliminare gli ostacoli di natura economica e sociale che ne impediscono la nascita e lo sviluppo, predisporre specifici programmi di sostegno, anche personalizzati, a fronte di situazioni disagiate anche minacciando la dignità della persona umana, valorizzare la corresponsabilità dei genitori nei confronti dei figli e il loro compito educativo e di istruzione anche favorendo la solidarietà intergenerazionale attraverso la permanenza dell'anziano nella famiglia<sup>243</sup>, tutelare la maternità realizzando e sostenendo interventi per prevenire o rimuovere le cause di natura economiche e sociale che possono “spingere” i genitori a “scegliere” di interrompere la gravidanza.

In quest'ottica per assicurare la partecipazione dei cittadini all'attuazione delle politiche sociali, la Legge regionale promuove l'associazionismo familiare ed istituisce la Consulta delle associazioni familiari e l'Osservatorio permanente delle famiglia.

Il programma di intervento prevede altresì, un contributo a sostegno dell'acquisto per la prima casa (per cui sono stati stanziati 9 milioni di euro), un contributo di 1,7 milioni di euro a sostegno della natalità, ed “azioni di sistema” per 500.000 euro.

Si tratta quindi, di misure di politica sociale dirette a sostegno delle famiglie socialmente ed economicamente svantaggiate, e non di interventi a favore di tutte le famiglie in considerazione della rilevanza sociale delle funzioni svolte a prescindere dalle loro condizioni economiche<sup>244</sup>.

Solo attraverso tali interventi sembra, comunque, possibile ipotizzare una piena attuazione di quanto previsto a livello

---

243 Lo stesso obiettivo viene perseguito dalla Legge regionale Liguria, *Interventi regionali in favore della famiglia*, n.11/1994, all'art.5.

244 Sul punto, cfr. D.Riccio, *op.cit.*: “Le leggi regionali in materia di famiglia” rappresentano “provvedimenti di tipo assistenzialistico piuttosto che di politica a sostegno della famiglia”.

costituzionale a tutela della famiglia.

Come sopraesposto, l'attività del legislatore statale è, invece, in tal senso risultata assolutamente deficitaria.

Anche in riferimento al riconoscimento a favore delle famiglie di fatto l'interesse regionale, e in generale degli enti locali, è stato di gran lunga superiore a quello riservato alle stesse da parte dello Stato.

Nonostante, infatti, le varie proposte di legge presentate in Parlamento, tese all'ottenimento di una sostanziale "avvicinamento" tra i diritti riconosciuti alle famiglie legittime ed a quelle di fatto, nessuna di queste (come si dirà nel paragrafo seguente) ha avuto un esito positivo.

Appare, infatti, interessante valutare come l'autonomia concessa agli enti locali, in special modo alle Regioni, possa favorire il riconoscimento di diritti e agevolazioni alle famiglie non unite dal vincolo matrimoniale.

Infatti si può osservare come ad una estrema cautela delle legislature nazionale (che si è limitato a sporadici e disorganici interventi) corrisponda, invece, una intensa attività del legislatore regionale<sup>245</sup>, "il quale sempre più frequentemente e in diversi settori, si spinge ad includere all'interno del nucleo familiare anche il convivente *more uxorio*, al fine di poter operare l'estensione della disciplina dettata anche alle componenti della famiglia di fatto"<sup>246</sup>.

La normativa regionale sembra seguire la prospettiva individualistica contenuta nell'articolo 2 della Costituzione, in cui i singoli membri della famiglia di fatto e non la famiglia di fatto come entità in sé considerata, godono della tutela garantita alle formazioni sociali all'interno di cui si sviluppa la personalità dei singoli. Ciò si riflette nella stessa terminologia utilizzata dagli singoli legislatori regionali: più che le famiglie di fatto, si disciplina direttamente e ci si

---

245 Non appare, comunque, possibile generalizzare una tale apertura. La legge regionale (Lombardia) del 6 dicembre 1999, numero 23, recante disposizioni in materia di politiche regionali per la famiglia, all'articolo 11 statuisce che "la Regione riconosce quale soggetto sociale politicamente rilevante la famiglia così come definita dagli articoli 29 e 30 della Costituzione, nonché quella composta da persone unite da vincoli di parentela adozione affinità".

246 E.FALLETTI, *op.cit.*, pag.105.

riferisce al "convivente more uxorio", alla "persona convivente", al "convivente abituale", al "convivente di fatto", etc.

I settori all'interno dei quali la legislazione regionale garantisce una generale tutela ai nuovi modelli familiari riguardano l'edilizia abitativa e le residenze pubbliche.

Tra i requisiti richiesti per godere di tali benefici vi è quello di una convivenza tra i *partners* instaurata da almeno due anni, dimostrabile nelle forme di legge e, più praticamente, dalla nascita di prole all'interno della famiglia di fatto.

Anche la stesura dei nuovi Statuti regionali è stata l'occasione per dibattere sulla rilevanza ad assegnare alle convivenze paraconiugali.

In alcuni Statuti o progetti di Statuto è presa in considerazione espressamente la sola famiglia intesa come società naturale fondata sul matrimonio ai sensi dell'articolo 29 della Costituzione. Un esempio significativo è rappresentato dal nuovo statuto della Regione Lazio che all'articolo 7, comma 2B, riconosce " i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio e la sostiene nell'adempimento della sua funzione sociale".

In altri Statuti vi sono disposizioni in cui l'espressione "famiglia" viene utilizzata senza una "specificazione espressamente riferita all'atto genetico matrimoniale ma, al tempo stesso, senza alcuna menzione né tantomeno equiparazione con le unioni di tipo non matrimoniale, che pertanto, alla luce del vigente sistema costituzionale, non sembrano ricomprese nella previsione statutaria.

E' questo il caso della Regione Calabria che al titolo primo articolo 2, prevede un "sostegno della famiglia", o della Regione Piemonte che nel preambolo allo Statuto afferma di riconoscere e sostenere "il ruolo della famiglia". Lo stesso vale per la Provincia autonoma di Bolzano, che omette il riferimento all'articolo 29 della Costituzione e lascia, così, spazio anche ai nuclei monogenitoriali, al fine di non penalizzare i figli naturali.

Infine alcuni Statuti regionali richiamano i principi di

uguaglianza e di non discriminazione, e considerano unitariamente sia la famiglia legittima sia le unioni non matrimoniali al fine di prevedere adeguate misure di riconoscimento, tutela e sostegno in ambito regionale: Valle d'Aosta, Liguria, Toscana, Umbria, Marche, Basilicata, etc. tendono invece ad affiancare nel godimento di alcuni benefici sia la famiglia tradizionale fondata sul matrimonio sia quella fondata sulla convivenza *more uxorio*.

Una tale attenzione al fenomeno della convivenza si rinviene chiaramente negli Statuti umbro e toscano, addirittura in una prospettiva di riconoscimento di altre forme di convivenza<sup>247</sup>: l'articolo 4 del nuovo Statuto Toscana, al comma 1, prevede che la Regione persegua tra le proprie finalità prioritarie non solo la tutela e la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio (lett.g.), ma anche il "riconoscimento delle altre forme di convivenza" (lett.h)<sup>247</sup>.

Tali previsioni hanno suscitato forti polemiche<sup>248</sup> che si sono tradotte nella presentazione di numerosi ricorsi alla Corte costituzionale per eccesso di competenza.

La Corte costituzionale ha però evidenziato che non si tratta di Carte costituzionali ma solo di "fonti regionali a competenza riservata e specializzata" e devono armonizzarsi con i precetti ed i principi della Costituzione italiana. Non può quindi, essere riconosciuto un carattere prescrittivo e vincolante a quanto previsto dagli Statuti perché le prescrizioni in questi contenute esplicano una funzione di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Conseguentemente non comportano "né alcuna violazione né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali"<sup>249</sup>.

Si deve altresì rilevare come anche le Regioni<sup>250</sup> che si sono

---

247Per un'analisi anche degli Statuti Umbria e Campania, cfr. D.RICCIO, *op.cit.* pag.565.

248Sul punto, cfr. M.OLIVETTI, *Nuovi Statuti e forma di governo delle Regioni. Verso Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002.

249Corte Costituzionale, sentenza n.379 del 29.11.2004.

250La maggior parte degli provvedimenti regionali in materia di famiglia riconoscono invero "solo i diritti della famiglia intesa come società naturale fondata sul matrimonio o comunque composta da persone unite da vincoli di parentela, adozione, affinità". Alcune normative indicano invece "come destinatari anche le convivenze che presentano quale dato comune quello di non essere istituzionalizzate attraverso il matrimonio e di essere

interessate alla disciplina della famiglia e più in particolare delle coppie di fatto, siano intervenute sulla materia in maniera disorganica, e che altre Regioni ancora (ad esempio Molise e Sardegna) non abbiano ad oggi provveduto in tal senso.

Il quadro appena delineato evidenzia forti differenze, di assoluta importanza perché possono concretamente consentire o negare l'accesso a benefici in materia di edilizia popolare, sanità, educazione ed in altre aree di competenza regionale. Appare realizzarsi quindi una grande varietà di situazioni che non può non provocare una "discriminazione nel trattamento di situazioni simili, nel silenzio della legge nazionale"<sup>251</sup>.

Per completezza di trattazione appare, ora, opportuno un breve riferimento ai cosiddetti registri delle unioni civili, che trovano fondamento nell'art. 4 del D.P.R. 30 Maggio 1989, n. 223, di approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente.

In questo articolo si coglie un esplicito riferimento al nucleo familiare di fatto, e si dispone che ai soli "effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela, o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune"<sup>252</sup>. Questa norma, che è stata considerata la fonte di riconoscimento della famiglia c.d. "anagrafica", inquadrando tuttavia la posizione dei conviventi in un'ottica di rivelazione del dato, non ha la finalità di una diretta tutela della convivenza *more uxorio*: la equipara alla famiglia matrimoniale ai "soli fini anagrafici", permettendo solamente una raccolta sistematica di notizie concernenti le persone residenti sul territorio, prese singolarmente o come componenti di un nucleo familiare.

Dunque si esclude dalla *ratio* della norma qualsiasi altra finalità

---

generalmente finalizzate alla reciproca assistenza morale e materiale". D. Riccio, *op.cit.*, pag.557.

251E.FALLETTI, *op.cit.*, pag.106.

252Ex art. 5:"1. agli effetti anagrafici per convivenza si intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune. 2. Le persone addette alla convivenza per ragioni di impiego e di lavoro, se convivono abitualmente sono considerate membri della convivenza, purchè non costituiscano famiglie a sè stanti".



di equiparazione della famiglia di fatto a quella unita in matrimonio sulla base della rilevanza dei "vincoli affettivi". Tuttavia non vengono meno gli effetti dell'introduzione della famiglia "anagrafica", specie se si considera che, a norma dello stesso art. 4 è possibile ottenere da parte degli interessati il rilascio di un certificato di convivenza che potrà essere utilizzato per risolvere il difficile problema della prova della stabilità dell'unione (cui più volte viene subordinata l'estensione di alcuni benefici).

Infatti, affinché la famiglia di fatto possa beneficiare della tutela predisposta *ad hoc* dall'ordinamento (e prevista dalla giurisprudenza) occorre che sia qualificata da determinati elementi strutturali, tra i quali stabilità e riconoscibilità sociale, per il cui accertamento può giovare la certificazione del momento iniziale e costitutivo del nucleo familiare, attraverso, appunto, un atto formale che ne attesti l'esistenza.

Sulla base dell'iscrizione nei registri anagrafici la convivenza viene ad assumere una rilevanza "esterna" anche nei confronti del Comune (pur se non è assunta ad oggetto immediato di disciplina e assume autonoma considerazione solo ai fini della rilevazione del dato anagrafico).

Proprio, sulla base della definizione di "famiglia anagrafica", fornita dal citato art 4 del D.p.r. numero 223/89, numerosi Comuni hanno preso l'iniziativa (soprattutto allo scopo di adempiere con maggior efficienza ai compiti ad essi spettanti in materia assistenziale e sociale) di istituire veri e propri "registri delle unioni civili", in linea con l'esercizio dell'autonomia regolamentare riconosciuta agli Enti locali dalla Legge 8 giugno 1990, n.142.

Alcuni Comuni hanno, quindi, istituito un registro delle unioni civili (unico concreto tentativo di formalizzazione) con lo scopo di "regolarizzare" le convivenze, eterosessuali ed omosessuali ed al fine di riconoscerne la rilevanza sociale e giuridica di fronte al Comune.

Il tentativo di attribuire rilevanza giuridica a tali forme familiari

nasce ovviamente dalla considerazione che numerose coppie, che non hanno potuto o voluto contrarre matrimonio, siano prive di tutela giuridica (nei rapporti reciproci, ma anche nei rapporti con terzi e pubbliche amministrazioni).

Dubbia è, invero, utilità e la stessa validità<sup>253</sup> di siffatti registri, dal momento che agli enti comunali non è attribuita una potestà normativa in materia di diritto di famiglia: la ragione andrebbe individuata sulla base di specifici obiettivi che il Comune intende perseguire, oltre alla possibilità di dare massima visibilità all'instaurata convivenza, elemento (specie dalle associazioni che si battono per i diritti degli omosessuali) in sè da considerarsi di grande progresso civile.

In tal senso è da ricordare l'iniziativa approvata ad Empoli, relativa alla " proposta di regolamento comunale sulle unioni civili", e tuttavia subito oggetto di annullamento da parte del Co.Re.Co della regione Toscana. Si prevedeva l'istituzione di un registro amministrativo per le unioni civili su presupposto logico giuridico (espressamente enunciato) secondo cui l'unione civile tra due persone maggiorenni di sesso diverso o dello stesso sesso "consente ai singoli una più libera scelta nell'organizzazione della propria vita e delle proprie relazioni socio-familiari, allargando ed arricchendo il concetto di famiglia come società naturale sancito dall'articolo 29 Cost., in relazione alle continue evoluzioni di questa". Il Comune di Empoli si impegnava altresì a garantire " l'accesso a tutti i procedimenti, benefici ed opportunità di varia natura, alle medesime

---

<sup>253</sup>Le delibere dei Consigli comunali rispetto all'istituzione del "registro amministrativo delle unioni civili", per la registrazione del "rapporto di unione di due persone maggiorenni anche dello stesso sesso", che siano residenti nel territorio del comune e nel presupposto che costituiscano "una famiglia anagrafica ai sensi della l. 24 dicembre 1954, n.1228, e del D.P.R. 30 Maggio 1989, n. 223", sono state tuttavia sempre annullate dai competenti Comitati regionali di controllo e non hanno superato il vaglio dei Tribunali regionali amministrativi. Ad esempio, nel ricorso presentato dal Comune di Empoli al TAR Toscana (TAR Toscana 9 Febbraio 1996 n. 49), in seguito all'atto con il quale il comitato regionale di controllo aveva annullato la deliberazione consiliare relativa al regolamento comunale delle unioni civili, in cui il tribunale censura la decisione del comune di Empoli di istituire un registro in questione, veniva ribadita l'incompetenza degli enti territoriali in materia di anagrafe e l'inammissibilità di un intervento comunale diretto ad attribuire "valore giuridico" a forme di convivenza non riconosciute dall'ordinamento statale, cui rimane riservata valutazione politico-normativa. Una simile iniziativa comunale, a giudizio del TAR, non può resistere al vaglio di legittimità rispetto agli articoli 29, 2, e 3 della Costituzione. Un ulteriore ostacolo ai registri delle unioni civili è poi rappresentato dalla normativa in materia di trattamento dei dati personali. Sul punto si rinvia a D.RICCIO, *Il trattamento dei dati personali*, in *Riv.Giur.Mol.Sannio*, n.1-2006.

condizioni riconosciute dall'ordinamento alle coppie sposate e assimilate”.

Non vanno comunque, tralasciate le significative esperienze di altri Comuni tra cui Pisa, Bologna, Firenze, Siena, Arezzo, Gubbio, Bari, etc. i quali hanno previsto la “registrazione” di unioni composte da due persone non legate da vincolo matrimoniale, di parentela o affinità, aventi dimora abituale nel Comune dove avverrà la registrazione, e coabitanti da almeno un anno.

Questa “registrazione” dell'unione, così come la relativa cancellazione, avviene su richiesta dei *partners*, congiuntamente o disgiuntamente.

La registrazione sarà impedita dall'esistenza di un precedente matrimonio civile, o canonico, ovvero dall'esistenza di una precedente registrazione. Il *partner* “divorziato” potrà registrarsi mentre è discussa tale possibilità per il *partner* “separato”.

### **3.6 I progetti di riforma degli anni 2000: DICO, CUS e DIDORE.**

Come detto, il nostro ordinamento, diversamente dalla maggior parte degli ordinamenti degli altri Stati comunitari, non è dotato di una normativa organica a tutela delle famiglie costituite da coppie stabilmente conviventi, siano esse omosessuali o eterosessuali, non unite in matrimonio. Ciò non ha tuttavia impedito che, per il tramite di successivi interventi normativi e soprattutto giurisprudenziali anche a tali soggetti siano stati riconosciuti diritti equivalenti a quelli propri dei coniugi.

Se è, infatti, vero che la nostra Corte costituzionale ha sempre dichiarato l'impossibilità di assimilare il vincolo coniugale alla convivenza *more uxorio* per assenza nella seconda di una situazione di certezza e di rapporti giuridici che caratterizza invece il matrimonio, altrettanto vero è che, senza pregiudizio per l'esigenza che discende dall'articolo 29 della Costituzione (di tutelare in modo rafforzato la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio), determinati diritti e garanzie possono essere estesi anche ai conviventi di fatto, come individui parti della coppia, facendo perno sugli articoli 2 e 3 della Costituzione, che impongono la tutela del singolo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, con l'eliminazione di tutti gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo, ed il divieto di discriminazione in base, tra l'altro, al sesso ed all'orientamento sessuale.

È proprio in quest'ultima prospettiva, ed al fine di attribuire alle famiglie di fatto diritti ulteriori rispetto a quelli già riconosciuti loro dalla giurisprudenza o da scelte normative episodiche e disorganiche, si collocano i diversi disegni di legge elaborati dal nostro legislatore negli ultimi anni<sup>254</sup>, il più evoluto e conosciuto dei

---

<sup>254</sup>Le proposte di legge si susseguono in Parlamento dalla metà degli anni '80. La prima proposta per una disciplina delle unioni di fatto venne presentata nel 1986 dalla Senatrice SALVATO e dalle Onorevoli BIANCHI e BOTTARI. Invece, "...la prima proposta di legge per il riconoscimento delle unioni omosessuali (seppure in modo non completamente esplicito: si parlava infatti di convivenze tra persone) risale al 1988, a firma dell'onorevole

quali è quello relativo ai cosiddetti DICO<sup>255</sup>. Tale progetto riformatore confluì, poi, insieme alle precedenti proposte sul tema, in un solo progetto di legge unificato sui contratti di unione solidale.

Sulla scia degli innovativi interventi che erano stati presi in numerosi Stati europei tra i quali la Francia, nella seconda metà della prima decade del 2000, anche in Italia si ritenne, quindi, che i tempi fossero maturi per una nuova riforma del diritto di famiglia: una riforma che investisse in particolare le coppie di fatto e tutelasse i *partners* fuori dallo schema "tradizionale" della famiglia (quindi anche quelli dello stesso sesso) ed anche i loro figli.

Nel corso dell'incompleta legislatura 2006-2007 sembrò infatti che i DICO (che si ritenevano gli "equivalenti italiani dei PACS" francesi<sup>256</sup>) entrassero finalmente nel Parlamento come disegno di legge della maggioranza, e potessero poi uscire come prima legge dello Stato in materia di famiglia di fatto<sup>257</sup>.

DICO è l'acronimo di "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", e si riferisce al Disegno di Legge presentato dal Governo Prodi e finalizzato al riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano di taluni diritti e doveri dei rapporti di convivenza (registrati all'anagrafe).

Già durante la campagna elettorale per le elezioni politiche del 2006 all'interno della coalizione guidata da Romano Prodi (la c.d. "Unione") alcuni esponenti della sinistra, dei radicali e dei socialisti, sollevarono il problema del riconoscimento dei diritti civili alle coppie di fatto ed alle coppie omosessuali.

Si aprì un aspro dibattito, specie con la componente (della "Unione") cattolica<sup>258</sup>.

---

CAPPIELLO". F. MACIOCE, *op.cit.*, pag.47.

255Cfr. XV legislatura, Senato della Repubblica, disegno di legge n.1339, comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2007.

256Sull' "attraversamento delle Alpi" da parte dei PACS (e non da parte del "concubinatio") cfr. L.BARBIERA, *Le convivenze paraconiugali, dai Pacs ai Dico*, 2008, Bari.

257Sul punto confronta S. ASPREA, *op.cit.*, pag.397 e ss., l'intero paragrafo dedicato a *L'impegno del Governo nella XIV legislatura*.

258Sul punto, cfr. S.ASPREA, *op.cit.* pag.395: "Profonde furono le divergenze di natura ideologica sorte tra le componenti governative nonostante i limiti di prudenza del disegno di legge. L'opposizione da parte delle gerarchie

La ferma opposizione<sup>259</sup> della Chiesa è sembrata non entrare, invero, nel merito della proposta sui DICO, in quanto non è stata considerata autonoma configurazione delle convivenze di fatto e per la mancanza di contiguità e di connessione con la natura e la finalità del matrimonio. Tale presa di posizione non tenne in considerazione né la "legislazione" europea sulla famiglia di fatto né la scarsa intensità del disegno di legge nell'aprire spazi di libertà e di equità per soggetti e gruppi sociali non sufficientemente protetti, e di abbattere discriminazioni basate sul sesso.

"I DICO non solo erano ben lontani dall'intaccare il matrimonio, ma non prevedevano novità rivoluzionarie come quelle introdotte, ad esempio, dalla legge [spagnola] numero 13 del 2005 secondo la quale la convivenza di fatto, anche tra omosessuali, è parificata al matrimonio ed all'interno di essa ha spazio la stessa adozione dei minori, siano essi figli dell'uno o dell'altro genitore"<sup>260</sup>.

I parlamentari di "ispirazione cattolica" non sembrarono nemmeno tener conto del fatto che al Congresso di Berlino del gennaio 2001 i Popolari cattolici europei, italiani compresi, avevano votato un documento in materia di etica familiare con il quale si dava atto che "quando un uomo ed una donna assumono la responsabilità dei loro figli, essi sono la base della nostra società" e che si constatava "l'esistenza di altre forme di convivenza che si sono sviluppate da quel tipo di famiglia". Tale assunto non costituiva di certo un'accettazione cristallina delle unioni non matrimoniali, ma al suo interno emergeva la necessità di prendere atto e quindi di fornire un riconoscimento alle famiglie di fatto.

---

ecclesiastiche ha fatto il resto mobilitando la CEI in una tenace sconfessione del tentativo di regolamentare di convivenze di fatto, etero e omosessuali. Si è affermato che un simile passo non solo avrebbe creato difficoltà all'istituto matrimoniale ma avrebbe potuto creare in futuro contraccolpi sulle nuove generazioni. La famiglia per la Chiesa resta dunque quella regolata dall'articolo 29 della Costituzione, di stretta osservanza...Cosicché per non dare alcuna parvenza o appiglio di regolamentazione le autorità ecclesiastiche sono giunte a contestare anche gli aspetti formali a cui la futura legge avrebbe potuto fare riferimento, vale a dire che il registro dei conviventi ed il certificato anagrafico, dai quali sarebbe derivato una specie di avallo a pseudo matrimoni privi di certezze e di solidità".

259"Ciò che più preoccupa è che, di fronte ai dico, e alle numerose proposte di legge presentate tra gli anni '80 e '90, la Chiesa abbia, ancora una volta, preteso che il Parlamento, più che tenere conto dei suoi consigli, si piegasse ai suoi precisi voleri". S.ASPREA, *op.cit.*, pag.397.

260S. ASPREA, *op.cit.*, pag.398.

Nonostante tali avversioni (anche di tipo ideologico), la maggioranza della dottrina<sup>261</sup>, conforme alla prevalente giurisprudenza degli ultimi anni, e la stessa opinione pubblica appoggiarono l'iniziativa del governo riconoscendone la volontà di creare uno *status* di conviventi *more uxorio*, non confliggente con quello delle coppie matrimoniali: un primo significativo passo avanti in direzione della libera scelta in materia familiare ed un significativo accostamento alla normativa europea in materia.

Quasi tutti gli Stati europei avevano, d'altronde, già introdotto leggi sulla convivenza omosessuale o eterosessuale, ben più "avanzate" di quella di cui discutiamo senza che ciò abbia provocato alcuno sconvolgimento.

Il testo del Disegno di legge n. 1339, fu presentato su iniziativa del Ministro (senza portafoglio) per i diritti e le pari opportunità Pollastrini e del Ministro (senza portafoglio) per le politiche per la famiglia Rosy Bindi. Varato<sup>262</sup> dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007, e comunicato alla Presidenza il 20 febbraio, fu successivamente presentato all'esame del Senato della Repubblica.

In Commissione Giustizia del Senato, il 10 luglio 2007 il relatore e presidente della Commissione, il senatore Cesare Salvi presentò un testo che ne riprendeva i contenuti seppur con alcune differenze<sup>263</sup>, modificandone anche il nome in CUS<sup>264</sup> (contratto di

---

261Ad esempio C. RIMINI, affermato matrimonialista, scrisse così sul "Sole 24 ore" del 9.02.2007: "Molti in questi giorni hanno sostenuto che l'introduzione di una legge sugli effetti giuridici della convivenza produrrà lo scardinamento dei valori su cui si fonda la nostra società, ma non sarà certo una dichiarazione all'anagrafe a distruggere la famiglia fondata sul matrimonio".

262Di concerto con il Ministro dell'interno Giuliano Amato, col Ministro dell'economia e delle finanze PADOA SCHIOPPA, e con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale DAMIANO.

263Le critiche del Senatore SALVI verso i DICO riguardavano soprattutto il meccanismo di dichiarazione unilaterale (che avrebbe dovuto far sorgere il rapporto giuridico) attraverso raccomandata postale, definito (a ragione) un meccanismo che "rischia di determinare incertezza nei rapporti" e che rischierebbe di dar luogo ad una lunga serie di controversie giuridiche e ricorsi".

264Il Testo del Senatote SALVI, che unificava i disegni di legge nn. 18, 62, 472, 481, 589, 1208, 1224, 1225, 1227 e 1339 era il seguente: Articolo 1(Contratto di unione solidale) 1. Dopo il titolo XIV del libro I del codice civile, è inserito il seguente: Titolo XV Del contratto di unione solidale. 455-bis. *Contratto di unione solidale*. L'unione solidale è un contratto concluso fra due persone, anche dello stesso sesso, per l'organizzazione della vita in comune. Il contratto di unione non può essere stipulato, a pena di nullità: 1) da persona minore d'età; 2) da persona interdetta per infermità di mente; 3) da persona non libera di stato; 4) tra due persone che abbiano vincoli di parentela in linea retta o collaterale entro il secondo grado, o che siano vincolate da adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione

Unione Solidale).

Nella proposta la fonte di riconoscimento giuridico delle unioni è di natura meramente privatistica, a differenza di quanto previsto dal disegno di legge sui DICO che avrebbero dovuto trovare fondamento formale e rilevanza pubblicistica nelle registrazioni anagrafiche.

---

di sostegno; 5) da persona condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra o sulla persona con la quale l'altra conviveva. Nel caso di persona rinviata a giudizio o sottoposta a misura cautelare la stipula è sospesa fino a quando non è pronunciata sentenza di scioglimento. All'unione solidale si applicano le norme in materia di contratti di cui al capo II del libro IV, ivi comprese le cause di nullità previste dall'articolo 1418 e seguenti, nonché le disposizioni delle vigenti leggi speciali in materia di contratti. *455-ter. Stipulazione del contratto.* Il contratto di unione solidale si stipula mediante dichiarazione congiunta davanti al giudice di pace o ad un notaio competente per il comune di residenza di uno dei due contraenti. Qualora l'atto sia stipulato dal notaio, questi deve trasmetterlo entro dieci giorni all'ufficio del giudice di pace competente per territorio per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 455-*quater*. La volontà di modificare un contratto di unione solidale in vigore deve essere espressamente e congiuntamente dichiarata da entrambi i contraenti davanti al giudice di pace o al notaio. L'atto che porta modifiche deve essere unito al contratto originario. *455-*quater*. Registro dei contratti di unione solidale.* I contratti di unione solidale sono trascritti in apposito registro presso l'ufficio del giudice di pace competente a cura del cancelliere entro il quindicesimo giorno successivo alla stipulazione del contratto stesso. Sullo stesso registro sono annotate le variazioni dei contratti di unione solidale. *445-*quinquies*. Unione solidale del cittadino all'estero.* Il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nel presente titolo anche qualora sottoscriva un contratto di unione solidale in un paese straniero secondo le forme ivi stabilite. *455-*sexies*. Unione solidale dello straniero nello stato.* Lo straniero regolarmente soggiornante in Italia che intenda sottoscrivere un contratto di unione deve osservare le disposizioni di cui all'articolo 116, commi primo e terzo. *455-*septies*. Diritti e doveri dei contraenti.* Coloro che hanno contratto un'unione solidale si portano aiuto reciproco e contribuiscono alle necessità della vita in comune in proporzione ai propri redditi, al proprio patrimonio e alle proprie capacità di lavoro professionale e casalingo. Il contratto di unione solidale può prevedere i tempi e i modi della contribuzione di ciascuno. Salvo diversa volontà espressa, le parti dell'unione solidale sono solidalmente responsabile verso i terzi per i debiti contratti da ciascuno in ragione dei bisogni della vita in comune e delle spese relative all'alloggio. *455-*octies*. Regime patrimoniale.* Nel contratto di unione solidale le parti devono indicare se intendono assoggettare alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti. *455-*nonies*. Assistenza.* Le parti contraenti hanno reciprocamente gli stessi diritti e doveri spettanti ai parenti di primo grado in relazione all'assistenza e alle informazioni di carattere sanitario e penitenziario. *455-*decies*. Agevolazioni e tutele in materia di lavoro.* La legge e i contratti collettivi disciplinano i trasferimenti di sede di parti di unione solidale che siano dipendenti pubblici e privati al fine di agevolare il mantenimento della comune residenza, prevedendo tra i requisiti per l'accesso al beneficio una durata almeno triennale della convivenza. *455-*undecies*. Malattia e decisioni successive in caso di morte.* In mancanza di una diversa volontà manifestata per iscritto, ovvero di una procura sanitaria, e in presenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere anche temporaneo, fatte salve le norme in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia di cui al libro I, titolo XII, capo I, tutte le decisioni relative allo stato di salute e in generale di carattere sanitario, ivi comprese quelle concernenti la donazione degli organi, sono adottate dall'altra parte di un'unione solidale. In mancanza di una diversa volontà manifestata per iscritto, tutte le scelte relative al trattamento del corpo e alle celebrazioni funerarie, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti, sono adottate dall'altra parte dell'unione solidale in assenza gli ascendenti o discendenti diretti maggiorenni del soggetto interessato. *455-*duodecies*. Diritto di successione nel contratto di locazione.* 1. Qualora una delle parti dell'unione solidale sia titolare del contratto di locazione per l'alloggio comune, si applicano in caso di morte le disposizioni dell'articolo 1614. *455-*terdecies*. Risoluzione del contratto di unione solidale.* Il contratto di unione solidale si risolve nei seguenti casi: 1) Per comune accordo delle parti 2) Per decisione unilaterale di uno dei due contraenti 3) Per matrimonio di uno dei due contraenti 4) Per morte di uno dei due contraenti. Nel caso in cui intendano risolvere il contratto di comune accordo le parti rendono una dichiarazione congiunta al giudice di pace presso il cui ufficio è registrata la dichiarazione iniziale o al notaio che ha ricevuto la dichiarazione iniziale. Nel caso di cui al numero 2 del comma precedente, la parte che intende porre fine al contratto manifesta la propria volontà all'altro contraente per mezzo di una dichiarazione scritta da inviare in copia al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale. Nel caso di cui al numero 3 del comma precedente, la parte che ha contratto matrimonio deve darne comunicazione al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale allegando



Una modifica pressoché esclusivamente formale, per cui invece di introdursi il nuovo regime con una legge a se stante, veniva elaborata una legge idonea ad integrare le disposizioni del codice civile.

Non sembra, poi, variare la sostanza<sup>265</sup> della normativa in virtù della circostanza che non si prevede più che la convivenza debba essere attestata mediante iscrizione in un registro *ad hoc* istituito presso l'anagrafe (e con una dichiarazione attestativa, dunque dell'esistenza di un fatto), ma si individuano diritti e doveri che nasceranno a seguito esclusivamente della stipulazione di un contratto di unione solidale appunto tra due persone, anche dello stesso sesso, per l'organizzazione della vita in comune mediante dichiarazione congiunta davanti al giudice di pace competente per territorio o ad un notaio competente per il Comune di residenza di uno dei due contraenti (che dovrà poi trasmetterlo al primo).

---

il certificato di nascita sul quale è riportata menzione del matrimonio. Nel caso di cui al numero 4 del comma precedente, il superstite invia al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale copia dell'atto di decesso. E' fatta menzione della cessazione degli effetti del contratto a margine di quest'ultimo. 455-*quaterdecies*. *Effetti della risoluzione del contratto di unione solidale*. Gli effetti della risoluzione del contratto si producono, a seconda dei casi: 1) dal momento della menzione, a margine del contratto, della dichiarazione congiunta; 2) dal novantesimo giorno successivo all'invio della dichiarazione unilaterale di risoluzione all'altra parte e al giudice di pace o al notaio competente; 3) dalla data del matrimonio o del decesso di una delle parti. Nel contratto di unione solidale possono essere stabilite le conseguenze patrimoniali della risoluzione per cause diverse dalla morte. I contraenti procedono autonomamente alla liquidazione dei diritti e delle obbligazioni risultanti dal contratto. In mancanza di accordo il giudice decide sulle conseguenze patrimoniali della risoluzione del contratto ivi compreso il risarcimento dei danni eventualmente subiti. Articolo. (Diritti successori) 1. L'articolo 565 del codice civile è sostituito dal seguente: 565. *Categorie di successibili*. Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti legittimi naturali, agli ascendenti legittimi, ai collaterali, agli altri parenti, alla parte di unione solidale dopo nove anni dalla registrazione del contratto e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo. 2. Dopo il Capo II del Titolo II del libro II del codice civile è inserito il seguente: Capo II-*bis* Della successione della parte di unione solidale 85-*bis*. *Concorso della parte di unione solidale con i figli, ascendenti legittimi, fratelli e sorelle*. Quando la parte di unione solidale concorra con figli legittimi o naturali, con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri, ha diritto ad un quarto dell'eredità. 583-*ter*. *Concorso della parte di unione solidale con altri parenti*. Quando la parte di unione solidale concorre con i parenti di cui all'articolo 572, ha diritto a metà dell'eredità. 583-*quater*. *Successione della sola parte di unione solidale*. Se alcuno muore senza lasciare parenti oltre il sesto grado, alla parte di unione solidale si devolve tutta l'eredità. Articolo 3 (Modifiche all'articolo 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392) 1. Al primo comma dell'articolo 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, le parole: "ed i parenti ed affini" sono sostituite dalle altre: ", i parenti ed affini e la parte di unione solidale". Articolo 4 (Disciplina previdenziale) In sede di riordino della normativa previdenziale e pensionistica, la legge disciplina i trattamenti da attribuire alla parte superstite dell'unione solidale, stabilendo requisiti di durata minima dell'unione stessa e tenendo conto dei prevalenti diritti dei figli minori o non autosufficienti del defunto.

265“Numerose sono state le critiche mosse a tale proposta di legge unificata, di fatto considerata un passo indietro rispetto alla disciplina dettata dal disegno di legge sui dico, anche se sembra potersi concordare con il ministero delle pari opportunità che ha dichiarato che, benché la forma cambi, la sostanza resta pressoché immutata”. M. CONDINANZI e C. AMALFITANO, *Diritto di Famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, a cura di S. M. CARBONE.

Le formalità richieste si sarebbero concluse con la successiva iscrizione, di quanto stipulato, in un registro appositamente creato presso tale giudice.

L'iscrizione sarebbe dovuta avvenire, a cura del cancelliere, entro 15 giorni dalla stipulazione del contratto di unione solidale, e sullo stesso registro si sarebbero dovute annotare le eventuali variazioni a tale contratto, poiché la volontà di modificarlo doveva essere espressamente e congiuntamente dichiarata da entrambi i contraenti davanti al Giudice di pace o al Notaio<sup>266</sup>.

Quanto alla risoluzione dell'unione solidale, essa sarebbe potuta avvenire per comune accordo delle parti<sup>267</sup>, per decisione unilaterale di uno dei due contraenti<sup>268</sup>, per matrimonio di uno dei due contraenti<sup>269</sup> ed infine, per morte di uno dei contraenti<sup>270</sup>.

Nel contratto di unione solidale i *partners* possono stabilire le conseguenze patrimoniali della risoluzione (per cause diverse dalla morte): "i contraenti procedono autonomamente alla liquidazione dei diritti e delle obbligazioni risultanti dal contratto" e solamente in mancanza di tale accordo il giudice deciderà "sulle conseguenze patrimoniali della risoluzione del contratto, ivi compreso il risarcimento dei danni eventualmente subiti".

Avrebbero potuto beneficiare<sup>271</sup> del disegno di legge unificato, i conviventi "ovvero due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale non legate da vincoli di parentela, affinità, affiliazione, adozione e tutela".

Il Disegno di legge unificato era finalizzato al riconoscimento

---

266 "...e l'atto che porta le modifiche {deve} essere unito al contratto originario".

267 In questo caso le parti rendono una dichiarazione congiunta al giudice di pace presso il cui ufficio è registrata la dichiarazione iniziale o al notaio che ha ricevuto la dichiarazione iniziale.

268 La parte che intende porre fine al contratto manifesta la propria volontà all'altro contraente per mezzo di una dichiarazione scritta da inviare in copia al giudice di pace presso il cui ufficio è avvenuta la registrazione.

269 La parte che ha contratto matrimonio deve darne comunicazione al giudice di pace (presso il cui ufficio è avvenuta la registrazione) allegando il certificato di nascita su cui vi sarà menzione dell'avvenuto matrimonio.

270 Il *partner* superstite invia al giudice di pace competente semplicemente copia dell'atto di decesso.

271 I soggetti legittimati alla convivenza sono del tutto identici a quanto disposto nel Ddl sui Dico. Corrispondono altresì, i requisiti di durata e i diritti ed i doveri dei contraenti.

giuridico delle convivenze (per i DICO, delle convivenze che risultassero iscritte nei registri anagrafici di ogni comune) con il conseguente riconoscimento di taluni diritti e doveri in proporzione alla durata della convivenza<sup>272</sup> (ad esempio dopo nove anni sarebbero stati riconosciuti i diritti di successione).

I CUS si discostavano dalle convenzioni private che erano state precedentemente sostenute da una parte minoritaria della dottrina, ed aprivano anche alla realizzazione (nonostante quanto dichiarato nella relazione dell'Onorevole Salvi) su basi certe (come detto la pluriennale convivenza, un fondamento affettivo, la solidarietà, la libertà d'altri vincoli matrimoniali) di una vera famiglia.

Emergevano nelle nuove, ipotizzate aggregazioni<sup>273</sup> i concetti di pluralismo ed allo stesso tempo di personalismo, che erano apparsi in sede di Assemblea costituente nell'ambito dell'articolo 2 della Costituzione.

Si affermavano diritti e doveri tra conviventi basati sulla solidarietà e sui sentimenti. Si aprivano attese verso i soggetti pubblici, ad esempio in materia di assistenza sanitaria, di diritto all'abitazione, di successione ereditaria, di assistenza a favore del soggetto più debole e meno tutelato.

Il testo unificato prevedeva, infatti, diritti e doveri di assistenza e solidarietà reciproca, diritti in materia di assistenza sanitaria, di visita in stabilimenti penitenziari, agevolazioni in materia di lavoro con trasferimenti di sede per consentire il mantenimento della convivenza, diritti quanto all'adozione di decisioni in tema di salute ed in caso di morte, successione nel

---

272Nelle proposte che si sono succedute senza successo si va da un limite temporale massimo di 4 anni ad un minimo di un solo anno di convivenza.

273Si legge nel testo della relazione: "Non spetta al legislatore entrare nel merito delle scelte di alcuno, ma è sicuramente dovere del legislatore regolamentare una casistica attualmente molto vasta e vittima di un vuoto legislativo. Il contratto d'unione solidale si propone, pertanto, di regolare quelle svariate forme di convivenza fra due individui, indipendentemente dalle motivazioni che li inducono a convivere. Esso è rivolto a tutte le persone che intendano pattuire pubblicamente la propria convivenza sia in termini patrimoniali sia di organizzazione in senso lato della vita in comune".

contratto di locazione, diritti in materia di trattamenti previdenziali e pensionistici, diritti di successione dopo nove anni di convivenza.

Era stata proposta la introduzione del principio del subentro nel contratto di locazione in caso di morte di uno dei conviventi a condizione che il rapporto durasse da almeno tre anni e la coppia avesse figli in comune. Una svolta significativa si compiva in materia successoria (e nei DICO in fatto di mantenimento del convivente economicamente più debole). Si tratta di uno dei punti di maggiore scontro, più volte inseriti nelle varie proposte che si erano succedute.

Era un importante riconoscimento che ripagava, al di fuori dei vecchi schemi delle obbligazioni naturali delle donazioni remuneratorie, non solo di sacrifici sostenuti e di contributi offerti nel corso della convivenza da un *partner* a favore dell'altro, ma il ruolo svolto in favore dei figli e del convivente.

Si sarebbe potuto riparare con queste norme ai vuoti di riconoscenza e di solidarietà di un convivente nei confronti dell'altro, assolvendo a un dovere imprescindibile di assistenza e di sostegno a favore di chi, da un lato, aveva contribuito all'acquisto di tutto o di parte del patrimonio familiare (ad esempio il mutuo contratto per l'acquisto dell'immobile, l'intestazione di questo a favore di un solo convivente, e poi gli acquisti in comune, il godimento del trattamento di fine rapporto, la pensione di reversibilità).

I CUS (e già i DICO) si erano posti lungo la linea di solidarietà in buona parte equiparabile a quella della successione ereditaria di tipo non testamentario.

Il tempo necessario per partecipare alla successione del convivente era stato fissato in nove anni dall'inizio della convivenza, con possibilità per il convivente erede di ottenere un terzo o un quarto del patrimonio se il concorso nella successione fosse stato con un figlio, o più. Se il concorso fosse stato con altri parenti,

ascendenti o fratelli, al convivente si sarebbero devoluti i due terzi dell'eredità. Se mancavano parenti entro il secondo grado l'eredità si sarebbe devoluta per intero al convivente erede.

Un'importante disposizione era poi stata inserita nell'articolo 11, comma quarto, in base alla quale al *partner* sopravvissuto erano attribuiti i diritti di abitazione sulla casa familiare, sui mobili e sugli arredi di proprietà comune o del defunto.

Invece, rispetto al testo originale sui DICO, si prevedevano regole e disposizioni inerenti il permesso di soggiorno, alloggi di edilizia pubblica, le riduzioni delle tasse di successione e gli obblighi alimentari.

In termini di tassazione, l'eredità o quota di essa, devoluta al convivente, sarebbe stata soggetta all'aliquota del 5% sul valore complessivo dei beni eccedenti il valore di € 100.000.

“Quanto al mantenimento a favore dell'ex convivente, che versasse in stato di bisogno, era stato previsto” un obbligo alimentare, “purché la convivenza si fosse protratta per almeno tre anni, con precedenza sugli altri obbligati, salvo che il beneficiario non avesse contratto matrimonio o iniziato una nuova convivenza”.

Relativamente, invece, “ai diritti previdenziali e pensionistici” il disegno di legge “rinviava al momento in cui si sarebbe proceduto al riordino della normativa in materia”<sup>274</sup>.

La maggior parte delle relazioni inerenti i testi confluiti nel testo unificato appena analizzato mettono in luce la stretta correlazione tra le proposte di legge e la disciplina comunitaria sottolineando la necessità di elaborare una normativa organica in tema di convivenza al fine di soddisfare quanto prescritto appunto in ambito comunitario, oltre che di allinearsi alla tendenza della pluralità di Paesi membri in materia. Il richiamo in particolare all'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che, come visto, espressamente riconosce il diritto al matrimonio e il

---

274S. ASPREA, *op.cit.*, pag.401.

diritto a formare una famiglia come diritti distinti e rispetto ai quali si ritiene che il nostro ordinamento si ponga in palese contrasto poiché la funzione della norma di favorire il riconoscimento della pluralità delle forme di convivenza anche quelle fondate su unioni omosessuali che emerge alla luce di una sua interpretazione sistematica in combinato disposto con il divieto assoluto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ex articolo 13, non è garantita dal nostro legislatore che ancora non riconosce alcun diritto ai membri della famiglia non fondata sul matrimonio (fatti salvi alcuni specifici interventi di natura giurisprudenziale).

Non mancano poi i riferimenti alla direttiva dell'U.E. 2004.38, dichiarandosi che l'esigenza di adeguamento dell'ordinamento italiano a disposizioni comunitarie si manifesta anche in ragione della doverosa realizzazione di tale direttiva che sancisce il principio della libera circolazione in ambito europeo delle persone e dei loro familiari intendendosi per familiare non solo il coniuge o la prole nel contesto della famiglia fondata sul matrimonio, ma anche il componente di un'unione civile registrata.

Quanto poi alle relazioni inerenti il più noto dei decreti confluiti nel testo unificato ovvero quello sui DICO, esse in realtà sono piuttosto scarse sul punto: la relazione generale si limita a ricordare assai genericamente che singoli diritti sono stati riconosciuti ai conviventi dalla normativa comunitaria senza specificare dove ed eventualmente in quale misura, e la relazione tecnico normativa afferma semplicemente che non si ravvisano elementi di contrasto con l'ordinamento comunitario.

In realtà, l'analisi della normativa comunitaria non consente di ritenere che la mancata approvazione di una disciplina *ad hoc* sulle convivenze stabili determini una violazione del diritto comunitario (né primario, né derivato).

Quest'ultimo, infatti, non impone agli Stati alcun intervento legislativo specifico, ma semplicemente si dimostra "aperto" in

virtù, in particolare, dell'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali e della direttiva 2004.38, alle scelte di quegli ordinamenti nazionali che optano per un intervento di tale tenore, imponendo in tal caso che al *partner* "registrato" sia riconosciuto il diritto al ricongiungimento ma sempre a condizione che il legislatore nazionale gli attribuisca uno *status* sostanzialmente corrispondente a quello del coniuge.

Gli unici vincoli che oggi l'ordinamento comunitario pone effettivamente agli Stati membri, il cui mancato rispetto potrebbe quindi configurarsi quale inadempimento censurabile ex articolo 226 T.U.E., sono quelli derivanti dalle pronunce della Corte di giustizia, in particolare dalla citata giurisprudenza "Reed e Commissione c/ Belgio".

In una prospettiva *de iure condendo* la ricostruzione dei rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali in tema di tutela dei diritti dei conviventi stabili potrebbe, come già peraltro accennato, variare quanto meno dal punto di vista della garanzia del ricongiungimento familiare e quindi della fruizione del diritto d'ingresso e soggiorno nello Stato ospite.

Al di là degli interventi giurisprudenziali di cui si è detto nel capitolo precedente, numerose sono state nel corso degli ultimi 15 anni le prese di posizione del Parlamento europeo tese a far riconoscere diritti sempre maggiori alle coppie di fatto, anche omosessuali, con inviti rivolti tanto ai legislatori nazionali affinché venisse eliminato qualsiasi tipo di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, modificando, se necessario, le normative esistenti e così riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso, e garantendo anche alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto le famiglie tradizionali (in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali); quanto alla Commissione affinché

presenti proposte che, tra l'altro, assicurino la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari nonché del *partner* "registrato" (di qualunque sesso).

Si tratta, però, e non potrebbe essere diversamente, data l'assenza di una competenza specifica dell'Unione Europea in tale settore, di atti all'evidenza privi di forza cogente rispetto sia ai legislatori nazionali sia alla Commissione che, più genericamente e di rado, ha evidenziato la necessità di promuovere il reciproco riconoscimento anche in ambiti quali lo *status* civile delle persone, le relazioni familiari o civili e la filiazione.

Pertanto, un effettivo ampliamento della tutela delle famiglie di fatto a livello comunitario e nazionale sulla base dei principi comunitari, non sembra oggi realizzato; a tal fine sarebbe innanzitutto necessario un intervento diretto all'armonizzazione del diritto materiale di famiglia con l'elaborazione di nozioni comuni e conseguente attribuzione ai "conviventi" di diritti simili o corrispondenti a quelli del "coniuge".

Tuttavia, anche a voler considerare le modifiche apportate al recentissimo Trattato di riforma di Lisbona, oggi difetta una base giuridica che legittimi un simile intervento dell'Unione Europea. E peraltro, benché non possa negarsi l'opportunità di una ulteriore modifica del Trattati finalizzata ad attribuire alle Istituzioni dell'Unione una competenza in tale settore, non è difficile comprendere la particolare ritrosia degli Stati membri a cedere le proprie prerogative sovrane rispetto ad una materia, quale quella delle relazioni familiari, appunto, la cui disciplina si fonda su principi etici, sociologici e religiosi espressivi di uno stretto legame tra la famiglia dello Stato, al cui interno la famiglia si sviluppa e di cui costituisce la cellula sociale fondamentale.

Quanto sopra non esclude, tuttavia, la possibilità di qualsiasi estensione della tutela della posizione giuridica dei conviventi, che per quanto non comporti attribuzione ad essi di diritti equivalenti a



quelli di cui godono i coniugi, ben potrebbe assicurare almeno il diritto al ricongiungimento familiare.

Sotto tale profilo, si avrebbe un risultato non identico, ma comunque analogo a quello che potrebbe aversi con il riavvicinamento delle legislazioni nazionali e mediante l'estensione della operatività del principio del reciproco riconoscimento di *status* diversi da quello coniugale, ma ad esso, come visto, assimilabili, oggi favorita dalla previsione di cui al richiamato articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Come è noto, tale strumento costituisce parte integrante del Trattato di Lisbona, conferendo ad esso forza giuridica vincolante. Da questa attribuzione di forza giuridica vincolante si potrebbe far discendere, in base allo stesso tenore letterale della disposizione in parola e da una sua interpretazione sistematica in considerazione dell'articolo 51 della Carta (secondo cui essa vincola solo nell'attuazione del diritto dell'Unione), un obbligo per i legislatori nazionali, se non certo di legiferare per riconoscere unioni registrate o garantire determinate tipologie di diritti ai conviventi di fatto, almeno di riconoscere situazioni giuridiche di tale natura legittimamente createsi in altri Stati comunitari.

Sulla base di tale disposizione si potrebbe, infatti, ritenere che non rientri nella discrezionalità dei singoli Stati negare all'interno del proprio ordinamento giuridico il riconoscimento di forme matrimoniali non tradizionali previste in altri Stati membri le cui leggi lo permettono.

Gli Stati non potrebbero quindi considerare *tout court* inesistente il relativo *status*, e l'utilità della Carta dovrebbe riferirsi al fatto che gli Stati membri sarebbero tenuti ad equiparare queste relazioni giuridiche instaurate in un altro Stato, in particolare ai fini successori, delle prestazioni alimentari, di azioni di risarcimento danni cagionati da terzi, in materia previdenziale ed assistenziale<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> Cfr. R.BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005.

Il rinvio alle legislazioni nazionali di cui all'art. 9 della carta implica l'obbligo per l'Unione Europea di rispettare le scelte delle discipline nazionali in materia di diritto di famiglia; d'altra parte gli Stati membri, pur potendo mantenere un'autonoma disciplina della costituzione, svolgimento, estinzione dei rapporti familiari, debbono conformare la stessa ai principi comunitari di non discriminazione e libertà di circolazione, traducendosi quest'ultimo principio nella necessità per gli Stati membri di rispettare il diritto del cittadino dell'Unione<sup>276</sup> di spostarsi nel territorio comunitario conservando i propri rapporti familiari ed i benefici che da essi derivano.

Certamente l'articolo 9 della carta di Nizza non obbliga gli Stati membri ad adottare la nozione ampia di famiglia ivi descritta e consente a ciascuno Stato di operare le proprie scelte in materia familiare.

Esso impone, tuttavia, a ciascuno Stato di rispettare l'identità degli altri Stati ed impedisce di disconoscere le scelte di questi ultimi, negando completamente esistenza ed effetti degli *status* familiari ivi costituiti; il diritto a costituire una "famiglia" secondo le leggi nazionali, diviene diritto a vedere riconosciuto in tutto il settore comunitario il proprio *status* familiare e i rapporti familiari costituiti in uno Stato membro in conformità al diritto di quest'ultimo, sia al fine di fruire di diritti soggettivi comunitari quali il diritto di soggiorno o i benefici retributivi connessi allo *status* familiare, sia al fine di vedere riprodotti, almeno in parte, gli effetti di diritto privato che un'unione familiare produce.

Così, la tutela degli *status* familiari da parte dell'Unione europea assume il significato costituzionalmente appropriato di tutela del diritto alla continuità dei rapporti familiari, costituiti secondo le differenti legislazioni nazionali.

Tale soluzione è la sola oggi proponibile in considerazione

---

<sup>276</sup> Quanto al diritto al ricongiungimento, si può affermare che dovrebbero potersene avvalere anche i *partners* non comunitari conviventi con *partners* non comunitari. Il diritto sancito dalla Carta è configurabile come diritto fondamentale e non pare delimitabile in ragione della nazionalità "comunitaria" o meno del beneficiario o del *partner* cui ci si ricongiunge.

delle modificazioni intervenute con il Trattato di Lisbona, senza apparire eccessivamente invasiva delle prerogative statali.

Delineati i tratti fondamentali e le peculiarità dei disegni di legge relativi ai c.d. DICO e CUS (iniziative della sinistra parlamentare) da cui si è tratto spunto per effettuare considerazioni a carattere "sovranazionale", appare opportuna una breve disamina di quella che è stata la meno nota, ma più recente soluzione approntata in tema di coppie di fatto da parte degli esponenti dell'altra ala politica: quella dei DIDORE, diritti e doveri di reciprocità dei conviventi, che, annunciata il 16 settembre 2008 dai Ministri Rotondi (attuazione del programma di Governo) e Brunetta (pubblica amministrazione e innovazione), è stata l'unico intervento nella XVI legislatura in materia di nuovi modelli familiari.

Tra i primi (progettati) interventi di riforma, nati all'interno della destra parlamentare, dobbiamo, altresì, ricordare quello relativo ai CUS<sup>277</sup> voluti dall'Onorevole Alfredo Biondi ("Popolo delle

---

<sup>277</sup>Si riporta il testo integrale, che avrebbe dovuto essere inserito nel libro I del codice civile, dopo il titolo VI: "Art. 230-ter. - (*Del contratto d'unione solidale*). - Il contratto d'unione solidale, di seguito denominato «contratto d'unione», è un contratto concluso tra persone maggiorenni per l'organizzazione della vita in comune o dopo la sua cessazione, le cui modalità sono regolate dal contratto stesso. A pena di nullità, il contratto d'unione non può essere concluso: 1) tra i minori di età; 2) tra due persone di cui una è interdetta per infermità di mente; 3) tra due persone di cui una è vincolata da precedente matrimonio; 4) tra due persone di cui una è vincolata da precedente contratto d'unione; 5) tra due persone di cui una è sottoposta a tutela. Il contratto è da considerare nullo qualora non vi sia l'effettiva e continuativa convivenza. Alle clausole del contratto d'unione si applicano le norme del presente codice e delle leggi speciali vigenti in materia di contratti. Risultano altresì applicabili le cause di nullità del contratto previste agli articoli 1418 e seguenti. Art. 230-quater. - (*Pubblicazione*). - Due persone che concludono un contratto d'unione ne fanno dichiarazione congiunta all'ufficio di notaio nel comune dove uno dei due ha la residenza o nel comune dove sono entrambi residenti. Qualora in un tempo successivo vi sia la volontà di modificare gli estremi del contratto già registrato presso l'ufficio di notaio, occorre che ciò sia espressamente dichiarato in modo congiunto da entrambe le parti che lo hanno sottoscritto. L'atto che apporta le modifiche deve essere unito al contratto originario. Art. 230-quinquies. - (*Registro dei contratti d'unione solidale*). - Presso l'archivio notarile competente è istituito il registro dei contratti d'unione solidale. Il notaio provvede alle registrazioni, alle annotazioni e alle variazioni dei contratti d'unione inseriti nel registro di cui al primo comma. Art. 230-sexies. - (*Contratto d'unione del cittadino italiano all'estero*). - Il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nel presente titolo anche qualora sottoscriva un contratto d'unione in un Paese straniero secondo le forme ivi stabilite. Art. 230-septies. - (*Contratto d'unione dello straniero*). - Allo straniero con regolare permesso di soggiorno in Italia che vuole sottoscrivere un contratto d'unione si applicano le disposizioni di cui all'articolo 116, commi primo e terzo. La sottoscrizione del contratto d'unione non è titolo sufficiente per il cittadino extracomunitario al fine di ottenere il permesso di soggiorno in Italia. Art. 230-octies. - (*Diritti e doveri dei firmatari*). - I soggetti firmatari del contratto d'unione si portano aiuto reciproco secondo le modalità stabilite nel contratto stesso e in proporzione ai propri redditi, alle proprie sostanze e alle proprie capacità di lavoro professionale o casalingo. I soggetti firmatari del contratto d'unione sono solidalmente responsabili verso i terzi per i debiti contratti da uno solo in ragione dei bisogni della vita in comune e delle spese relative all'alloggio. I soggetti firmatari possono prevedere all'interno del contratto d'unione entità, tempi e modi della contribuzione di ciascuno ai fini di cui al presente articolo. Art. 230-nonies. - (*Regime patrimoniale*). - All'interno del contratto d'unione i soggetti contraenti devono indicare se intendono scegliere il regime di comunione per i beni che verranno acquistati a titolo oneroso posteriormente alla conclusione del contratto stesso. In mancanza di tale scelta si presume il regime di separazione dei beni. Art. 230-decies. -

libertà”). Appare, anche in questo caso, opportuno riportare le parole utilizzate dall'ex Ministro della Giustizia (ora dimissionario dalla Direzione nazionale del PDL) nella relazione al Ddl 589.

Evidenti sono i timori e le preoccupazioni di chi si accingeva ad approntare la “soluzione di un vuoto legislativo non più trascurabile senza con ciò far nascere nuovi problemi di sensibilità sociale o morale”, ma che ben conosceva il fallimento dei precedenti tentativi: “Come è noto, il Parlamento europeo ha recentemente invitato i parlamentari degli Stati membri a legiferare in favore del riconoscimento delle coppie di fatto ritenendole in qualche modo una forma particolare di convivenza. Questa impostazione è contraria alla nostra linea di pensiero: l'unica forma di famiglia che possa essere, a nostro giudizio, concepita dalla legislazione è quella che la stessa già regola come tale. Il contratto d'unione solidale non attribuisce, nemmeno indirettamente, ai contraenti uno *status* familiare, o pseudo tale, poiché la sottoscrizione del

---

*(Cessazione degli effetti del contratto d'unione).* – Si ha cessazione degli effetti del contratto d'unione nei seguenti casi: 1) per comune accordo; 2) per decisione unilaterale; 3) per matrimonio di uno dei due firmatari; 4) per morte di uno dei due firmatari. Qualora ricorra il caso di cui al primo comma, numero 1), i firmatari del contratto d'unione presentano dichiarazione congiunta al notaio che ha ricevuto l'atto iniziale; nel caso di cui al numero 2), colui il quale ha deciso unilateralmente di porre fine al contratto d'unione manifesta la propria volontà all'altro contraente per mezzo di una dichiarazione scritta che deve essere inviata in copia all'archivio notarile territorialmente competente che ha ricevuto l'atto iniziale; nel caso di cui al numero 3) deve essere inviato al notaio che ha ricevuto l'atto iniziale il certificato di nascita sul quale è riportata menzione del matrimonio; nel caso di cui al numero 4), il superstite invia all'archivio notarile competente per territorio che ha ricevuto l'atto iniziale copia dell'atto di decesso. Il notaio che riceve i documenti di cui al secondo comma fa menzione della cessazione del contratto d'unione a margine dell'atto iniziale. All'estero, la ricezione, l'iscrizione e la conservazione delle dichiarazioni e degli atti previsti al secondo comma sono assicurati nelle forme previste dalla legge locale. Art. 230-*undecies*. – *(Effetti della cessazione del contratto d'unione).* – Gli effetti della cessazione del contratto d'unione si producono, a seconda dei casi: 1) al momento della menzione, a margine del contratto, della dichiarazione congiunta; 2) dopo tre mesi dalla dichiarazione unilaterale, a condizione che copia della dichiarazione sia stata portata a conoscenza del notaio che ha ricevuto l'atto iniziale; 3) alla data del matrimonio o del decesso di uno dei firmatari. I soggetti firmatari del contratto d'unione possono stabilire contrattualmente le conseguenze patrimoniali della cessazione del contratto d'unione per cause diverse dalla morte. I soggetti firmatari del contratto d'unione procedono autonomamente alla liquidazione dei diritti e delle obbligazioni risultanti dal contratto. In mancanza di accordo, il giudice decide sulle conseguenze patrimoniali della cessazione del contratto d'unione, senza pregiudizio alcuno per l'azione di risarcimento dei danni eventualmente subiti. Art. 230-*duodecies*. – *(Diritto di successione nel contratto di locazione).* – Qualora uno dei due firmatari del contratto d'unione sia titolare di contratto di locazione per l'alloggio comune, in caso di morte di quest'ultimo, il firmatario superstite ha diritto a succedere nel contratto di locazione, purché il contratto d'unione sussista da un periodo non inferiore a cinque anni. Art. 230-*terdecies*. – *(Diritto alla reversibilità).* – In caso di morte di uno dei due firmatari, pensionato o assicurato, sempre che per quest'ultimo sussistano, al momento della morte, le condizioni di contribuzione e di assicurazione di cui all'articolo 9, primo comma, numero 2, lettere a) e b), del regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 1939, n. 272, e successive modificazioni, e qualora manchino l'ex coniuge, i figli superstiti minori o di qualunque età se riconosciuti inabili al lavoro e i genitori superstiti di età superiore a sessantacinque anni che non siano già titolari di una pensione, il diritto alla reversibilità è da attribuire all'altro firmatario del contratto d'unione, purché il contratto stesso sussista da un tempo non inferiore a dieci anni».

contratto d'unione non sindacherà, né tanto meno attesterà, l'esistenza di alcun legame di tipo familiare. Essa si limiterà a notificare una volontà contrattuale. Come conseguenza, da questo contratto non potranno derivare in alcun modo quelle caratteristiche, quei diritti e quei doveri che sono peculiari dell'istituto della famiglia, quali ad esempio l'adozione o l'affidamento di minori".

Sempre proveniente dall'area politica di centro-destra, merita di essere ricordata anche la proposta dell'Onorevole Mussolini, anche se presenta una portata assai più ridotta.

Tale proposta è, infatti, tesa ad una traduzione legislativa di quanto già riconosciuto in numerosi interventi giurisprudenziali in materia di minori nati all'interno di una famiglia non matrimoniale: "e così si estendono i diritti relativi all'affidamento dei figli e al loro mantenimento, oltre quelli relativi all'assegnazione della casa familiare<sup>278</sup>".

Oltre questi interventi previsti per la tutela dei soggetti più deboli, vi erano, poi, alcune disposizioni relative all'impresa familiare, ai diritti successori, alle licenze per ragioni familiari, etc.

Tornando ai DIDORE, la stessa relazione dell'Onorevole Lucio Barani ("Popolo delle Libertà"), primo firmatario del progetto di legge, rappresenta chiaramente le perplessità di chi sa di inoltrarsi in un terreno minato e che tali insidie possano provenire della stessa coalizione di governo.

Si legge infatti nella relazione dell'8 ottobre 2008 al Ddl 1756 che la "proposta di legge nasce dalla precisa esigenza di portare chiarezza in zone giuridicamente grigie, anche al fine di conferire il giusto risalto alla società naturale fondata sul matrimonio, ritenuta dalla Costituzione valore fondamentale e fondante di una società libera e responsabile. Non è infatti un caso che la presente proposta di legge recante «Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei

---

278 F.MACIOCE, *Pacs, perchè il diritto deve dire no*, Milano, 2006, pag.50.

conviventi» indichi al primo articolo, e quindi proprio in apertura, nella famiglia fondata sul matrimonio in conformità agli articoli 29 e 31 della Costituzione l'unica unione possibile destinataria delle politiche di sostegno, economiche e sociali, messe in atto dallo Stato. Tale scelta mira a rafforzare l'istituto della famiglia, se comunemente intesa, e lo protegge da tentativi, sia legislativi che giurisprudenziali, volti a indebolirla mediante una surrettizia parificazione a situazioni che non possono aspirare alla tutela rafforzata che gode nel nostro ordinamento. Su tale principio non vi possono essere né dubbi né discussioni”.

Tale premessa che doveva servire a rassicurare chi intravedeva un *vulnus* per la famiglia matrimoniale, è seguita dalla dichiarazione che le sopracitate “certezze” non devono “portare a ignorare il contesto reale con il quale ciascuno di noi, a prescindere dal ruolo rivestito e dalle proprie personali convinzioni, è chiamato a interagire: un contesto nel quale vivono migliaia di persone unite da un legame di tipo reciprocamente solidaristico e affettivo, ma non fondato sul matrimonio, sia per scelta sia per pregresse situazioni personali. «*Ubi societas, ibi ius*»: ed è compito della politica e del legislatore occuparsi della realtà, senza che ciò implichi una condivisione delle scelte effettuate dai cittadini, stabilendo regole di comportamento anche in funzione di sostegno della parte debole del rapporto”.

Poi il relatore sembra mettere nuovamente le “mani avanti”: “D'altra parte, fonti autorevoli della Chiesa cattolica (Cardinale Carlo Martini - 6 dicembre 2000) hanno avuto modo di affermare che è possibile prendere in considerazione la rilevanza giuridica di forme di convivenza diverse da quelle fondate sul matrimonio, senza che però ciò implichi l'equiparazione, quanto a *status*, alla famiglia. Si tratta quindi di adottare un atteggiamento pragmatico affinché, nell'ambito della sfera dei diritti individuali, non vi siano discriminazioni irragionevoli. La presente proposta di legge mira, anche sulla base delle considerazioni esposte, a stabilire un nucleo

di tutela dei diritti di natura individuale di cui ciascun soggetto, nell'ambito del rapporto solidaristico, potrà essere considerato titolare, senza per questo prevedere la stipula di accordi negoziali che, a differenza di quanto è stato previsto in altre iniziative legislative, possano rendere strutturata la convivenza”.

L'articolo 1 ribadisce la tutela costituzionale della famiglia e l'unicità del nucleo familiare quale destinatario dei benefici economici e sociali previsti dall'ordinamento vigente”.

Quanto al testo la proposta di legge è estremamente scarna: solamente sette articoli quasi telegrafici, che nel complesso risultano essere addirittura più brevi della summenzionata relazione introduttiva.

Il primo articolo ribadisce la supremazia o l'“esclusività della famiglia” matrimoniale: 1) “Ai sensi degli articoli 29 e 31 della Costituzione, il riconoscimento della famiglia deve intendersi unicamente indirizzato verso l'unione tra due soggetti legati da vincolo matrimoniale. 2) Alla famiglia, intesa ai sensi del comma 1, sono indirizzate, in via esclusiva, le agevolazioni e le provvidenze di natura economica e sociale previste dalle disposizioni vigenti che comportano oneri a carico della finanza pubblica”.

Dall'art.2 all'art. 7 si descrive, invece, la disciplina della proposta:

“Art.2 La presente legge disciplina i diritti individuali e i doveri di soggetti maggiorenni, conviventi stabilmente da almeno tre anni, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 6, uniti da legami affettivi e di solidarietà ai fini di reciproca assistenza e solidarietà materiali e morali, non legati da rapporti di parentela né vincolati da precedenti matrimoni. Per l'individuazione dell'inizio della stabile convivenza trova applicazione l'articolo 5, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

Art. 3.(*Assistenza in caso di malattia o di ricovero*). In caso di malattia o di ricovero del convivente, l'altro convivente ha diritto di visitarlo e di accudirlo secondo le regole di organizzazione delle

strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate.

Art. 4. (*Decisioni in materia di salute e per il caso di morte*). Ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.

La designazione di cui al comma 1 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di due testimoni.

Art. 5. (*Diritto di abitazione*) In caso di morte di uno dei conviventi all'altro convivente è riconosciuto il diritto vitalizio di abitazione nella casa ove convivevano, se di proprietà del defunto: tale diritto cesserà in caso di matrimonio o d'inizio di una nuova convivenza.

Art. 6. (*Successione nel contratto di locazione*) In caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione della comune residenza da parte del convivente conduttore, l'altro convivente può succedergli nel contratto. In presenza di figli comuni, non si tiene conto del periodo di durata dalla convivenza prescritto ai sensi dell'articolo 2, comma 1.

Art. 7. (*Obbligo alimentare*). Nell'ipotesi di cui uno dei conviventi versi nelle condizioni previste dell'articolo 438, primo comma, del codice civile, l'altro convivente è tenuto a prestare gli alimenti oltre la cessazione della convivenza, con precedenza sugli altri obbligati, per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza medesima”.

Gli articoli da 3 a 7 elencano, dunque, con massima sintesi, una serie di diritti per i conviventi e regolamentano le decisioni in materia di salute, in caso di morte di uno dei due componenti della convivenza, l'assistenza in caso di malattia o di



ricovero, il diritto di abitazione, la successione nel contratto di locazione e l'obbligo alimentare<sup>279</sup>. Il tutto senza oneri per lo Stato<sup>280</sup>.

Minimalismo di diritti ed anche minimalismo nelle formalità richieste: nessun accenno ad una cerimonia o ad un incontro dei conviventi di fronte a un funzionario, notaio o giudice di pace, per una stipulazione più o meno solenne.

Già in occasione dei DICO il ricorso al sistema delle raccomandate aveva suscitato fortissime perplessità, per i DIDORE la soluzione scelta è ancora più drastica.

I diritti ed i doveri conseguono non dalla sottoscrizione di un impegno formale, ma semplicemente dal trovarsi nella condizione di conviventi. Al proposito l'art. 2 del disegno di legge richiama, infatti, l'articolo 5, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 che si limita a stabilire: «Agli effetti anagrafici per convivenza s'intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune».

Se i DIDORE fossero divenuti legge, dunque, iniziando una convivenza ci si sarebbe potuti trovare automaticamente di fronte alla prospettiva di dover un giorno "prestare gli alimenti oltre la cessazione della convivenza, con precedenza sugli altri obbligati, per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza medesima"<sup>281</sup>, e quindi anche a una persona con cui non si "ha più alcun legame affettivo, e senza aver stipulato alcun contratto in questo senso. Curiosamente la proposta di legge non sembra contemplare obblighi di assistenza reciproca durante la convivenza"<sup>282</sup>.

---

279 Manca, a differenza di alcune proposte di legge precedenti, ogni accenno al diritto di ricongiungimento familiare.

280 Tale concetto, più volte ribadito anche dallo stesso Ministro Brunetta, già compariva nella relazione: "La proposta di legge non comporta oneri per la finanza pubblica e non abbisogna pertanto di copertura finanziaria".

281 Art. 7. del ddl n.1756.

282 Cfr. G. REGALZI, dal sito [www.bioetiche.blogspot.com/2009/04/arrivano-i-didore.html](http://www.bioetiche.blogspot.com/2009/04/arrivano-i-didore.html), che così giudica l'intervento

Esaurita la trattazione dei numerosi tentativi di riforma che si sono susseguiti negli ultimi dieci anni ed oltre, appare opportuna una breve disamina del disegno di legge delega, in materia di filiazione, approvato dal Consiglio dei ministri del 29 ottobre 2010.

Il provvedimento non si prefigge l'obiettivo di disciplinare compiutamente le coppie di fatto, ma rivolgendosi ai rapporti familiari non matrimoniali, compie un altro passo verso la completa parificazione dei figli nati da *partners* non uniti in matrimonio con quelli considerati sino ad oggi "legittimi".

### Il disegno di legge delega n.3915<sup>283</sup>, illustrato dal

---

previsto nel ddl n.1756: "Il vero problema è che l'assetto legislativo ideale dovrebbe prevedere *due* modalità di regolazione delle convivenze: la prima, leggera, a garanzia di diritti per lo più negativi e non molto diversi in effetti da quelli contemplati dai DiDoRe, per i conviventi che desiderino mantenere un rapporto più libero e non troppo regolamentato; la seconda, impegnativa, che preveda l'estensione dei diritti e dei doveri del matrimonio a chi oggi non può sposarsi: in pratica, alle coppie omosessuali. Ma questa seconda colonna della norma non è proponibile nel nostro paese, a causa del veto della potenza straniera che tiene in pugno i nostri legislatori; e così le proposte di legge finiscono per essere sempre sbilenche. Nel caso dei non rimpianti DiCo si caricava quella che in sostanza era una legge per convivenze «leggere» di alcuni diritti «pesanti», come quello alla pensione di reversibilità, producendo un ibrido assai poco vitale che scontentava tutti; nel caso dei DiDoRe ci si dimentica semplicemente del problema di quelle coppie che non hanno nulla da invidiare in termini di impegno reciproco alle famiglie tradizionali, ma che non possono accedere alle stesse tutele, anzi si nega in capo alla legge che possano essere equiparate a quelle «naturali».

- 283 Il Disegno di legge si compone di soli 4 articoli: Art. 1. Diritti e doveri dei figli 1. La rubrica del titolo IX del libro primo del codice civile è sostituita dalla seguente: «Dei diritti e dei doveri dei figli e delle relazioni tra genitori e figli». 2. L'articolo 315 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 315. – (*Diritti e doveri dei figli*). – Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha altresì diritto di crescere in famiglia, di mantenere rapporti significativi con i parenti e, se capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa». 3. Dopo l'articolo 315 del codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, è inserito il seguente: «Art. 315-*bis*. – (*Stato giuridico della filiazione*). – Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. Le disposizioni in materia di filiazione si applicano a tutti i figli senza distinzioni, salvo che si tratti di disposizioni specificamente riferite a figli nati nel matrimonio o a figli nati fuori del matrimonio». Art. 2 (Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di abbandono per eliminare ogni residua discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto di quanto previsto nell'articolo 30 della Costituzione, osservando, oltre che i principi di cui agli articoli 315 e 315-*bis* del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dall'articolo 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi: *a*) unificazione dei capi I e II del titolo VII del libro primo del codice civile, con la sostituzione della rubrica del medesimo titolo VII con la seguente: «Dello stato di figlio» e apportando ad esso tutte le modificazioni conseguenti, tra cui, in particolare: trasposizione dei contenuti della sezione I del capo I in un nuovo capo I, avente la seguente rubrica: «Della presunzione di paternità»; trasposizione dei contenuti della sezione II del capo I in un nuovo capo II, avente la seguente rubrica: «Delle prove della filiazione»; trasposizione dei contenuti della sezione III del capo I in un nuovo capo III, avente la seguente rubrica: «Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio»; trasposizione dei contenuti del paragrafo 1 della sezione I del capo II in un nuovo capo IV, avente la seguente rubrica: «Del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio»; trasposizione dei contenuti del paragrafo 2 della sezione I del capo II in un nuovo capo V, avente la seguente rubrica: «Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità»; abrogazione della sezione II del capo II; abrogazione delle altre disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione; *b*) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai «figli legittimi» e ai «figli naturali» con riferimenti ai «figli», salvo l'utilizzo delle denominazioni di «figli nati nel matrimonio» o di «figli nati fuori del matrimonio» quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative; *c*) ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della

Sottosegretario Carlo Giovanardi che ne ha coordinato la fase istruttoria, è volto, infatti, a modificare la disciplina in materia di filiazione con il fine di assicurare una sostanziale equiparazione dei diritti dei figli legittimi con quelli dei figli "naturali". Il Governo perviene a questo traguardo, che antepone il valore e la centralità della persona umana ad ingiustificate differenze sullo "stato" di figlio, in attuazione dei principi sanciti dalla Costituzione (articoli 2,

---

filiazione; *d*) estensione della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio e ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'articolo 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3), del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali; *e*) modificazione della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio con la previsione che: 1) il riconoscimento produca effetti anche nei confronti dei parenti del genitore che lo effettua; 2) sia necessario l'assenso del figlio che ha compiuto i quattordici anni di età; 3) la disciplina attinente all'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sia adeguata alla disciplina in materia di affidamento condiviso, prevedendo il consenso dell'altro coniuge convivente e l'ascolto degli altri figli conviventi; 4) il principio dell'inammissibilità del riconoscimento di cui all'articolo 253 del codice civile sia esteso a tutte le ipotesi in cui il riconoscimento medesimo è in contrasto con lo stato di figlio riconosciuto o giudizialmente dichiarato; *f*) modificazione degli articoli 244, 264 e 273 del codice civile prevedendo l'abbassamento dell'età del minore dal sedicesimo al quattordicesimo anno di età; *g*) modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati; *h*) specificazione che, in mancanza di eredi del presunto genitore, l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità sia proponibile nei confronti dei loro eredi; *i*) unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio; *l*) specificazione del contenuto dei diritti, dei poteri e dei doveri dei genitori con la valorizzazione del principio di responsabilità nei confronti dei figli; *m*) conferma della previsione dell'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento nelle procedure previste dalla presente legge; *n*) adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio; *o*) adattamento e riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35, 36 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio di equiparazione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori del matrimonio; *p*) specificazione della nozione di abbandono con riguardo alla mancanza di assistenza da parte dei genitori e della famiglia che abbia determinato una situazione di irreparabile compromissione della crescita del minore, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia; *q*) previsione della segnalazione ai comuni, da parte dei tribunali per i minorenni, delle situazioni di indigenza di nuclei familiari che, ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, richiedano interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia. 2. Il decreto o i decreti legislativi di cui al comma 1 provvedono, altresì, a effettuare il necessario coordinamento con le disposizioni da essi recate delle norme per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, e delle altre norme vigenti in materia, in modo da assicurare il rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1. 3. Il decreto o i decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro dell'interno, del Ministro della giustizia, del Ministro per le pari opportunità e del Ministro o Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri delegato per le politiche per la famiglia. Sugli schemi approvati dal Consiglio dei ministri esprimono il loro parere le Commissioni parlamentari competenti entro due mesi dalla loro trasmissione alle Camere. Decorso tale termine, i decreti legislativi sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari, di cui al presente comma, scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 1 o successivamente, quest'ultimo termine è prorogato di sei mesi. 4. Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo adottato ai sensi del comma 1 il Governo può adottare decreti integrativi o correttivi, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1 e delle disposizioni del comma 2 e con la procedura prevista dal comma 3. Art. 3. (Modifiche alle norme regolamentari in materia di stato civile). 1. Con regolamento emanato, su proposta delle amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 2 della presente legge, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto o dei decreti legislativi di cui al citato articolo 2 della presente legge sono apportate le necessarie e conseguenti modifiche alla disciplina dettata in materia di ordinamento dello stato civile dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. Art. 4(Clausola di invarianza finanziaria).1. Dall'attuazione delle

3 e, soprattutto, 30)<sup>284</sup>, e degli indirizzi fissati da rilevanti Atti internazionali, tra i quali la Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (vincolante per l'Italia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) e la Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona.

Con una fondamentale innovazione nel Codice civile, la delega rende prossima la disciplina dello *status* unico di "figlio", eliminando la distinzione tra legittimo e naturale e prevedendo, laddove si renda comunque necessario indicarne l'origine, l'impiego delle definizioni di "figli nati nel matrimonio" e di "figli nati fuori dal matrimonio", in ciò adeguandosi alla formula adottata dall'articolo 30 della Costituzione.

Il disegno di legge è stato predisposto da un'apposita Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia, istituita presso il Dipartimento per le politiche della famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri e presieduta dal Professore Cesare Massimo Bianca, con la partecipazione di rappresentanti dei Ministeri della Giustizia, dell'Interno e delle Pari opportunità.

Veniamo ad esaminare i punti più rilevanti di tale disegno di legge.

Anzitutto si sposta l'attenzione dal concetto di "potestà dei genitori" al rapporto genitori-figli e, quindi, al più generale concetto comprensivo di tutte le relazioni (economiche, affettive, etc.) che intercorrono tra genitori e figli.

Accanto ai doveri dei genitori (mantenimento, educazione e istruzione, già previsti dalla Costituzione) viene introdotto il diritto del figlio ad essere assistito moralmente, oltre che a crescere con la

---

disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

284 Nonché in attuazione degli indirizzi fissati da rilevanti Atti internazionali, tra i quali la Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (vincolante per l'Italia a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) e la Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona.

propria famiglia, ad avere rapporti con i parenti e ad essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano.

S'introduce inoltre, il principio generale della unicità dello "stato" giuridico di figlio, per effetto del quale le disposizioni in tema di filiazione si applicano a tutti i figli, senza distinzioni, salvi i casi in cui vi siano ragioni per distinguere i figli nati nel matrimonio da quelli nati fuori dal matrimonio.

Le definizioni di "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori dal matrimonio", sostituiscono quelle precedenti di "figli legittimi" e "figli naturali", adeguando, in tal modo, il codice civile, alla formula lessicale adottata dall'articolo 30 della Costituzione.

In questa direzione vi sarà, ad esempio, un sostanziale adeguamento della disciplina sulle successioni e sulle donazioni, al fine dell'eliminazione di ogni discriminazione tra figli.

E' introdotta la nozione di abbandono, avendo riguardo alla mancanza di assistenza da parte dei genitori e della famiglia che abbia comportato un'irreparabile compromissione nella crescita del minore, fermo restando che non potranno costituire un ostacolo al diritto del minore a vivere nella propria famiglia le condizioni di indigenza dei genitori.

Viene affermato il principio che il figlio riconosciuto è parente dei parenti del suo genitore. Si prevede, infine, ai fini del riconoscimento, un abbassamento da 16 a 14 anni, dell'età richiesta per esprimere il consenso.

Un'equiparazione sostanziale (oltre che lessicale) tra figli nati fuori dal matrimonio e figli nati in costanza di matrimonio. Un intervento di riforma del codice civile, che riduce le distanze tra le famiglie di fatto e quelle di diritto, ed avvicina la nostra legislazione a quella di molti Paesi dell'Unione Europea, ed a quanto prescritto in ambito internazionale e comunitario, come si legge dalla stessa relazione presentata il 29 novembre, ed annunciata nella seduta del

30 novembre 2010: "Il presente disegno di legge è volto a corrispondere all'esigenza, ampiamente avvertita, di intervenire sulla disciplina relativa alla filiazione, al fine di assicurare una sostanziale equiparazione dei diritti dei figli legittimi e naturali, dando così attuazione a principi costituzionali e a obblighi imposti a livello internazionale. L'esigenza prioritaria che il disegno di legge persegue è quella di privilegiare il valore e i diritti della persona umana, attraverso l'eliminazione di differenze ingiustificate tra le varie forme di filiazione, in ossequio ai principi fondamentali sanciti dagli articoli 2 e 3 della Costituzione e in attuazione dell'articolo 30 della stessa Costituzione, che assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni forma di tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. L'eliminazione delle differenze tra i vari stati di figlio consente, inoltre, di adeguarsi al divieto categorico di discriminazioni fondate sulla nascita posto dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vincolante nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona (articolo 6 del Trattato sull'Unione europea – versione consolidata). Non può al riguardo non richiamarsi anche la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva dalla legge n. 848 del 1955, (CEDU) che, pur non prevedendo disposizioni esplicite in materia di filiazione, all'articolo 8 protegge la vita privata e familiare e all'articolo 14 pone il divieto di qualsiasi discriminazione. Attraverso l'applicazione del combinato disposto di tali disposizioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che in nome del rispetto della vita familiare si possa discriminare tra figli legittimi e naturali".

Il Disegno di Legge n.3915 è attualmente in corso di esame in Commissione Giustizia, e la trattazione è prevista per il 3 marzo 2011.

## CONCLUSIONI

Ognuno di noi è indotto a pensare che la famiglia si avvicini o coincida alla famiglia con cui abbiamo avuto esperienza o con il tipo di famiglia maggiormente diffusa in un determinato periodo storico.

In realtà, la famiglia è un soggetto in continua trasformazione che interagisce con la società cui è immersa secondo modalità articolate e complesse: la famiglia si allarga e si restringe, perde alcune funzioni e ne acquista altre, ed interagisce con il contesto sociale in cui si sviluppano, ed è da questo influenzata e lo influenza.

Assai numerose, sono dunque, le forme e le realtà familiari che si sono sviluppate nel tempo e che tutt'oggi coesistono.

La ricerca sulle nuove forme familiari e sulla condizione del minore all'interno di queste, quindi, si è rivelata affatto agevole e ricca di insidie e non solo una molteplicità di situazioni familiari, ma anche rilevanti peculiarità per ogni contesto sociale ed area geografica analizzata.

Queste nuove famiglie costituiscono una nuova, grande opportunità per i suoi membri e, più in generale, per la società moderna, ma anche un impegno per il legislatore che non può permettersi di disinteressarsi di tale fenomeno e di lasciare ad altri la definizione di questi istituti.

Non potrà di certo essere invertita quella tenenza, riscontrata già nel secolo diciottesimo, ad una progressiva deregolamentazione, ma come evidenziato nel corso della ricerca, non dovrà mancare l'intervento dell'autorità nella traccia di basilari linee-guida da seguire specialmente nell'interesse dei membri familiari più deboli.

Le affermate autonomie individuali e libertà di scelta nel campo degli affetti comportano, infatti, nuovi rischi e nuovi costi sociali.

In una società come quella in cui viviamo, caratterizzata dal pluralismo delle idee e degli stili di vita, occorre individuare beni e valori condivisi da promuovere e tutelare: tra questi vi sono, senz'altro, la parità dei generi (nel duplice significato di parità del ruolo uomo-donna, nonché di pari dignità tra le coppie eterosessuali e quelle composte tra persone dello stesso sesso) e la salvaguardia degli interessi dei figli minori.

Tali valori dovrebbero costituire, indipendentemente dal contesto geografico, il cardine della famiglia, in qualsiasi forma scelta, sia essa quella "tradizionale" fondata sul matrimonio, sia essa un'unione di fatto (una famiglia ricostituita, monoparentale, etc.).

Il tema della regolamentazione delle nuove famiglie, si è rivelato attuale e per tutti i Paesi analizzati, perchè l'emersione di queste nuove forme sociali ed il bisogno di dettare una disciplina al riguardo vengono particolarmente avvertite.

Anche il nostro Paese, tradizionalmente più lento ad assorbire ogni mutamento sociale (e quindi anche quello che riguarda le "nuove famiglie"), è al centro di una evoluzione assai rapida.

Il ritardo accumulato rispetto a Paesi vicini culturalmente e geograficamente potrebbe essere una preziosa occasione di confronto con esperienze sociali e giuridiche di cui fare tesoro.

E' un cammino che il legislatore nazionale deve affrontare senza il peso di ideologie di partito e senza il timore di mettere in pericolo la famiglia tradizionale, per la quale la tutela dei soggetti deboli all'interno di nuovi legami affettivi non può di certo rappresentare un *vulnus*.

L'Unione Europea e la Comunità internazionale, che premono per una maggiore centralità dell'"interesse del minore", per l'avvicinamento tra le normative statuali e per una ampia attuazione del principio di non discriminazione, possono poi, rappresentare un prezioso stimolo per superare il "tradizionale" ritardo italiano, e l'"inattività" della nostra classe politica in materia.

Qualcosa, grazie soprattutto a puntuali interventi della giurisprudenza



costituzionale e di legittimità (ed anche di merito), si sta facendo.  
Molto ancora c'è da fare.

## Bibliografia

- AMBANELLI Alessandra, *La disciplina del Pacte Civil de Solidarite e del Concubinage*, in *Nuova giur.civ.comm.*, pagg.75 e ss., 2000.
- ANCESCHI Alessio, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2010
- ANDRINI Maria Claudia, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007.
- ARAMINI Michele, *Pacs, matrimonio e coppie omosessuali, quale futuro per la famiglia?*, Milano, 2007.
- ASPREA Saverio, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2009.
- BACH IGNASSE Gerard – ROUSSEL Yves, *Le Pacse, Juridique et pratique*, Parigi, 2000.
- BARATTA Roberto, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3-2005.
- BARATTA Roberto, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in *Picone Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004
- BARBIERA Leilo, *Le convivenze paraconiugali*, Bari ,2007.
- BARIATTI Stefania, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano 2007.
- BARTOLE Sergio - CONFORTI Benedetto - RAIMONDO Guido, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BIFULCO Raffele – CATARBIA Marta- CELOTTO Alfonso, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.
- BONINI BARALDI M. *Le nuove convivenze, tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005.
- BORRILLO Daniel, *Pacs in France: midway between marriage and cohabitation, in Legal Recognition of Same Sex Partnerhip. A study of national, European and*

*international law*, Oxford-Portland 2001.

- BOUCAUD Pascale - *Le droit de se marier*, Parigi, 1992.
- BOULANGER Francois, *Droit civil de la famille; aspects comparatif et internationaux*, Parigi, 1994.
- BRUNETTA D'USSEAU Francesca, *Il diritto di famiglia nell'Unione europea: formazione vita e crisi della coppia*, Padova, 2005.
- BURGUIERE Andrè, *Storia universale della famiglia*, traduzione di Leone Albarosa, Milano, 1998.
- BUSNELLI Francesco Donato, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in rivista di Diritto civile, 4-2002.
- CAGGIA Fausto, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione europea*, Roma, 2005.
- CALO' Emanuele, *Le convivenza registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2001.
- CARBONE Sergio Maria, *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008
- CARBONE Sergio Maria, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n.1347/2000*, in S.M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004.
- CERATO Elisabetta, *La potestà dei genitori*, Milano, 2000.
- CONETTI Giorgio – TONOLO Sara – VISMARA Fabrizio, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009
- CONFORTI Benedetto, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010.
- CORBE Patrick, *Droit de la famille*, Parigi, 2005.
- COSCO Giusy, *Convivenza fuori del matrimonio e profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*. 1-2004.

- DEFILIPPI Claudio, *Il diritto di proprietà ed alla vita privata e familiare nella Giurisprudenza della Corte europea*. Torino, 2003.
- D'AGOSTINO Francesco, *Le coppie omosessuali, problema per i giuristi*, in *Iustitia* 1994.
- D'AGOSTINO Francesco, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 2003.
- D'ANGELI Fiorella, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003.
- D'ANGELI Fiorella, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2002.
- DE CESARI Patrizia, *Persona e famiglia*, Torino, 2008.
- DE CICCO Maria Cristina, *La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, in *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di P. Zatti), Milano, 2002.
- DE SALVIA Michele, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.
- DE SHUTTER Olivier, Belgium, in *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, 2004.
- D'ORAZIO Roberto, *I modelli europei di convivenza*, in *Persona, famiglia e successioni* (a cura di V. Cuffaro), Milano, 2006.
- D'ONORIO Joel Benoit, *La protection du mariage et de la famille en Europe*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988.
- FALLETTI Elena, *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, 2009.
- FERNANDEZ Egea Joseph – RIBA Ferrer, *Comentaris al codi de familia, a la llei d'unions estables de parella I a la llei de situacions convivencials d'ajuda mutual*, Madrid, 2003.
- FERRANDO Gilda, *La famiglia senza matrimonio*, in *Famiglia e servizi – Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, (a cura di M.R.Spallarossa), Milano, 2001.
- FULCHIRON Hugues, *Reflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, in *Journal du droit international*, Clunet, 2000.

- GADLIN Howard, *la famiglia minima*, Milano, 1997.
- GAUDEMET Jean, *Le mariage en occident; les moeurs et le droit*, Parigi, 1990.
- GAZZONI Francesco, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- GIACOBBE Giovanni, *il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto civile*, 4-2006.
- GOMIEN Donna, *short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2005.
- GRANET LAMBRECHTS Frederique - HITT Patrice, *La couple et la Convention europeenne des droits de l'homme*, Marsiglia, 2004
- HAMMJE Petra, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2005.
- HAUSER Jean, *L'integration par le legislature francais des normes supranationales de droit de la famille*, in *internationalisation des droits de l'homme et evolution du droit de la famille*, 2004.
- JORGENSEN Heide, *An expansion of fundamental rights or an erosion of traditional values? A review essay*, in *Maastricht Journal of European and Comparative law*, 1996.
- LABROUSSE- RIOU Catherine, *Couple et lien affectif dans la notion juridique de couple*, 2008.
- LEFEBVRE TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, in *histoire economie et societe*, 1998.
- LILLO Pasquale, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001.
- LO GIACCO Maria Luisa, *La famiglia in Italia tra normativa europea e legislazione regionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone* 4-2006.
- LONG Joelle, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*,

Milano, 2006.

- LORETI Beghè, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995.
- MACIOCE Fabio, *Pacs, perchè il diritto deve dire no*, Cinisello Balsamo, 2006.
- MARELLA Maria Rosaria, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in S.P.PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005.
- MARVASI Tommaso, *La famiglia di fatto*, Roma, 2003.
- MAS Enrich, *Article 12 in la Convention europeenne des droits de l'homme*.
- MARELLA Maria Rosaria, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in S.P.PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005.
- MELI Marisa, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007.
- MENGOZZI Paolo, *Il diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2004.
- MONTANARI Laura, *i diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.
- MOSCONI Franco, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007
- PETITTI Cinzia, *I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Famiglia*, 4, 2003.
- RESCIGNO Pietro, *Matrimonio e famiglia. Cinquantanni del diritto italiano*, Torino, 2000.
- RICCIO Domenico, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007.
- RIGAUX Francois, *La famille devant lo juge constitutionnel et le juge international*.
- ROSSOLILLO Giulia, *Registered partnership e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione e ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. Int. Priv. e proc.* 2003.
- NASCIMBENE Bruno, *Unione europea e Trattati*, Torino, 2010.

- PATTI Salvatore, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008.
- POMODORO Livia, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, Torino, 2009.
- RICCIO Domenico, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007.
- PASTORE Carmela Simona, *La famiglia di fatto. Analisi e disciplina di un modello familiare attuale e diffuso*, Torino, 2007.
- SANZ Susanna Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006.
- SARACENO Chiara, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 2007.
- SARACENO Chiara, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna, 2003.
- SAULLE Maria Rita, *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1992.
- SAULLE Maria Rita, *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.
- SALLER Richard, *La famiglia in Italia*, Firenze, 1995.
- SCABINI Eugenia, *Psicologia dei legami familiari*, Bologna, 2003.
- SESTA Michele e ZANETTI Gianfrancesco, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia* 2004.
- SPATAFORA Ersiliagrazia – FRATTINI Franco, *L'Europa e i diritti dei bambini. Profili politico-giuridici*, Roma, 2009.
- STANZIONE Gabriella, *premessa al volume V, Il diritto di famiglia*, Torino, 2007.
- SUDRE Frederic, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention europeenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005.
- THOMAS Roberto, *L'adozione: nazionale, internazionale, in casi particolari, ordinaria di maggiorenni, procedure ed effetti giuridici, aspetti socio-psicologici*, Milano, 2006.
- UNGARI Paolo, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 2002.

- WINTEMUTE Robert, *Strasbourg to the rescue? Same sex partners and parents under the European Convention*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENAES (eds.), *Legal recognition of same sex partnerships*, Oxford, 2001.
- WOELKI BOELE Katharina, *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Oxford-NewYork, 2003.
- ZANGHI' Claudio, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino 2006.
- ZANGHI' Claudio, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.
- ZANGHI' Claudio – CITARELLA Luigi, *Il diritto d'ascolto del minore*, Roma, 2009.
- ZANATTA Anna Laura, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008.