

# LA LEGGE 219/2012 E IL D. LGS 154/2013: IL QUADRO D'INSIEME

**La nuova disciplina della filiazione**

Firenze, 7-14 febbraio 2014

Polo delle Scienze Sociali

Via delle Pandette, 35

Edificio D6 – Aula 1.18



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

**DSG**  
DIPARTIMENTO DI  
SCIENZE GIURIDICHE

**Antonio Gorgoni**  
**Università degli Studi di Firenze**  
**Dipartimento di Scienze giuridiche**

# ALCUNE TAPPE DELL'EVOLUZIONE DELLA FILIAZIONE FUORI DEL MATRIMONIO

Codice civile del 1942 (figli legittimi e illegittimi)



Costituzione del 1948 (l'art. 30 mette in discussione la distinzione del cod. civ.)



Interventi della Corte Costituzionale antecedenti al 1975 (in materia penale e successoria)



Legge di riforma del diritto di famiglia n. 151/1975 (attuativa dei principi costituzionali in tema di filiazione e di matrimonio)



Legge n. 54/2006 (prevede un'unica disciplina dell'affido condiviso tanto per la filiazione legittima che naturale)



Legge n. 219/2012 (ha disposto l'unificazione degli *status filiationis*)

# «PARENTELA NATURALE» E COSTITUZIONE

Prima della l. 219/2012 permanevano significative differenze di disciplina tra filiazione legittima e naturale.

Perché così tanti anni per arrivare all'unificazione dello stato di figlio? La Corte Cost., in diverse pronunce antecedenti alla l. 219/2012, ha difeso il primato della famiglia fondata sul matrimonio, affermando che l'equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale (art. 30, co. 3 Cost.) riguarderebbe soltanto il rapporto che si instaura tra il genitore il figlio riconosciuto. Un ampio concetto di «parentela naturale» non sarebbe stato recepito dalla Costituzione (Corte cost. n. 363/1988; n. 184/1990; n. 377/1994; n. 532/2000; 235/2009).

Parte della dottrina è stata in disaccordo con tale interpretazione, ritenendo che negare alla filiazione nata fuori del matrimonio rapporti di parentela con i parenti del proprio genitore fosse contrario alla Costituzione.

# RAGIONI DELL'INCOSTITUZIONALITÀ

Applicare un concetto ampio di parentela soltanto al figlio legittimo contrastava con:

- art. 3, co. 1 Cost., creando una differenza basata esclusivamente sullo *status filiationis*, quindi su una «condizione personale» che non può essere motivo di discriminazione;
- art. 3, co. Cost. sotto il profilo della lesione della «dignità sociale» della persona. Si è detto che «la dignità della persona da fine ultimo dell'ordinamento non può mai scadere a strumento per il perseguimento di valori diversi» (così F. Prospero);
- Cedu (artt. 8, 12 e 14), Regolamento (CE) n. 2201/2003, Carta di Nizza (artt. 7, 9 e 21), Convenzioni internazionali a tutela del minore, guardano al figlio in modo unitario.

# STRUTTURA DELLA LEGGE N. 219/2012

La legge consta di 6 articoli:

- art. 1 prevede diverse modificazioni del codice civile (c.d. tecnica della novellazione);
- art. 2 contiene una delega al Governo ad emanare «uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione, osservando oltre ai principi di cui agli artt. 315 e 315-*bis* del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dall'art. 1 della presente legge», anche i principi e criteri direttivi dettati dal medesimo art. 2; —————> *Segue*

# ***(SEGUE)***

- art. 3: **modifica l'art. 38 delle disp. att. del cod. civ.**, attraendo nella competenza del Tribunale ordinario talune competenze del Tribunale per i minorenni; detta disposizioni a garanzia dei diritti dei figli agli alimenti e al mantenimento;
- art. 4 contiene le disposizioni transitorie;
- art. 5 modifica talune norme regolamentari in materia di stato civile;
- art. 6 contiene la clausola di invarianza finanziaria.

# NUOVO ART. 38 DISP. ATT. C.C.

L'art. 3 l. 219/2012 delimita la competenza del tribunale per i minorenni ai provvedimenti previsti dai seguenti artt.:

- 84, autorizzazione a contrarre matrimonio;
- 90, nomina di un curatore speciale che assista il minore autorizzato a contrarre matrimonio nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali;
- 330, decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli;
- 333 (Condotta del genitore pregiudizievole ai figli), «provvedimenti convenienti» in caso di condotta pregiudizievole ai figli;
- 334, provvedimenti legati alla cattiva amministrazione del patrimonio del minore;
- 335, provvedimento di riammissione del genitore nell'esercizio dell'amministrazione;
- 371 ult. co, autorizzazione del minore alla continuazione dell'esercizio dell'impresa.

**N.B.** L'art. 3 l. 219/2012 attribuisce al trib. ordinario la competenza a emettere i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. e quelli «contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo», quando «sia in corso [cioè pendente] tra le stese parti, **giudizio di separazione** o **divorzio** o giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c.» (**responsabilità genitoriale**). —————> (Segue)<sub>7</sub>

# **(*SEGUE*): COMPETENZA FUNZIONALE DEL TRIB. ORDINARIO PER ATTRAZIONE**

Per effetto della competenza funzionale per attrazione, è di competenza del T.O. la cognizione anche dei profili inerenti alla limitazione e/o all'ablazione della responsabilità genitoriale «solo in presenza di una precedente pendenza di un procedimento ordinario».

Ne consegue che non si può instaurare in via autonoma davanti al giudice ordinario «un giudizio riconducibile al quadro normativo dell'art. 317 bis c.c. [oggi art. 316 c.c. responsabilità genitoriale] quando sia ancora pendente innanzi al T.M. un procedimento ex art. 330 c.c., la cui naturale estensione applicativa e potenzialità decisoria sono tali da ricomprendere anche l'oggetto della domanda che al giudice ordinario viene (posteriormente) proposta» (**Trib. Milano, 3.10.2013**).

# PRINCIPIO FONDAMENTALE DELLA LEGGE 219/2012, ART. 315 C.C.

## L'unicità dello stato giuridico di filiazione.

Il nuovo art. 315 c.c., rubricato «Stato giuridico della filiazione, stabilisce che «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

Viene meno, perciò, la distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale. L'art. 2 let. a) l. n. 219/2012 stabilisce che il Governo è delegato a «sostituire, in tutta la legislazione vigente, i 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».

# CONSEGUENZE

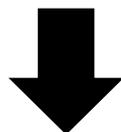
Estensione del concetto giuridico di parentela alla filiazione nata fuori del matrimonio.

L'art. 74 c.c. è stato così modificato: «La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e seguenti [nuovo]».

Si crea dunque un vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, anche con riferimento alla filiazione nata fuori del matrimonio.

# MODIFICA DELL'ART. 258, COMMA 1 C.C.

Se lo stato giuridico di figlio è unico (art. 315 c.c.) e se la nozione di parentela riguarda anche la filiazione avvenuta fuori del matrimonio (art. 74 c.c.), ne consegue che il figlio nato fuori dal matrimonio acquisisce il vincolo di parentela anche nei confronti dei parenti del genitore che lo ha riconosciuto.



Art. 258, comma 1 c.c.: «Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso» [nuovo].

Disposizione, questa, forse inutile alla luce del nuovo art. 74 c.c., ma il vecchio testo dell'art. 258 c.c. era ritenuto di ostacolo alla capacità espansiva della parentela naturale.

# PROBLEMA: ART. 74 C.C. SECONDO PERIODO E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI

L'art. 74 c.c., al secondo periodo, stabilisce che «**Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 ss.**». Ciò in conformità all'art. 300 c.c. che, con riguardo appunto all'adozione dei maggiorenni, stabilisce che «L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salvo le eccezioni stabilite dalla legge».

## PROBLEMA

Occorre capire se l'art. 74 c.c. secondo periodo si applichi anche all'adozione in casi particolari di cui agli artt. 44 ss. l. adoz., stante il richiamo all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. adoz.

# PRIME SOLUZIONI DOTTRINALI

Si è sostenuto che il rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. adoz. sia incompatibile con la nuova definizione dei vincoli di parentela contenuta nell'art. 74 c.c., dunque da ritenersi tacitamente abrogato.

Ciò in quanto l'art. 74 c.c. estende la parentela anche alla filiazione adottiva. Orbene, tenuto conto che i minori adottati conseguono già per espressa disposizione di legge lo stato di figli nati nel matrimonio (art. 27 l. adoz.), l'art. 74 c.c. non può che riferirsi all'adozione in casi particolari.

La soluzione della tacita abrogazione, si è detto, «supera una disparità tra le due forme di adozione dei minori priva di qualunque motivazione razionale» (così F. PROSPERI, *contra* M. SESTA).

# ADEGUAMENTO DELLE SUCCESSIONI E DONAZIONI

Il Governo è stato delegato ad «**adeguare] la disciplina delle successioni e delle donazioni** al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, **anche in relazione ai giudizi pendenti**, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile».

A proposito dell'adeguamento della disciplina successoria al principio di unicità dello stato di figlio, l'art. 71 let d) d. lgs 154/2013 **abroga il diritto di commutazione** disciplinato dall'art. 537 comma 3 c.c.

# MUTA LA STRUTTURA DEL TITOLO VII- LIBRO I DEL CODICE CIVILE, ART. 7 D. LGS 154/2013

Il titolo VII è intitolato non più «Della filiazione», ma «**Dello stato di figlio**», a voler indicare, da subito, che l'essere figlio non ammette alcuna distinzione in sottocategorie giuridiche.

Il capo I, allora, non disciplina più la filiazione legittima, né il capo II quella naturale e la legittimazione. Il primo è intitolato «**Della presunzione di paternità**», il secondo «**Delle prove della filiazione**».

Il capo III è intitolato «**Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio**».

Il capo IV «**Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio**».

Il capo V «**Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità**».

# NUOVO TITOLO IX

Sempre l'art. 7 del d. lgs 154/2013 stabilisce:

al comma 10 che il Titolo IX è rubricato «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio»;

al comma 11 che è inserito il **Capo I** intitolato «dei diritti e doveri del figlio» (artt. 315 ss.);

al comma 12 che è inserito il **Capo II** intitolato ««Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio» (artt. 337-*bis* ss.)

# DEL RICONOSCIMENTO DEI FIGLI NATI FUORI DAL MATRIMONIO

Siamo, come si diceva, nel capo IV del titolo VII «Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio».

Va segnalato che l'art. 1 della legge 219/2012 ha riformulato l'art. 250 c.c., introducendo due novità:

- 1) abbassamento da 16 a 14 anni dell'età che attribuisce al figlio il potere di dare l'assenso al riconoscimento;
- 2) modifica del procedimento nel caso il cui il genitore che ha già riconosciuto il figlio si opponga alla volontà dell'altro genitore di riconoscere. —————> (*Segue*)

# ***(SEGUE)* DISCIPLINA**

Si distingue tra:

- 1) riconoscimento del figlio che ha compiuto 14 anni;
- 2) riconoscimento del figlio che non ha compiuto 14 anni

«Il riconoscimento del figlio che **ha compiuto 14 anni** non produce effetto senza il suo assenso» (art. 250, comma 3, cod. civ.).

**La mancanza dell'assenso del minore non è superabile ricorrendo al giudice.**

«Il riconoscimento del figlio che **non ha compiuto i 14 anni** non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento».

In questa ipotesi si parla di secondo riconoscimento, intendendo riferirsi al genitore che desidera riconoscere il figlio già riconosciuto.

Questa volta, **la mancanza del consenso del genitore che ha già riconosciuto è superabile, ricorrendo al giudice.**

# RIFIUTO DEL CONSENSO E PROCEDIMENTO GIUDIZIALE

Se il genitore che vuole riconoscere si vede rifiutare il consenso da parte dell'altro genitore, egli può **ricorre al giudice competente (il Trib. ordinario ex art. 38, co. 2, disp. att. c.c.)**, il quale:

- a) fissa un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore;
- b) **se non è proposta opposizione** da parte di quest'ultimo **entro 30 gg. dalla notifica**, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante;
- c) **se è fatta opposizione**, il giudice:
  - 1) assunta ogni opportuna informazione;
  - 2) dispone l'audizione del figlio minore di 12 anni o di età inferiore se capace di discernimento;
  - 3) assume eventuali provvedimenti provvisori al fine di instaurare la relazione, salvo la palese fondatezza dell'opposizione.

# CONTENUTO DELLA SENTENZA E AUTORIZZAZIONE AL RICONOSCIMENTO

Ai sensi dell'art. 250, comma 4, c.c. con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice:

- assume i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento e al mantenimento ai sensi dell'art. 315-*bis* c.c.;
- provvede in ordine al cognome ai sensi dell'art. 262 c.c.

**N.B.** Dispone l'art. 250 ult. comma c.c.: «Il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, salvo che il giudice li autorizzi valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del minore» (novità introdotta dall'art. 1 lett. e) legge 219/2012).

# LEGITTIMAZIONE ATTIVA EX ART. 250 CO. 5 C.C.: L'INFRASEDICENNE

Unico soggetto legittimato attivo a richiedere l'autorizzazione al riconoscimento prevista dall'art. 250, co. 5, c.c. è il minore infrasedicenne.

Non può operare la sostituzione processuale perché:

- le ipotesi di sostituzione sono tassative (art. 81 c.p.c.);
- l'art. 254 c.c. stabilisce che l'atto giuridico (in senso stretto) del riconoscimento può essere posto in essere solo da chi riconosce.

**Trib. Milano, 2.12.2013**



Ha dichiarato inammissibile l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione *de qua*, perché presentata dal Comune di Milano in persona dell'assistente sociale e non dal minore infrasedicenne.

# RICONOSCIMENTO DI FIGLI INCESTUOSI PRIMA DELLA MODIFICA DELL'ART. 251 C.C.

Il figlio incestuoso è quello: «nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado [i fratelli], ovvero un vincolo di affinità in linea retta».

Art. 251 c.c. prima della modifica ad opera della l. n. 219/2012:

**vietava** il riconoscimento del figlio incestuoso da parte dei genitori, salvo alcuni casi eccezionali:

- 1) se i genitori, all'atto del concepimento, avessero ignorato il vincolo esistente tra di loro (buona fede);
- 2) fosse intervenuta la dichiarazione di nullità del matrimonio da cui derivava l'affinità.

**Il riconoscimento, in entrambi i casi, necessitava dell'autorizzazione giudiziale.**

Vi erano anche le ipotesi del ratto o della violenza carnale subite dalla madre al tempo del concepimento, le quali consentivano di ammettere le indagini sulla paternità e maternità (art. 278 co. 2 c.c.). In questi casi, la dottrina riteneva ammissibile il riconoscimento.  (Segue)

# ***(SEGUE)* CORTE COSTITUZIONALE**

Per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 278, comma 1, e 251 c.c., si riteneva, esattamente, che il figlio incestuoso non potesse agire con l'azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità (artt. 269 ss. c.c.).

Sul punto è intervenuta la **Corte cost., 28.11.2002, n. 494**, la quale ha riconosciuto ai figli incestuosi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità ex art. 269 c.c.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c. nella parte in cui esclude le indagini sulla genitorialità naturale nel caso dell'art. 251 c.c. (arg. ex art. 2 e 3 Cost.: uguaglianza, «pari dignità sociale», divieto di differenze di disciplina sulla base di «condizioni personali e sociali»).

# MODIFICA DELL'ART. 251 C.C.: «AUTORIZZAZIONE AL RICONOSCIMENTO»

## NOVITÀ

Il nuovo art. 251 c.c. (modificato dalla legge n. 219/2012) **consente ai genitori il riconoscimento del figlio incestuoso anche se essi erano consapevoli del vincolo di parentela o di affinità che li lega**, cioè a prescindere dalla buona fede.

Il riconoscimento è subordinato, però, alla «**previa autorizzazione giudiziale** avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio».

L'espressione evitare al figlio qualsiasi pregiudizio (concetto elastico che il giudice dovrà riempire di un contenuto specifico) è una specificazione del principio dell'interesse prevalente del minore.

# UN'APPLICAZIONE GIURISPRUDEZIALE DEL NUOVO ART. 251 C.C.

In un caso riguardante una violenza sessuale perpetrata dal padre nei confronti della figlia, il tribunale per i minorenni di Caltanissetta, con decreto 20.12.2013, ha autorizzato quest'ultima a riconoscere la propria figlioletta.

Si segnalano due punti:

1) Secondo il trib. sussiste l'interesse della bambina ad essere riconosciuta, atteso che quest'ultima, «che ha sempre convissuto con la madre biologica, può e deve continuare a ricevere dalla predetta ogni forma di tutela nell'esercizio della potestà [*rectius* responsabilità] genitoriale». Il trib. esclude altresì qualsiasi pregiudizio per la minore derivante dal riconoscimento, il quale realizza, invece, l'interesse della stessa, poiché «la madre costituisce da sempre per la minore l'unica figura parentale socialmente riconosciuta e accreditata»;

2) Il riconoscimento della minore effettuato dal nonno deve ritenersi «radicalmente viziato», in quanto mancante della preventiva autorizzazione del tribunale. L'autorizzazione sembrerebbe essere perciò requisito non già di efficacia ma di validità del riconoscimento (*contra Relazione conclusiva Commissione Bianca*, in cui si sostiene l'inefficacia e, conseguentemente, l'ammissibilità dell'autorizzazione successiva al riconoscimento).

# SULL'ART. 251 C.C.

Il nuovo art. 251 ha suscitato accese polemiche, forse eccessive. Esso – si è detto – comporta una sostanziale legittimazione dell'incesto, ponendosi, tra l'altro, in contrasto con il reato di incesto (art. 564 c.p.).

A questo giudizio può contrapporsi l'irragionevolezza di far dipendere la condizione della prole dalla buona o mala fede dei genitori, giacché i figli non possono in alcun modo essere considerati responsabili delle modalità del proprio concepimento.

Ma v'è di più. Ammettere il riconoscimento a prescindere dalla buona fede del genitore, previa autorizzazione giudiziale, non è altro che portare a compimento il percorso già avviato con la sopra citata sentenza della Corte cost. n. 494/2002. La quale, in definitiva, ha ritenuto che i limiti all'accertamento della filiazione nata da incesto si giustificano solo se posti nell'interesse del figlio.

# DELEGA AL GOVERNO SU DIRITTI E DOVERI E RESPONSABILITÀ GENITORIALE: UNIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA

L'art. 2 let. h) legge 219/2012 impegna il Governo a realizzare l'«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, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale».

Due considerazioni:

- 1) l'unificazione della disciplina è una conseguenza necessitata dell'unicità dello stato di figlio;
- 2) l'espressione «responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà» è un po' sibillina; oltretutto il sostantivo potestà non è adoperato dalle Convenzioni internazionali. Correttamente il decreto legislativo non ha impiegato tale termine.

# NUOVO TITOLO IX E NUOVO CAPO I

Il decreto legislativo prevede, come si diceva, la modifica del titolo IX del libro primo del codice civile. Si passa da:

«Della potestà dei genitori»

a

«Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio»

**Scompare**, in ossequio alle Convenzioni internazionali, il riferimento alla potestà. Termine, quest'ultimo, incompatibile con il fondamento del rapporto genitore-figlio che è il dialogo sempre crescente, non già la supremazia dell'uno sull'altro (rispetto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni del figlio).

Vi è un nuovo Capo I del Titolo IX intitolato «Dei diritti e doveri del figlio».

# DAI DOVERI E POTESTÀ AI DIRITTI E RESPONSABILITÀ

Prima della legge n. 219/2012, il titolo IX del libro I del codice civile iniziava con un articolo sui doveri del figlio verso i genitori (art. 315 c.c.), cui seguiva un altro articolo sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 316 c.c.).

La legge 219 accoglie una diversa costruzione del rapporto genitori-figlio:

- restano, naturalmente, i doveri, ma sono elencati nell'ultimo comma dell'art. 315-*bis*, quasi a voler indicare che essi conseguono all'effettività dei diritti, i quali (non a caso) vengono sanciti subito dopo l'affermazione del principio dell'unicità dello stato di figlio;
- emerge la centralità, nel rapporto con i genitori, della personalità del minore. L'art. 316 (rubricato «Responsabilità genitoriale») stabilisce che «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo **tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio (...)**».

# ART. 315-BIS C.C.: DIRITTI E DOVERI DEL FIGLIO

## TESTO ART. 315-BIS C.C.

«Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e **assistito moralmente dai genitori** [cfr. anche art. 337-ter, co. 1, c.c.], nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di **mantenere rapporti significativi con i parenti** [cfr. anche art. 337-ter, co. 1, c.c.].

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni 12, o anche di età inferiore ove **capace di discernimento**, ha diritto 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».

# ART. 316 C.C.: RESPONSABILITÀ GENITORIALE

L'art. 39 d. lgs. 154/2013 sostituisce l'art. 316 c.c. col seguente:

«Art. 316 **Responsabilità genitoriale.**

Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo **tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio**. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore».

**In caso di contrasto su questioni di particolare importanza** ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Il giudice, sentiti i genitori **e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento**, suggerisce le determinazioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

**Il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi** [ndr: cancellate quelle disposizioni sull'esercizio della potestà sul figlio naturale del vecchio art. 317 bis].

Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio».

# CONSIDERAZIONI SULL'ART. 316 C.C.

- Dal comma 1 emerge la **centralità del minore** nel rapporto con i genitori e l'assenza di ogni gerarchia. Il legislatore, infatti, riprende la formula già adoperata nell'art. 315-*bis* c.c. funzionalizzando l'esercizio della responsabilità genitoriale alle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni del minore (cfr. anche art. 24 co. 2 Carta dei diritti fondamentali UE)
- Nel comma 3 si prevede, ritoccando la precedente formulazione (a ulteriore dimostrazione della centralità del minore), l'obbligo del giudice di **disporre l'ascolto del minore** dodicenne o anche di età inferiore ove capace di discernimento (a conferma dell'art. 315-*bis* co. 3 c.c.).
- Il comma 4 regola la responsabilità genitoriale con riferimento alla filiazione fuori del matrimonio. Si noti che **viene abrogata la regola che attribuiva la potestà al solo genitore con il quale il figlio riconosciuto (da entrambi i genitori) conviveva**. Al sensi di tale comma, invece, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta a entrambi i genitori che hanno riconosciuto il figlio, anche se quest'ultimo conviva con uno soltanto. Si tratta di una disposizione attuativa dell'art. 30, comma 1, Cost. e del diritto codificato nell'art. 315- *bis*, comma 1, c.c.

# MINORE PARTE SOSTANZIALE DEL PROCEDIMENTO GIUDIZIALE

Se il procedimento riguarda il minore, **egli non può assumere la veste di testimone**. Qualora il minore venga indicato come teste, il giudice dichiarerà la prova inammissibile (art. 183 co. 7 c.p.c.).

Si argomenta dagli artt. 155-*sexies* (ora art. 337-*septies*) e 315-*bis*, co. 3, c.c. secondo cui il minore deve essere ascoltato e non interrogato. Ciò vale tutte le volte in cui i giudizi siano destinati a regolare in **via esclusiva o prevalente** interessi primari del minore (**Cass. Sez. un. n. 22238/2009**).

Gli artt. 155-*sexies* (ora art. 337-*septies*) e 315-*bis* co. 3 c.c. «si pongono in rapporto di deroga e specialità rispetto alle previsioni di cui agli artt. 244 ss. c.p.c. (**Trib. Milano, 11.12.2013**).

# ART. 316-BIS C.C.: CONCORSO NEL MANTENIMENTO

L'art. 40 d. lgs 154/2013 inserisce un **nuovo art. 316-bis c.c.**, rubricato «Concorso nel mantenimento», che così dispone:

«I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, **gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.**»

In caso di inadempimento, il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, **può ordinare con decreto** che una **quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore** o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole. —————> (*segue*)

# (SEGUE) DALL'ART. 316-BIS c.c.

Il decreto, notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.

L'opposizione è regolata dalle regole relative all'opposizione al decreto di ingiunzione, in quanto applicabili.

Le parti e il terzo debitore possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione e la revoca del provvedimento».

**Si noti che**, per effetto dell'unicità dello stato di figlio, anche il figlio nato fuori del matrimonio ha diritto, in caso di inadempimento dei suoi genitori, di ricevere i mezzi necessari questi ultimi possano adempiere i loro doveri.

# ART. 317-BIS C.C.: RAPPORTI CON GLI ASCENDENTI

L'art. 42 d. lgs 154/2013 sostituisce l'art. 317-bis c.c. con un nuovo testo

«Art. 317-bis **Rapporti con gli ascendenti.**

Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

L'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. Si applica l'art. 336, secondo comma».

Il 336 comma 2 c.c., modificato dall'art. 52 d. lgs. 154/2013 stabilisce che: «Il tribunale provvede il camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero; dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto 12 anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito».

Si noti che il diritto degli ascendenti non è assoluto, ma deve essere valutato alla luce dell'«esclusivo interesse del minore».

# ART. 336-BIS: ASCOLTO DEL MINORE

Con riguardo a diversi provvedimenti previsti dagli artt. 316 ss. c.c., tra cui quelli in caso contrasto tra i genitori (art. 316, comma 2, c.c.), la decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli (art. 330 c.c.) o quelli in caso di condotta del genitore pregiudizievole per il figlio (art. 333 c.c.), l'art. 53 d. lgs. introduce un **nuovo art. 336-bis c.c.** integralmente dedicato alle modalità attuative del diritto del minore di essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano (art. 315-bis, comma 3, c.c.).

Dalla riforma del 1975 si è assistito ad una progressiva valorizzazione del minore in quanto persona, soprattutto attraverso lo strumento della capacità di discernimento. Tale capacità, se sussiste in concreto, fa sorgere il diritto del minore di essere ascoltato. Questo diritto necessitava di una regolamentazione per meglio garantirne l'effettività. Così la legge n. 219/2012, let. i) ha delegato il Governo a regolarne le modalità di esercizio, prevedendo che sia il presidente del tribunale o il giudice delegato a condurre la procedura di ascolto.

# TESTO DELL'ART. 336-BIS C.C.

«Art. 336-*bis* **Ascolto del minore.**

Il minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento **è ascoltato** dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato.

L'ascolto è condotto dal giudice, **anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari**. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. \_\_\_\_\_→ (*segue*)

## ***(SEGUE) DALL'ART. 336-BIS C.C.***

Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video».

**È agevole notare** come a rendere effettivo il diritto all'ascolto del minore concorrano le seguenti disposizioni:

- se, ai sensi del comma 1, il giudice decide di non ascoltare il minore (perché l'ascolto è manifestamente superfluo o dannoso), egli deve darne atto con provvedimento motivato;
- venendo in gioco un interesse del minore, le altre parti processuali (compresi i difensori) non hanno diritto di partecipare all'ascolto, salvo che il giudice le autorizzi. Si pensi a come la sola presenza del genitore possa influenzare le dichiarazioni e il comportamento del minore. Tra l'altro soltanto il giudice può rivolgere domande al minore, semmai suggerite dalle altre parti processuali prima dell'inizio dell'ascolto.
- poiché ogni decisione presuppone la conoscenza dell'oggetto della stessa e delle conseguenze del proprio dire, il comma 3 obbliga il giudice, prima di procedere all'ascolto, ad informare il minore sulla «natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto». Tale adempimento giudiziale deve essere documentato.

# NUOVO CAPO II DEL TITOLO IX SULL'ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ IN CASI PARTICOLARI

L'art. 7 d. lgs. 154/2013 introduce, all'interno del titolo IX, un nuovo Capo II intitolato «Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio».

La previsione dell'unicità della stato di figlio ha richiesto di unificare (in una specifica parte del cod. civ.) la disciplina sull'esercizio della responsabilità genitoriale in particolari fattispecie incidenti sul rapporto di filiazione. Il nuovo capo II disciplina: 1) l'affidamento condiviso dei figli; 2) l'affidamento esclusivo; 3) l'assegnazione della casa familiare; 4) i diritti patrimoniali dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente.

Nel capo II sono stati introdotti gli artt. da *337-bis* a *337-octies*, con conseguente abrogazione degli artt. da *155-bis* a *155-sexies* c.c. I nuovi articoli, rispetto a quelli abrogati, contengono **significative modifiche e aggiunte**.

---

→ (Di seguito i testi dei nuovi articoli)

# ART. 337-BIS E ART. 337-TER C.C.

Abrogazione artt. 155-*bis*/15-*sexies* c.c.

L'art. 155 c.c. stabilisce: «In caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX».

«Art. 337-*bis* **Ambito di applicazione.**

In caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo».

«Art. 337-*ter* **Provvedimenti riguardo ai figli.**

Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e **assistenza morale [nuovo, cfr. anche 315-*bis* co. 1]** da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. → (Segue)

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-TER C.C.***

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337-bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con **esclusivo** riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, **ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare [n.d.r. artt. 2 ss. l. adoz.]. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare [nuovo].**

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-TER C.C.***

La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore [nuovo] sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento [nuovo]. —————> *(Segue)*

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-TER C.C.***

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando.

- 1) le attuali esigenze del figlio.
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore.
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori.
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-TER C.C.***

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».

Novità contenute nell'art. 337-ter c.c.:

- 1) riconoscimento del diritto del minore all'assistenza morale;
- 2) attribuzione al giudice del potere di disporre l'affidamento familiare ex art. 2 l. n. 184/1983;
- 3) aggiunta, tra le decisioni da assumere di comune accordo, della scelta della residenza abituale del minore;
- 4) previsione dell'inosservanza delle condizioni dettate sull'esercizio della responsabilità genitoriale quale presupposto della richiesta di modifica delle modalità di affidamento.

# ART. 337-QUATER C.C.

«Art. 337-*quater* Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso.

Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 337-*ter*. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

—————→ (*Segue*)

# **(SEGUE) DALL'ART. 337-QUATER C.C.**

3 Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse» [comma nuovo].

**Novità:** Quest'ultimo comma rafforza l'affidamento condiviso, la cui peculiarità risiede nell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale da parte di ciascun genitore. Letteralmente la norma stabilisce che:

- l'affido esclusivo non preclude al giudice di attribuire al genitore non affidatario un qualche potere di esercizio della responsabilità genitoriale;
- anche nel caso di affidamento esclusivo, «le decisioni di maggior interesse per i figli sono adottate da entrambe i genitori», salvo che non sia diversamente stabilito. E comunque sul genitore non affidatario grava un obbligo di vigilanza.

# ARTT. 337-QUINQUIES E 337-SEXIES C.C.

«Art. 337-*quinquies* **Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli.**

I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo».

«Art. 337-*sexies* **Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza.**

Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643. —> (*Segue*)

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-SEXIES***

In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto» [comma modificato e integrato rispetto all'art. 155-*quater*, comma 2, c.c.].

## **Novità:**

- la previsione di un termine perentorio entro cui il genitore deve comunicare all'altro l'avvenuto cambio di residenza o di domicilio;
- la previsione del risarcimento del danno cagionato al coniuge e al figlio per le difficoltà incontrate da ciascuno di essi nel reperire l'altro. Ma qual è il danno? Sicuramente quello **patrimoniale** (spese e/o mancato guadagno). Vi potrà essere anche un danno **morale** cagionato dall'interruzione del rapporto genitore- figlio (secondo la Cass. n. 26205/2013 il diritto del figlio di ricevere assistenza morale e materiale ha fondamento costituzionale nell'art. 30, co. 1 Cost.)

# ARTT. 337-*SEPTIES* E 337-*OCTIES* C.C.

«Art. 337-*septies* **Disposizioni in favore dei figli maggiorenni.**

Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.

Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori».

«Art. 337-*octies* **Poteri del giudice e ascolto del minore.**

Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337-*ter* [provvedimenti riguardo ai figli], il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo [nuovo]. → (Segue)

# ***(SEGUE) DALL'ART. 337-OCTIES C.C.***

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una **mediazione** per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

**Novità.** Parallelamente a quanto dispone l'art. 336-bis, comma 1, c.c. (sulle modalità dell'ascolto), l'art. 337-octies, comma 1, c.c. libera il giudice dall'obbligo di ascoltare il minore, qualora l'ascolto appaia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.

**N.B.** Quest'ultimo articolo, tuttavia, non obbliga il giudice a motivare espressamente la decisione di non ascoltare il minore.

# INSERIMENTO DEL FIGLIO NATO FUORI DAL MATRIMONIO NELLA FAMIGLIA DEL GENITORE

Questo tema, cui è sotteso un potenziale conflitto tra la famiglia fondata sul matrimonio e la condizione del figlio nato fuori da esso, è stato oggetto di una delega al Governo dalla legge 219/2012.

L'art. 2 let. e) n. 1 legge 219/2012 prescrive di adeguare la disciplina dell'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore «al principio della unificazione dello stato di figlio, demandando esclusivamente al giudice la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione».

# TROPPI CONSENSI RICHIESTI DAL VECCHIO ART. 252, CO. 2, C.C.

Secondo il vecchio testo dell'art. 252 c.c., l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di uno dei genitori esigeva, tra l'altro:

- a) Il consenso dell'altro coniuge;
- b) Il consenso dei figli conviventi che abbiano compiuto 16 anni;
- c) Il consenso dell'altro genitore naturale che abbia effettuato il riconoscimento.

La giurisprudenza formatasi su tale disposizione ha ritenuto che mentre il rifiuto dei consensi di cui alle lett. a) e b) precludesse l'inserimento, il rifiuto del consenso di cui alla let. c) fosse, invece, superabile da parte del giudice.

Ad ogni modo, la dottrina (G. FERRANDO) ha sostenuto che l'art. 252 fosse **sbilanciato a favore della famiglia legittima**.

# ART. 252 C.C.: NUOVO TESTO

«Art. 252 **Affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e suo inserimento nella famiglia legittima.**

1. Qualora il figlio nato fuori del matrimonio di uno dei coniugi sia riconosciuto durante il matrimonio il giudice, valutate le circostanze, decide in ordine all'affidamento del minore e adotta ogni altro provvedimento a tutela del suo interesse morale e materiale.

2. L'eventuale inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia di uno dei genitori può essere autorizzato dal giudice qualora ciò non sia contrario all'interesse del minore e sia accertato il consenso dell'altro coniuge convivente e degli altri figli, nonché dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento. In questo caso il giudice stabilisce le condizioni cui ciascun genitore deve attenersi. —————> (Segue)

# ***(SEGUE) DALL'ART. 252 C.C.***

3. Qualora il figlio sia riconosciuto anteriormente al matrimonio, il suo inserimento nella famiglia è subordinato al consenso dell'altro coniuge, a meno che il figlio fosse già convivente con il genitore all'atto del matrimonio e l'altro coniuge conoscesse l'esistenza del figlio.

4. È altresì richiesto il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento.

5. In caso di disaccordo tra i genitori, ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa al giudice tenendo conto dell'interesse dei minori. Prima dell'adozione del provvedimento, il giudice dispone l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capaci di discernimento» [comma nuovo].

# ANCORA SUL 252 C.C.

Dalla lettura dell'art. 252 c.c. sembra doversi dedurre che soltanto il mancato consenso dell'altro coniuge impedisce irrimediabilmente l'inserimento del figlio nella famiglia fondata sul matrimonio.

Il comma 4, infatti, attribuisce al giudice il potere di superare soltanto il disaccordo tra i genitori, ovvero il mancato consenso degli altri figli conviventi. Come? Non certo, si è detto, dando rilievo a ragioni meramente soggettive, ma «in modo rigoroso all'insegna dei valori dell'ordinamento» (R. SENIGAGLIA, 2013, 52).

—————→ *(Segue)*

# **(SEGUE) ART. 252 C.C.**

Aver attribuito al giudice il potere di superare taluni conflitti che si possono determinare nella vicenda dell'inserimento nella famiglia coniugale è del tutto coerente con gli artt:

- 315-*bis*, comma 2, c.c. stabilisce che «il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti», senza alcuna distinzione tra figli nati o meno da persone coniugate;
- 24, comma 3, Carta dei diritti fondamentali UE prevede il diritto del minore «di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori».

Si può constatare come la rilevanza del limite di compatibilità di cui all'art. 30, co. 3, Cost. emerga oramai solo con riguardo alla disciplina dell'inserimento del figlio nella famiglia coniugale.

# ALIMENTI: NUOVO ART. 448-BIS C.C.

L'art. 448-bis c.c. è stato introdotto dalla l. 219/2012; l'art. 66 d. lgs. n. 154/2013 ha soltanto sostituito alla parola potestà il sintagma «responsabilità genitoriale».

Testo dell'articolo:

«Art. 448-bis. Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla responsabilità genitoriale sui figli.

Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463, possono escluderlo dalla successione».

Quindi:

- 1) la decadenza dalla responsabilità genitoriale fa perdere al genitore il diritto agli alimenti;
- 2) il figlio ha facoltà di escludere dalla propria successione il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale. —————> (Segue) 58

# **(SEGUE) COORDINAMENTO DELL'ART. 448-BIS CON L'ART. 463 N. 3-BIS C.C.**

L'art. 463 n. 3-*bis* c.c. prevede, quale caso di indegnità a succedere, la decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'art. 330 c.c., se, al momento dell'apertura della successione, non è intervenuta la reintegra.

Ma allora se il genitore è già indegno **quale spazio c'è per l'esclusione di cui all'art. 448-bis?**

L'art. 448-*bis* si riferirebbe ai casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale diversi da quelli previsti dall'art. 330 c.c. come ad esempio la decadenza prevista dal codice penale (artt. 32 co. 2, 334 co. 1, 564 co. 2 e 609-*nonies* co. 1 n. 2).

# INDEGNITÀ ED ESCLUSIONE DALLA SUCCESSIONE

L'indegnità ex art. 463 c.c. non è una causa di incapacità a succedere, ma di esclusione dalla successione (*indignus potest capere sed non potest retinere*). Di conseguenza occorre un previo accertamento della causa di indegnità da parte del giudice, non essendo l'esclusione dalla successione un effetto automatico della legge.

Invece, ai sensi dell'art. 448-*bis* c.c., il figlio, a fronte del pronunciamento della decadenza dalla responsabilità per fatti che non integrano indegnità ex art. 463 c.c., può, nel proprio testamento, escludere dalla successione il genitore decaduto.

# LE AZIONI DI STATO

# AZIONI DI STATO E CRITICA DELLA DOTTRINA

La dottrina ha criticato la scelta di conservare un sistema di azioni di stato differenziato per la filiazione nata nel e fuori dal matrimonio. Accanto al reclamo dello stato di figlio è stata conservata, infatti, la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità. Sono state inoltre mantenute modalità di accertamento differenziate per la filiazione generata in costanza di matrimonio (presunzioni).

Tutto ciò contrasterebbe con il principio della unicità dello stato di figlio posto dall'art. 315 c.c. (L. LENTI, in NGCC, 2013, 4, 201 ss.).

Effettivamente «la totale unificazione della disciplina della filiazione sarebbe stata preferibile»; ma l'uso della terminologia figlio nato nel matrimonio figlio nato fuori del matrimonio «è priva di quella connotazione valutativa implicita nella distinzione dei figli in legittimi e naturali, che echeggia la contrapposizione tra ciò che è conforme alla legge e ciò che non lo è» (PROSPERI, in RCDP, 2013, 279).

# DELEGA AL GOVERNO SULLE AZIONI DI STATO

L'art. 2 lett. f) e g) della legge 219/2102 specifica i principi e i criteri direttivi cui il Governo, nell'attuare la delega, deve attenersi intervenendo sulle azioni di stato.

Esattamente:

- la let. f) richiede la «modificazione degli articoli 244, 264 e 273 del codice civile prevedendo **l'abbassamento dell'età del minore dal sedicesimo al quattordicesimo anno di età**»;
- la let. g) prescrive la «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 di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati**» (il vecchio testo dell'art. 263 c.c. prevedeva l'imprescrittibilità di tale impugnazione).

La previsione di un termine di decadenza è una disposizione di **particolare importanza**, incidendo - lo vedremo - sul principio del *favor veritatis*.

# ART. 244, 264 E 273 C.C.

**L'art. 244 c.c.** (Termini dell'azione di disconoscimento):

disciplina i termini di prescrizione dell'azione di disconoscimento della paternità e prevede la nomina giudiziale di un **curatore speciale** su istanza del minore che abbia compiuto, oggi, i 14 anni (non più 16).

**L'art. 264 c.c.** (Impugnazione da parte del figlio minore [del riconoscimento]):

riguarda l'impugnazione del riconoscimento da parte del riconosciuto, minore di età. Anche qui il figlio di 14 anni (non più di 16) può fare istanza al giudice per la nomina di un **curatore speciale** che impugni il riconoscimento per difetto di veridicità.

**L'art. 273 c.c.** (Azione nell'interesse del minore o dell'interdetto):

si stabilisce che il figlio di anni 14 (non più di 16) **deve dare il consenso** per promuovere o per proseguire l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità (quando ad agire sia il genitore che esercita la responsabilità genitoriale o il tutore).

# LE AZIONI DI STATO NEL QUADRO DELLA LEGGE 219/2012

Le azioni di stato, com'è noto, servono a rimuovere lo stato di filiazione non spettante alla persona (disconoscimento, contestazione, impugnazione per difetto di veridicità) oppure ad attribuirle lo stato di figlio (reclamo, dichiarazione giudiziale).

Tra le azioni di stato si distingue:

- 1) azione di disconoscimento della paternità (**art. 243- bis c.c.**);
- 2) azione di contestazione dello stato di figlio (**art. 240 c.c.**);
- 3) azione di reclamo dello stato di figlio (**art. 239 c.c.**);
- 4) dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale (art. 269 c.c.);
- 5) impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.);
- 6) legittimazione dei figli naturali (artt. 280-288 c.c., **abrogati** dalla legge 219/2012).

# PRESUNZIONI

Le presunzioni legali **di paternità** e **di concepimento** durante il matrimonio si collegano all'azione di disconoscimento della paternità.

La prima (art. 231 c.c. Paternità del marito) discende dalla difficoltà di provare chi sia l'autore maschile della generazione e si fonda sulla verosimile osservanza del dovere di fedeltà da parte della moglie. Naturalmente è una **presunzione relativa** (*iuris tantum*), pertanto è ammessa la prova contraria nei limiti in cui è ammesso il disconoscimento della paternità. Tale presunzione - occorre aggiungere - presuppone ed integra il titolo dello stato di figlio nato nel matrimonio, senza il quale detto stato non sorgerebbe.

La seconda (art. 232 c.c. Presunzione di concepimento durante il matrimonio) si fonda su una regola biologica. Il comma 2 dell'art. 232 c.c. prevede taluni casi in cui la presunzione non opera; tale comma va coordinato con l'art. 234 c.c. (Nascita del figlio dopo i trecento giorni).

**La legge n. 219/2012 delega il Governo a intervenire sulle presunzioni.**

# DELEGA SULLE PRESUNZIONI

L'art. 2 let d) legge 219/2012 delega al Governo l'«estensione della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio».

L'art. 8 d. lgs. 154/2013 prevede le seguenti modifiche:

1) «art. 231 **Paternità del marito.**

Il marito è padre del figlio concepito o nato **[nuovo]** durante il matrimonio»

2) art. 232 **Presunzione di concepimento durante il matrimonio**

comma 1 «Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando **non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio**» **[nuovo]**.

(invariato il comma 2)

3) art. 234 (**Nascita del figlio dopo i trecento giorni**), si prevede la sostituzione del comma 3 col seguente:

«In ogni caso il figlio può provare di essere stato concepito durante il matrimonio» **[nuovo]**.

Si tratta, nel complesso, di un affinamento della normativa già esistente.

# DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ E PROVA EMATOLOGICA

L'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-*bis* c.c.) può essere esercitata quando si assume che il marito della donna che ha partorito, menzionato nell'atto di nascita come padre del bambino, non sia effettivamente tale (perché il concepimento è opera di un altro uomo). Qui la presunzione fallisce e va confutata, appunto, con l'azione di disconoscimento della paternità.

## **Cosa è cambiato con la riforma della filiazione?**

L'art. 106 d. lgs 154/2013 ha abrogato l'art. 235 c.c. Ma si è inteso cancellare non già l'azione di disconoscimento, bensì soltanto l'elencazione dei casi in cui essa era ammessa.

Del resto la **centralità assunta dalla prova ematologica** nella dimostrazione del rapporto di paternità, grazie soprattutto alla sentenza della **Corte cost. (n. 266/2006)** sul n. 3 dell'art. 235 c.c., aveva reso superfluo condizionare l'azione di disconoscimento al verificarsi di determinate ipotesi o alla previa dimostrazione della relazione con un altro uomo (Cass. n. 9659/2013). → (Segue)

# **(SEGUE) LA CORTE COSTITUZIONALE SULLA PROVA EMATOLOGICA**

L'art. 235 n. 3 c.c., nel suo abrogato tenore letterale, subordinava l'ammissione della prova ematologica alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie. Questa regola, in taluni casi, ha precluso il vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento, non disponendo l'attore di prove dell'adulterio.

La Corte Cost., 2.7.2006, n. 266:

**ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 235, co. 1 n. 3, c.c. nella parte in cui subordinava l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione, con prove distinte, dell'adulterio della moglie.**

Si è argomentato dall'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'irragionevolezza e dall'art. 24, comma 2, Cost. che non consente al legislatore di rendere estremamente difficile l'esercizio del diritto.

# ART. 243-BIS: DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITA'

L'art. 17 d. lgs. 154/2013, dopo l'art. 243, ha inserito nel capo III del titolo VII il seguente:

«Art. 243-*bis* **Disconoscimento della paternità.** - L'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato nel matrimonio può essere esercitata dal **marito**, dalla **madre** e dal **figlio** medesimo.

Chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre (nuovo).

La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità».

# TERMINI DELL'AZIONE DI DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ

L'art. 18 d. lgs 154/2013 ha modificato l'art. 244 c.c., recependo, tra l'altro, quanto già in vigore per effetto di sentenze additive della Corte Costituzionale.

## Il nuovo testo così stabilisce:

1. «L'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta nel termine di **sei mesi** dalla nascita del figlio ovvero dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento [Corte cost. n.170/1999]

2. Il marito può disconoscere il figlio nel termine di **un anno** che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; se prova di aver ignorato la propria impotenza di generare ovvero l'adulterio della moglie al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza [Corte cost. n. 134/1985; n 170/1999] —> (Segue)<sub>1</sub>

# ***(SEGUE) DALL'ART. 244 C.C.***

3. Se il marito non si trovava nel luogo in cui è nato il figlio il giorno della nascita il termine, di cui al secondo comma, decorre dal giorno del suo ritorno o dal giorno del ritorno nella residenza familiare se egli ne era lontano. In ogni caso, se egli prova di non aver avuto notizia della nascita in detti giorni, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia.

4. Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma l'azione non può essere, comunque, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita (nuovo).

5. L'azione di disconoscimento della paternità può essere proposta dal figlio che ha raggiunto la maggiore età. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.

6. L'azione può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i quattordici anni (nuovo) ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore»

# FONDAMENTO DELLA FILIAZIONE E CONTEMPERAMENTO DI INTERESI

Il nuovo testo dell'art. 244 c.c. suscita qualche considerazione sul fondamento del rapporto di filiazione.

Il comma 1 e il comma 2, sull'azione esercitata rispettivamente dalla madre e dal padre, quanto al *dies a quo* dell'azione, esplicitano regole già operanti per effetto di sentenze additive della Corte Costituzionale (n. 134/1985 e n. 170/1999). Si tratta di disposizioni volte a rendere **incontestabile** il rapporto di filiazione fondato esclusivamente sulla relazione col figlio e non sul legame di sangue.

Il presupposto del decorso del termine è la conoscenza (da parte della madre e del marito) del fatto (l'impotenza o l'adulterio) che, naturalmente, induce ad escludere il legame genetico tra il marito e il figlio.

Se il marito, consapevole della sua impotenza o dell'adulterio della moglie, non agisce con l'azione di disconoscimento della paternità significa che si è assunto – per la legge in modo definitivo – la responsabilità della crescita del figlio.

Fin qui niente di nuovo.

—————> (Segue)

# **(SEGUE)**

Il comma 4 dell'art. 244 c.c. costituisce, invece, esecuzione della delega al Governo.

Ebbene la disposizione in esso contenuta **ha indubbiamente rafforzato, nell'interesse del minore, l'intangibilità del rapporto di filiazione**. Difatti, il padre e la madre, sebbene inconsapevoli del fatto impeditivo del legame di sangue col figlio, non possono più porre nel nulla il rapporto di filiazione decorsi 5 anni dal giorno della nascita.

Ciò significa che **fondamento della filiazione è non soltanto il fatto della procreazione (art. 30 co. 1 Cost.), ma anche, talvolta, l'assunzione della responsabilità o comunque il decorso del tempo a prescindere da qualsivoglia elemento di conoscenza (in antitesi a quanto prescrive l'art. 2935 c.c.)**. Nella Relazione conclusiva della Commissione Bianca si legge che si è voluto «contempera[re] i due interessi in gioco, quello del *favor veritatis* e quello della certezza e stabilità dello stato giuridico acquisito dal figlio». Sull'assunzione di responsabilità come fondamento della filiazione si veda anche l'art. 9 legge 40/2004)

# RAPPORTO TRA AZIONE DI DISCONOSCIMENTO E CONTESTAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO

Si potrebbe pensare, a primo acchito, che decorso il termine per agire con l'azione di disconoscimento si possa pervenire allo stesso risultato con la contestazione dello stato di figlio.

Non è così. La dottrina più convincente ha chiarito che **l'azione di contestazione non può essere diretta contro la presunzione di paternità del marito della madre**. Essa è volta a contrastare gli altri elementi fondanti la nascita in costanza di matrimonio falsamente indicati nell'atto di nascita come la maternità (supposizione di parto o sostituzione di neonato) o il matrimonio stesso.

# SOSPENSIONE DEL DECORSO DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE, ART. 245 C.C.

Due aspetti importanti della disciplina dell'azione sono dati dalla sospensione del termine di prescrizione dell'azione e dalla sua trasmissibilità. Su di essi è intervenuto il art. 19 d. lgs. 154/2013.

«Art. 245. **Sospensione del termine.**

Se la parte interessata a promuovere l'azione di disconoscimento di paternità si trova in stato di interdizione per infermità di mente **ovvero versa in condizioni di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi [nuovo]**, la decorrenza del termine indicato nell'articolo 244 è **sospesa** nei suoi confronti, sino a che duri lo stato di interdizione o durino le condizioni di abituale grave infermità di mente.

Quando il figlio si trova in stato di **interdizione** ovvero versa in condizioni di **abituale grave infermità di mente**, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, l'azione può essere altresì promossa da un **curatore speciale** nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del pubblico ministero, del tutore, o dell'altro genitore. Per gli altri legittimati l'azione può essere proposta dal tutore o, in mancanza di questo, da un **curatore speciale**, previa autorizzazione del giudice **[comma nuovo]**».

Il comma 1 codifica una regola già operante per effetto di una sentenza della Corte Cost. (n. 322/2011, rel. Prof. P. Grossi), la quale ha equiparato, ai fini della sospensione del termine, la condizione dell'interdetto giudiziale a quella dell'incapace naturale che versi in condizione di abituale e grave infermità di mente.

Il comma 2 è nuovo; prevede, sia nel caso di interdizione che di incapacità naturale del figlio o degli altri legittimati, la possibilità che l'azione di disconoscimento possa essere promossa da un curatore speciale per il figlio e da un tutore o da un curatore speciale per gli altri legittimati.

# TRASMISSIBILITÀ DELL'AZIONE, ART. 246 C.C.

«Art. 246. **Trasmissibilità dell'azione.**

Se il **presunto padre o la madre** titolari dell'azione di disconoscimento di paternità sono morti senza averla promossa, ma prima che sia decorso il termine previsto dall'articolo 244, sono ammessi ad esercitarla in loro vece i discendenti o gli ascendenti; il nuovo termine decorre dalla morte del presunto padre o della madre, o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Se il **figlio** titolare dell'azione di disconoscimento di paternità è morto senza averla promossa sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Si applicano il sesto comma dell'articolo 244 [curatore speciale] e l'articolo 245 [sospensione del termine]».

# CONTESTAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO (art. 240 c.c.)

L'azione in parola si presentava come di «contestazione della legittimità».

L'art. 15 d. lgs 154/2013 ha modificato l'art. 240 c.c. col seguente nuovo testo, che reca una nuova rubrica:

«**Contestazione dello stato di figlio.** Lo stato di figlio può essere contestato nei casi di cui al primo e al secondo comma dell'art. 239 c.c.»  
[Reclamo dello stato di figlio].

Tali casi sono pertanto:

- 1) supposizione di parto o sostituzione di neonato (art. 239 co. 1), cioè la donna indicata come madre non è tale nella realtà;
- 2) figlio nato nel matrimonio ma iscritto come figlio di ignoti, salvo che sia intervenuta sentenza di adozione (art. 239 co. 2 c.c.).

**È utile ricordare**, ancora una volta, che l'azione di contestazione è applicabile solo in un ambito diverso da quello proprio dell'azione di disconoscimento della paternità.

# LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI CONTESTAZIONE (ART. 248 c.c.)

L'art. 20 d. lgs. n. 154/2013 ha modificato e integrato l'art. 248 c.c., prevedendo una nuova rubrica: da «legittimazione all'azione di «contestazione della legittimità» a «**Legittimazione all'azione di contestazione dello stato di figlio. Imprescrittibilità**».

«Art. 248 **legittimazione all'azione di contestazione dello stato di figlio. Imprescrittibilità.**

L'azione di contestazione dello stato di figlio spetta a chi dall'atto di nascita del figlio risulti suo genitore e a chiunque via abbia interesse.

L'azione è imprescrittibile.

Quando l'azione è proposta nei confronti di persone premorte o minori o altrimenti incapaci, si osservano le disposizioni dell'articolo precedente.

Nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori.

Si applicano il sesto comma dell'articolo 244 e il secondo comma dell'art. 245»  
(nuovo).

# RECLAMO DELLO STATO DI FIGLIO (ART. 239 c.c.)

Prima della riforma, l'azione di reclamo aveva ad oggetto lo stato di figlio legittimo (l'art. 249 c.c. recava la rubrica «Reclamo della legittimità»).

L'art. 14 d. lgs 154/2013 ha sostituito l'art. 239 col seguente:

«**239. Reclamo dello stato di figlio.** – Qualora si tratti di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, il figlio può reclamare uno stato diverso.

L'azione di reclamo dello stato di figlio può essere esercitata anche da chi è nato nel matrimonio ma fu iscritto come figlio di ignoti, salvo che sia intervenuta sentenza di adozione.

L'azione può inoltre essere esercitata per reclamare uno stato di figlio conforme alla presunzione di paternità da chi è stato riconosciuto in contrasto con tale presunzione e da chi fu iscritto in conformità di altra presunzione di paternità.

L'azione può, altresì, essere esercitata per reclamare un diverso stato di figlio quando il precedente è stato comunque rimosso».

Ossia, con riguardo a quest'ultima prescrizione, in caso di falso riconoscimento, occorre prima impugnare il riconoscimento e poi reclamare lo stato di figlio nato in costanza di matrimonio.

# LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI RECLAMO (art. 249 c.c.)

L'art. 21 d. lgs. 154/2013 ha modificato l'art. 249 c.c., mutando la rubrica da «Reclamo della legittimità» a «**Legittimazione all'azione di reclamo dello stato di figlio. Imprescrittibilità**».

**«Art. 249 Legittimazione all'azione di reclamo dello stato di figlio. Imprescrittibilità.**

L'azione per reclamare lo stato di figlio spetta al medesimo.

L'azione è imprescrittibile.

Quando l'azione è proposta nei confronti di persone premorte o minori o altrimenti incapaci, si osservano le disposizioni dell'art. 247.

Nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori.

Si applicano il sesto comma dell'art. 244 e il secondo comma dell'art. 245».

# MODIFICHE ALL'ART. 238 C.C.

Il d. lgs. 154/2013 ha modificato l'art. 238 c.c., così risultando il seguente nuovo testo:

«Art. 238 **Irreclamabilità di uno stato di figlio contrario a quello attribuito dall'atto di nascita.** - Salvo quanto disposto dagli **artt. 128** [matrimonio putativo] **234** [nascita del figlio dopo i trecento giorni], **239** [Reclamo dello stato di figlio], **240** [Contestazione dello stato di figlio] **e 244** [termini dell'azione di disconoscimento] **[nuovo]**, nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio e il possesso di stato conforme all'atto stesso».

È stato abrogato il comma 2 dell'art. 238 c.c. secondo cui «Parimenti non si può contestare la legittimità di colui il quale ha un possesso di stato conforme all'atto di nascita». Di conseguenza può reclamare uno stato di figlio diverso da quello che gli attribuisce l'atto di nascita chi adduca di essere nato dopo 300 giorni da certi atti o agisca con l'azione di reclamo, di contestazione o di disconoscimento.

# IMPUGNAZIONE DEL RICONOSCIMENTO PER DIFETTO DI VERIDICITÀ, ART. 263 C.C.

L'art. 28 d. lgs 154/2013 prevede la sostituzione del testo dell'art. 263 con il seguente:

«Art. 263 **Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.** - Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse.

L'azione è imprescrittibile **riguardo al figlio**».

Quindi i legittimati attivi sono:

- 1) chi ha riconosciuto falsamente;
- 2) chi è stato riconosciuto (se minore d'età cfr. art. 264 c.c.);
- 3) chiunque vi abbia interesse (ad es. la madre)

Ma, tra questi, soltanto il figlio non incorre nella prescrizione dell'azione.

**seguono due commi nuovi**

# COMMI 3 E 4 DELL'ART. 263 C.C.

«L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.

L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di 5 anni che decorrono dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'art. 245».

# ANCORA SUL FONDAMENTO DELLA FILIAZIONE

## Si può affermare che:

- Il termine lungo di cinque anni dall'annotazione del riconoscimento decorre per la madre e il padre anche in caso di ignoranza della condizione di impotenza;
- tale termine decorre anche per gli altri legittimati, i quali, dopo 5 anni, non hanno più il potere di eliminare il rapporto di filiazione, prevalendo, magari, sulla decisione del genitore (sociale) di svolgere ugualmente il proprio ruolo nonostante la consapevolezza della mancanza del legame di sangue.

Come con riguardo all'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 co. 3 c.c.) si conferma che il legislatore ha configurato un **nuovo equilibrio** tra il diritto di vedere affermata la verità (genetica) e la tutela della parte più debole (il minore d'età). L'assunzione della responsabilità - consapevole ovvero tratta semplicemente dal passaggio del tempo - diventa fondamento del rapporto di filiazione a protezione della persona minorenni .

# DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DELLA PATERNITÀ E DELLA MATERNITÀ

Questa azione è disciplinata nel capo V (Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità) del titolo VII (Dello stato di figlio) dagli artt. 269 ss.

La dichiarazione di genitorialità può essere chiesta dal figlio che, nato fuori del matrimonio, non è stato riconosciuto. Qualora il figlio muoia prima di aver iniziato l'azione, questa può essere promossa dai suoi discendenti (art. 270, comma 2, c.c.).

Legittimato attivo è anche il genitore che esercita la responsabilità genitoriale o il tutore, il quale, però, deve chiedere l'autorizzazione del giudice (art. 273 co. 1 c.c.). Si badi però che «occorre il consenso del figlio per promuovere o per proseguire l'azione se egli ha compiuto l'età di quattordici anni» (art. 273 co. 2 c.c.).

È bene ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 50/2006, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 274 c.c. che disciplinava il giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione. È stata così eliminata una **fase processuale ritenuta inutile** perché non rispondente alle finalità ad essa sottese, in contrasto col diritto di azione e con la ragionevole durata del processo.

# RAFFORZAMENTO DEL DIRITTO DEL FIGLIO DI VEDER ACCERTATA LA PATERNITÀ O MATERNITÀ: IL CURATORE SPECIALE

L'art. 5 della l. 219/2012 ha aggiunto all'art. 276 una **disposizione importante** che ha ampliato i soggetti legittimati passivi dell'azione di dichiarazione di genitorialità. Il nuovo testo stabilisce che:

«La domanda per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, nei confronti dei suoi eredi. **In loro mancanza, la domanda deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso [nuovo].**

Alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse».

# NOMINA E FUNZIONI DEL CURATORE SPECIALE

Prima della nuova previsione della nomina del curatore speciale (art. 276 c.c.), poteva accadere che l'azione di dichiarazione giudiziale, pur essendo imprescrittibile, fosse paralizzata a causa della mancanza di legittimati passivi. Ciò si verificava quando il presunto genitore non era più in vita e non vi erano eredi.

Con la possibilità di nominare un curatore speciale contro cui indirizzare la domanda giudiziale è stata, in definitiva, adottata una soluzione analoga a quella già prevista in caso di azione di disconoscimento della paternità (art. 247 ult. co. c.c.).

Oltre che per far fronte alla mancanza del legittimato passivo, il curatore speciale è strumento volto a superare il difetto di legittimazione attiva: valgano gli esempi dell'art. 244 ult. co. c.c. in tema di disconoscimento della paternità e dell'art. 264 co. 2 c.c. in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

# CONFLITTO DI INTERESSI E CURATORE SPECIALE

Un'altra funzione del curatore speciale è quella di rappresentare il minore qualora questi sia in conflitto di interesse con chi lo rappresenta.

A parte i casi espressamente previsti dalla legge (ad es: artt. 320 ult. co. e 394 co. 4 c.c.), si segnala l'ipotesi in cui il genitore che ha già riconosciuto il figlio si opponga al riconoscimento da parte dell'altro genitore e, nel relativo giudizio, emerga una situazione di conflitto di interessi, anche in via potenziale, tra il minore e il genitore opponente. In tal caso, stante la qualifica di parte in senso sostanziale rivestita dal minore, il tribunale, d'ufficio, deve designare un curatore speciale al minore (**Trib. Milano, 20.1.2014**).

# PROVA DELLA PATERNITÀ E DELLA MATERNITÀ, PROVA BIOLOGICA E RIFIUTO DI SOTTOPORVISI

L'art. 269 c.c., al comma 2, stabilisce che «La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo»; al comma 3 che «La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre» e al comma 4 che «La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento **non costituiscono prova della paternità**».

Naturalmente la prova principe della paternità, anche alla luce di quanto disposto dal comma 4 appena riportato, è quella genetica. Ma non è possibile obbligare la persona a sottoporvisi. La Cassazione ha perciò affrontato il problema del rifiuto del convenuto di accettare l'esame del DNA.

Nella **sent. n. 12971/2012**, la Cass. afferma quanto segue: —————>

# ***(SEGUE) CASS. N. 12971/2012***

«il rifiuto ingiustificato di sottoporsi agli esami ematologici costituisce un comportamento valutabile da parte del giudice ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ., **anche in assenza di prove di rapporti sessuali tra le parti**, in quanto è proprio la mancanza di riscontri oggettivi assolutamente certi e difficilmente acquisibili circa la natura dei rapporti intercorsi e circa l'effettivo concepimento a determinare l'esigenza di desumere **argomenti di prova** dal comportamento processuale dei soggetti coinvolti, potendosi trarre la dimostrazione della fondatezza della domanda anche soltanto dal rifiuto ingiustificato a sottoporsi all'esame ematologico del presunto padre, posto in opportuna correlazione con le dichiarazioni della madre».

# ANCORA SUL RIFIUTO DI SOTTOPORSI ALLA PROVA EMATOLOGICA: CASS. N. 24361/2013

In un'altra sentenza, la n. 24361/2013, la Cassazione afferma che:

- non vi è alcuna gerarchia tra i mezzi di prova della filiazione, pertanto, non è necessario dar corso preliminarmente all'istruttoria orale, potendosi esperire subito la prova ematologica;
- Il giudice d'appello, nel caso di specie, ha motivato adeguatamente l'esistenza del rapporto di filiazione basandosi: a) sul rifiuto del supposto padre di sottoporsi alla prova ematologia; b) sull'affermazione, resa dallo stesso preteso padre, di aver avuto una frequentazione amorosa con la donna che ha partorito un figlio;
- in questo quadro probatorio è irrilevante l'affermazione, resa dal presunto padre, che all'epoca del concepimento anche altri uomini frequentavano la donna.

Interessa porre in luce come il giudice del merito, al fine di maturare il convincimento della paternità, abbia affiancato al rifiuto di sottoporsi alla prova genetica (da cui desumere un argomento di prova) un'altra circostanza come il riconoscimento da parte del presunto padre di aver avuto una relazione con la donna.

# DICHIARAZIONE GIUDIZIALE E RISARCIMENTO DEL DANNO

Cass. n. 26205/2013 ha confermato la risarcibilità del danno non patrimoniale subito dal figlio per non essere stato riconosciuto dal padre.

Si argomenta dal diritto costituzionale di essere educato e mantenuto dal proprio genitore (art. 30 Cost.), diritto che ha una **doppia dimensione**: 1) interna, come rapporto intimo e affettivo col genitore; 2) esterna, nel senso di vedere condiviso e riconosciuto dalla società lo *status* conseguente alla procreazione.

Il genitore che non ha riconosciuto è in colpa se risultano circostanze di fatto in grado di ingenerare nello stesso il dubbio della propria paternità. Il solo dubbio ragionevole esige che il supposto genitore approfondisca la verità. Altrimenti, ove dovesse risultare all'esito del processo ex art. 269 c.c. (dichiarazione giudiziale di paternità) il legame genetico, si incorre nella condanna al risarcimento del danno non patrimoniale al figlio.

Tale domanda può essere cumulata con quella della dichiarazione giudiziale.

# PROVA DELLA FILIAZIONE E POSSESSO DI STATO

La legge 219/2012 intitola il Capo II del titolo VII del libro primo del cod. civ. «Delle prove della filiazione».

**Lo status di figlio si prova con l'atto di nascita** iscritto nei registri dello stato civile. Ma l'atto di nascita può mancare perché non redatto o non iscritto nei registri dello stato civile o perché questi sono andati distrutti (TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 1208).

Qualora eccezionalmente manchi tale atto, lo stato di figlio può essere dimostrato mediante «**il possesso continuo dello stato di figlio**» (art. 236, comma 2, c.c.).

Con l'espressione possesso di stato si fa riferimento ad un insieme di circostanze «che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere» (art. 237, comma 1, c.c.).

# ELEMENTI DEL POSSESSO DI STATO

Per integrare il possesso di stato devono concorrere i seguenti elementi indicati dall'art. 237, comma 2, c.c. come modificato dallo schema di decreto legislativo:

- 1) Il *tractatus*, ossia la persona deve essere stata trattata dal genitore come figlio e, come tale, essere stata mantenuta, educata ed istruita;
- 2) la *fama*, ossia che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali e nell'ambito della famiglia.

**Da notare** che lo schema di decreto legislativo ha previsto l'**abrogazione** di un altro elemento previsto dall'art. 237, comma 2, c.c.: il *nomen*, ossia che la persona abbia sempre portato il cognome del padre che essa pretende di avere.

Si consideri, inoltre, che «ove manchino sia l'atto di nascita che il possesso di stato, la prova della filiazione può darsi, nell'ambito di un'azione di reclamo dello stato di figlio, con ogni mezzo» (art. 241 c.c.).

# DISPOSIZIONI TRANSITORIE

L'art. 104 d. lgs. 154/2013 detta penetranti disposizioni transitorie riguardanti la posizione giuridica di chi è già nato o concepito prima dell'entrata in vigore della l. 219/2013 o del d. lgs. 154/2013, con riferimento alle:

- 1) successioni *mortis causa*;
- 2) azioni di stato

I commi dell'art. 104 d. lgs. 154/2013 sui diritti successori costituiscono attuazione al principio di delega contenuto nell'art. 2, co. 1, let I.) l. 219/2012. Secondo la Relazione illustrativa dello schema del decreto legislativo, si deve assicurare che la nuova normativa successoria produca effetti «anche sui giudizi pendenti anche se parte di tali giudizi sia un discendente del figlio nato fuori del matrimonio che voglia far valere i diritti del *de cuius* nei confronti di parenti del defunto rispetto ai quali, prima della modifica dell'art. 74 c.c., non era riconosciuto alcun vincolo di parentela». —————→ (Segue)

# **(SEGUE) ART. 104 D. LGS. 154/2013: PETIZIONE DI EREDITÀ**

Il legislatore delegato, in attuazione della delega, ha esteso gli effetti successori del nuovo ambito della parentela (art. 74 c.c.) anche alle situazioni pregresse all'entrata in vigore della l. n. 291/2012 (*id est*: il 1° gennaio 2013), fermi gli effetti del giudicato già formatosi.

Di conseguenza sono legittimati a proporre **azione di petizione dell'eredità ex art. 533** «coloro che, in applicazione del nuovo testo dell'art. 74 c.c., hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede» (art. 104, co. 1 d. lgs 154/2013). —————> (*Segue*)

# **(SEGUE) ART. 104 D. LGS. 154/2013: DIRITTI SUCCESSORI, DISCENDENTI E PRESCRIZIONE**

Gli stessi soggetti di cui al comma 1 dell'art. 104 d. lgs. 154/2013 possono, più in generale, far valere «i diritti successori che discendono dall'art. 74 del codice civile, come modificato dalla legge [219/2012]», fermo il giudicato già formatosi (art. 104, co. 2, d. lgs. 154/2013).

Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 104 d. lgs. 154/2013 «si applicano anche nei confronti dei discendenti del figlio, riconosciuto o la cui paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata, morto prima dell'entrata in vigore della legge 219/2012» (art. 104, co. 3, d. lgs. 154/2013).

Inoltre, ai sensi dell'art. 104, co. 5, d. lgs. 154/2013, i diritti successori scaturenti dall'art. 74 c.c. sulle eredità apertesesi prima dell'entrata in vigore della l. 219/2012 **si prescrivono** a far data da tale termine (*id est*: dal 1° gennaio 2013). —————> (Segue)

# **(SEGUE) ART. 104 D. LGS. 154/2013: DIRITTO DI RAPPRESENTAZIONE E GIUDIZI PENDENTI**

L'art. 104, co. 5, d l.gs. 154/2013 stabilisce che «Nei casi in cui i riconoscimenti o le dichiarazioni giudiziali di genitorialità intervengano dopo il termine di entrata in vigore della presente legge, i diritti successori che non sarebbero spettati a persona deceduta prima di tale termine possono essere fatti valere dai suoi **discendenti in rappresentazione e dai suoi eredi**. Essi di prescrivono a fra data dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità».

Inoltre: ai **giudizi pendenti** alla data di entrata in vigore del d. lgs. 154/2013 (*id est*: 7 febbraio 2014) si applicano il nuovo art. 74 c.c. e le disposizioni del libro secondo del codice civile come modificate dal d.lgs. 154/2013 (art. 104, co. 6, d. lgs. 154/2013). —————> (*Segue*)

# **(SEGUE) ART. 104 D. LGS. 154/2013: AZIONI DI STATO**

Nella Relazione illustrativa si afferma che, con riferimento alla disposizione che segue, si è fatto applicazione del «principio generale in forza del quale gli istituti di diritto sostanziale si applicano dal momento della loro entrata in vigore».

L'art. 104, co. 7, d. lgs. 154/2013, stabilisce che «Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 219/2012, **le disposizioni del codice civile, come modificate dal presente decreto legislativo**, si applicano alle azioni di disconoscimento della paternità, di reclamo e di contestazione dello stato di figlio, relative ai figli nati prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo»

Uguualmente, secondo l'art. 104, co. 8, d. lgs. 154/2013, le disposizioni del cod. civ. relativamente al riconoscimento dei figli, come modificate dalla l. 219/2012, «si applicano anche ai figli nati o concepiti anteriormente all'entrata in vigore [della legge stessa]» (in part. si veda l'art. 251 c.c.).

—————>(Segue)

# **(SEGUE) ART. 104 D. LGS. 154/2013: PRESCRIZIONE E ATTI DELLO STATO CIVILE**

I commi 9 e 10 dell'art. 104 d. lgs 154/2013 regolano, fermi gli effetti del giudicato, la decorrenza dei termini di prescrizione dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione per difetto di veridicità.

Quanto al disconoscimento si stabilisce che il nuovo termine ex art. 244, co. 4, c.c. (5 anni per la madre e il padre) decorre dal giorno dell'entrata in vigore del d. lgs. 154/2013 (art. 104 co. 9).

Quanto all'impugnazione per difetto di veridicità parimenti si dispone per i termini previsti dall'art. 263 c.c. e dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 267 [(trasmissibilità dell'azione), art. 104, co. 10 d. lgs. 154/2013).

Il comma 11 dell'art. 104 d.lgs. 154/2013 stabilisce che gli atti dello stato civile già formati nel vigore della previgente normativa restano validi e non possono essere modificati, «salve le modifiche risultanti da provvedimenti giudiziali».

# SULLA FAMIGLIA NON FONDATA SUL MATRIMONIO

L'unificazione dello *status filiationis* ha determinato, secondo una certa dottrina, accanto alla famiglia fondata sul matrimonio, il riconoscimento della famiglia basata sull'accertamento del rapporto di filiazione. Il che non è affatto incompatibile con il disposto dell'art. 29, co. 1 e dell'art. 30 co. 3, Cost. come dimostrano:

- il principio personalistico (art. 2 Cost.) che esige di dare rilevanza a quelle formazioni sociali in grado di svolgere le medesime funzioni della famiglia fondata sul matrimonio;
- gli artt 9 Carta di Nizza e 12 Cedu (come reinterpretedo dalla Corte EDU) dispongono una tutela disgiunta del diritto di sposarsi e il «diritto di costituire una famiglia».

Ma allora ogniqualevolta la Costituzione indica la «famiglia» quale presupposto di diritti fondamentali (artt. 34 co. 4, 36 co. 1 e 37 co. 1 Cost.), il termine «famiglia» deve essere necessariamente inteso in senso ampio, cioè comprensivo dei rapporti tra genitori e figli nati fuori del matrimonio.

È stato detto che nella Costituzione oltre che un *favor matrimonii* vi è anche un *favor familiae* (PROSPERI, cit., 285), a prescindere dalla prole. Si consideri che, in attuazione di tale *favor*, l'accesso alla fecondazione assistita è consentito ai conviventi *more uxorio* [(e non alla donna *single*), art. 5 l. 40/2005].

# RICONOSCIMENTO DELLA NATURA FAMILIARE ALLA CONVIVENZA *MORE UXORIO*: CONSEGUENZE

L'unificazione dello *status filiationis* ha neutralizzato la tesi dell'irrilevanza della c.d. famiglia naturale. È stato detto che «il riconoscimento o l'accertamento giudiziale della filiazione nata fuori del matrimonio debba essere considerato un atto costitutivo di una famiglia non fondata sul matrimonio» (PROSPERI, cit., 283).

Natura familiare da riconoscersi, come si diceva *supra*, anche alla stabile e duratura convivenza *more uxorio* senza figli (art. 29 co. 1 Cost reinterpretato alla luce dell'art. 9 Carta Nizza).

Ammettere che la convivenza *more uxorio* partecipa della stessa natura familiare del rapporto coniugale non è irrilevante in punto di conseguenze giuridiche. —————> (*Segue*)

# CHE COSA È FAMIGLIA?

Questa domanda è ineludibile se si vuole individuare il contenuto del diritto di costituire una famiglia (art. 9 Carta Nizza). Non c'è una definizione di famiglia, né nella legge né nelle pronunce delle Corti europee.

Secondo un'autorevole dottrina la famiglia è connotata: 1) da un «rapporto improntato a intrinseca relazionalità e connaturata alterità, di rapporto cioè connotato da reciproco riconoscimento e accettazione della necessaria compresenza dell'altro quale stabile partner di vita o referente di un legame generativo (tratto familiare-personalistico); 2) dall'essere una comunità tra persone dotate di eguale libertà e responsabilità» (V. SCALISI, RDC, 2013, 6, 1313 ss.).

Il Prof. Scalisi lega la rilevanza del rapporto come famiglia alla «normatività o legalità sociale originaria di una data comunità»; così Egli pone in luce l'esistenza di un doppio funzionale criterio di qualificazione: «l'essere il rapporto (genitoriale o di coppia) rispondente ai principi di sistema, in quanto conforme al dover-essere della persona, ma al tempo stesso l'avere un tal rapporto base e radice nei valori dell'ordinamento ....».

In questo quadro è assolutamente condivisibile la recente giurisprudenza della Cassazione sulla tutela possessoria del convivente *more uxorio* (Cass. n. 7/2014; Cass. n. 7214/2013).

# ANALOGIA E TUTELE

Poste queste brevi premesse, non si può escludere l'applicazione analogica alla convivenza *more uxorio* della disciplina dettata per il matrimonio, non certo automaticamente e in modo aprioristico, ma solo qualora vi sia *l'identità di ratio* (PROSPERI).

Si è anche affermato che una realtà familiare non fondata sul matrimonio non va trattata come una deviazione da un modello; occorre piuttosto attribuirle «corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi (SCALISI).

Ad esempio la convivenza stabile incide sui diritti economici del coniuge separato e divorziato, nel senso di limitarli o di escluderli. La Cassazione ha negato a certe condizioni l'assegno di divorzio qualora l'avente diritto abbia costituito una famiglia di fatto (Cass. n. 17195/2011; Cass. n. 25845/2013). —————> (Segue)

# **(SEGUE) DIRITTO AD UN TRATTAMENTO OMOGENEO**

Si veda anche Cass. n. 4184/2012, secondo cui i conviventi dello stesso sesso, quali titolari del diritto alla vita familiare «possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili alle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza». —————> (Segue)

# (SEGUE) UN ESEMPIO: L'IMPRESA FAMILIARE

Vi è una discussione sull'applicabilità dell'art. 230-*bis* c.c. (Impresa familiare) alla convivenza *more uxorio*, discussione da estendere, oggi, anche alle convivenze *same sex*. Prescindendo dagli argomenti delle posizioni contrapposte, se la *ratio* dell'istituto è quella di apprestare una tutela minima a quei rapporti di lavoro che si svolgono nell'impresa familiare o nella famiglia, sembra difficile eludere la seguente alternativa:

- o si ritiene che l'art. 230-*bis* sia applicabile analogicamente alla coppia di fatto (con o senza figli), alla luce anche della legge 219/2012 che induce a considerare famiglia la coppia di conviventi con prole;
- altrimenti si apre la via della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 230-*bis* nella parte in cui non attribuisce anche al convivente *more uxorio* i diritti patrimoniali e non patrimoniali previsti da tale articolo (diversamente vi sarebbe una disparità di trattamento fondata sulla sola condizione personale, la qualità di coniuge).