

**QUADERNI
DELL'OSSERVATORIO
NAZIONALE
SUL DIRITTO DI FAMIGLIA**

2026

a cura di

**ETTORE BATTELLI, ANTONIO CARRATTA,
CLAUDIO CECHELLA, ANGELO DANILO
DE SANTIS**



Roma Tre Press
2026



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

*Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza*

1

QUADERNI DELL'OSSERVATORIO NAZIONALE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA

2026

a cura di

**ETTORE BATTELLI, ANTONIO CARRATTA,
CLAUDIO CECHELLA,
ANGELO DANILO DE SANTIS**



Roma TriE-Press
2026

Direttori Collana:

Ettore Battelli, Antonio Carratta, Francesco Macario

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Giulio Bartolini, Rita Benigni, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Mauro Catenacci, Claudio Cecchella, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Francesco De Leonardis, Gianpaolo Fontana, Marco Gambacciani, Giovanni Girelli, Andrea Guaccero, Dario Ippolito, Francesco Longobucco, Fiona Elizabeth Macmillan, Luca Marafioti, Maria Rosaria Marella, Marco Maugeri, Sara Menzinger di Preussenthal, Francesco Mezzanotte, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Roberto Poli, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Mario Ricca, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Luisa Torchia, Noah Vardi, Andrea Zoppini.

I *Quaderni dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia* sono curati dalla *Scuola di Alta Formazione Specialistica ONDIF*, Università di Roma Tre e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, diretta dall'Avv. Rosa Patrizia Vincelli.

Comitato di gestione dei Quaderni:

Avv. Angelica Addressi, Prof. Avv. Ettore Battelli, Avv. Valeria Cianciolo, Prof. Avv. Angelo Danilo De Santis (coordinatore), Avv. Simonetta Ferrante (responsabile della raccolta dei materiali), Avv. Gianluca Vecchio.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press*

Roma, settembre 2026

ISBN: 979-12-5977-666-2

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Persone, Minori, Famiglie

La Collana *Persone, Minori, Famiglie* del Dipartimento di Giurisprudenza si propone quale sede privilegiata di elaborazione, approfondimento e diffusione della ricerca scientifica dedicata alla persona, alla tutela dei minori e alle relazioni familiari, ambiti nei quali si riflettono, con particolare intensità, le trasformazioni che attraversano gli ordinamenti contemporanei e le società pluralistiche.

Muovendo dalla centralità della persona quale valore fondante dell'ordine giuridico e dall'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali, la Collana intende promuovere un confronto rigoroso e aperto tra differenti tradizioni culturali, metodologie di ricerca ed esperienze ordinamentali. In questa prospettiva, essa si propone quale spazio di dialogo tra il diritto nazionale, il diritto eurounitario, il diritto internazionale e le più significative esperienze comparate, favorendo l'emersione di nuove chiavi interpretative e di percorsi di indagine innovativi.

La Collana *Persone, Minori, Famiglie* accoglie monografie, opere collettanee, atti di convegni, relazioni e *working papers* che si distinguano per originalità, rigore metodologico e capacità di contribuire all'avanzamento della scienza giuridica. Particolare attenzione è riservata agli studi che sappiano coniugare solidità teorica e consapevolezza dei precipitati applicativi, offrendo strumenti di analisi idonei a comprendere e governare i processi di evoluzione del diritto della persona, della protezione dei minori e delle relazioni familiari.

L'apertura internazionale costituisce uno dei principi ispiratori del progetto editoriale. La Collana si rivolge infatti a studiosi italiani e stranieri, favorendo il dialogo tra comunità scientifiche, istituzioni, magistratura, professioni legali e realtà associative, nella convinzione che la ricerca giuridica trovi il proprio più autentico sviluppo nel confronto tra prospettive diverse e nella circolazione delle idee.

Inserita nel progetto editoriale *Roma TrE-Press*, la Collana valorizza le opportunità offerte dall'accesso aperto e dalla diffusione digitale della conoscenza scientifica, assicurando la più ampia condivisione dei risultati della ricerca e il loro inserimento nel dibattito accademico nazionale e internazionale. A tale dimensione si affianca la pubblicazione a stampa, realizzata secondo elevati standard qualitativi.

La Collana intende contribuire allo sviluppo del dibattito giuridico contemporaneo, proponendosi quale punto di riferimento per la ricerca sui temi della persona, dell'infanzia e delle relazioni familiari, attraverso la creazione di uno spazio di confronto capace di coniugare riflessione teorica, approfondimento sistematico e attenzione alle problematiche applicative, favorendo la costruzione di una comunità scientifica sempre più aperta, autorevole e internazionale.

Editorial policy e descrizione scopo collana

I volumi pubblicati nella collana sono sottoposti a referaggio in “doppio cieco”, affidato a membri del Comitato Scientifico o a studiosi esterni ritenuti dai direttori esperti dello specifico tema oggetto della pubblicazione proposta.

I volumi pubblicati dalla collana sono liberamente accessibili in formato elettronico sul sito dell'editore *Roma TrE-Press*.

La versione a stampa è acquistabile in modalità ‘*Print on demand*’.

Le pubblicazioni hanno una numerazione progressiva e eventuali richiami o citazioni ad essi devono riportare la denominazione estesa del contributo a cui si fa riferimento.

La Direzione è affidata a professori ordinari in ruolo nell'Ateneo di Roma Tre con interessi nel diritto delle persone, dei soggetti minori di età e del diritto di famiglia.

La Collana vuole proporsi come ideale collocazione non soltanto per lavori di studiosi italiani ma anche stranieri, proponendosi di coinvolgere nel Comitato Scientifico professori anche esterni all'Ateneo con cui il Dipartimento ha instaurato solidi rapporti di collaborazione.

INDICE

IL MATRIMONIO

RITA BENIGNI	
<i>Vizi della volontà nel matrimonio canonico e gestione civile della crisi matrimoniale</i>	3

LE UNIONI CIVILI E LE CONVIVENZE

PIERPAOLO VINCELLI	
<i>Le convivenze ed il contratto</i>	25
ANTONELLO SPADAFORA	
<i>Sviluppi evolutivi della negozialità familiare</i>	45

AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA

CARLO RIMINI	
<i>L'agonia della comunione dei beni in Italia</i>	57

FILIAZIONE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

ANNA SCHIAFFINO	
<i>La tutela dei dati personali dei minori nell'ecosistema digitale tra protezione rafforzata, age assurance e intelligenza artificiale</i>	71
CRISTINA CARICATO	
<i>Il cognome del figlio</i>	85
LEONARDO LENTI	
<i>Filiazione: profili sostanziali. Diritti e doveri dei figli</i>	107
ETTORE BATTELLI	
<i>Responsabilità genitoriale e decadenza: tra evoluzione giurisprudenziale e sfide dell'era digitale</i>	129

ATTIVITÀ DELLE PARTI E POTERI DEL GIUDICE NEL PROCESSO DI FAMIGLIA

CLAUDIO CECHELLA

I diritti della famiglia dopo il 1975 e le risposte del processo riformato 149

ATTUAZIONE DELLE MISURE GIURISDIZIONALI NEL DIRITTO DI FAMIGLIA

BEATRICE MAGARÒ

La tutela dei crediti alimentari e di mantenimento 173

IL MATRIMONIO

RITA BENIGNI

*Vizi del consenso nel matrimonio canonico
e gestione civile della crisi coniugale*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di uno studio – 1.1 La delibazione della pronuncia canonica di nullità matrimoniale e il superamento del limite di ordine pubblico della convivenza triennale come coniugi successiva alla celebrazione – 2. Principi generali del matrimonio canonico. Il consenso – 3. L'incapacità a contrarre il matrimonio – 4. L'ignoranza e l'errore – 5. Dolo, violenza e timore grave – 6. La simulazione – 7. La condizione.

1. *Le ragioni di uno studio*

Cosa può spingere un avvocato italiano ad affrontare, oggi, lo studio dei vizi della volontà del matrimonio canonico?

La risposta è radicata nell'Accordo di revisione del Concordato del 1929 tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, sottoscritto nel 1984 (di seguito Acc.do del 1984). Questo, tra le altre materie, regola il matrimonio celebrato in Italia con rito cattolico secondo le norme del diritto canonico e avente effetti civili all'esito della sua trascrizione nei registri dello stato civile¹.

Per le disposizioni concordatarie questo matrimonio realizza un pluralismo normativo interno che non si esaurisce nella venuta a esistenza del matrimonio stesso ma si estende alla giurisdizione sulla eventuale patologia dell'atto matrimoniale, vale a dire alla eventuale azione di dichiarazione di invalidità dell'atto sotto la specie della nullità.

L'art. 8.2 Acc.do del 1984 prevede infatti che le pronunce canoniche di nullità matrimoniale, adottate con riferimento a un matrimonio concordatario italiano, acquistino efficacia civile attraverso una procedura di delibazione regolata dagli artt. 796-797 cod. proc. civ. (norme di diritto priv. inter. rimaste in vigore solo per questo rapporto dopo l'adozione della l. n. 218 del 1995).

¹ In arg. cfr. C. VENTRELLA MANCINI, a cura di, *Il diritto matrimoniale canonico, civile, concordatario: una lettura interdisciplinare*, vol. I: *Lezioni di diritto matrimoniale canonico e concordatario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021; R. BENIGNI, *Matrimonio canonico e concordatario*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, vol. IV, Famiglia, a cura di F. Macario, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, pp. 710-740.

La possibilità di delibare una pronuncia canonica di nullità matrimoniale, attribuendole efficacia anche nell'ordinamento civile, costituisce il principale motivo per approfondire gli intrecci tra i due sistemi normativi. Se l'interconnessione tra ordinamento canonico e civile si limitasse alla sola fase genetica del vincolo matrimoniale, come avviene per le altre forme di matrimonio religioso con effetti civili, l'analisi potrebbe ridursi allo studio delle pubblicazioni matrimoniali, della trascrizione dell'atto di matrimonio e dei possibili vizi di tali fasi, di competenza dell'autorità giudiziaria italiana.

Superata così la prima questione, se ne pone subito un'altra: cosa può spingere una parte a richiedere una pronuncia canonica di nullità matrimoniale e, successivamente, ad agire per ottenere gli effetti civili di quella pronuncia.

La risposta è relativamente semplice e va oltre i profili di coerenza con la propria fede religiosa.

L'istituto della delibazione, infatti, può risultare particolarmente favorevole per il coniuge economicamente più forte, mentre può comportare un significativo svantaggio per quello più debole.

La declaratoria di nullità del matrimonio — anche quando derivi dalla delibazione di una sentenza canonica — comporta che il vincolo coniugale sia considerato *tamquam non esset*, con conseguente applicazione della disciplina del matrimonio putativo prevista dagli artt. 129 e 129-bis cod. civ. Ne consegue che, se entrambi i coniugi agiscono in buona fede, al coniuge economicamente più debole spettano solo prestazioni periodiche per un periodo massimo di tre anni, mentre nell'ipotesi in cui uno dei coniugi sia in mala fede, il coniuge in buona fede ha diritto a una congrua indennità. In entrambe le situazioni, la tutela patrimoniale prevista dall'ordinamento per il coniuge più debole risulta notevolmente più contenuta rispetto a quella garantita nei procedimenti di separazione personale o di scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio, mentre a trarne vantaggio sarà il coniuge economicamente più forte².

² In arg. si vedano i saggi nel volume *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*. De iure condito e de iure condendo, a cura di S. Domianello, Giuffrè, Milano, 2006; G. COMOTTI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e tutela della parte economicamente debole*, in *AIAF Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, 2014, 1, pp. 29-34. Vedi anche C. IPPOLITI MARTINI, *I riflessi civilistici della delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1(2), 2022, pp. 876-897; A.S. MANCUSO, *Delibazione e divorzio nella giurisprudenza della Cassazione: il difficile bilanciamento tra attuazione della normativa concordataria e tutela del coniuge più debole*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 2024, 7, pp. 23-64.

Emerge così chiaramente come l'interesse a richiedere o a contrastare la delibazione di una pronuncia canonica di nullità matrimoniale sia spesso guidato non solo da motivazioni religiose o dottrinali, ma anche da ragioni economiche.

Tale interesse si accentua ulteriormente quando si considerino due profili aggiuntivi.

In primo luogo, la pendenza di un procedimento di separazione e divorzio non ostacola la delibazione, poiché i due giudizi hanno oggetti differenti: i primi due sono volti a sciogliere gli effetti civili di un matrimonio valido; il secondo riguarda, invece, la (in)validità originaria del vincolo matrimoniale. Quindi, qualora la delibazione intervenga mentre è pendente un giudizio di separazione o di divorzio, essa può incidere sul relativo processo.

In caso di procedimento divorzile, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, soltanto il passaggio in giudicato della pronuncia sullo *status* di divorziato impedisce l'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere. In caso di giudicato parziale sul (solo) vincolo, il giudizio proseguirà limitatamente alle questioni patrimoniali, poiché la competenza del giudice del divorzio trova fondamento nel definitivo consolidarsi del titolo su cui si fondano gli obblighi di mantenimento (Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9004)³.

Diversamente, nel caso di procedimento di separazione, neppure il passaggio in giudicato della relativa sentenza impedisce la delibazione. In tale ipotesi, la pronuncia dichiarativa della nullità del matrimonio travolge il procedimento e anche le statuizioni patrimoniali, poiché queste si fondano sulla permanenza del vincolo matrimoniale e sul dovere di assistenza materiale tra coniugi (Cass. civ.11 maggio 2018, n. 11553).

Un secondo motivo che può corroborare l'interesse a ricorrere al giudice canonico è rappresentato dal catalogo particolarmente ampio delle cause di nullità matrimoniale nel diritto canonico e, soprattutto, dalla natura imprescrittibile dell'azione di invalidità. Diversamente da quanto accade per il Codice civile che non solo prevede

³ Tra i commenti alla pronuncia cfr. A. CESARINI, *Libertà e responsabilità nella convivenza coniugale: la stabilità dell'assegno divorzile a seguito di "delibazione" della nullità canonica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, pp. 1-19; C.M. CEA, *Sentenza di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: l'intervento delle Sezioni unite e i problemi non ancora risolti*, in *Foro italiano*, 2021, cc. 1600-1606; J. PASQUALI CERIOLO, *Le Sezioni unite e l'"indifferenza" del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: la tutela del "coniuge debole" nell'ordine matrimoniale dello Stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 7, pp. 69-89.

un numero più ristretto di fattispecie invalidanti, ma impone anche termini brevi per l'esercizio dell'azione di impugnazione.

1.1. *La delibazione della pronuncia canonica di nullità matrimoniale e il superamento del limite di ordine pubblico della convivenza triennale come coniugi successiva alla celebrazione*

La delibazione di una pronuncia canonica di nullità matrimoniale - come già rilevato - soggiace alle condizioni e ai limiti delineati dagli artt. 796 e 797 cod. proc. civ., i quali prevedono requisiti non soltanto di natura processuale, ma anche di carattere sostanziale⁴. Con riguardo a questi ultimi, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo enucleato il principio secondo cui «non assume portata impeditiva una pur rilevante divergenza di disciplina tra le cause di nullità previste nei due ordinamenti, purché essa non oltrepassi quel livello di maggiore disponibilità che connota i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica» (Cass., sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026). Si è parlato a riguardo di ordine pubblico concordatario, capace di escludere la delibazione della pronuncia canonica di nullità del matrimonio soltanto in presenza di una incompatibilità con la disciplina di diritto civile che abbia carattere assoluto e non anche relativo, diversamente da quanto accade nella delibazione delle pronunce civili straniera⁵. È stato pertanto ritenuto sufficiente il riscontro di una sostanziale consonanza tra i principi ispiratori dei rispettivi sistemi normativi.

Muovendo da tali premesse, per lungo tempo l'atteggiamento dell'ordinamento statale nei confronti delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale è stato improntato a un'estrema permeabilità, con un controllo di delibazione esercitato in termini sostanzialmente indulgenti, che ha condotto al riconoscimento di efficacia civile della quasi totalità delle decisioni ecclesiastiche⁶, fatte salve poche ipotesi eccezionali — quali,

⁴ Sui rapporti tra la pronuncia canonica di nullità del matrimonio e la giurisdizione civile, si veda, *ex multis*, N. MARCHEI, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁵ Cfr. S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1989; N. MARCHEI, *Il giudice civile*, cit., pp. 105-106; ID. *Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico così detto "concordatario": il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, pp. 131-152; P. CAVANA, *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, pp. 21-52.

⁶ La nozione ristretta di ordine pubblico concordatario, di cui al testo, ha consentito alla giurisprudenza di riconoscere efficacia a pronunce canoniche di nullità fondate anche su vizi

in particolare, la simulazione unilaterale o la c.d. riserva mentale (v. oltre).

In questo contesto evolutivo, al fine di attenuare gli effetti dirompenti che la delibazione può produrre sui rapporti coniugali di lunga durata, nel 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con due pronunce gemelle (Cass., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380), hanno individuato un limite generale di ordine pubblico: la convivenza triennale come coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio. Tale limite è stato ritenuto ostativo alla delibazione di una sentenza canonica di nullità matrimoniale, indipendentemente dalla specifica causa invalidante accertata in sede ecclesiastica⁷.

Questa impostazione è stata significativamente rivista tra la fine del 2022 e l'inizio del 2023. La Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, con due ordinanze ravvicinate (Cass. civ. sez. I, 16 giugno 2022, n. 17910, e Cass. civ. sez. I, 4 gennaio 2023, n. 149), ha ridimensionato l'ambito di applicazione del limite della convivenza triennale come coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio, procedendo a una nuova articolazione delle cause di nullità matrimoniale rilevanti ai fini della delibazione.

In particolare, la Corte ha distinto due categorie di vizi: da un lato, quelli che presentano elementi oggettivi sostanzialmente corrispondenti nei due ordinamenti e che non si limitano alla semplice coincidenza

affatto tipizzati o riconoscibili dall'ordinamento civile, tra cui errori su una qualità essenziale dell'altro nubendo da intendersi in senso ampio e soggettivo, come l'errore sul conseguimento della laurea (cfr. N. MARCHEI, *Il giudice civile*, cit., 105-106). Analoga apertura è stata riconosciuta sul piano processuale, così da ritenere irrilevante la mera divergenza tra istituti processuali canonici e civili, a condizione che risultino rispettati gli elementi essenziali del diritto di difesa e del giusto processo, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (sent. n. 18 del 1982). Il principio di equo processo esige che le parti possano confrontarsi in posizione di parità, attraverso la piena conoscenza delle domande e delle pretese avverse, un tempo congruo per la difesa e la discussione, nonché il riconoscimento del diritto alla prova e al contraddittorio sulla sua formazione e valutazione (Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253). Cfr. C. CONSOLO, *Il nucleo essenziale del diritto di agire e resistere nel diritto italiano vigente*, in S. Gherro a cura di, *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Cedam, Padova, 2003, pp. 174-186; N. MARCHEI, *Il giudice civile*, cit., pp. 131-132.

⁷ Tra i commenti cfr. N. MARCHEI, *Le Sezioni Unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, 3, pp. 775-790; E. GIACOBBE, *Le Sezioni Unite tra nomofilia e «nomofantasia»*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 4, pp. 1416-1446; N. COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, pp. 1-69; F. DI PRIMA, M. DELL'OGGIO, *L'incrinatura del principio concordatario in materia matrimoniale. Rilievi critici sulla prolungata convivenza come limite alla delibazione*, in *Norma. Quotidiano d'informazione giuridica*, 2016, pp. 1-57.

del *nomen iuris*; dall'altro, i vizi propri del diritto canonico, ossia quei motivi di nullità tipici dell'ordinamento ecclesiastico che non hanno un equivalente diretto nel diritto civile. Questi ultimi possono comunque essere presi in considerazione dall'ordinamento civile solo entro i limiti della maggiore disponibilità nei confronti di quello canonico, cioè nella misura in cui il riconoscimento della nullità non contrasti con i principi essenziali e con l'ordine pubblico del diritto civile.

Con riferimento alla prima categoria, la Corte ha escluso l'applicazione del limite della convivenza triennale, ritenendo che la sostanziale omogeneità delle fattispecie invalidanti renda meno pressante l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico familiare sottesa a tale limite. Viceversa, per la seconda categoria di vizi il limite della convivenza triennale continua a ostacolare la delibazione della pronuncia canonica di nullità matrimoniale.

A completamento del processo evolutivo del giudizio di delibazione, va segnalata la recente ordinanza della Prima sezione della Corte di Cassazione del 26 novembre 2025, n. 30993, con la quale si rimette alle Sezioni Unite la pronuncia sulla natura processuale dell'eccezione di convivenza triennale come coniugi, post celebrazione, introdotta dalle sentenze gemelle del 2014.

Nelle medesime pronunce, la Corte aveva osservato che l'eccezione è caratterizzata da una complessità fattuale strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri e all'assunzione di responsabilità personalissime di ciascun coniuge. Pertanto, quella doveva qualificarsi come eccezione in senso stretto (*exceptio iuris*), opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro, entro i termini di decadenza processuale previsti per le eccezioni proprie.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite pare discostarsi dall'orientamento precedente, laddove prospetta la qualificazione dell'eccezione come rilevabile d'ufficio, senza tuttavia compromettere integralmente l'argomentazione fin qui sviluppata dalla Corte. Secondo la Prima sezione, la rilevabilità d'ufficio presupporrebbe la risultanza in atti della prova dei presupposti fattuali che fondano il limite ostativo, quali, ad esempio, la durata della convivenza, la nascita di figli o altri elementi idonei a dimostrare l'esistenza di una convivenza assimilabile a quella coniugale⁸.

⁸ Per la Prima sezione della Cassazione la questione investe principi costituzionali fondamentali, quali la protezione della famiglia e la solidarietà coniugale, il punto centrale del suo argomentare risiede nella necessità di conservare una coerenza tra il fatto ostativo rappresentato dalla convivenza ultra-triennale come coniugi, la tutela del coniuge più vulnerabile e la prevalenza del matrimonio rapporto sul matrimonio atto. In tal senso nell'ordinanza n. 30993 del 2025, così si legge: «il mondo dei fatti non è il terreno inerte e sterile della mera

Va da sé che, qualora le Sezioni unite accogliessero la lettura innovativa prospettata dalla Prima sezione, si determinerebbe un ampliamento delle ipotesi di rigetto della delibazione delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale.

All'interno di questa cornice e del quadro interpretativo della Cassazione sul limite di ordine pubblico della convivenza triennale come coniugi, la nostra attenzione si concentrerà sulle fattispecie di nullità del matrimonio canonico derivanti da vizi del consenso. Queste, infatti, rappresentano non solo le ipotesi statisticamente più ricorrenti, ma anche quelle di maggior interesse in relazione al rinnovato criterio di delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale sopra delineato.

2. *Principi generali del matrimonio canonico. Il consenso*

Per cogliere la peculiarità della disciplina dei vizi del consenso nell'ordinamento canonico, è opportuno soffermarsi, sia pur in termini sintetici, sui principi che informano la nozione stessa di matrimonio canonico⁹.

Nel diritto canonico, il matrimonio costituisce il patto (*foedus*) mediante il quale un uomo e una donna si donano integralmente l'uno all'altro, conferendo il proprio consenso con il fine di costituire una comunità di vita e di amore intima e duratura (cann. 1055 § 1; 1057 § 2).

In tale contesto, il *consensus matrimonialis* assume una funzione costitutiva essenziale del vincolo coniugale non riscontrabile nel diritto statale.

Secondo il diritto canonico, tale consenso non può essere supplito o integrato da alcuna potestà umana (can. 1057 § 1), nemmeno per esigenze di certezza dei rapporti giuridici. L'assenza o il vizio del consenso determinano la nullità del matrimonio che non è sanabile mediante

irrilevanza giuridica, bensì il contesto autentico della storia [...]. Anche i fatti, i meri fatti della vita, sono portatori di una prescrittività normativa» (punto 13).

⁹ Il matrimonio canonico è oggetto di numerosi manuali e opere monografiche; tra esse si veda P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 2008; P. RONZANI, *Elementi di diritto matrimoniale canonico*, Cedam, Padova, 2010; G. SCCELLINI, *Il matrimonio nel Codice di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2011; S. GHERRO, *Diritto canonico*, vol. II: *Diritto matrimoniale*, Cedam, Padova, 2012; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. II, EDB, Bologna, 2013; E. VITALI, S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2017; M. FERRANTE, *Lezioni di diritto matrimoniale canonico*, Cedam, Padova, 2023.

strumenti ordinamentali di natura umana. Conseguentemente, risultano inapplicabili al matrimonio canonico principi propri degli ordinamenti civili, quali la prevalenza della dichiarazione o dell'affidamento sul comportamento esteriore, nonché istituti come la prescrizione o la decadenza dalla azione di nullità.

A presidio dello *ius connubi* — inteso quale *ius fondamentale contrahendi matrimonium* — l'ordinamento canonico sancisce una *presumptio conformitatis* tra il consenso interno e quanto manifestato *verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis* (can. 1101), questa tuttavia ha natura di *presumptio iuris tantum*, superabile mediante prova contraria, senza alcun limite temporale. Pertanto, ogni matrimonio celebrato *coram Ecclesia* deve ritenersi valido fino a quando non venga fornita in giudizio la prova della sua nullità (can. 1060).

La necessità che il consenso matrimoniale sia immune da qualsivoglia vizio trova fondamento nella peculiare natura del matrimonio canonico, che si configura come rapporto affettivo e corporeo tra i coniugi, ma, al contempo e in modo inscindibile, è anche sacramento. Invero, «tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento» (can. 1059 § 2).

La compenetrazione del profilo negoziale-temporale con quello sacramentale impone ai nubendi, ministri del sacramento matrimoniale, di volere ciò che la Chiesa intende per matrimonio. Ne consegue che ogni divergenza rispetto al modello normativo delineato dal Codice di diritto canonico è idonea a determinare la nullità del vincolo matrimoniale¹⁰.

Gli elementi qualificanti del modello canonico, sui quali il consenso matrimoniale deve necessariamente convergere, possono essere individuati come segue.

In primo luogo, l'essenza o causa giustificativa del matrimonio, identificata nel *consortium totius vitae*, che ne costituisce il fondamento intrinseco.

In secondo luogo, le proprietà del matrimonio, costituite dall'unità e dall'indissolubilità: la prima esprime l'unicità ed esclusività del vincolo tra un uomo e una donna, uniti nella comunione dei corpi e dello spirito e orientati alla fedeltà coniugale (*bonum fidei*); la seconda proietta tale unicità sul piano temporale, connotando il matrimonio canonico come

¹⁰ Il matrimonio è normalmente nullo se uno dei contraenti è ateo e ha contratto il matrimonio con l'esclusione della natura sacramentale del vincolo. Tuttavia, la pronuncia di nullità matrimoniale per esclusione della natura sacramentale non è sempre delibabile: essa è soggetta ai limiti dell'ordine pubblico quando si tratti di riserva mentale (o simulazione unilaterale) rimasta ignota o in conoscibile all'altro coniuge (Cass. civ. 18 dicembre 2013, n. 28820).

intrinsecamente perpetuo.

In terzo luogo, la finalità propria del consortium, individuata *nel bonum coniugum et proles*, che orienta il vincolo alla crescita e al bene dei coniugi e dei figli.

Infine, la sostanza sacramentale del vincolo, espressa dal *bonum sacramenti*, che conferisce al matrimonio la sua dimensione sacramentale e lo inserisce nella vita ecclesiale come segno visibile della grazia di Dio.

Ciascuno di tali elementi deve essere oggetto di un atto intellettuale di conoscenza e di un atto di volontà, entrambi integralmente liberi da vizi, giacché solo la piena convergenza di cognizione e volontà sul modello matrimoniale canonico consente la valida costituzione del vincolo.

La validità del matrimonio canonico non dipende esclusivamente dalla presenza di un consenso valido ed efficace tra le parti, ma risulta altresì condizionata da ulteriori requisiti, richiamati qui a titolo esemplificativo.

Un primo insieme di cause di invalidità concerne la presenza di impedimenti matrimoniali: circostanze oggettive, estranee alla sfera cognitiva e volitiva dei nubendi, che rendono il soggetto giuridicamente incapace di contrarre matrimonio. Nella maggior parte dei casi, gli impedimenti trovano un corrispettivo nell'ordinamento civile, essendo riferibili a situazioni concernenti: *l'età, i vincoli di consanguineità e di parentela, l'adozione, la sussistenza di un precedente vincolo matrimoniale, nonché il delictum*, comprensivo del coniugicidio e del ratto¹¹.

Non trova un equivalente nel diritto civile l'impedimento derivante dalla *impotentia coeundi antecedens et perpetua* (can. 1084, §§ 1-2), intesa quale incapacità di compiere l'atto sessuale che, per sua natura, sia idoneo alla generazione della prole¹². Tuttavia, se l'*impotentia coeundi* fosse stata oggetto di un consenso errato dell'altro coniuge, essa potrà rilevare indirettamente nell'ordinamento civile ai sensi dell'art. 122, comma 3, n. 1, cod. civ., il quale consente di impugnare il matrimonio se il consenso è stato prestato in presenza di errori su caratteristiche dell'altro coniuge, quali malattie fisiche o psichiche, o anomalie che impediscano il normale svolgimento della vita coniugale. Analoga considerazione vale per l'altra

¹¹ Le fattispecie di *delictum*, sul piano civilistico, possono essere ricondotte alle ipotesi di violenza previste dall'art. 122, comma 2, del Codice civile.

¹² Affinché l'impotenza possa costituire causa di invalidità del matrimonio, essa deve preesistere alla manifestazione del consenso ed essere caratterizzata dal requisito della perpetuità. Non è tuttavia necessario che presenti carattere assoluto, potendo configurarsi anche in forma relativa, ossia riferita a uno o più partner determinati. Parimenti, non è richiesto che le cause siano esclusivamente di natura fisica, potendo l'impotenza derivare anche da fattori di origine psichica.

forma di impotenza contemplata dal diritto canonico ossia la sterilità o *impotentia generandi*, la quale, diversamente dalla prima, «non proibisce né dirime il matrimonio» (can. 1084, § 3), ma può assumere rilievo sotto il profilo della incapacità e sotto il diverso profilo dei vizi del consenso¹³ (v. oltre).

Un secondo gruppo di cause di nullità concerne, infine, la *forma del consenso*, (can. 1108 ss.) il quale deve essere prestato secondo le modalità prescritte dall'ordinamento canonico.

3. *L'incapacità a contrarre il matrimonio*

I principi generali sopra richiamati trovano compiuto sviluppo nella disciplina dei vizi del consenso. Tra le cause più frequentemente dedotte dinanzi ai tribunali ecclesiastici assume particolare rilievo l'incapacità di contrarre matrimonio, prevista dal diritto canonico e solo apparentemente assimilabile all'ipotesi disciplinata dall'art. 120 cod. civ., dalla quale si distingue per struttura e presupposti.

Per l'art. 120 cod. civ.¹⁴ «il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi che, quantunque non interdetto, provi di essere stato incapace d'intendere o di volere, per qualunque causa, anche transitoria, al momento della celebrazione del matrimonio. L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che il coniuge incapace ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali».

Detta incapacità va intesa come un perturbamento grave, tale da far venire completamente meno le capacità intellettive e volitive e da ostacolare o impedire la formazione di una valida volontà. La Corte di cassazione, sez. I, pronunciandosi proprio in materia di delibazione di pronunce canoniche di nullità matrimoniale, si è soffermata sulla definizione di incapacità di intendere e di volere, fornendo elenchi di stati patologici che sostanziano la incapacità medesima ed escludendo espressamente la

¹³ Le fattispecie di *impotentia* di cui al can. 1084 sono ampiamente esaminate in dottrina. Tra le numerose opere, cfr. P. PELLEGRINO, *L'impedimento di impotenza nel matrimonio canonico*, Giappichelli, Torino, 2004; R. PICARDI, *L'impotenza generandi e coeundi nell'uomo e nella donna: humano modo e verum semen*, in *Medicina e Morale*, 2004, n. 5, 997-1015.

¹⁴ Per una introduzione alla disciplina civilistica cfr. G. DI ROSA, a cura di, *Commentario al Codice civile - Modulo Famiglia*, II ed. (vol. I), Utet giuridica, Milano, 2018; A. ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Cedam, Padova, 2020.

rilevanza invalidante de «la mera deficienza caratteriale o immaturità».¹⁵

Ne emerge un'impostazione più restrittiva rispetto al diritto canonico.

Il can. 1095 delinea tre casi di soggetti che, per ragioni psicologiche o caratteriali, siano privi della capacità di assumere gli obblighi essenziali del vincolo matrimoniale¹⁶. Queste tre ipotesi si distinguono per tipologia e gravità, e possono essere così riassunte.

1) *Incapacità percettiva* (can. 1095 § 1): non sono capaci di contrarre matrimonio «coloro che sono privi del sufficiente uso di ragione», ossia quanti mancano del grado minimo di intelligenza e conoscenza necessario per adottare qualsiasi atto volontario e responsabile. L'incapacità può essere anche temporanea, come nel caso di ubriachezza o uso di droghe al momento del matrimonio. Si noti come il canone evidenzia le due fasi del consenso matrimoniale già richiamate - l'atto intellettuale (comprensione) e l'atto volitivo (volere ciò che si è compreso) – che devono essere esenti da vizi.

Questa fattispecie, pur analoga all'art. 120 cod. civ., è tra le meno utilizzate in sede canonica, poiché lo stato di incapacità richiesto è generalmente così evidente da imporre al sacerdote di impedire la celebrazione del matrimonio.

2) *Incapacità discrezionale o critica* (can. 1095 §2): sono considerati incapaci di contrarre matrimonio anche coloro che «difettano gravemente della discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali». Per il codice di diritto canonico i nubendi devono possedere non una generica capacità intellettuale e volitiva, ma una capacità di discernimento relativa ai diritti e ai doveri fondamentali derivanti dal matrimonio e alla loro assunzione.

La gravità del difetto non dipende dalla sua causa, ma dal suo effetto sulla capacità di discernimento: rileva quanto esso riduca la capacità del soggetto di comprendere e valutare gli obblighi essenziali del matrimonio. Secondo la giurisprudenza ecclesiastica, un vizio invalidante può sussistere non solo in presenza di malattie o disfunzioni psichiatriche, ma anche in caso di anomalie psichiche meno gravi che limitino comunque in modo significativo la capacità valutativa o critica del soggetto; tali condizioni sono di norma accertate tramite perizia psicologica.

¹⁵ Si vedano in part. Cass. civ. sez. I, 11 ottobre 2023, n.28409; Cass. civ. sez. I, 27 maggio 2024, n. 14739.

¹⁶ In arg. cfr. Cfr. E. VITALI, S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, cit., 64; O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, Vita e Pensiero, 1981; M. CANONICO, *L'incapacità naturale al matrimonio nel diritto civile e nel diritto canonico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994; H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ, *Discrezione di giudizio e capacità di assumere: la formulazione del can. 1095*, Milano, Giuffrè, 2013.

Rientrano nel novero dei vizi invalidanti le nevrosi e le psicosi, comprese forme di personalità narcisista o antisociale, l'egocentrismo patologico e l'im maturità sotto diverse forme, tra le quali si annovera il cosiddetto mammismo¹⁷. Quest'ultimo, classificato dai periti tra le immaturità psico-affettive, consiste in una incapacità relazionale dei coniugi dovuta all'impossibilità di uno o di entrambi di rendersi autonomi dalla famiglia di origine, soprattutto sotto il profilo decisionale. Nelle forme più gravi può manifestarsi come dipendenza patologica dalla madre, con conseguente compromissione della capacità del nubendo di valutare in modo autonomo la scelta matrimoniale. Nelle forme più lievi, il mammismo può integrare una incapacità assuntiva ai sensi del can. 1095, n. 3, di cui si tratterà tra breve.

La distanza tra la disciplina canonica e quella civilistica è evidente. L'art. 120 cod. civ., infatti, contempla l'annullabilità del matrimonio per incapacità naturale, richiedendo che, al momento della celebrazione, il soggetto fosse privo della capacità di intendere e di volere. Una nozione, questa, più restrittiva che non coincide con l'area di applicazione del vizio canonico.

A riguardo la Cassazione ha escluso che le fattispecie accertate in sede ecclesiastica possano essere automaticamente ricondotte all'art. 120 cod. civ., evidenziando la non sovrapponibilità tra l'incapacità naturale in senso civilistico e i difetti di discrezione di giudizio o le immaturità psico-affettive rilevanti in ambito canonico. In applicazione di tali principi, sono state ritenute ostative alla delibazione, tra l'altro, situazioni quali l'im maturità caratteriale manifestatasi in un contesto di costante e invasiva interferenza familiare (Cass. civ., n. 28409/2023) e il marcato narcisismo di entrambi i coniugi, incompatibile con l'instaurazione di una relazione coniugale equilibrata ed empatica (Cass. civ., n. 14739/2024).

In queste fattispecie, quindi, si potrà invocare il limite di ordine pubblico rappresentato dalla convivenza coniugale protrattasi per almeno

¹⁷ Per un'introduzione ai disturbi della personalità incidenti sul consenso, cfr. G.F. ZUANAZZI, *La capacità intellettuale e volitiva in rapporto al matrimonio canonico: aspetti psicologici e psichiatrici*, in *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095 nn. 1-2)*, a cura dell'Arcisodalizio della Curia Romana, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2000, pp. 295 -317; R. PALOMBI, *Disturbi di personalità e consenso matrimoniale canonico*, in AA.VV., *L'incapacità consensuale tra innovazione normativa e progresso scientifico (Can. 1095, Mitis Iudex e DSM5)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2019, pp. 163169; R. PALOMBI, A. P. DE MATTEI, a cura di, *L'incapacità consensuale nel matrimonio canonico: prospettive canonico-processuali e psicopatologiche*, Città del Vaticano, LEV, 2019. A. P. DE MATTEI, a cura di, *L'incapacità consensuale nel matrimonio canonico: prospettive canonico-processuali e psicopatologiche*, Città del Vaticano, LEV, 2019.

tre anni dopo la celebrazione, situazione espressiva di una consolidata comunione di vita ritenuta ostativa al riconoscimento civile della pronuncia canonica.

3) *La incapacità assuntiva* (can. 1095 n. 3) riguarda coloro che, per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Diversamente dalle altre fattispecie, questa non si concentra sulla formazione di un consenso consapevole e responsabile, ma sulla capacità dei nubendi di assumere e adempiere gli obblighi derivanti dal vincolo matrimoniale. Come le precedenti, anche questa incapacità impedisce la comunione materiale e spirituale tra i coniugi.

L'incapacità può derivare da cause fisiche o da cause psichiche. Tra le prime rientra l'incapacità biologica di generare figli quando essa impedisce oggettivamente l'adempimento degli obblighi matrimoniali. Tra le cause psichiche, la giurisprudenza canonica include l'incapacità relazionale dei nubendi dovuta alla dipendenza e all'influenza della famiglia di origine¹⁸.

Più spesso, l'incapacità assuntiva è legata a problematiche della sfera sessuale, quali la ninfomania, il sadismo, il masochismo e l'omosessualità, ove tali condizioni si traducano in una oggettiva impossibilità di instaurare una autentica comunione coniugale.

L'omosessualità non è più considerata dalla Chiesa una patologia psichiatrica e tuttavia può invalidare il consenso matrimoniale per diversi motivi a seconda della sua intensità. In base alla Scala di Kinsey¹⁹ sugli orientamenti sessuali, l'omosessualità al grado massimo può risultare ostativa all'adempimento del *bonum coniugum*, che richiede l'unione materiale tra i coniugi, nonché al *bonum fidei*. In sede civile, una fattispecie di questo tipo potrebbe integrare l'errore sulla identità dell'altro

¹⁸ Tanto l'impotenza generandi che il cosiddetto mammismo, in sede civile possono assumere rilevanza sotto il profilo dell'errore su una qualità essenziale dell'altro coniuge (art. 122, comma 3, n. 1, cod. civ.). Per un caso di delibazione di una pronuncia canonica di nullità basata su una fattispecie di *mammismo*, v. Cass. civ. sez. I, 18 settembre 2014, n. 19691.

¹⁹ La Scala di Kinsey, nota anche come Scala dell'orientamento sessuale di Kinsey, è uno strumento sviluppato negli anni '40 da Alfred Kinsey (1894–1956), biologo e sessuologo statunitense, tra i pionieri dello studio scientifico della sessualità umana. La scala rappresenta l'orientamento sessuale come un continuum graduale, permettendo di descrivere la sessualità in termini di esperienze e desideri sessuali, invece di limitarla a categorie rigide e binarie come eterosessuale oppure omosessuale. Kinsey ha introdotto la scala nel contesto dei suoi studi pionieristici sulla sessualità maschile e femminile, raccolti in opere che hanno rappresentato una vera svolta nella comprensione scientifica del comportamento sessuale umano (cfr. A. KINSEY, W. POMEROY, C. MARTIN, P. GEBHARD, *Sexual Behavior in the Human Male*, 1948, Philadelphia, W.B. Saunders; ID. *Sexual Behavior in the Human Female*, 1953, Philadelphia, W.B. Saunders).

coniuge (ex art. 122 cod. civ.), inteso come errore sul sesso del partner. Nei gradi più bassi della scala, relativi a una sessualità più fluida, l'errore sulla qualità essenziale dell'altro coniuge potrà invece essere rilevante solo in sede canonica.

Altre cause di incapacità rilevanti ai sensi del can. 1095, n. 3 comprendono: l'avarizia patologica, l'anoressia, che può comportare una vera e propria negazione corporea, la bigorexia maschile legata al culto del corpo²⁰, nonché alcuni disturbi paranoici, come la paura ossessiva dello sporco.

Tutte le incapacità regolate dal can. 1095 devono esistere al momento della prestazione del consenso, se insorgono dopo la celebrazione il matrimonio resterà valido.

4. *L'ignoranza e l'errore*

A differenza delle precedenti fattispecie di incapacità a prestare un valido consenso, nelle ipotesi di ignoranza e di errore la parte è astrattamente capace di contrarre matrimonio, ma versa in una situazione patologica incidente sul processo di formazione del consenso.

L'*ignoranza* (can. 1096) è un vizio del consenso che ricorre quando la parte non possiede la conoscenza minima circa la natura del matrimonio. Per non incorrere in tale vizio è sufficiente che i nubendi «almeno non ignorino» che il matrimonio è la comunità permanente tra uomo e donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale.

Si tratta di una fattispecie non contemplata dal Codice civile e, nella presente analisi, di scarsa rilevanza, poiché ricorre raramente nella prassi²¹.

Quanto all'errore, il Codice di diritto canonico distingue tra errore in

²⁰ La bigorexia maschile (o disordine dismorfico muscolare) è un disturbo psicocomportamentale caratterizzato da ossessiva preoccupazione per la propria muscolatura e percezione distorta del corpo, che può portare a comportamenti compulsivi di allenamento, uso di integratori o sostanze anabolizzanti e compromissione della vita sociale. Nelle forme più gravi può ostacolare l'adempimento degli obblighi coniugali e la formazione di una comunione materiale e spirituale equilibrata tra i coniugi.

²¹ Ai sensi del can. 1096, per la validità del consenso matrimoniale non è richiesta una conoscenza dettagliata delle pratiche sessuali o dell'atto della copula; è sufficiente sapere che la generazione avviene tramite l'uso degli organi genitali. Ai sensi del § 2, tale conoscenza si presume acquisita al raggiungimento della pubertà in arg. Cfr. G.F. ZUANAZZI *Riflessioni sull'«ignorantia in re matrimoniali»: un canone ancora attuale?* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2021, n. 12

diritto ed errore in fatto.

Nella prima tipologia (can. 1099) l'errore cade sulle proprietà essenziali del matrimonio — unità e indissolubilità — ovvero sulla sua dignità sacramentale. In entrambi i casi, l'errore assume rilevanza invalidante solo qualora determini la volontà, ossia quando incida in modo causale sulla decisione di contrarre: ad esempio, quando il soggetto si sposi in difetto di consapevolezza circa l'indissolubilità del vincolo e l'obbligo di fedeltà, oppure circa la natura sacramentale del matrimonio.

Le fattispecie di errore più ricorrenti nelle procedure di delibazione sono quelle riconducibili al can. 1097.

Prima di esaminarne il contenuto, appare opportuno richiamare la disciplina dell'errore prevista dall'art. 122, comma 2, cod. civ., al fine di evidenziarne le affinità terminologiche e le rilevanti differenze strutturali.

Il legislatore civile contempla, anzitutto, l'errore sull'identità della persona dell'altro coniuge, ipotesi che ricorre quando un soggetto contragga matrimonio con una persona diversa da quella che intendeva sposare.

Accanto a tale figura è disciplinato l'errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge, che sussiste quando si accerti che il coniuge ricorrente non avrebbe prestato il consenso ove avesse esattamente conosciuto tali qualità. La norma circoscrive tale ipotesi attraverso una casistica chiusa di qualità considerate essenziali, attinenti:

- all'esistenza di una malattia fisica o psichica, ovvero di un'anomalia o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale;
- a determinate condizioni relative alla fedina penale;
- allo stato di gravidanza della moglie da parte di persona diversa dal marito²².

L'azione di annullamento, in ogni caso, non può essere proposta qualora vi sia stata coabitazione per un anno dopo la cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore, ovvero dopo la scoperta dell'errore.

Nel diritto canonico, pur a fronte di una distinzione formalmente analoga, la disciplina dell'errore si inserisce in una diversa sistematica del consenso matrimoniale e presenta un ambito applicativo più ampio.

Anche il can. 1097 distingue tra errore sulla persona ed errore su una qualità della persona.

Il primo invalida sempre il matrimonio, e coincide sostanzialmente con l'ipotesi civilistica dell'errore sull'identità dell'altro coniuge.

²² Sotto la voce dell'errore relativo allo stato di gravidanza del coniuge potrebbe farsi rientrare il caso dell'errore sulla paternità del nascituro indotto con dolo, disciplinato dal can. 1098, che altrimenti risulterebbe irrilevante in ambito civile (v. oltre).

Più complessa è, invece, la figura dell'errore su una qualità personale dell'altro contraente, in cui l'invalidità del matrimonio dipende dalla percezione soggettiva della parte caduta in errore. Il consenso, infatti, risulta viziato ogni qualvolta l'errore riguardi una qualità personale dell'altra parte intesa direttamente e principalmente considerata *sine qua non* dal punto di vista del nubendo²³. In tali casi si dice che il nubendo intende sposare la qualità, piuttosto che la persona in sé.

La fattispecie comprende tutte le qualità personali, sia quelle che possono incidere oggettivamente sul *consortium totius vitae* — come la fertilità o l'orientamento sessuale, inclusa l'omosessualità del partner — sia quelle prive di rilevanza oggettiva sul *consortium*, che riguardano prevalentemente profili sessuali come la verginità, le cause di infertilità (tra cui l'*impotentia generandi*) e, nuovamente, l'orientamento sessuale. Possono rilevare anche qualità relative allo *status* professionale: come essere laureato o svolgere una certa professione, fattispecie talora deliberate dalla giurisprudenza italiana (Cass. civ. 26 maggio 1987, n. 4707).

Sono state invece ritenute inidonei a invalidare il vincolo gli errori circa qualità generiche e comuni, come avere un buon carattere, oppure qualità relative ad aspetti particolari, quali essere amante degli animali, appassionato di un certo tipo di musica o un buon guidatore.

5. Dolo, violenza e timore grave

Nel diritto canonico, l'errore che invalida il matrimonio può talvolta essere indotto dal dolo altrui. In questa prospettiva, il dolo costituisce una fattispecie autonoma, disciplinata dal can. 1098, secondo cui il matrimonio è invalidabile quando raggiri o inganni del partner o di altri soggetti siano finalizzati a carpire il consenso e a celebrare le nozze. Non è richiesto che il dolo sia grave: è sufficiente anche un dolo negativo, consistente in un mero silenzio, mentre non rilevano la negligenza o la scarsa attenzione del *deceptus* nel valutare la qualità oggetto dell'errore.

Il dolo non ha un corrispettivo nominale nel Codice civile, tuttavia,

²³ Cfr. R. FUNGHINI, *L'errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa*, in *Monitor Ecclesiasticus*, n.120 (1995) pp. 39-68. G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, in AA.VV, *Errore e dolo nella giurisprudenza della Rota romana*, 2001, pp.78-81; M.A. ORTIZ, *Errore su una qualità intesa directe et principaliter* (can. 1097 § 2) *ed error redundans* (can. 1083 § 2 CIC 1917), in *Ius ecclesiae*, 2004, 16, 1, pp. 202-223.

alcune fattispecie concrete accertate in sede canonica possono trovare analogia con le previsioni sull'errore di cui all'art. 122 cod. civ. È il caso, ad esempio, della gravidanza da altro partner sopra richiamata, in cui, al momento della celebrazione del matrimonio, la donna nasconde intenzionalmente al futuro coniuge di essere incinta di un figlio concepito con un'altra persona.

A differenza di quanto accade per il dolo, alcune fattispecie di violenza o timore grave presentano invece un parallelo sia nominale sia sostanziale tra diritto canonico e civile. In particolare, i motivi di nullità per violenza o timore grave proveniente dall'esterno, disciplinati dal can. 1103, trovano riscontro nelle fattispecie di violenza e timore previste dall'art. 122, comma 1, cod. civ.

La dottrina canonistica evidenzia la specificità del timore reverenziale grave, consistente in una paura intensa di recare dispiacere a persone a cui si è legati da particolari vincoli o da cui si dipende (genitori, tutori, superiori, ecc.). Sul piano civilistico, tale fattispecie può comunque essere ricondotta a un grave sentimento di paura connesso a fatti naturali e limitativo della volontà matrimoniale, corrispondente al concetto civilistico di timore di eccezionale gravità.

6. *La simulazione*

I motivi di nullità fin qui esaminati generano una falsa rappresentazione della realtà nell'intelletto della parte. Nei casi di simulazione, invece, la patologia del consenso è nota e voluta. Qui la volontà manifestata all'esterno è sostituita da una esplicita volontà contraria nel foro interno della parte. Come per le fattispecie precedenti l'analogia riscontrabile tra Codice canonico e Codice civile in termini nominali nasconde profonde differenze sostanziali.

Per il Codice civile, art. 123, la simulazione è un accordo tra i coniugi finalizzato a non adempiere agli obblighi derivanti dal matrimonio o a non esercitare i diritti del matrimonio medesimo. Il vizio non è più impugnabile dopo un anno dalla celebrazione o per coabitazione dopo la celebrazione.

Nel diritto canonico, la simulazione è molto più articolata. Per il can. 1101, § 2 «se una o entrambe le parti escludono con un positivo atto di volontà il matrimonio stesso, oppure un suo elemento essenziale o una sua

proprietà essenziale, contraggono invalidamente»²⁴.

Sotto il profilo soggettivo, la simulazione canonica può riguardare entrambi i nubendi oppure uno solo. Quest'ultima fattispecie, nota come riserva mentale, non è prevista dal Codice civile, per il quale, anzi, essa contrasta con principi di ordine pubblico, quali l'affidamento nelle dichiarazioni rese dalla controparte e la buona fede negoziale (cfr. Cass. sez. un. n. 5026/1982).

Tale contrasto impedisce normalmente la delibazione della pronuncia di nullità canonica, che potrà essere ammessa solo se la domanda proviene dalla parte in buona fede. In questo caso, tuttavia, la controparte in malafede potrebbe eccepire il limite di ordine pubblico della convivenza triennale come coniugi successiva alla celebrazione, trattandosi di una fattispecie tipica del diritto canonico.

Sotto il profilo oggettivo, la simulazione canonica può essere totale, quando si esclude il vincolo matrimoniale nella sua interezza, oppure parziale, qualora si escluda uno solo degli aspetti essenziali del consenso.

L'esclusione può riguardare, ad esempio, l'essenza sacramentale del vincolo, situazione frequente quando uno dei nubendi è ateo e acconsente a nozze religiose per non dispiacere l'altro coniuge.

In alternativa, l'esclusione può riguardare il *bonum prolis*, ossia il proposito di procreare, e tale esclusione può configurare una condizione futura (ad esempio: farò un figlio quando mi sentirò pronto/a), che comunque invaliderebbe il vincolo (cfr. can. 1102).

Potrebbe altresì essere escluso il *bonum fidei*, in termini eventuali o concreti, ad esempio nel caso in cui si intenda intraprendere o mantenere una relazione extraconiugale, esonerandosi così dall'obbligo di fedeltà.

Infine, può essere escluso il *bonum coniugum*, ossia la mutua assistenza e l'intima comunione tra i coniugi, come nel caso in cui uno dei nubendi desideri una relazione fondamentalmente asimmetrica o subordinata, ad esempio una moglie completamente sottomessa al marito.

In tutti i casi sopra elencati la nullità non è sanabile e potrà farla valere anche la parte che l'ha cagionata, ciò in ossequio ai principi generali sopra

²⁴ In arg. Cfr. AA.Vv., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, LEV, 1990; in particolare il contributo di G. R. COLANTONIO, *Valore della presunzione del can. 1101 § 1 del C.I.C.*, pp. 13-38; S. BENIGNI, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 1999, in particolare p. 92 ss.; U. NAVARRETE S.I. a cura di, *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1999; C. VENTRELLA MANCINI, a cura di, *La simulazione del processo canonico di nullità matrimoniale*, Bari, Cacucci, 2020; A. SAMMASSIMO, *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 2023.

ricordati per cui entrambe le parti devono volere il matrimonio come conformato dalla Chiesa.

7. *La condizione*

L'ultima patologia del consenso che non trova corrispondenza nel Codice civile è costituita dalla condizione, in base alla quale il consenso espresso dipende dall'inverarsi di un fatto indisponibile e ignoto a chi appone la condizione stessa.

Il can. 1102 distingue due principali fattispecie:

condizione futura (*de futuro*), in cui il fatto condizionante è completamente incerto, ad esempio: acconsento al matrimonio se entro l'anno riceverai una donazione. Tale condizione invalida sempre il consenso.

Condizione passata o presente (*de praeterito vel de presenti*), ad esempio: acconsento al matrimonio se mia moglie è vergine oppure se sussiste uno stato di incensurato. In questo caso, l'invalidità si verifica solo se il fatto condizionante non esiste al momento della dichiarazione di consenso.

In entrambi i casi, la condizione non va confusa con l'errore sulla qualità dell'altro contraente. Infatti, sebbene sia nella forma propria (*de futuro*) sia in quella impropria (*de praeterito vel de presenti*) la parte subordina il consenso all'esistenza di una qualità del partner, chi appone la condizione ritiene la caratteristica incerta, e non erroneamente esistente. Non vi è quindi alterazione né del momento intellettuale né di quello deliberativo: la parte esprime una volontà precisa e circostanziata.

L'invalidità del matrimonio condizionato è legata alla sospensione dell'effetto del consenso, che è inconciliabile con l'essenza del matrimonio. I nubendi, infatti, vivrebbero a tempo indeterminato in una finzione che compromette il *consortium totius vitae* e la sacramentalità del vincolo. A essere tutelato è dunque il matrimonio stesso, e ciò spiega l'irrilevanza del fatto condizionante qualora esso esista, poiché in tal caso l'effetto sospensivo non si produce.

LE UNIONI CIVILI E
LE CONVIVENZE

PIERPAOLO VINCELLI

Le convivenze ed il contratto

SOMMARIO: 1. Pluralità di modelli di convivenza ed i tre piani di rilevanza giuridica del fenomeno sociale – 2. Le convivenze di fatto di cui alla legge n. 76/2016, tipizzazione del fenomeno e difficoltà del loro inquadramento sistematico – 2.1. Requisiti soggettivi negativi della fattispecie – 2.2. Requisiti soggettivi positivi della fattispecie – 3. La disciplina delle convivenze di fatto *ex lege* n. 76/2016 cit. tra regole “speciali” e quelle “general” delle famiglie di fatto – 3.1. Il diritto del convivente superstite ad abitare la casa ove si è svolta la convivenza – 3.2. Il diritto al risarcimento del danno – 3.3. Il diritto agli alimenti del convivente in stato di bisogno – 4. Il contratto di convivenza, tipicità, forma e opponibilità nei confronti dei terzi – 4.1. Condizioni per la stipula del contratto di convivenza *ex* comma 50 – 4.2. Contenuto del contratto di convivenza *ex lege* 76/2016 e libertà negoziale *ex* art. 1322 c.c. – 4.3. Limiti alla libertà contrattuale dei conviventi e possibilità di disciplinare la crisi della convivenza – 4.4. Il “venir meno” della fattispecie negoziale – 5. Conclusioni.

1. Pluralità di modelli di convivenza ed i tre piani di rilevanza giuridica del fenomeno sociale

L'odierna realtà fenomenica conosce una pluralità di modelli di convivenza rilevanti per l'ordinamento giuridico tra loro assai diversi, sia sotto il profilo della struttura, sia avuto riguardo alle finalità perseguite dai soggetti liberamente determinatisi ad intraprendere una comunione di vita. Così, le convivenze potrebbero essere instaurate per ragioni di parentela, di amicizia ovvero per la condivisione di esigenze della più varia natura solidaristica.

Al fine di una maggiore consapevolezza sistematica, appare utile distinguere tre livelli di rilevanza giuridica delle convivenze.

Partendo dal livello più ampio, è possibile individuare una nozione di convivenza genericamente qualificata dalla volontà delle parti di condividere una comunione di vita, e quindi non solamente ispirata al modello familiare tradizionale, la quale trova rilevanza in diverse disposizioni normative. In tal guisa, assumono rilevanza l'art. 4 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, che ci consegna la nozione di famiglia anagrafica, individuata come «un insieme di persone» legate non soltanto «da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela» ma anche da non meglio specificati «vincoli affettivi», i quali coabitino ed abbiano dimora abituale nello stesso

comune. Ancora, l'art. 408 c.c. che, tra le persone nel cui ambito scegliere l'amministratore di sostegno contempla anche «la persona stabilmente convivente». Sullo stesso piano di indagine, si pone anche l'art. 473-*bis*. 69 c.p.c. che, sostituendo il previgente art. 342-*bis* c.c., ricomprende tra le condotte pregiudizievoli e sanzionabili con gli «Ordini di protezione» ai sensi del seguente articolo 473-*bis*.70, non solo quelle del coniuge ma anche quelle del «convivente».

È tuttavia sulla nozione di convivenza *more uxorio*, ovvero, secondo l'espressione da tempo privilegiata da dottrina e giurisprudenza, sulla *famiglia di fatto*¹, quale fenomeno caratterizzato da un'ampia e sempre crescente diffusione², che hanno finito per concentrarsi le riflessioni dei giuristi i quali si sono occupati sia di individuarne i tratti caratterizzanti che di rinvenire soluzioni adeguate alle molteplici questioni che possono profilarsi tra i conviventi in relazione alla regolamentazione dei loro rapporti reciproci e di quelli con i figli nati dal rapporto.

Proprio tale forma di convivenza *more uxorio* o famiglia di fatto fa luce sul secondo livello di indagine del fenomeno sociale in esame, andando a identificare quella particolare formazione sociale che ricalca la struttura essenziale della famiglia fondata sul matrimonio, e a partire dall'introduzione della l. 20 maggio 2016, n. 76, anche sull'unione civile, senza che però a suo fondamento si ponga alcun atto giuridico volto alla sua formalizzazione.

In proposito, vale segnalare come la giurisprudenza sia passata da una considerazione del tutto negativa del fenomeno in esame, qualificando come concubinato qualunque convivenza al di fuori del matrimonio, ad una fase neutra, in cui per contraddistinguere i caratteri di stabilità e di durevolezza adottò l'espressione convivenza *more uxorio*³. È questa la fase nella quale, la Corte costituzionale con la sentenza n. 404 del 7 aprile 1988, in tema di proroga legale del contratto di locazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 6 legge 392 del 1978, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, proprio il convivente *more uxorio*⁴.

¹ F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1981, p. 5.

² Secondo gli studi ISTAT, nel 2023 sono stati celebrati in Italia 184.207 matrimoni rispetto ai 322.968 del 1980, e ciò conferma un forte e costante ridimensionamento della nuzialità che negli ultimi quarant'anni non ha conosciuto soste, al netto di alcuni momenti storici durante i quali il numero dei matrimoni ha mostrato andamenti altalenanti in relazione a fenomeni di tipo congiunturale (così, in <www.istat.it e <https://demo.istat.it/app/?i=MA4&cl=it>>).

³ Così, Tribunale di Napoli, 26 gennaio 1979.

⁴ Negli stessi sensi si è attestata la giurisprudenza di legittimità. Così, *ex multis*, Cass. civ., 17 giugno 1995, n. 6910.

Questa fase, a sua volta, è stata sostituita da un'altra, contraddistinta dall'uso della locuzione «famiglia di fatto», così da voler evidenziare come l'architettura di tale forma di convivenza sia «la sussistenza di un rapporto di coppia fondato, non su investiture esterne, bensì su un consenso che si rinnova continuamente e rappresenta il fondamento e il limite del rapporto stesso»⁵.

Dottrina e giurisprudenza riconducono unanimemente tale nozione di convivenza nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., nella misura in cui essa condensi un rapporto complessivamente diretto a consentire lo sviluppo della personalità di ciascuno dei *partner*.

Ciò ha consentito, da un lato, di superare l'impostazione dogmatica secondo la quale dall'art. 29 Cost. conseguirebbe un trattamento sfavorevole per la famiglia non fondata sul matrimonio come conseguenza di un atteggiamento di riprovazione verso i vincoli non formalizzati. E, dall'altro, di fugare ogni dubbio circa la riconducibilità nel fenomeno in esame anche delle convivenze di fatto che coinvolgono persone dello stesso sesso⁶. Sulla stessa linea si è posta anche la Corte Edu secondo la quale, pur essendo i legislatori degli stati membri liberi se ammettere o meno nei rispettivi ordinamenti il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha ricondotto la relazione tra conviventi, anche omosessuali, nella previsione di cui all'art. 8 della Convenzione, che assicura ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare⁷.

In questo contesto si introduce la l. n. 76/2016 cit. che, nei commi da 36 a 65 dell'unico articolo di cui si compone, delinea il terzo e più ristretto livello di indagine del fenomeno, ovvero quello delle convivenze di fatto formate da «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

⁵ Così, Cass. civ., 4 aprile 1998, n. 3503.

⁶ La Corte costituzionale, rigettando la questione di legittimità costituzionale di talune norme del Codice civile che non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha comunque affermato come ai sensi dell'art. 2 Cost. deve intendersi per formazione sociale «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto della valorizzazione del modello pluralistico», annoverandovi anche «l'unione omosessuale», da intendersi «come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (Corte cost., sent. 14 aprile 2010, n. 138).

⁷ Corte Edu, Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010.

2. *Le convivenze di fatto di cui alla legge n. 76/2016, tipizzazione del fenomeno e difficoltà del loro inquadramento sistematico*

Malgrado la volontà del legislatore sia stata quella di tenere la disciplina di tale più circoscritta nozione di convivenza di fatto ancora fuori dalla sede codicistica, non vi è dubbio che con il comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 cit., sia stata attribuita a tali forme di convivenze dignità giuridica formale.

Tale tipizzazione legislativa, proprio in quanto avente ad oggetto una nozione più ristretta delle convivenze rispetto a quella sopra richiamata di *famiglia di fatto*, lascia all'interprete l'arduo lavoro interpretativo di coordinamento delle disposizioni di nuovo conio rispetto alla disciplina riservata dall'ordinamento alle convivenze di fatto prima della legge 76/2016 cit. In tale prospettiva, può sin da subito proporsi quale criterio ermeneutico quello secondo il quale tutte le regole, sia di origine legislativa che giurisprudenziale, previste dal nostro ordinamento per le famiglie di fatto *ante* legge n. 76/2016 cit., trovano applicazione anche con riguardo alle convivenze ivi disciplinate. Non varrà invece il contrario, dal momento che non tutte le previsioni di cui ai commi da 38 a 62 dell'art. 1 della legge 76/2016 possono trovare applicazione con riguardo alle diverse forme di manifestazioni delle *famiglie di fatto* sopra esaminate. Occorre, a tal punto, procedere all'esame dei requisiti soggettivi della fattispecie di cui al comma 36 cit.

2.1. *Requisiti soggettivi negativi della fattispecie*

Partendo dai requisiti negativi della fattispecie, vale a dire dalla mancanza di vincoli di «parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile», non può che rilevarsi la lacunosità del disposto legislativo.

Anzitutto, non sono stati indicati quali siano i gradi di parentela ed affinità impedienti la costituzione della convivenza con la conseguenza che la sussistenza di un rapporto di parentela o affinità anche remotissimo sarà ragione ostativa della convivenza in esame. Risultato ermeneutico, questo, di difficile compatibilità sistematica ove si rammenti che una graduazione è stata condotta dal legislatore con riferimento agli impedimenti di parentela ed affinità rilevanti negli istituti del matrimonio, con l'art. 87 c.c. e dell'unione civile al comma 4, lett. c) della legge 76/2016 cit.

Per risolvere l'aporia ermeneutica, consistente nel ritenere più vincolata la costituzione di una convivenza di fatto rispetto alla celebrazione di

un matrimonio o di un'unione civile, è stata proposta la possibilità di un'applicazione analogica anche alle convivenze degli impedimenti previsti dall'art. 87 c.c. e dal comma 4, lett. c), cit.

Tale soluzione, tuttavia, si scontra con la natura eccezionale delle disposizioni sugli impedimenti previsti per il matrimonio e per l'unione civile, di guisa che l'unica strada percorribile per risolvere l'aporia esegetica in esame resta quella dell'incidente di costituzionalità del comma 36.

La disposizione in esame si caratterizza altresì per un'omissione ancora più rilevante, laddove sancisce che le parti della convivenza non debbano essere «vincolate [...] da matrimonio o da un'unione civile». Più in particolare, essa induce ad interrogarsi se il vincolo impediente debba sussistere unicamente tra i conviventi tra di loro ovvero se esso debba essere ritenuto esistente anche se uno soltanto dei *partner* sia unito da precedente legame formale derivante dal matrimonio o da un'unione civile.

Nel dibattito dottrinale si sono fatte strada entrambe le due possibili opzioni.

A sostegno della tesi⁸ che riconnette l'impedimento soltanto alla presenza di un precedente titolo formalizzante l'unione civile ovvero il matrimonio tra gli stessi *conviventi*, potrebbero militare tre ordini di argomentazioni, le prime due di natura letterale, e l'altra di carattere sostanziale.

Quanto al primo argomento letterale, deve rilevarsi come il disposto di cui al comma 36 cit. nel disporre che le parti non siano «vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» pare unificare quanto a rilevanza sia la sussistenza dei rapporti parentela, affinità ed adozione che quelli derivanti dall'unione civile o dal matrimonio. Ora, posto che i legami di parentela, affinità e adozione non possono che sussistere tra i conviventi tra di loro, anche quelli derivanti dal matrimonio o dall'unione civile non potrebbero che porsi reciprocamente tra gli stessi conviventi.

Inoltre, dovrebbe essere valorizzata, in negativo, la portata dell'art. 1, comma 4, lett. a) laddove, per l'unione civile, richiama specificamente «la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dell'art. 87 c.c. secondo cui non possono contrarre matrimonio tra di loro coloro che sono legati dai vincoli di parentela affinità o adozione.

Quanto all'argomento di natura sostanziale, deve rilevarsi come una diversa opzione lascerebbe fuori dalla portata applicativa delle disposizioni

⁸ L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in «Famiglia e Diritto», 10, 2016, pp. 924 ss.

di nuovo conio quelle convivenze riconosciute, anche prima della stessa novella legislativa, a vari fini da parte dell'ordinamento e composte da *partner* di cui uno separato e quindi formalmente ancora coniugato.

In realtà, gli indubbi vantaggi di coerenza sistematica di una simile interpretazione sono contraddetti dall'opinione maggioritaria⁹ secondo la quale i vincoli impedienti la convivenza devono essere intesi come sussistenti per ciascuna parte della convivenza. In tale direzione militano, più in particolare, le previsioni di cui al comma 57 dell'art. 1 della legge 76/2016 cit., secondo il quale «Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile... se concluso: a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36»; e quella di cui al successivo comma 59 secondo il quale «Il contratto di convivenza si risolve per:... c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona».

2.2. Requisiti soggettivi positivi della fattispecie

Quanto ai requisiti soggettivi positivi della fattispecie, il comma 36 cit. richiama la maggiore età dei conviventi, la sussistenza di una unione stabile attraverso legami affettivi di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale. Tali ultimi due presupposti devono essere oggetto di approfondimento.

La stabilità dei legami affettivi ha costituito da tempo l'elemento idoneo a distinguere una mera relazione occasionale o una semplice coabitazione da una vera e propria famiglia di fatto. Essa evoca un impegno serio e duraturo tra due persone che, legate da sentimenti di affetto, si comportano come coniugi, anche se in assenza di qualsivoglia formalizzazione.

L'interrogativo relativo a quando possa dirsi di essere davanti ad un rapporto di coppia stabile, questione sulla quale il legislatore nulla dice e che per forza di cose sarà rimesso all'interpretazione giurisprudenziale, ci consente di affrontare la questione dell'efficacia della dichiarazione anagrafica di cui al comma 37.

Dal tenore letterale del comma 37 in commento, secondo il quale «Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30

⁹ L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in <www.juscivile.it>, 2, 2016, pp. 92-107; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in <www.juscivile.it>, 3, 2016, pp. 195-214.

maggio 1989, n. 223», una parte del pensiero giuridico¹⁰ ha desunto la natura costitutiva della dichiarazione in esame, senza la quale pertanto non potrebbe configurarsi alcuna forma di convivenza giuridicamente rilevante ai fini di cui al comma 36.

Altra e per vero maggioritaria opinione dottrinale¹¹, confortata anche dalla giurisprudenza¹², ritiene che la dichiarazione in esame abbia mera natura dichiarativa. A tale esito è pervenuta valorizzando da un lato la valenza meramente fattuale della nozione di convivenza, e dall'altro la finalità di tutela del convivente perseguita dal legislatore, certamente frustrata se si ammettesse la libertà dell'altro *partner* di non far nascere la convivenza, allorché decida di non procedere alla dichiarazione anagrafica.

Il comma 36 in esame richiede inoltre la sussistenza tra i *partner* di reciproci legami di assistenza morale e materiale.

Tali legami assumono una connotazione particolare nelle convivenze. Ed infatti, mentre per i matrimoni e le unioni civili tale forma di assistenza morale e materiale si atteggia ai sensi dell'art. 143, comma 2, c.c. e del comma 11 dell'art.1 della legge n. 76/2016 cit., quale vero e proprio obbligo giuridico, ad effetto della fattispecie negoziale, per le convivenze tale assistenza si atteggia a requisito stesso di esistenza della fattispecie e, quindi, della loro stessa rilevanza giuridica.

3. *La disciplina delle convivenze di fatto ex lege n. 76/2016 cit. tra regole "speciali" e quelle "generali" delle famiglie di fatto*

Come esaminato *supra*, il comma 36 cit. ha tipizzato ipotesi particolari di convivenze di fatto, quelle che rispondono ai requisiti specifici previsti dalla stessa disposizione. In tal direzione, non appare superfluo evidenziare come lo stesso comma 36 cit. stabilisca che la definizione in esso contenuta sia determinante «Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67» e ciò a conferma della *voluntas legis* di perimetrare l'ambito soggettivo di esplicazione delle disposizioni recate dal *corpus* legislativo alla regolamentazione di tali particolari forme di convivenza.

¹⁰ Così, sembra ritenere F.P. LUIO, *La convivenza di fatto dopo la l. 2016/76*, in <www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/F.P.-Luiso.pdf>.

¹¹ L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in <giustiziacivile.com>, 20 aprile 2016, p. 5.

¹² Tribunale di Milano, 31 maggio 2016, in <www.quotidianogiuridico.it>.

La questione che si pone a tal punto per l'operatore del diritto è quella di verificare quanta parte delle regole previste dalla legge 76/2016 cit. trovi applicazione a tale più ampia nozione di convivenza.

A ben vedere, deve ritenersi come gran parte delle disposizioni di nuovo conio trovino applicazione generalizzata e ciò in considerazione del fatto che esse non hanno efficacia realmente innovativa dell'ordinamento, avendo piuttosto valore ricognitivo delle regole già prima ritenute applicabili ai conviventi.

In tale novero, è possibile inserire le disposizioni di cui ai commi 38 in tema di «diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario»; 39 relativamente al «diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali [...] In caso di malattia o di ricovero»; 40 con riguardo alla possibilità di designare l'altro convivente «quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie»; 44 e 45 destinati a prevedere i diritti del convivente di succedere nel contratto di locazione o di giovare del titolo di preferenza rappresentato dall'appartenenza ad un nucleo familiare»; 47 e 48 relativi alla posizione del convivente dinanzi all'amministrazione di sostegno e all'interdizione.

Natura realmente innovativa, con applicabilità limitata solo ai conviventi di cui al comma 36 cit., hanno, invece, le disposizioni di cui ai commi 46 riservato all'impresa familiare; 42 e 43 dedicati alla casa di comune residenza dei conviventi; 49 con riguardo al risarcimento del danno in caso di decesso del convivente, 65 sul diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza, oltre che quelle in materia di contratto di cui ai commi 50 e ss. Nel prosieguo, prima di affrontare le questioni più rilevanti in materia di contratto di convivenza, saranno esaminati gli istituti introdotti dai commi 42, 43, 49 e 65.

3.1. Il diritto del convivente superstite ad abitare la casa ove si è svolta la convivenza

I commi 42 e 43 cit. introducono una disciplina relativa al diritto di abitazione del *partner* superstite sulla casa ove si è svolta la convivenza.

Più in particolare, si prevede che tale diritto abbia una durata uguale a quella della convivenza con due limiti, il primo relativo alla durata massima che non può essere superiore a cinque anni ed il secondo riguardante la durata minima pari ad almeno due anni, elevato a tre anni qualora nella casa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite.

La dottrina¹³ si è interrogata su quale sia la natura di siffatto diritto e, più in particolare, se esso abbia natura reale oppure obbligatoria. Non è questa la sede per affrontare *funditus* tale problematica, tuttavia, può solo evidenziarsi come aderendo alla tesi della natura obbligatoria, conseguirebbe una forte diminuzione della tutela di cui il convivente superstite gode posto che lo stesso diritto non sarebbe trascrivibile. Ciò, evidentemente, esporrebbe lo stesso convivente superstite alla possibilità che gli eredi del convivente deceduto alienino l'immobile a terzi, compromettendo di fatto le ragioni poste a fondamento della tutela accordatagli.

Non priva di aporie applicative è risultata la clausola contenuta nello stesso comma 42 cit., di salvaguardia della disciplina di cui all'art. 337-*sexies* c.c.

In tale prospettiva, si è sottolineato¹⁴ come, *prima facie*, potrebbe profilarsi un'evidente differenza nel trattamento dei figli tra il caso regolato dall'art. 337-*sexies* cit. e quello previsto dall'inciso finale del comma 42 cit. La prima disposizione sarebbe nettamente più favorevole per i figli tanto per la durata quanto per la sicura opponibilità ai terzi, in presenza della trascrizione. Più in particolare, i figli di una coppia convivente sarebbero discriminati, quanto al diritto di restare nella casa familiare dopo la morte del genitore che ne è proprietario, rispetto ai figli di quella stessa coppia, nel caso in cui fossero stati emessi provvedimenti *ex art.* 337-*sexies* cit.

Tali dubbi circa una possibile disparità nel trattamento dei figli possono agevolmente essere fugati, ritenendo le due disposizioni applicabili a fattispecie diverse. Così, l'art. 337-*sexies* cit. troverebbe applicazione con riferimento ai figli comuni ai conviventi mentre il comma 42 cit. soltanto per i figli del convivente superstite.

Ai sensi del comma 43 cit., infine, tale diritto di abitazione viene meno nel caso in cui il convivente cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza, nelle ipotesi in cui contragga matrimonio o un'unione civile ovvero instauri una nuova convivenza di fatto.

3.2. *Il diritto al risarcimento del danno*

Il comma 49 parifica il convivente di fatto superstite al coniuge per ciò che concerne il diritto al risarcimento del danno per il caso di morte dell'altro convivente, dovuta al fatto illecito di un terzo.

Malgrado sia chiara l'intenzione del legislatore di equiparare le posizioni

¹³ L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in «Famiglia e Diritto», 10, 2016, p. 939.

¹⁴ *Ivi*, p. 940.

del convivente e del coniuge, la disposizione presenta almeno due aporie applicative.

La prima attiene al suo tenore letterale, limitato all'ipotesi di morte, senza alcun riferimento alle lesioni gravi, magari invalidanti, che potrebbero turbare a fondo la vita familiare, tanto sul piano esistenziale quanto su quello economico.

La seconda distonia è rappresentata dal fatto che essa fa riferimento genericamente al "risarcimento del danno", senza distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

Ebbene, con riguardo a tale tipologia di danno non patrimoniale, la giurisprudenza già riconosceva costantemente alla persona stabilmente convivente il medesimo diritto spettante al coniuge, purché si desse la prova di tale sua condizione¹⁵.

Reale valore innovativo deve invece riconoscersi al comma 49 cit. quanto al risarcimento del danno patrimoniale.

Tradizionalmente, infatti, la giurisprudenza subordinava la risarcibilità di tale tipologia di danno alla prova di uno stabile contributo economico apportato in vita dal defunto al convivente danneggiato¹⁶. Al coniuge non è invece richiesta¹⁷ una prova analoga, e ciò in ragione dell'obbligo giuridico di contribuire ai bisogni della famiglia previsto dall'art. 143 c.c. In applicazione della nuova disposizione, questa differenza viene ad essere cancellata, liberando il convivente dall'onere della prova suddetta.

3.3. Il diritto agli alimenti del convivente in stato di bisogno

Il comma 65 cit. attribuisce al convivente il diritto di ricevere dall'altro convivente gli alimenti «qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento».

Tale disposizione rappresenta il punto di bilanciamento, da un lato, delle esigenze sottese alla libertà delle parti di vivere senza alcuna formalizzazione il loro rapporto familiare e, dall'altro, del dovere di solidarietà del *partner* di fronte allo stato di bisogno della persona con la quale ha condiviso un rapporto di reciproca assistenza morale e materiale.

Il risultato che ne è conseguito è quello della previsione di un'obbligazione alimentare rimessa alla valutazione del giudice che dovrà fare applicazione

¹⁵ Così, Cass. civ., n. 2988/1994.

¹⁶ Così, Cass. civ., n. 23725/2008.

¹⁷ Così, Cass. civ., n. 15385/2011.

sia per l'*an* che per il *quantum* dei criteri dettati dall'art. 438 c.c., ed avendo presente che nell'ordine degli obbligati di cui all'art. 433 c.c. l'obbligo alimentare del convivente potrà essere ritenuto sussistente con precedenza rispetto a quello di *fratelli e sorelle*.

Da evidenziare, infine, che tale obbligazione alimentare ha un termine finale da stabilire per un periodo proporzionale alla durata della convivenza.

4. *Il contratto di convivenza, tipicità, forma e opponibilità nei confronti dei terzi*

Ai sensi del comma 50 dell'art. 1 della legge 76/2016 cit. «I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza». Il contratto in esame viene così ad assumere la connotazione di negozio tipico, seppur estraneo alla sede codicistica.

Tale contratto di convivenza è sottoposto ad una forma rigida ed infatti, ai sensi del comma 51 «Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico».

Il comma 52 si occupa dell'opponibilità ai terzi della convenzione in esame prevedendo come il professionista che abbia ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne abbia autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 cit. debba provvedere entro i successivi dieci giorni «a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223».

Deve rilevarsi come anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 76/2016 cit. la liceità di tale contratto era unanimemente riconosciuta¹⁸, trattandosi,

¹⁸ Così, Cass. civ., n. 6381/1993: «La convivenza more uxorio tra un uomo ed una donna in stato libero non costituisce causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali dall'uno a favore dell'altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita non potendo considerarsi di per sé contraria né a norme imperative, non esistendo norme di tale natura che la vietino; né all'ordine pubblico, che comprende i principi fondamentali informatori dell'ordinamento; né al buon costume, inteso – naturalmente a norma delle disposizioni del codice civile (v. articoli 1343 e 1354 di tale codice) – come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale in un determinato tempo e in un determinato luogo».

pur sempre, di atto negoziale volto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

La questione che si pone, a tal punto, è quella afferente al possibile effetto di compressione dell'ambito di applicabilità dello strumento negoziale in esame per effetto del rigoroso onere formale imposto. Più in particolare, la previsione della forma scritta per qualsiasi clausola del contratto di convivenza comporta una consistente riduzione del suo perimetro applicativo. Prima della legge 76/2016 cit., una volta ritenuta la validità di una tale tipologia di accordo, nessuno dubitava del fatto che la forma in cui manifestare la volontà dipendesse dall'effetto di volta in volta perseguito dalle parti. Si pensi al contratto volto ad attribuire al convivente il diritto di comodato sull'immobile in cui si fosse svolta la convivenza. Dal momento che tale previsione non è soggetta ad alcun requisito formale non poteva essere revocato in dubbio che i conviventi potessero concludere il contratto anche in forma orale.

Dopo l'introduzione del comma 51 cit., invece, anche tale pattuizione dovrà risultare per iscritto a pena di nullità.

Appare così evidente il paradosso determinato dalla tipizzazione del contratto *de quo* poiché anziché favorire l'ampliamento della sua utilizzazione ne determina una significativa restrizione, anzitutto con la previsione della forma dell'«atto pubblico» o della «scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato» che, oltretutto, ne debbono attestare la conformità «alle norme imperative e all'ordine pubblico».

Inoltre, a voler essere completamente rispettosi della *littera legis*, già evidenziata nell'analisi del comma 36 cit., secondo la quale non tutte le convivenze *more uxorio* già riconosciute dall'ordinamento sarebbero state oggetto della legge 76/2016 cit., ne deriverebbe che i conviventi che restano esclusi dal perimetro applicativo del medesimo comma 36 cit. potrebbero continuare a stipulare contratti per la disciplina della loro vita in comune con una maggiore libertà di forma¹⁹.

4.1. Condizioni per la stipula del contratto di convivenza ex comma 50

Ha costituito oggetto di *querelle* se il contratto in esame possa essere stipulato soltanto da conviventi che abbiano fatto la dichiarazione anagrafica

¹⁹ Si consideri in proposito l'esempio dei conviventi, di cui uno soltanto separato e quindi escluso dal perimetro applicativo del comma 36 cit. perché ancora formalmente coniugato. Costoro, qualora volessero disciplinare la loro convivenza con la previsione di un diritto di comodato in favore del partner più debole economicamente, non sarebbero vincolati dal requisito della forma scritta.

di cui al comma 37, che richiama l'art. 4, d.P.R. n. 223/1989, ovvero se tale possibilità esista anche per i conviventi che tale dichiarazione non abbiano compiuto.

La prima più restrittiva soluzione è sostenuta anzitutto da chi ritiene che la dichiarazione *ex* comma 37 abbia valore costitutivo della convivenza delineata dal comma 36.

Ma anche una parte di autori che partono dal presupposto che la dichiarazione *ex* comma 37 sia priva di valore costitutivo, ritengono che comunque la registrazione anagrafica non possa non essere elemento necessario e ciò in forza della necessità dell'iscrizione anagrafica richiesta dal successivo comma 52.

Deve essere preferita, tuttavia, la tesi più ampliativa e ciò in considerazione del fatto che il comma 53 lascia aperta la possibilità che le parti abbiano indirizzi diversi prevedendo che il contratto possa contenere sia «l'indicazione della residenza» sia «l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo». Tali previsioni contemplano espressamente che le parti non abbiano, al momento della stipula del contratto, una stessa residenza anagrafica²⁰.

4.2. Contenuto del contratto di convivenza ex lege 76/2016 e libertà negoziale ex art. 1322 c.c.

Ai sensi del comma 53 «Il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile».

Con riferimento alla lett. *b*) appena citata, non vi è dubbio che le parti

²⁰ Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di merito, l'iscrizione anagrafica non è requisito per la validità del contratto di convivenza. Così, *ex multis*, Tribunale di Roma, ordinanza 29.5.2025, secondo cui «La possibilità di stipulare un contratto di convivenza, previsto dall'art. 1, commi 50-53, della l. 76/2016, è una facoltà volta a disciplinare i rapporti patrimoniali e altri aspetti della vita in comune, la cui forma autenticata e la successiva trasmissione all'anagrafe del comune di residenza hanno la funzione specifica di garantire l'opponibilità ai terzi. Tale trasmissione per l'iscrizione all'anagrafe (ai sensi degli artt. 5 e 7 d.P.R. 223/1989) è un obbligo per il professionista autenticante ma la registrazione non costituisce requisito di validità o esistenza della convivenza di fatto o del contratto stesso».

potranno, ad esempio: 1) individuare quali spese debbono considerarsi comuni nell'ambito del rapporto di convivenza; 2) fissare le modalità di ripartizione di dette spese; 3) prevedere l'obbligo, per il convivente che percepisce un reddito più elevato dell'altro, di provvedere al mantenimento del convivente che invece si dedica esclusivamente al lavoro domestico e alla cura di eventuali figli.

A tal punto, occorre chiedersi se la libertà negoziale delle parti sia in qualche misura vincolata dalla previsione dell'art. 143 c.c., secondo la quale «Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia», anche in relazione a quanto disposto dall'art. 160 c.c., che sancisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio.

L'opzione ermeneutica preferibile è quella secondo la quale i conviventi non incontrino alcun limite nella disciplina delle modalità di contribuzione ai bisogni comuni, e ciò in considerazione del fatto che per i coniugi il criterio di contribuzione deriva direttamente dalla legge che, proprio ai sensi dell'art. 160 c.c., ne sancisce l'inderogabilità. L'essenza della convivenza è al contrario quella di garantire una sfera di libertà quanto più ampia possibile alle parti per la disciplina delle questioni patrimoniali del loro rapporto.

Ai sensi della lett. c) i conviventi possono adottare «il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile». In sostanza, quello che i coniugi o gli uniti civilmente è il regime ordinario, per i conviventi rappresenta solo un'opzione, non essendo previsto per gli stessi alcun regime patrimoniale ordinario. Il regime patrimoniale della comunione dei beni scelto nel contratto di convivenza può ovviamente essere revocato in qualunque momento nel corso della convivenza con nuovo contratto avente la stessa forma del contratto originario e da sottoporre alle medesime formalità di pubblicità²¹.

Senza dubbio, una delle questioni più rilevanti attiene agli spazi lasciati alla libertà negoziale dei contraenti. Ci si deve interrogare, più in particolare, su quale sia il ruolo giocato dall'art. 1322 c.c. secondo il quale «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche

²¹ Costituisce orientamento dottrinale condivisibile quello secondo il quale la clausola relativa al regime patrimoniale sia sottoposta alla forma di cui al comma 51 con esclusione, di conseguenza, per la specificità della previsione dedicata al contratto di convivenza, delle forme più rigide previste dall'art. 163 c.c. e dalla legge notarile per la stipula delle convenzioni in sede matrimoniale ovvero l'atto pubblico con la presenza di due testimoni (così, G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in «Notariato», 11, 2017, p. 27).

concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

In applicazione dei principi generali del diritto dei contratti e della mancanza di alcuna specifica deroga effettuata dall'art. 1 della legge 76/2016 cit., che anzi sembra con i commi 50 e 53 estendere gli orizzonti negoziali delle parti, deve convenirsi sul fatto che il contenuto del contratto di convivenza non sia tassativo, potendo con esso le parti disciplinare altri aspetti legati al loro rapporto di convivenza.

In tal guisa, i conviventi possono regolare l'utilizzo della casa di comune residenza con la previsione di criteri di ripartizione delle spese necessarie, ovvero prevedere trasferimenti immobiliari a favore di uno dei *partner*. Infine, può ipotizzarsi la possibilità di destinare uno o più beni di proprietà esclusiva o congiunta dei conviventi per far fronte a bisogni della vita comune, costituendo appositi vincoli di destinazione che, se riguarda beni immobili, potranno essere trascritti nei Registri Immobiliari, ai fini dell'opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. In tal modo, si potrebbero ottenere i medesimi effetti che i coniugi o gli uniti civilmente possono perseguire con la stipula di una convenzione matrimoniale di costituzione di fondo patrimoniale, strumento quest'ultimo non praticabile dai conviventi.

Deve evidenziarsi, altresì, come il contratto in esame possa avere ad oggetto anche contenuti di natura non patrimoniale come: 1) gli accordi relativi all'affidamento dei figli ai sensi dell'art. 337-ter, comma 2, c.c. secondo il quale il giudice «Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori, in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare»; 2) le disposizioni anticipate di trattamento ai sensi dell'art. 4 della legge 219/2017²² e quindi la possibilità di «esprimere le proprie volontà in

²² Ai sensi del comma 6 dell'art. 4 della legge 217/2019 «Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni».

materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie»; 3) le clausole che prevedano la designazione del *partner* quale amministratore di sostegno.

Deve escludersi, invece, che i conviventi possano prevedere con il contratto in esame vincoli di natura personale quali obblighi di coabitazione, di fedeltà, di procreazione o non procreazione, nonché ogni altro impegno e obbligo tale da incidere sulla sfera dei diritti personali e della libertà individuale.

Non possono ritenersi ammissibili, infine, le disposizioni di natura successoria e ciò in forza del divieto *ex* art. 458 c.c. Unico strumento ammissibile per tale tipo di previsioni sarà il testamento, il cui contenuto potrà espandersi oltre la quota di riserva solo in caso di assenza di legittimari.

4.3. Limiti alla libertà contrattuale dei conviventi e possibilità di disciplinare la crisi della convivenza

Deve volgersi all'esame dei limiti che le parti incontrano nella disciplina della loro convivenza di fatto.

La disposizione di maggiore problematicità per l'interprete è quella di cui al comma 56 secondo la quale «Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti».

Ebbene, la questione da scrutinare è se tale previsione sia o meno compatibile con eventuali disposizioni negoziali che intendano regolamentare la c.d. cessazione della convivenza.

Una interpretazione meramente letterale della disposizione in esame condurrebbe l'interprete a ritenere preclusa tale possibilità, riguardando essa una situazione, la rottura della convivenza, che non potrebbe che essere oggetto di un termine (*certus an*) o di una condizione (*incertus an*), la cui apposizione al contratto di convivenza, come esaminato, deve ritenersi *tamquam non esset*.

Tuttavia, in tal guisa, si perverrebbe al risultato di privare di qualsiasi utilità pratica il contratto di convivenza, la cui *ratio* potrebbe essere proprio quella di disciplinare i rapporti tra i conviventi alla cessazione della loro unione affettiva.

Inoltre, per tale via, si priverebbe il *partner* più fragile, perché economicamente svantaggiato in ragione del fatto di essersi dedicato alla vita

familiare più che a quella professionale, della possibilità di prevedere delle forme di mantenimento a carico del *partner* più facoltoso.

Non può allora che darsi atto dell'opinione secondo la quale la disposizione contenuta nel citato comma 56 deve essere oggetto di interpretazione fortemente restrittiva. Si dovrebbe, cioè, opinare nel senso che il divieto di termini e condizioni attenga a quei soli elementi accidentali che «siano eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a questa o quella peculiare statuizione patrimoniale, a questa o quella particolare clausola. Del resto, proprio in questi termini letterali sembra esprimersi la norma: “Il contratto di convivenza” (e non: questo o quel particolare effetto di esso) non può essere sottoposto a termine o condizione»²³.

Per tale via, inoltre, potrebbe ritenersi valida, oltre che estremamente utile per la parti, la previsione volta a stabilire aumenti o riduzioni percentuali negli obblighi di contribuzione ai bisogni comuni in presenza di eventi favorevoli o sfavorevoli legati alle attività lavorative e professionali dei conviventi.

Potrebbe ostacolare, tuttavia, un tale tipo di ricostruzione quanto previsto dal comma 59, lett. *b*), che concede ad ognuna delle parti un diritto di recesso dal contratto di convivenza, il cui esercizio ben potrebbe travolgere pattuizioni di tal genere.

4.4. Il “*venir meno*” della *fattispecie negoziale*

I commi 57 e 59 disciplinano rispettivamente la nullità e la risoluzione del contratto di convivenza. Trattasi di ipotesi in cui la *fattispecie negoziale* viene meno per ragioni diverse, la prima legata alla sussistenza di motivi di validità dell'atto, la seconda per ragioni legate al rapporto avente titolo nell'atto di autonomia.

Una prima questione da chiarire attiene al fatto che le ipotesi contemplate da tali disposizioni non si pongono come cause esclusive di invalidità o di risoluzione del contratto di convivenza. Si tratta, evidentemente, di ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina generale dei contratti, che pertanto deve ritenersi continuare a disciplinare la materia²⁴.

²³ G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in «Famiglia e Diritto», 10, 2016, p. 952.

²⁴ Troverà applicazione al contratto di convivenza quindi la disciplina generale della nullità (artt. 1418 c.c. e ss.), dell'annullabilità (artt. 1425 c.c. e ss.), della rescissione e quella dettata per la risoluzione (artt. 1447 c.c. e ss.).

Dedicandoci all'esame della risoluzione, il comma 59 prevede che «Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti».

I commi 60, 61, 62 e 63 prevedono, rispettivamente, gli adempimenti formali per ciascuna ipotesi di risoluzione. Il professionista che riceve l'atto di risoluzione dovrà provvedere alle incombenze previste dai commi 51 e 52, verificandone il rispetto. Nel caso di recesso, il professionista medesimo dovrà anche curare le notifiche di copia dell'atto stesso «all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione».

Per l'ipotesi della morte del convivente, è previsto dal comma 63 cit. che il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto debbano notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificare all'anagrafe del comune di residenza.

Peculiare è la previsione di cui al comma 62 cit., relativo alle ipotesi di matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona, secondo la quale «il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile». In tal caso non si prevede alcun incombenza per il professionista in relazione alla comunicazione agli uffici di anagrafe per l'annotazione a margine del contratto di convivenza, diversamente da quanto previsto per le altre ipotesi di risoluzione.

Con riguardo alla nullità prevista dal comma 57, deve rilevarsi come essa sia ricondotta alle ipotesi di contratto concluso «a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36; c) da persona minore di età; d) da persona interdetta giudizialmente; e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile».

5. Conclusioni

La disciplina del contratto di convivenza non nasconde l'equivoco in cui probabilmente è incorso il legislatore ovvero quello di avere equiparato il contratto di convivenza medesimo all'atto costitutivo dell'Unione civile.

Si è così proceduto a sovrapporre in maniera poco comprensibile elementi che avrebbero dovuto essere propri della disciplina di un contratto, quello di convivenza, volto alla regolamentazione di diritti disponibili con elementi che, invece, caratterizzano gli atti negoziali volti alla disposizione dello *status*, ovvero il matrimonio e l'unione civile.

In tal guisa, sono emblematiche la previsione di cui al comma 36, ove per il contratto di convivenza, si prevedono quali requisiti l'assenza di vincoli «di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile». Ancora, la previsione di requisiti formali rigidi per ognuna delle clausole del contratto di convivenza, anche se alcune di esse, come per esempio quelle volte alla regolamentazione delle modalità di contribuzione alla vita di coppia ovvero alla costituzione di un diritto di comodato in favore di uno dei *partner* non sono generalmente sottoposte ad alcun requisito formale. Infine, dimostra la sovrapposizione tra atti negoziali volti alla disciplina di diritti disponibili e quelli volti alla modifica degli *status*, la previsione di cui al comma 56 secondo cui il contratto non può essere sottoposto a termine o condizione, essendo configurato in tal guisa come atto puro alla stregua del matrimonio o dell'unione civile.

Insomma, l'aver disciplinato in uno stesso articolo fattispecie radicalmente diverse tra di loro, ovvero la convivenza e l'unione civile, unitamente all'aver equiparato diversi aspetti della loro disciplina, potrebbero essere le cause delle maggiori aporie applicative sottese alla regolamentazione delle convivenze di fatto di cui alla legge n. 76/2016 cit.

ANTONELLO SPADAFORA

Sviluppi evolutivi della negozialità familiare

SOMMARIO: 1. Il progressivo radicamento della negozialità come criterio ordinante delle nuove tendenze sistematiche in materia di diritto della famiglia – 2. I più recenti approdi della ‘privatizzazione’ del modello interazionista gius-familiare – 3. *Segue*: La nuova genitorialità ‘pianificata’ – 4. L’odierno paradigma di confronto tra autoritarismo statale e potere ‘nomo-poietico’ interno alla coppia: cedimento relativistico od opportuno alleggerimento del giogo impositivo *ex iure*?

1. Il progressivo radicamento della negozialità come criterio ordinante delle nuove tendenze sistematiche in materia di diritto della famiglia

Gli esiti ermeneutici tralatiziamente riproposti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di accordi stipulabili al crepuscolo del rapporto familiare sembrano andare incontro ad un processo di lenta, ma ineludibile, rivisitazione.

La tradizionale, incondizionata, acquiescenza all’indirizzo ricostruttivo che, cedendo all’illusione prospettica della postulata nullità delle intese volte a fissare, già al momento della separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista dell’eventuale scioglimento del vincolo, si confronta, oggi, con la rinnovata sensibilità in materia del garante della nomofilachia: il quale dimostra consapevolezza – in tema di *simultaneus processus* – circa la (preconizzabile) ‘caduta’ del dogma dell’indisponibilità degli *status familiae*, predisponendosi a cogliere gli slarghi ariosi verso i quali il nostro ordinamento della famiglia ormai da tempo si apre, sì da sottrarsi alle anguste strettoie della tradizione dogmatica ed alle sue ruderali concrezioni (cfr., al riguardo, Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727).

Pur nel distacco dall’intonazione originaria, improntata ad una retorica moraleggiante, l’indirizzo presso di noi acriticamente cristallizzatosi ha continuato a riproporre in chiave pedissequa l’assunto che la sanzione invalidante rappresenti l’inevitabile portato della inderogabilità del complesso delle situazioni giuridiche soggettive che innervano lo *status* di coniuge. Di tal che, anche ove gli accordi in parola si incaricassero di soddisfare adeguatamente le necessità della parte economicamente più debole, essi comunque incorrerebbero nel trattamento sanzionatorio connesso alla violazione del

principio generale contemplato all'art. 160 c.c., giacché un'intesa di carattere preventivo, specie se allettante e subordinata alla non opposizione al divorzio, potrebbe giustificare il consenso alla dissoluzione del vincolo.

Eppure, vistosi cedimenti nell'argine che la nostra elaborazione giurisprudenziale ha ritenuto a lungo invalicabile si registrano già per effetto dell'introduzione della disciplina in tema di negoziazione assistita.

L'orizzonte rimediale che si dischiude alla coppia in crisi si arricchisce, in ragione di detta disciplina, di uno strumento pattizio (dispiegabile nel contesto di una procedura ordinaria, ovvero di una 'semplificata') che equivale ad una terapia radicalmente innovativa della patologia inficiante il rapporto personale.

In alternativa all'ordinario percorso disgregativo strutturato secondo la scansione bifasica separazione-divorzio, il fallimento del progetto di vita inizialmente condiviso può essere amministrato non più in base alla regola eteronoma, bensì in base a quella di fonte convenzionale. Si scardina, ed anzi si rovescia, in questo modo, la prospettiva totalizzante riconducibile all'ingerenza statale quanto al vaglio delle cause determinative della irreparabile involuzione patologica del legame, quanto alla regolamentazione della fase prodromica al suo scioglimento, nonché quanto alla solennizzazione del fatto dissolutivo ed alle conseguenze che ne derivano sul terreno economico-patrimoniale.

In un tale quadro, neppure un'esegesi profondamente ossequiosa dei predicati dogmatici offerti dalla tradizione potrebbe legittimare un approccio oscurantista, volto ad obliterare la linea di tendenza cui i nuovi negozi della crisi familiare si ascrivono, la quale è ben lungi dal poter essere immiserita a mera risposta ad un'impellente deflattiva del carico giudiziario, ma conforme al ben più alto anelito di sottrarre la famiglia (nella sua odierna, multiforme, sagomazione) all'autoritarismo statale ed alla regola elaborata *ope iudicis* (sempre che ciò non si renda necessario in funzione della tutela dei figli) per quel che attiene alla gestione della crisi, allorché i coniugi, ma anche gli uniti civilmente, siano in grado di metabolizzarla in via autonoma e di condurla ad appagante soluzione.

Il principio di libertà e di autoreponsabilità che ne risulta consacrato, nel rendere ultronea la mediazione giurisdizionale (degradata a 'presa d'atto', ovvero ad 'autorizzazione'), eleva a diritto potestativo in senso sostanziale il potere in capo ai coniugi di separarsi e di divorziare, di disciplinare i risvolti anche economici di siffatte scelte, nonché di modificare il regime concordato *ab initio*: così come il potere, in capo ai componenti della coppia omo-affettiva, di recidere definitivamente il vincolo assunto con l'unione civile,

assumendo reciproci impegni per la fase successiva all'epicedio del rapporto.

Il deciso riorientamento libertario che ne emerge intacca il presupposto argomentativo a sostegno della tesi che lo stato coniugale, al pari di quello paraconiugale, abbia conservato la sua retriva impronta di indisponibilità. La 'contrattualizzazione' delle vicende familiari – che peraltro riceve ulteriore significativo impulso grazie alla tipizzazione del contratto di convivenza, il quale si incarica di presidiare il fisiologico svolgimento del rapporto – fa sì che la condizione soggettiva divenga disponibile, in quanto rinunciabile (peraltro con la massima concessione, al riguardo, rispetto all'abdicabilità dello *status* di convivente di fatto), e che, unitamente ad essa, diventi disponibile l'assetto che la disfunzione del rapporto rivendica sotto il profilo economico e patrimoniale.

I preconizzabili sviluppi del processo in atto sembrano coincidere con la più ampia dilatazione del margine di operatività dell'autonomia privata *in subiecta materia*.

Ciò concerne non solo l'eventuale approvazione della proposta di legge in tema di accordi prematrimoniali, che avrebbe il pregio di allineare la nostra realtà ordinamentale ad altre esperienze giuridiche che ormai da lungo tempo hanno acquisito simili intese al loro patrimonio dogmatico: ma anche e soprattutto in caso di trasposizione sul terreno dello *ius positum* della disciplina di cui al disegno di legge delega n. 1151/2019, in forza della quale, nel momento genetico del vincolo familiare (di matrimonio o di unione civile), così come successivamente, le parti sarebbero legittimate alla stipulazione di accordi intesi a regolare tra loro – nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume – sia gli aspetti patrimoniali che, addirittura, quelli personali del rapporto, anche in previsione della crisi, nonché a stabilire i criteri di cui giovare nell'indirizzo della vita familiare e nell'educazione dei figli.

Corrisponde, all'evidenza, alla prefigurazione di un modello di 'contratto di diritto familiare', il radicarsi di una concezione affatto nuova della facoltà di pianificazione riconosciuta ai paciscenti, incline al recupero di una capacità prospettica non già invariabilmente condizionata al palesarsi della crisi e confinata alla dimensione della patrimonialità, ma piena. Giacché, se i membri del consorzio familiare ritrovano nel perdurare dell'*affectio* la causa che giustifica, e costantemente vivifica, la stabilità del loro legame, essi reclamano la libertà delle proprie determinazioni quanto alla conservazione del vincolo, nonché rispetto alla gestione della sua fisiologia e della sua eventuale patologia, rivendicando il potere di rappresentare –

anche contenutisticamente – le aspettative e gli interessi individuali che la *communio* sottende anche nei suoi sviluppi involutivi.

Su tali basi, la tradizionale caratteristica di inderogabilità dello *status* sarebbe chiamata a confrontarsi con una forza riplasmatrice capace di calibrare efficacemente il paradigma comportamentale astratto ed eteroimposto sulle aspirazioni effettivamente coltivate nell'attuazione del programma esistenziale condiviso dalle parti. Con inevitabile arretramento della norma di legge e della sua autoritativa imposizione, una volta che il negozio riesca a farsi carico delle idealità solidaristiche e di cooperazione che l'ordinamento vuole, pur sempre, veder realizzate sul piano della fattispecie concreta.

Quale, dunque, il senso della persistente diffidenza verso una ancor più ampia estensione della capacità autodeterminativa individuale, deprivata di un potere programmatico – finanche esercitabile in chiave diacronica – destinato ad analizzare l'epilogo del progetto di vita nella sua complessità e nei suoi non atomistici risvolti?

2. I più recenti approdi della 'privatizzazione' del modello interazionista gius-familiare

Il nostro diritto di famiglia si dimostra vivificato dalla *vis attractiva* di polarità ben salde nel costruito ordinamentale. Ciò in quanto lo stratificarsi, a tratti apparentemente episodico, di interventi legislativi *in subiecta materia* non si compendia nell'immagine della casuale combinazione di tarsie monadiche, slegate ed ininterferenti, non tagliate in rispondenza di un nitido disegno.

Anziché consegnarsi alla rarefazione di frammenti di *ius positum* atomisticamente concepiti, e quasi dispersi in una sfera corpuscolare, la regolamentazione giuridica della poliforme fenomenologia familiare ritrova il senso del suo assemblarsi a guisa di *sistema* normativo, conquistando una precisa compiutezza grazie all'osservanza di un criterio ordinante non equivoco.

L'identificazione di tale tratto unificante, capace di sottrarre i sempre più numerosi dati di diritto positivo di stampo gius-familiare – anche ove offerti dalla normativa di carattere processuale – alla logica dell'isolamento nell'autoreferenzialità, risulta piuttosto agevole: lasciando, esso, intravedersi in quella ineludibile linea di tendenza dell'ordinamento alla 'contrattualizzazione' delle relazioni familiari, nell'alveo di una crescente

privatizzazione volta a dilatare progressivamente il margine di operatività della capacità autodeterminativa delle parti secondo i canoni della negozialità pura (anche, opportunamente, sgommata di tralazie soluzioni compromissorie a livello semantico, volte a sfumare il richiamo alla categoria concettuale cui si giunge, invece, a prestare aperto ossequio in seno alla l. n. 76/2016).

Questo rafforzamento di un potere gius-poietico ‘endogeno’, nel quale i protagonisti della vicenda intersoggettiva confidano per darsi una regola vincolante più efficacemente calibrata su quell’intreccio di istanze soggettive – esistenziali e, parimenti, patrimoniali – che la comune esperienza di vita involge, diviene, nondimeno, oggi, il punto di sutura tra normativa sostanziale e normativa processuale.

Onde acquisirne consapevolezza, è opportuno ragionare sui contenuti della riforma del processo di settore introdotta dal d.lgs. n. 149/2022 (e già prefigurata dalla l. n. 206/2021, in sede di delega).

Ad essere ridisegnato in chiave ampliativa è il campo di applicazione dell’istituto della negoziazione assistita.

Si prevede, segnatamente, che la convenzione ivi raggiunta possa, anzitutto, essere conclusa dai genitori allo scopo di addivenire ad una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti e per la modifica delle condizioni già determinate; nonché, tra le parti, per raggiungere una soluzione convenzionale per la determinazione dell’assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la quantificazione degli alimenti, ai sensi dell’art. 433 c.c., oltre che per la modifica di tali determinazioni (art. 1, comma 35, della legge delega: cfr., al riguardo, il testo novellato, *post*-riforma, dell’art. 6 d.l. n. 132/2014, con riguardo all’introduzione del comma 1-*bis*).

Benché riferita al rapporto genitori-figli, la norma, nel suo evidente dischiudere – al fine indicato – la procedura di negoziazione assistita anche ai conviventi di fatto, in una al suo richiamo all’art. 433 c.c., è stata letta in correlazione con l’art. 1, comma 65, l. n. 76/2016, che riconduce la misura solidaristica in favore dell’ex convivente bisognoso alla prestazione alimentare (per un periodo proporzionale alla durata del rapporto). Dal che discenderebbe la possibilità di regolare in via pattizia anche le implicazioni economiche dello scioglimento del legame personale (con la fissazione del *quantum* dovuto a titolo di alimenti), secondo una pianificazione che, ivi calibrata sulla fase patologica (post-dissolutiva), avrebbe modo di

inquadarsi nella medesima ottica programmatoria cui si ascrive il regime della fase fisiologica trasfuso dalle parti nel contratto di convivenza.

Anche le possibilità di sistemazione dei rapporti economico-patrimoniali *inter partes*, al palesarsi della crisi, si accrescono, oggi, mercè il riconoscimento alla negoziazione assistita di funzioni ulteriori e diverse rispetto a quelle originarie, come attesta la norma che prefigura la legittimazione alla stipula di accordi – nel contesto di tale procedura – contenenti patti di trasferimento immobiliare con effetti obbligatori (art. 1, comma 4, lett. *u*), l. n. 206/2021: cfr., al riguardo, l'integrazione, rispetto al disposto dell'art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014, apportata dal d.lgs. n. 149/2022).

Anche sotto diverso profilo, il legislatore sembra riuscire a sottrarsi alla suggestione indotta dalla necessità della mediazione e del suggello *ab externo* rispetto alle decisioni autodeterminative sull'assetto patrimoniale conseguente all'evento disgregativo, prevedendo che, nella convenzione raggiunta nel contesto della richiamata procedura, il giudizio di congruità contemplato all'art. 5, comma 8, l. n. 898/1970, in ordine alla prestazione *una tantum*, sia svolto non già (e dunque, non più) dal Tribunale, bensì dai difensori, con la certificazione dell'accordo delle parti.

Così, la deliberazione pattizia viene posta al riparo dai rischi relativi ad una rappresentazione del concetto di *aequitas* negoziale tutta conclusa nella mente del giudicante; il regime concordato può, cioè, legittimamente ambire alla propria autoreferenzialità in termini di immediata vincolatività, grazie all'avallo offerto dai professionisti chiamati ad 'assistere' le parti nel percorso volto a condurle all'approdo atteso.

Ancóra, l'impegno parenetico in favore della naturale sovraordinazione delle scelte autoregolatrici che si rivelino in grado di gestire adeguatamente la crisi, sì da metabolizzarla, spinge l'intervento legale ad incentivare l'accesso all'istituto della mediazione familiare e ad ampliarne i margini d'intervento (cfr., segnatamente, art. 1, comma 23, lett. *ff*), *n*) e *p*), l. n. 206/2021, nonché, in sede attuativa, art. 1, comma 5, lett. *a*), punto 1, d.lgs. n. 149/2022, quanto all'integrazione del disposto dell'art. 337-ter, comma 2, c.c.). Indice eloquente, codesto, di un *favor* legislativo nei confronti della soluzione convenzionale del contenzioso in materia, tenuto conto della specificità degli interessi da presidiare.

3. Segue: *la nuova genitorialità 'pianificata'*

Con la recente riforma processuale, l'autonomia privata innervata della causa familiare si predispone, nondimeno, alla soddisfazione di attese individuali ascrivibili all'esercizio delle prerogative attinenti all'esercizio del *munus* genitoriale, persino laddove l'epilogo del rapporto di coppia non si presti ad essere adeguatamente gestito e sedimentato attraverso soluzioni raggiunte in via convenzionale.

Il dato normativo – contraddistinto da una carica di evidente innovatività sul terreno dello *ius positum*, relativamente alla nostra realtà ordinamentale – cui occorre por mente in proposito è quello offerto dall'ultimo comma dell'art. 473-*bis*.12 c.p.c., in forza del quale, in presenza di minori, il ricorso introduttivo del giudizio deve essere corredato di un piano genitoriale che indichi, puntualmente, gli impegni e le attività quotidiane dei figli relative alla scuola, al percorso educativo, alle attività extrascolastiche, alle frequentazioni abituali ed alle vacanze normalmente godute; con analogo onere di allegazione in sede di costituzione del convenuto (*ex* art. 473-*bis*.16 c.p.c.).

L'immobilismo di un sistema tradizionalmente ingessato sulla demiurgica decisività della statuizione giudiziale a salvaguardia della posizione del minore riceve, così, un opportuno impulso dinamico nella direzione di un incremento delle potenzialità e del ruolo dell'amministrazione 'privatistica' quanto alle sorti minorili, anche ove inquadrate nell'ambito di una crisi familiare ormai conclamata (al lume del disposto dell'art. 473-*bis*.50 c.p.c.), alimentando il senso del distacco dall'intransigente chiusura dell'impostazione tralatizia verso ogni decisione difforme da quella solipsisticamente formatasi, al riguardo, *in mente iudicis*.

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe potersi inferire che il documento assolvà alla limitata funzione di rappresentare in forma del tutto statica, ossia di 'fotografare', l'organizzazione di vita della prole, sì da dotare l'organo giudiziario di un valido referente e supporto decisorio nello scioglimento dei nodi concernenti gli interessi in capo ai figli, tenuto conto delle criticità che ne investano lo *status*, ovvero che possano tradursi in implicazioni pregiudizievoli nella fase post-disgregativa dell'organismo familiare.

Eppure, a disvelare una diversa *ratio*, che dischiude una portata teleologica del 'piano' non circoscritta nei termini suddetti, ma decisamente più ampia, è la Relazione illustrativa al decreto legislativo, ove si fa riferimento alla finalità di acquisire, secondo la reciproca prospettazione dei genitori, gli elementi principali del progetto educativo e di accudimento del minore, onde consentire al giudice di rendere e dettagliare, nell'ambito

dei provvedimenti che egli è chiamato ad assumere, le indicazioni più opportune nell'interesse del minore, poiché «costruite “su misura” rispetto alla situazione di vita pregressa e alle sue abitudini consolidate».

Anziché attestarsi ad un livello eminentemente – e riduttivamente – descrittivo, che restituisce l'idea di un mero, algido, resoconto, a mo' di scrigno di tante memorie, il piano di cui trattasi appare, allora, incaricarsi di un compito più alto e significativo, vieppiù programmatico, identificando un campo d'azione vasto, dominato dal progetto soggettivo circa il futuro esercizio della responsabilità genitoriale: e che, nel recupero di un modello organizzativo-pedagogico già invalso, affondante o meno le radici nella cellula aggregativa pregressa, costituisce il risultato della riflessione individuale in ordine al *quomodo* interpretare, contenutisticamente, lo *status* di genitore, anche nella nuova condizione di soggetto separato o divorziato, pur nell'ottica di un necessario *continuum* a garanzia degli interessi della prole.

Ne deriva che la prospettazione richiesta *ex iure* trascende lo schema dell'adempimento – e, per ciò stesso, del mero onere – formale, per calarsi in un impegno in cui il primario fine di tutela degli interessi riferibili al minore esprime una coassialità rispetto alle precipue aspettative genitoriali, in chiave diacronica. E ciò ad onta di un paradigma regolativo rigidamente compendiato in una ridda di prescrizioni perentorie tipicamente svincolate dal potere dispositivo e pianificatorio sovraccennato, siccome etero-imposte *ope iudicis*.

Si identifica nitidamente, a fondamento del 'piano genitoriale' valorizzato dalla riforma del processo di settore, il principio della bigenitorialità. In quest'ultimo trova il suo presupposto di legittimazione quel potere dispositivo che si affida ad un impegno vincolante – nei confronti del minore e, di riflesso, anche dell'altra parte – in ossequio al canone di effettività della responsabilità genitoriale, anche oltre l'epicedio del legame intersoggettivo di coppia. A tale stregua, l'atto di autonomia privata 'familiare' che racchiude le aspirazioni del 'promittente' – a loro volta plasmate in conformità delle esigenze del soggetto tutelando – involge un assetto di interessi in cui le istanze patrimoniali si intrecciano con quelle riferibili alla dimensione strettamente esistenziale dell'individuo.

4. *L'odierno paradigma di confronto tra autoritarismo statale e potere 'nomo-poietico' interno alla coppia: cedimento relativistico od opportuno alleggerimento del giogo impositivo ex iure?*

Le plurime iniziative legislative in tema di fenomenologia familiare susseguitesi nel torno dell'ultimo decennio, e dirette ad incidere sia sulla disciplina sostanziale che sul regime processuale di settore, anziché risolversi nel vacuo e casuale affastellarsi di frammenti di diritto positivo eterogenei e disorganici, riscoprono, in definitiva, il senso inequivoco della loro razionalità sistematica una volta letti alla luce di quella 'privatizzazione' della fisiologia del rapporto e (*a fortiori*) del suo epicedio che l'ordinamento intende decisamente secondare.

È in questo quadro a potersi scorgere con chiarezza, dinanzi ad un'autonomia privata che va incontro ad una progressiva estensione della sua latitudine applicativa, sino a toccare le molteplici implicazioni del vincolo affettivo (così come, ai fini indicati, del rapporto genitoriale), il fattore di coagulazione ed il criterio ordinante, capace di dispiegare appieno la propria forza centripeta nella sistematizzazione di un sempre più variegato *corpus* normativo. Ad un potere autoregolativo ormai dichiaratamente sussumibile entro gli schemi concettuali della teoria del negozio giuridico e del contratto si affida il compito di dare forma e contenuto alla fattualità.

Nella prospettiva che si dischiude, refflussi dogmatici propri della mistica del costruttivismo normativo si stemperano sotto la spinta verso un adeguato personalizzarsi del regime vincolante *inter partes* (sia pur nel perimetro assiologico predeterminato dagli apparati legislativi), alla luce di una rivisitata giustapposizione tra esercizio autoregolativo dei privati ed irriducibilità del giogo normativizzante. Il radicarsi di un potere di 'nomo-poiesi' interno alla coppia orienta l'imperatività a misurarsi con la fenomenologia del fattuale in ossequio ad una ridefinita forma interattiva tra edificazione positivistica e mentovate attese dell'effettività. Così, una volta dismesso il proprio manto di esteriorità e di astrattezza, la proposizione precettiva di fonte legale affida la sua *vis* costitutiva alla personale sagomazione del modello di condotta etero-imposto, vale a dire alla 'normatività' intrinseca al fenomeno (gius-familiare) da regolare, trasponendo quel modello nel fluire, dinamico, della sua *normalizzazione*.

Nella stagione riformatrice che il nostro diritto della famiglia attraversa, all'incedere della causa familiare e post-familiare corrisponde – in definitiva – l'attuale, progressiva, concessione verso il modo *autonomo* di decifrare l'etica dei sentimenti.

Cosicché, nel prudente distacco da ogni declinazione valoriale estetizzante, potrà anche farsi ricorso a formule descrittive proclivi a qualificare il processo in atto in chiave di un'enfatizzata 'solidarietà orizzontale', ovvero a ripiegarlo a guisa di postmodernismo, del quale l'effettività – come pure si è argomentato – si renderebbe mero corollario. E tuttavia, al di là della valenza esornativa di simili espressioni, esse sembrano poter essere condivise a condizione che, nell'abbandono di dogmi precomprensivi, si incarichino di lumeggiare in modo acconcio quei poteri di autodeterminazione e di autonomia che, nella volontà individuale, rinvergono il loro vero presidio e la loro garanzia; e che, nel settore dei rapporti sociali di cui trattasi, consentono alla vicenda intersoggettiva personale di dipanarsi conformemente alle specifiche (e meritevoli) attese condivise dalle parti.

È, dunque, in una giuridicità non massificante, ma vieppiù *normalizzata*, quella in cui si squadernano le pagine del vissuto familiare, scritte secondo un modello narrativo liberamente ed autonomamente interpretato. Con la conseguenza che il ruolo del negozio (ed oggi, propriamente, del contratto) avente causa nel legame familiare e nella sua dissoluzione – ruolo tuttora in attesa di essere colto appieno, presso di noi, nella sua centralità – rivela il suo pregio in funzione di argine rispetto ad inopinate ed estemporanee divagazioni di tale scritto dalla cifra stilistica che lo identifica e lo distingue.

AUTONOMIA PRIVATA
E DIRITTO DI FAMIGLIA

CARLO RIMINI

L'agonia della comunione dei beni in Italia

La comunione dei beni, introdotta come regime patrimoniale legale della famiglia nel 1975 è stata forse il maggior fallimento della Riforma. Dal Rapporto ISTAT «Matrimoni - Indicatori» risulta che oggi (l'ultimo dato disponibile è quello relativo al 2024) la percentuale dei matrimoni a cui si applica il regime legale di comunione dei beni è ormai solo del 25,2%.

La crescita della percentuale dei matrimoni nei quali i coniugi scelgono il regime convenzionale della separazione dei beni è un fenomeno noto anche in altri ordinamenti ed ha una ragione connessa all'evoluzione della nostra società e al modo di percepire i legami familiari da parte delle giovani generazioni. Tuttavia, le percentuali di scelta a favore della separazione dei beni che si rilevano all'estero non sono neppure lontanamente paragonabili a quelle italiane. È molto interessante il confronto con ciò che accade in Francia, un ordinamento al quale – per la ragioni che verranno ampiamente esposte in seguito – il nostro modello di comunione dei beni è strettamente legato. Ebbene, anche in Francia a partire dall'ultimo decennio del xx secolo si assiste ad un aumento delle convenzioni di separazione dei beni. Gli osservatori francesi rilevano che si tratta di un aumento assai consistente (il 64%). Tuttavia, tale incremento comporta che, fra il 1992 e il 2010, si è passati da una percentuale di matrimoni in separazione dei beni del 6,1% ad una percentuale del 10%. In Francia si osserva che il ricorso alla separazione dei beni da parte dei giovani è particolarmente significativo: nel 2010, il 15% delle giovani coppie di coniugi hanno optato per la separazione dei beni. Come in Italia, il ricorso alla separazione dei beni è più frequente fra i coniugi che hanno un patrimonio rilevante.

Non può tuttavia sfuggire che, pur a fronte di una composizione sociale sovrapponibile nei due Stati, la propensione degli italiani a scegliere la separazione dei beni si colloca a livelli sideralmente distanti rispetto a quelli che pure suscitano attenzione e meraviglia in Francia. Ciò avviene anche se, ad un primo esame, le norme italiane e quelle francesi appaiono sovrapponibili.

Non vi è alcun dubbio sul fatto che l'art. 177, lett. a) del nostro codice civile, nella formulazione introdotta dalla Riforma del diritto di famiglia

del 1975, è la traduzione letterale della prima parte dell'art. 1401 del *code civil* nel testo introdotto dalla legge n. 56-570 del 13 luglio 1965: «La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage».

Anche la norma italiana, come quella francese, fa perno attorno al concetto di 'acquisti'. È allora necessario soffermarsi sull'origine di questo sostantivo – *acquêts* – sconosciuto al legislatore civilistico moderno e contemporaneo. Il lessico del legislatore successivo alle codificazioni ottocentesche utilizza il predicato verbale 'acquistare' e conosce il sostantivo, derivato dal predicato, solo per indicare l'atto o il fatto di acquistare (così è nell'espressione «modi di acquisto della proprietà»), ma non utilizza il sostantivo per indicare l'oggetto di ciò che è stato acquistato, come invece singolarmente avviene nella norma che definisce l'oggetto della comunione coniugale.

Questo strano sostantivo, utilizzato nel testo dell'art. 1401 del *code civil* francese nella formulazione introdotta dalla riforma francese del 1965 deriva dall'art. 1498 del codice napoleonico nell'originaria formulazione, una norma che definiva i confini di una comunione convenzionale, la *Communauté réduite aux acquêts*. Nel 1965, il legislatore francese ha preso a modello, per il nuovo regime legale definito nell'art. 1401 riformato, la struttura del vecchio art. 1498, mantenendo il riferimento agli *acquêts*.

Il legislatore napoleonico ha seguito pedissequamente l'insegnamento di Pothier nel *Traité de la communauté*. Il giurista settecentesco, nel descrivere l'attivo della comunione, indicava tre 'regole': la comunione universale dei beni mobili, considerati comuni indipendentemente dal fatto che essi fossero entrati nel patrimonio di ciascuno dei coniugi prima o dopo il matrimonio; la comunione degli acquisti di beni immobili (che si estendeva solo agli immobili acquistati a titolo oneroso dopo il matrimonio); la comunione dei frutti naturali e civili di tutti i beni dei coniugi.

Nella definizione di Pothier, la seconda 'regola' è definita in questo modo: «Les acquêts de chacun des conjoints par mariage, ne sont conquêts, que lorsque le titre ou la cause de leur acquisition n'a pas précédé le temps de leur communauté; sinon ils sont propres de communauté».

È sempre bell'opera di Pothier che troviamo la definizione *acquêts* nel diritto francese settecentesco. Egli, nel descrivere le diverse categorie di cose, dopo aver distinto fra cose corporali e cose incorporali e dopo aver distinto fra cose mobili e cose immobili, si occupa «De la division des immeubles en propres et acquêts», precisando che si tratta di una distinzione che rileva in diversi settori del diritto civile consuetudinario. *Propres* sono gli immobili ricevuti per successione o per un altro titolo equivalente dagli ascendenti o

dagli altri parenti. Gli immobili che non sono *propres* sono detti *acquêts*, a qualunque titolo siano stati acquistati: commercio, merito o fortuna.

Quindi, gli *acquêts* sono i beni immobili acquistati per un titolo diverso dalla successione o equivalente. Di tale nozione è consapevole il codificatore napoleonico che, nell'esprimere la seconda regola di Pothier, all'art. 1401, n. 3, sostituisce l'espressione *acquêts* con «les immeubles qui sont acquis pendant le mariage», salvo precisare, all'art. 1404 che non costituiscono oggetto della comunione gli immobili acquistati per successione.

Su questa base, si comprende il rapporto fra l'antico art. 1401 e l'art. 1498 del *code* nel testo originario: quest'ultima norma prevedeva – come si è sopra anticipato – una forma di comunione convenzionale, la «Communauté réduite aux acquêts», poi divenuto il regime legale dopo la riforma del 1965.

È ancora una volta il Maestro di Orléans a indicarci la tappa ancora precedente di questa storia che ci ha portato, seguendo il filo di un sostantivo, nel cuore del diritto francese del XVIII secolo. Egli, infatti, afferma che le due regole per definire l'oggetto della comunione sopra descritte (la comunione universale dei beni mobili e la comunione dei beni immobili acquistati, per un titolo diverso dalla successione, durante il matrimonio) trovano la loro radice nell'art. 220 dello Statuto di Parigi: «Homme & femme conjoints ensemble par mariage sont communs en biens meubles & conquêts immeubles fait durant & constant ledit mariage». Egli sottolinea però la necessità, a suo avviso, di modificare la punteggiatura originaria: inserisce una virgola dopo «en biens meubles» e prima di «& conquêts immeubles» e ciò allo scopo di chiarire che il termine restrittivo che segue «fait durant & constant ledit mariage» si riferisce esclusivamente agli acquisti di immobili e non a quelli di beni mobili.

Con il senno di poi, viene il dubbio che lo Statuto di Parigi fosse in realtà assai moderno e considerasse comuni solo i beni acquistati dopo il matrimonio e ciò con riferimento tanto ai mobili quanto agli immobili e l'aggiunta della virgola da parte di Pothier abbia modificato il corso della nostra storia.

Tuttavia, nell'art. 1401 del codice civile francese vigente, il sostantivo *acquêts*, pur essendo testualmente ripreso, così come il contesto in cui si colloca, dal testo del previgente art. 1498, ha un significato lontanissimo da quello che aveva in quella norma e nella definizione che ad esso aveva dato Pothier.

La dottrina francese, sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della riforma del 1965 ha segnalato – con insistenza certamente

maggiore di quanto avrebbe fatto la dottrina italiana successiva al 1975 – l'arcaismo del sostantivo attorno al quale l'intero sistema fa perno. Ciononostante, gli interpreti d'oltralpe hanno saputo superare il significato originario dell'espressione, attribuendogliene uno del tutto estraneo a quello che esso aveva nella lezione di Pothier. La dottrina e la giurisprudenza francesi, infatti, non hanno alcun dubbio nell'affermare che l'arcaico sostantivo *acquêts* debba essere oggi interpretato con riferimento all'acquisto di qualsiasi «*valeur patrimoniale actuelle*».

Verrebbe spontaneo ritenere che lo stesso significato debba essere attribuito all'identico sostantivo 'acquisti' che si legge nell'art. 177, lett. *a*), c.c., che compare all'interno di una formula legislativa pure del tutto identica. Eppure, nel contesto italiano, il nostro sostantivo non può avere lo stesso significato.

Il problema è il contesto e su questo contesto è quindi necessario soffermarsi.

L'interprete italiano deve infatti leggere la 'regola' (per usare l'espressione che utilizzava Pothier) espressa nell'art. 177, lett. *a*), c.c. nel contesto costituito da un'altra 'regola': quella espressa negli art. 177, lett. *b*) e *c*) e 178 c.c., ossia la cosiddetta comunione differita dei frutti dei beni propri, dei redditi dell'attività lavorativa percepiti e non consumati al momento dello scioglimento della comunione, nonché degli incrementi del valore dell'impresa gestita da uno solo dei coniugi realizzati durante il matrimonio.

Anche in questo caso, possiamo ricostruire con una certa sicurezza l'origine storica della comunione differita dei frutti. Il legislatore italiano ha certamente, anche in relazione a questa 'regola', tratto ispirazione dal *code civil*, nel testo approvato con la riforma del 1965. L'attuale art. 1401 del *code*, dopo l'affermazione per cui sono comuni gli «*acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage*», prosegue affermando «*et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres*». L'art. 1403, coerentemente, precisa che «*La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés*», e prosegue sanzionando il comportamento del coniuge che ha trascurato di raccogliere i frutti dei beni propri o ha consumato fraudolentemente i beni raccolti.

Anche l'art. 1401 del *code* nel testo originario del 1804 si occupava dei frutti dei beni propri e di quelli dei beni comuni, comprendendo nell'attivo della comunione «*tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus peu-dant le mariage, à quelque titre que ce soit*».

Questa affermazione poteva apparire superflua: se, come si è detto sopra, erano comuni, nel regime legale introdotto dal *code* del 1804, tutti i beni mobili, anche acquistati precedentemente al matrimonio, che necessità vi era di affermare la natura comune di quei particolari beni mobili che sono i frutti dei beni – tanto propri che comuni – percepiti durante il matrimonio?

Ancora una volta, la risposta a questa domanda si trova nell'opera di Pothier. Egli, come si è detto, riprende l'art. 220 dello Statuto di Parigi. Dopo aver aggiunto, come si è detto sopra, una virgola rispetto alla norma originaria per ricavarne due *regles* (i beni mobili sono comuni anche se entrati nel patrimonio di ciascuno dei coniugi prima del matrimonio, mentre i beni immobili – *acquêts* – sono comuni solo se entrati nel patrimonio di ciascun coniuge dopo il matrimonio a titolo diverso da donazione o successione), ritiene necessario aggiungere una terza *regle*, relativa ai «fruits des propres». Sono comuni, egli afferma, «Les fruits des propres de chacun des conjoints, qui sont percus ou échus durant la communauté».

Egli espone nel dettaglio la ragione per cui ritiene di aggiungere questa terza regola, nonostante i frutti siano beni mobili che parrebbero rientrare in comunione sulla base della prima regola: i frutti potrebbero infatti derivare da beni immobili propri di uno dei coniugi (in quanto acquistati prima del matrimonio) o da beni mobili sottratti alla comunione sulla base di una convenzione matrimoniale. In questi casi, egli afferma, se non si aggiungesse una regola specifica relativa ai frutti dei beni propri, questi seguirebbero il regime giuridico della cosa che li ha prodotti e dalla quale sono stati percepiti o separati e sarebbero sottratti alla comunione. Al contrario – egli afferma – i frutti dei beni propri, percepiti o separati dalla cosa principale durante il matrimonio, devono essere comuni in quanto devono essere destinati al soddisfacimento dei bisogni della comunione.

È utile notare che il Maestro d'Orléans si pone il problema che questa sua terza regola presta il fianco a comportamenti fraudolenti da parte del marito (nella prospettiva di allora unico amministratore dei beni comuni). Egli fa due esempi in qualche misura simmetrici: quello del marito che taglia un bosco cresciuto su un terreno di proprietà della moglie prima del momento in cui ciò sarebbe opportuno, allo scopo di rendere comune la legna, ritenendo che la comunione sia destinata a sciogliersi presto per l'imminente morte della moglie gravemente malata, e quello del marito che, sempre prevedendo l'imminente morte della coniuge, trascura di tagliare il bosco cresciuto sul suo terreno personale per evitare che la legna divenga comune. Egli afferma che, in entrambi questi casi, il comportamento del marito deve essere sanzionato.

Nella formulazione della regola relativa ai frutti dei beni propri, Pothier non fa alcun cenno alla non consumazione quale requisito per considerare i frutti come comuni. Invero, egli afferma che i frutti devono essere destinati al consumo per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia e si limita a formulare una serie di esempi nei quali la comunione si scioglie poco dopo la percezione dei frutti, che quindi non hanno il tempo di essere consumati, e perciò devono essere divisi. Mai tuttavia, nella sua opera, si afferma che la comunione relativa ai frutti è una comunione differita al momento dello scioglimento della comunione. Al contrario, i frutti sono immediatamente comuni e destinati al mantenimento della famiglia (sotto l'amministrazione e il controllo del marito): vengono divisi al momento dello scioglimento solo se non consumati durante la vita comune.

Il codificatore napoleonico ha fatto tesoro di questi insegnamenti, riproducendo, all'art. 1401 del *code* del 1804, la *regle* di Pothier sui frutti, riprendendo persino – al secondo comma dell'art. 1403 – l'esempio relativo al mancato taglio fraudolento del bosco.

Inoltre, proprio perché Pothier riteneva che la regola sui frutti dei beni propri fosse particolarmente importante nelle ipotesi di comunione convenzionale nelle quali venivano esclusi taluni beni mobili dalla comunione, la regola veniva ribadita – con una formulazione tuttavia diversa che ne altera il significato – in relazione al regime convenzionale della *Communauté réduite aux acquêts* di cui all'art. 1498 del *code* (nel testo originario), il cui secondo comma affermava: «En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux».

Dunque, nella *Communauté réduite aux acquêts* ottocentesca, comuni erano solo gli acquisti (di beni immobili) effettuati durante il matrimonio (per causa diversa da successione e donazione), mentre i proventi dell'attività professionale e i frutti costituivano oggetto della comunione solo se l'attività era comune e i beni erano beni di entrambi. In relazione ai frutti (naturali e civili) compare il sostantivo *économies*, che – in quel contesto – non aveva alcun significato pregnante poiché il secondo comma dell'art. 1498 si riferiva alla fase della divisione (*le partage*) ed era quindi ovvio che si potesse dividere solo ciò che non era stato consumato.

Il legislatore francese del 1965, trasformando la *Communauté réduite aux acquêts* in regime patrimoniale legale della famiglia, riprende letteralmente, in relazione ai frutti dei beni propri, il sostantivo *économies*, che assume però

un significato del tutto differente da quello che aveva nel vecchio art. 1498 del *code* del 1804. Poiché esso non è più riferito alla fase della divisione, ma all'oggetto della comunione, i frutti naturali e civili dei beni propri diventano comuni solo se risparmiati, con una valutazione da effettuare al momento dello scioglimento della comunione. Ciò si raccorda con l'art. 1403 del *code* riformato secondo cui «La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés». Le pagine di Pothier sui possibili comportamenti fraudolenti compiuti durante il matrimonio in relazione ai frutti sono ancora ben presenti nel nuovo art. 1403. In questo nuovo contesto, tali comportamenti vengono individuati sia nel comportamento del coniuge che trascura di percepire i frutti, sia in quello del coniuge che, dopo averli percepiti, li consuma allo scopo di non renderne partecipe l'altro coniuge.

Attraverso una serie di piccoli scostamenti lessicali, più o meno consapevoli, rispetto alla regola introdotta da Pothier in relazione ai frutti dei beni propri – il quale si discostava, su questo punto espressamente e consapevolmente, dall'art. 220 dello Statuto di Parigi – nasce con la riforma francese del 1965 la comunione differita dei frutti dei beni propri. Essa è riferita esclusivamente ai frutti, non ai proventi, giacché il sostantivo *économies* si riferisce solo ai frutti e non ai proventi dell'attività lavorativa e imprenditoriale.

Nel disegno complessivo della riforma francese del 1965, si tratta peraltro di una regola che non incide significativamente sulla norma fondamentale contenuta nell'art. 1401 del *code*, non limitandone la portata che, come si è detto sopra, si estende pacificamente – secondo la dottrina e la giurisprudenza francesi – a qualsiasi acquisizione arricchisca il patrimonio di ciascun coniuge durante il matrimonio. Rispetto a tale norma e alla sua portata generale, il legislatore francese si limita ad introdurre un correttivo di modesto impatto: nell'alternativa fra considerare i frutti dei beni propri quali beni propri (seguendo la cosa principale), oppure considerarli comuni in quanto acquisiti realizzati durante il matrimonio, sceglie una soluzione di compromesso e considera i frutti comuni solo se percepiti e non consumati e quindi comuni *de residuo*.

Il legislatore italiano del 1975, riprendendo il modello francese del 1965, ha invece introdotto un'ulteriore modifica che ha purtroppo, per le ragioni che vedremo fra breve, un effetto dirompente sulla regola della comunione immediata degli acquisti. Anche in questo caso, la modifica avviene rielaborando la medesima struttura lessicale.

Il legislatore italiano della riforma del 1975, nell'art. 177, lett. b), c.c., ha infatti riprodotto testualmente la formulazione dell'art. 1403 del *code*, nel

testo del 1965, ma ha esteso la medesima regola anche ai proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi, introducendo l'art. 177, lett. c), c.c. In modo del tutto innovativo, nel sistema italiano, la comunione *de residuo* si applica quindi, non solo ai frutti, ma anche alla categoria, assai più rilevante, dei proventi dell'attività lavorativa di ciascuno. Inoltre, il medesimo modello – seppure, in questo caso, tramite una norma formulata in modo del tutto innovativo dal punto di vista lessicale – è adottato anche all'art. 178 c.c. con riferimento alla comunione dell'impresa e dei beni aziendali.

La comunione *de residuo* nel sistema italiano non è quindi una modesta eccezione alla regola generale della comunione immediata degli acquisti, intesi come incrementi patrimoniali realizzati durante il matrimonio, ma è un vero e proprio nuovo strumento attributivo, che opera parallelamente a quello della comunione degli acquisti.

Ponendo in comunione differita, non solo i frutti dei beni personali, ma tutti i redditi dell'attività lavorativa, nonché i proventi e gli incrementi dell'attività imprenditoriale di ciascun coniuge, il sistema italiano introduce una 'regola' (continuando ad utilizzare l'espressione di Pothier) secondo la quale, al momento dello scioglimento della comunione, vengono suddivisi gli incrementi patrimoniali realizzati durante il matrimonio grazie all'attività di ciascuno dei coniugi. In questo modo, il sistema italiano finisce con il ricalcare il modello tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*, scolpito nella la frase finale del § 1363 del BGB: «Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren. Das jeweilige Vermögen der Ehegatten wird nicht deren gemeinschaftliches Vermögen; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet» («Ai coniugi si applica il regime di comunione degli incrementi, a meno che non stabiliscano diversamente tramite un accordo matrimoniale. Il patrimonio di ciascun coniuge non diventa patrimonio comune; questo vale anche per i beni che un coniuge acquisisce dopo il matrimonio. Tuttavia, l'aumento di valore che i coniugi ottengono durante il matrimonio viene ripartito quando termina la comunione degli incrementi»). Ovviamente invece, la parte centrale di questa norma («Il patrimonio di ciascun coniuge non diventa patrimonio comune») è espressamente contraddetta nel sistema italiano dall'art. 177, lett. a), c.c.

Nel sistema italiano convivono quindi la regola fondamentale francese (comunione immediata degli acquisti) e la regola tedesca (comunione differita degli incrementi).

Due regole che corrono parallele sono destinate a diventare reciprocamente antagoniste, nel senso che l'interprete è chiamato a definire i rispettivi campi di applicazione: dove si applica l'una non si applica l'altra, e viceversa.

Se i proventi dell'attività lavorativa e i beni destinati all'esercizio dell'attività imprenditoriale di un coniuge non cadono in comunione immediata, ma solo in comunione differita, è evidente che non si può interpretare, nel sistema italiano, il sostantivo 'acquisto' con riferimento a qualunque utilità patrimoniale entrata nel patrimonio di ciascun coniuge durante il matrimonio – come invece è possibile fare nel sistema francese – giacché lo stipendio di un coniuge e i beni che egli destina all'esercizio della sua impresa sono utilità patrimoniali e il chiaro dettato normativo impedisce di considerare tali utilità come oggetto di comunione immediata. Viceversa, è evidente che l'utilizzazione del reddito dell'attività professionale per effettuare un 'acquisto' sposta il valore patrimoniale impiegato in tale atto dal regime della comunione differita a quello della comunione immediata.

Ecco perché in Italia, l'intero dibattito sull'oggetto della comunione è ruotato, dopo la riforma del 1975, attorno alla nozione di 'acquisto', mentre nel sistema francese, come si è detto, non si è avuta alcuna difficoltà a leggere questo arcaico sostantivo come riferito a qualsiasi utilità patrimoniale.

Nel sistema italiano, il sostantivo 'acquisto' diviene la linea di confine fra l'ambito di operatività della comunione immediata e quello della comunione differita. I proventi sono liberamente consumabili dal coniuge percettore fino a che restano tali, mentre diventano oggetto di comunione immediata quando vengono impiegati in una operazione economica, utilizzati come prezzo, di un 'acquisto', qualsiasi cosa questo sostantivo significhi.

È ben noto che la giurisprudenza tradizionale, fino al 2007, interpretava l'art. 177, lett. a), c.c., con riferimento esclusivamente all'acquisto di una *res* e quindi di un diritto reale.

Questo orientamento aveva certamente il difetto di escludere dalla comunione immediata una consistente parte di ricchezza acquisita durante il matrimonio da ciascuno dei coniugi, in quanto, nell'economia contemporanea, la ricchezza è sempre meno legata al titolo dominicale su una cosa. Aveva tuttavia il pregio di segnare il confine fra comunione differita e comunione immediata con riferimento ad un concetto chiaro: l'acquisto di un diritto reale su un bene. Il principio di tipicità dei diritti reali contribuiva a rendere netto il confine.

Successivamente, la Cassazione, nel 2007 (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098), ha chiaramente indicato di voler modificare il proprio precedente orientamento, affermando che cadono in comunione anche i diritti di

credito acquistati durante il matrimonio, a condizione che il loro acquisto costituisca un investimento. L'anno successivo la Corte di legittimità ha però ribadito l'orientamento tradizionale (Cass., 24 gennaio 2008, n. 1548) e, poco dopo, ha messo in dubbio l'effettiva solidità del *revirement* giurisprudenziale del 2007 per affermare che, perché l'acquisto sia comune, l'atto deve avere ad oggetto un 'bene' ai sensi degli artt. 810, 812, 813 c.c. (Cass., 15 gennaio 2009, n. 799).

Negli anni successivi, queste incertezze nella giurisprudenza di legittimità paiono aver trovato un punto di approdo nella affermazione secondo la quale anche i diritti di credito ricadono nella comunione allorquando si tratti di crediti aventi una componente patrimoniale suscettibile di acquisire un valore di scambio (Cass., 15 giugno 2012, n. 9845).

Quest'ultima soluzione amplia i confini della comunione immediata rispetto all'orientamento tradizionale, ma ha il difetto di rendere la linea di confine fra comunione differita e comunione immediata assai più incerto: non è facile comprendere quando un credito abbia una 'componente patrimoniale' suscettibile di avere un 'valore di scambio'.

Le difficoltà si moltiplicano allorché il confine da definire si estende all'ambito di applicazione dell'art. 178 c.c. Ciò accade quando un coniuge utilizza i propri risparmi per acquistare una quota di partecipazione in una società che è lo strumento operativo per l'esercizio da parte sua di una attività di impresa.

Il problema si è posto cercando una risposta al quesito se cadano in comunione immediata le quote di una società a responsabilità limitata acquistate da un coniuge durante il matrimonio. Certamente, le quote di una società di capitali hanno un 'valore di scambio' e dunque dovrebbero cadere in comunione immediata, ma la giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che l'art. 178 c.c. prevale sull'art. 177, lett. a), c.c. talché la quota, pur acquistata durante il matrimonio, non cade in comunione immediata ma solo in comunione differita se il coniuge acquirente ha il controllo della società, cosicché si può affermare che la partecipazione societaria è lo strumento per l'esercizio della sua attività professionale (Cass., 13 luglio 2023, n. 20066).

Il sistema italiano – nella sua complessa struttura che si basa sulla comunione immediata degli 'acquisti', sulla comunione differita dei frutti e dei redditi, sulla comunione differita dell'impresa di uno dei coniugi – pone una serie di dubbi ermeneutici che sembrano moltiplicarsi man mano che l'interprete utilizza una lente che gli permette di cogliere sempre maggiori dettagli. Così accade per la natura della comunione differita, per la quale si è

posta la questione se essa implichi una contitolarità reale – come certamente avviene nel sistema francese, ove però, come si è visto, essa è riferita unicamente ai frutti – o un semplice diritto di credito, come pacificamente avviene nel sistema tedesco attraverso il sistema della *Zugewinnngemeinschaft*.

Il problema non si è ovviamente posto in relazione ai redditi – poiché questi vengono percepiti sotto forma di denaro – ma in relazione all'attività imprenditoriale. La questione è stata risolta dalla Cassazione a Sezioni Unite (Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889) nel senso che la comunione *de residuo* fa sorgere unicamente un diritto di credito. Si tratta di una soluzione del tutto ragionevole, per approdare alla quale l'interprete deve però forzare il chiaro tenore letterale dell'art. 177, lett. *b*), c.c. e dell'art. 178 c.c. che chiaramente affermano che sono comuni i «beni destinati all'esercizio dell'impresa» e i beni che costituiscono 'frutti' di beni propri.

Il regime legale introdotto con la riforma del 1975 è dunque imploso sotto il peso degli infiniti problemi interpretativi che pone una struttura troppo complessa e tecnicamente incerta. Un sistema che nasce sotto l'impronta lessicale del modello francese, dal quale però si discosta ampliando in misura abnorme l'ambito di applicazione della comunione differita (che nel sistema francese si applica solo al limitato ambito dei frutti dei beni personali) sino ad avvicinarsi al modello tedesco, che sul sistema della comunione differita è invece interamente costruito. La fuga dalla comunione, della quale si è detto all'inizio di queste riflessioni, è l'effetto ultimo di questa incoerenza strutturale.

Le considerazioni che precedono dimostrano che nel sistema italiano convivono due modelli fra loro inconciliabili. Un efficiente regime di condivisione della ricchezza – limitatamente a quella generata dai componenti della famiglia durante il matrimonio – è una componente essenziale della disciplina giuridica del matrimonio. Il matrimonio deve essere un contenitore di reciproche tutele e sicurezze condivise fra i coniugi, che assieme esercitano quell'impresa (ai tempi nostri certamente ardua) che è la condivisione di un progetto di vita familiare. Il declino della comunione dei beni in Italia comporta un declino del grado di tutela per colui (o colei) che si dedica alle esigenze familiari più dell'altro.

Vi è un solo modo per arrestare tale declino: una riforma radicale del regime patrimoniale legale della famiglia in Italia. Una riforma che risolva l'attuale impossibile convivenza della comunione immediata (degli acquisti) e della comunione differita (dei redditi e dell'attività d'impresa, oltre che dei frutti).

Il sistema della comunione differita pare essere quello che meglio si

attaglia alle esigenze di flessibilità della società contemporanea. Non è un caso che, quando in Francia e in Germania si è realizzato l'ambizioso progetto di elaborare un regime patrimoniale convenzionale comune – l'Accordo franco-tedesco del 4 febbraio 2010 – è stato introdotto il regime comune della 'partecipazione agli acquisti' che è sostanzialmente (nonostante la riproposizione del ben noto sostantivo 'acquisti', al quale evidentemente il legislatore francese non sa rinunciare) un regime di comunione differita degli incrementi.

Lo dimostra l'art. 2 dell'Accordo secondo cui (nel testo in francese): «Dans le régime optionnel de la participation aux acquêts, le patrimoine des époux reste séparé. Les acquêts sont constitués du montant de la différence entre le patrimoine final d'un époux et son patrimoine originaire. A la dissolution du régime matrimonial, la créance de participation résulte de la comparaison des acquêts de chacun des époux». Ciascuno dei coniugi ha, nei confronti dell'altro, un diritto di credito pari alla metà della differenza fra il suo patrimonio finale e il suo patrimonio iniziale (art. 12).

Si tratta di un sistema ben congeniato che potrebbe diventare l'embrione di un regime patrimoniale uniforme in Europa e che certamente potrebbe essere il modello per il legislatore italiano.

FILIAZIONE E
RESPONSABILITÀ GENITORIALE

La tutela dei dati personali dei minori nell'ecosistema digitale tra protezione rafforzata, age assurance e intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La vulnerabilità digitale del minore come categoria giuridica – 3. Fonti multilivello e principio di protezione rafforzata – 4. Consenso digitale e capacità progressiva del minore – 5. Verifica dell'età e modelli di *age assurance* – 6. Identità digitale e prospettiva europea – 7. Minori e sistemi di intelligenza artificiale: divieti e obblighi nel quadro dell'AI Act. – 8. Effettività della tutela: applicazione delle norme ed educazione digitale.

1. *Premessa*

La crescente integrazione delle tecnologie digitali nell'esperienza quotidiana dei minori solleva il tema della capacità dell'ordinamento di assicurare una tutela effettiva dei loro dati personali¹.

L'utilizzo di piattaforme online costituisce ormai una dimensione ordinaria dell'esperienza dei soggetti in età evolutiva e comporta la continua raccolta e utilizzazione di informazioni che incidono non soltanto sulla sfera privata, ma sulla stessa formazione dell'identità individuale².

In tale contesto, il dato personale assume una duplice rilevanza: economica, in quanto inserito in modelli di business fondati sulla valorizzazione delle informazioni, e identitaria, in quanto elemento che contribuisce alla rappresentazione della persona³.

La posizione del minore si caratterizza per una vulnerabilità specifica, che non dipende soltanto dall'età anagrafica, ma dall'asimmetria informativa e tecnologica che contraddistingue il rapporto tra utente e piattaforme digitali⁴.

La protezione dei dati personali non può, pertanto, essere considerata un tema meramente tecnico o procedurale, ma deve essere ricondotta

¹ Il Considerando 38 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) riconosce ai minori una «specifica protezione» in ragione della loro minore consapevolezza dei rischi connessi al trattamento dei dati personali.

² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 290 ss.

³ G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in «Riv. dir. civ.», 2017, pp. 1 ss.

⁴ Sul tema dell'asimmetria informativa nei servizi digitali v. A. PALMIERI, *Consenso e squilibrio informativo nell'economia dei dati*, in «Contratto e impresa», 2019, pp. 345 ss.

alla tutela dei diritti fondamentali della persona⁵, incidendo sull'identità, sull'autodeterminazione informativa e sul libero sviluppo della personalità⁶.

In questa prospettiva, la disciplina dei dati dei minori rappresenta un ambito nel quale si misura la capacità del diritto di adattarsi a trasformazioni tecnologiche profonde e di assicurare una protezione realmente effettiva.

L'analisi che segue intende esaminare, in modo sistematico, la disciplina del consenso digitale e la nozione di capacità progressiva del minore, i modelli di verifica dell'età e i loro limiti, nonché il ruolo delle più recenti normative europee – dal Digital Services Act al Regolamento sull'intelligenza artificiale – nella costruzione di una tutela rafforzata dei soggetti in età evolutiva.

2. La vulnerabilità digitale del minore come categoria giuridica

La posizione del minore nell'ambiente digitale non può essere ricondotta semplicemente all'applicazione di categorie tradizionali in un contesto tecnologico diverso.

L'ambiente online non è uno spazio neutro di comunicazione, ma un sistema organizzato secondo logiche economiche e tecniche che incidono in modo diretto sulla formazione dell'identità e sull'esercizio dei diritti fondamentali⁷.

In tale contesto, la condizione del minore assume un rilievo giuridico autonomo e impone di considerare la vulnerabilità digitale come criterio interpretativo dell'intero sistema di tutela⁸.

La predetta vulnerabilità non coincide con la sola minore età né si esaurisce nella tradizionale incapacità legale, ma deriva, piuttosto, da una duplice asimmetria: da un lato, il minore non dispone ancora di strumenti pienamente adeguati per comprendere la portata e la durata dei trattamenti di dati personali cui è esposto⁹; dall'altro, le piattaforme digitali operano attraverso sistemi di raccolta, analisi e profilazione dei dati che risultano complessi e difficilmente comprensibili, anche per un utente adulto¹⁰.

⁵ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20.

⁶ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 372; Corte cost., 22 dicembre 1994, n. 419.

⁷ Sul ruolo sistemico delle piattaforme digitali nella regolazione delle relazioni sociali v. G. DE MINICO, *Piattaforme digitali e diritti fondamentali*, in «Dir. pubbl.», 2020, pp. 1 ss.

⁸ In senso conforme, considerando 38 GDPR.

⁹ Art. 8 Regolamento (UE) 2016/679.

¹⁰ Art. 22 Regolamento (UE) 2016/679; M. BASSINI, *Profilazione e decisioni automatizzate nel GDPR*, in «Dir. informaz. e informatica», 2018, pp. 611 ss.

In questo quadro, il dato personale del minore non rappresenta soltanto un'informazione da proteggere, ma contribuisce alla costruzione della sua identità digitale; tale identità si forma nel tempo attraverso contenuti pubblicati, interazioni e correlazioni effettuate dai sistemi algoritmici, spesso al di fuori della piena consapevolezza dell'interessato¹¹.

Le conseguenze di tali processi possono incidere in modo duraturo sulle future opportunità relazionali, formative e professionali del soggetto.

La protezione dei dati personali del minore non svolge, dunque, una funzione esclusivamente difensiva, volta a evitare interferenze nella sfera privata, ma rappresenta una condizione per il libero sviluppo della personalità nell'ambiente digitale.

La tutela rafforzata prevista dal diritto europeo dei dati si giustifica, pertanto, non come deroga al principio di autodeterminazione informativa, ma come sua applicazione coerente quando il soggetto interessato si trovi in una situazione di oggettiva debolezza¹².

La nozione di vulnerabilità digitale consente inoltre di interrogarsi sull'effettiva adeguatezza del modello regolatorio fondato sul consenso individuale quale principale base di liceità del trattamento¹³: se il consenso presuppone una scelta libera e consapevole, occorre verificare se tale presupposto possa dirsi realmente soddisfatto quando l'interessato sia un minore inserito in un contesto caratterizzato da significative asimmetrie informative e tecnologiche¹⁴. In questa prospettiva, la disciplina del consenso digitale, i meccanismi di verifica dell'età e gli obblighi imposti alle piattaforme possono essere letti come strumenti diretti a riequilibrare una relazione che, per sua natura, non è paritaria.

3. Le fonti multilivello e il principio di protezione rafforzata

La tutela dei dati personali dei minori si colloca all'interno di un sistema normativo multilivello, nel quale fonti internazionali, diritto dell'Unione europea – inclusi i più recenti interventi in materia di servizi digitali e

¹¹ Sulla formazione dell'identità digitale attraverso processi automatizzati v. G. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna 2022, pp. 213 ss.

¹² Considerando 38 GDPR.

¹³ Artt. 6 e 7 Regolamento (UE) 2016/679.

¹⁴ G. FINOCCHIARO, *Il trattamento dei dati dei minori nel Regolamento europeo*, in «Dir. informaz. e informatica», 2017, pp. 27 ss.

intelligenza artificiale – e disciplina nazionale concorrono a delineare un assetto unitario di protezione. Tale articolazione non determina una frammentazione del quadro regolatorio, ma conferma che la posizione del minore richiede una considerazione specifica e distinta rispetto a quella dell'adulto.

Un primo riferimento è rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che riconosce al minore il diritto alla propria identità e il diritto a non subire interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata¹⁵. Pur adottata in un'epoca antecedente alla diffusione delle tecnologie digitali, la Convenzione fornisce criteri interpretativi ancora attuali, imponendo di leggere la tutela della riservatezza anche con riguardo ai dati personali generati e diffusi negli ambienti online.

A livello europeo, il Regolamento (UE) 2016/679 (nel seguito anche solo GDPR) costituisce il fulcro del sistema: il considerando 38 afferma espressamente che i minori meritano una protezione specifica in relazione ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi e delle conseguenze del trattamento¹⁶.

La predetta previsione incide sull'interpretazione dell'intero regolamento e orienta l'applicazione delle sue disposizioni verso una tutela sostanziale del soggetto in età evolutiva.

Particolare rilievo assume l'art. 8 del GDPR, che disciplina il consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione. La norma stabilisce una soglia di età per la prestazione autonoma del consenso, lasciando agli Stati membri la facoltà di fissarla tra i tredici e i sedici anni¹⁷. L'ordinamento italiano, attraverso l'art. 2-*quiquies* del codice privacy, ha individuato nel quattordicesimo anno di età il limite per la validità del consenso prestato direttamente dal minore¹⁸.

La disciplina europea si è ulteriormente evoluta con il Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act), che introduce obblighi specifici a carico delle piattaforme online con riguardo alla protezione dei minori, tra cui il divieto di pubblicità mirata basata sui dati personali degli utenti minorenni e l'obbligo di adottare misure adeguate a garantire un elevato livello di sicurezza e privacy¹⁹.

¹⁵ Artt. 8 e 16 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁶ Considerando 38 Regolamento (UE) 2016/679.

¹⁷ Art. 8 Regolamento (UE) 2016/679.

¹⁸ Art. 2-*quiquies* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

¹⁹ Artt. 28 e 35 Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act).

Si assiste così a un progressivo superamento di un modello fondato esclusivamente sul consenso individuale, in favore di una maggiore responsabilizzazione degli operatori.

Un ulteriore sviluppo è rappresentato dal Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (AI Act), che introduce un approccio basato sul rischio e riconosce espressamente la particolare vulnerabilità dei minori. Il regolamento vieta i sistemi che sfruttano le vulnerabilità legate all'età allo scopo di alterare in modo significativo il comportamento dell'utente²⁰ e qualifica come ad alto rischio i sistemi utilizzati in ambito educativo e formativo, imponendo obblighi stringenti di valutazione e controllo²¹. Esso prevede inoltre specifici obblighi di trasparenza, tra cui il diritto dell'utente a sapere quando interagisce con un sistema automatizzato²². In tal modo, la tutela del minore si estende dalla dimensione della protezione dei dati personali a quella più ampia della protezione dagli effetti manipolativi o discriminatori dei sistemi algoritmici.

Sul piano interno, oltre al codice privacy, è intervenuta la legge 132/2025, che disciplina l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale anche con riferimento alla protezione dei dati personali. L'art. 4 della legge ribadisce l'obbligo di garantire un trattamento lecito, corretto e trasparente dei dati, in conformità al diritto dell'Unione europea, e introduce una disciplina specifica per i minori: per gli under 14 è richiesto il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale; per i minori tra i 14 e i 18 anni è ammessa l'espressione diretta del consenso, purché le informazioni siano rese in modo chiaro e comprensibile.

L'insieme di queste fonti consente di individuare un principio trasversale di protezione rafforzata del minore, che opera non solo nell'ambito del trattamento dei dati personali in senso stretto, ma anche nella progettazione e nell'utilizzo dei sistemi digitali e algoritmici. Tale principio impone di leggere l'intero sistema normativo in funzione della salvaguardia dell'identità e dello sviluppo della persona in età evolutiva, in coerenza con il superiore interesse del minore.

²⁰ Art. 5, par. 1, lett. b), Regolamento (UE) 2024/1689.

²¹ Art. 6 e Allegato III, punto 3, Regolamento (UE) 2024/1689, in materia di sistemi di IA ad alto rischio nell'ambito dell'istruzione e della formazione professionale.

²² Art. 50 Regolamento (UE) 2024/1689.

4. *Consenso digitale e capacità progressiva del minore*

La disciplina del consenso digitale costituisce uno snodo centrale nella tutela dei dati personali dei minori.

Il GDPR individua nel consenso una delle principali basi di liceità del trattamento e, con riferimento ai servizi della società dell'informazione offerti direttamente ai minori, introduce una regolazione specifica volta a tener conto della loro particolare condizione.

L'art. 8 del Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce che il trattamento dei dati personali del minore è lecito quando questi abbia compiuto almeno sedici anni, salvo che lo Stato membro preveda un'età inferiore, comunque non al di sotto dei tredici anni²³. Al di sotto della soglia stabilita, il trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale.

La scelta del legislatore europeo non si limita a fissare un limite anagrafico, ma introduce una forma di riconoscimento della capacità progressiva del minore nell'ambiente digitale. L'individuazione di una soglia di età per la validità del consenso implica, infatti, che il minore, raggiunto un determinato livello di maturità presunto, possa esercitare autonomamente il proprio diritto all'autodeterminazione informativa²⁴.

Tale impostazione si inserisce in un quadro più ampio, nel quale la capacità del minore è tradizionalmente graduata in relazione alla natura dell'atto e al grado di maturità raggiunto, tuttavia la trasposizione di questo modello nell'ambiente digitale solleva alcune criticità. Il consenso al trattamento dei dati personali non riguarda un singolo atto isolato, ma si inserisce spesso in relazioni contrattuali complesse e continuative, caratterizzate da condizioni generali articolate, meccanismi di profilazione e trattamenti ulteriori rispetto alla finalità originaria.

In questo contesto, la previsione di una soglia anagrafica non esaurisce il problema dell'effettiva consapevolezza del minore. La validità formale del consenso non garantisce, di per sé, che la scelta sia realmente informata, soprattutto quando le informazioni siano fornite mediante documenti lunghi, tecnici o difficilmente comprensibili anche per un adulto²⁵.

L'ordinamento italiano, fissando a quattordici anni l'età per il consenso

²³ Art. 8 Regolamento (UE) 2016/679.

²⁴ Sul tema della capacità digitale del minore v. FINOCCHIARO, *Il trattamento dei dati dei minori nel Regolamento europeo*, cit., 27 ss.

²⁵ Sui limiti strutturali del consenso nel contesto digitale v. A. MANTELERO, *Il consenso nel sistema della protezione dei dati personali*, in «Riv. dir. civ.», 2018, pp. 1023 ss.

autonomo ai sensi dell'art. 2-*quiquies* del codice privacy, ha esercitato la facoltà prevista dal GDPR, ma non ha introdotto criteri ulteriori di valutazione della maturità concreta del minore²⁶. Ne deriva un sistema fondato su una presunzione legale di capacità (seppure limitata alla manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali), che può risultare non sempre adeguata rispetto alla complessità dei trattamenti digitali contemporanei.

La disciplina del consenso digitale deve pertanto essere letta alla luce del principio di protezione rafforzata. Se il consenso costituisce espressione dell'autodeterminazione informativa, esso non può essere interpretato in modo meramente formalistico. Occorre piuttosto verificare se le modalità concrete di raccolta del consenso, la chiarezza delle informazioni e l'assetto complessivo del servizio siano idonei a garantire una scelta effettivamente libera e consapevole.

In questa prospettiva, il consenso del minore non può essere considerato l'unico strumento di tutela. L'equilibrio tra autonomia progressiva e protezione richiede che al riconoscimento della capacità decisionale si affianchi un rafforzamento degli obblighi di trasparenza, correttezza e responsabilizzazione posti a carico dei titolari del trattamento. Solo in tal modo il consenso può mantenere la propria funzione di garanzia e non trasformarsi in un mero adempimento formale.

5. Verifica dell'età e modelli di *age assurance*

La disciplina del consenso digitale pone inevitabilmente il tema della verifica dell'età dell'utente. La previsione di una soglia anagrafica per la validità del consenso presuppone, infatti, l'esistenza di strumenti idonei ad accertare, in modo attendibile, l'età del soggetto che accede al servizio.

Il GDPR, pur introducendo una regolazione specifica per i minori, non impone un obbligo generalizzato di verifica dell'età, limitandosi a richiedere che il titolare del trattamento compia «ogni ragionevole sforzo» per verificare che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale²⁷. Tale formulazione lascia ampi margini di discrezionalità e ha favorito, nella prassi, il ricorso a sistemi di autodichiarazione facilmente eludibili.

Negli ultimi anni, il dibattito si è concentrato sui modelli di cosiddetta *age assurance*, ossia sui meccanismi tecnici volti ad accertare l'età o la fascia

²⁶ Art. 2-*quiquies* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

²⁷ Art. 8, par. 2, Regolamento (UE) 2016/679.

di età dell'utente. Tali modelli possono essere ricondotti, in via generale, a tre categorie: autodichiarazione, stima dell'età e verifica dell'età.

L'autodichiarazione si fonda sull'inserimento della data di nascita o sulla semplice conferma del raggiungimento di una determinata età. Si tratta del sistema meno invasivo sotto il profilo della protezione dei dati personali, ma anche del meno affidabile.

I sistemi di stima dell'età si basano, invece, su analisi probabilistiche, talvolta fondate su tecnologie di riconoscimento facciale o su indicatori comportamentali. Essi presentano un grado maggiore di efficacia, ma pongono rilevanti questioni in termini di accuratezza, trattamento di dati biometrici e rischio di discriminazioni.

I sistemi di verifica dell'età in senso stretto si fondano, infine, sull'utilizzo di identificatori certi – documenti ufficiali, identità digitali, certificazioni rilasciate da soggetti terzi – e garantiscono un livello più elevato di attendibilità. Tuttavia, proprio in ragione della loro maggiore intrusività, essi impongono un delicato bilanciamento tra tutela del minore e protezione dei dati personali.

Il Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act) ha rafforzato l'attenzione sul tema, introducendo obblighi specifici per le piattaforme di grandi dimensioni e valorizzando la necessità di adottare misure adeguate a garantire un elevato livello di sicurezza e privacy per gli utenti minorenni²⁸.

In ambito nazionale, l'art. 13-*bis* del d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (convertito con modificazioni dalla l. 13 novembre 2023, n. 159) ha previsto l'obbligo di adottare sistemi di verifica dell'età per i siti che offrono contenuti per adulti, demandando all'AGCOM la definizione delle modalità tecniche di attuazione²⁹.

Il modello delineato dall'AGCOM si fonda sull'intervento di soggetti terzi certificati e sulla separazione tra fase di identificazione e fase di autenticazione, al fine di evitare la comunicazione diretta di dati identificativi ai fornitori di contenuti³⁰. Tale impostazione riflette l'esigenza di conciliare l'obiettivo di protezione dei minori con il principio di minimizzazione dei dati e con la tutela della riservatezza degli utenti.

Il tema della verifica dell'età non può essere affrontato esclusivamente in chiave tecnica perché ogni soluzione comporta un bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti: tutela dell'infanzia, protezione dei dati personali, libertà di espressione e libera iniziativa economica.

²⁸ Artt. 28 e 34 Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act).

²⁹ Art. 13-*bis* d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. in l. 13 novembre 2023, n. 159.

³⁰ AGCOM, Delibera n. 96/25/CONS.

In questa prospettiva, l'efficacia dei sistemi di *age assurance* deve essere valutata non solo in termini di affidabilità, ma anche di proporzionalità e sostenibilità rispetto ai diritti coinvolti.

6. *Identità digitale e prospettiva europea*

Il tema della verifica dell'età si intreccia con quello, più ampio, dell'identità digitale. La possibilità di accertare in modo attendibile l'età dell'utente presuppone, infatti, l'esistenza di strumenti di identificazione affidabili e interoperabili, capaci di coniugare certezza dell'accertamento e tutela della riservatezza.

In questa prospettiva si colloca il progetto europeo di identità digitale, volto a consentire ai cittadini dell'Unione di disporre di un portafoglio digitale interoperabile per l'accesso ai servizi pubblici e privati.

Il Regolamento (UE) 2024/1183, che modifica il quadro eIDAS, prevede l'introduzione del cosiddetto *European Digital Identity Wallet* (EUDI Wallet), destinato a permettere la conservazione e la condivisione selettiva di attributi certificati, tra cui anche l'età dell'utente³¹.

L'utilizzo di sistemi pubblici o certificati di identità digitale potrebbe offrire una soluzione più affidabile rispetto ai modelli basati sull'autodichiarazione o su tecniche di stima, consentendo di attestare il possesso di un determinato requisito anagrafico senza necessariamente comunicare ulteriori dati personali. In tal modo, la verifica dell'età potrebbe avvenire secondo il principio di minimizzazione, limitandosi alla conferma del superamento di una soglia, senza trasmissione integrale delle informazioni identificative³².

Resta tuttavia aperta la questione dell'inclusione dei minori nei sistemi di identità digitale. In diversi ordinamenti europei, l'accesso a strumenti di identificazione elettronica è subordinato all'intervento del genitore o del tutore, con il rischio di rendere complesso o disomogeneo l'utilizzo di tali strumenti da parte dei soggetti in età evolutiva. Anche nell'ordinamento italiano, l'attivazione di strumenti come SPID o CIE per i minori avviene mediante il coinvolgimento dell'esercente la responsabilità genitoriale³³.

³¹ Regolamento (UE) 2024/1183 del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica il Regolamento (UE) n. 910/2014 (eIDAS) per quanto riguarda l'istituzione del quadro europeo di identità digitale.

³² Sul principio di minimizzazione dei dati v. art. 5, par. 1, lett. c), Regolamento (UE) 2016/679.

³³ D.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n.

Il tema dell'identità digitale dei minori non può essere affrontato esclusivamente in termini di controllo dell'accesso. Esso investe, più in generale, la partecipazione del minore alla cittadinanza digitale e il riconoscimento progressivo della sua autonomia. La predisposizione di strumenti sicuri e interoperabili può costituire un elemento di rafforzamento della tutela, ma richiede un coordinamento con la disciplina del consenso, con le regole in materia di responsabilità genitoriale e con le garanzie previste dal diritto dei dati personali.

In questa prospettiva, l'identità digitale non rappresenta soltanto un mezzo tecnico per la verifica dell'età, ma uno snodo centrale nella costruzione di un sistema di protezione coerente, capace di conciliare autonomia progressiva e tutela rafforzata del minore.

7. Minori e sistemi di intelligenza artificiale nel quadro dell'AI ACT

L'evoluzione del quadro normativo europeo in materia di protezione dei minori nell'ambiente digitale ha trovato un ulteriore sviluppo con l'adozione del Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (AI Act).

Tale intervento segna un passaggio significativo: la vulnerabilità del minore non è più considerata soltanto in relazione al trattamento dei dati personali, ma anche con riferimento agli effetti che i sistemi algoritmici possono produrre sul comportamento e sulle scelte dell'utente.

Il regolamento riconosce espressamente che i minori costituiscono un gruppo vulnerabile e richiedono una protezione rafforzata, in ragione della loro minore capacità di resistere a forme di influenza o condizionamento esercitate mediante sistemi automatizzati³⁴. Questo riconoscimento assume rilievo non soltanto simbolico, ma operativo, incidendo sulla qualificazione dei rischi e sull'individuazione delle pratiche vietate o soggette a controllo.

Particolare rilievo assume l'art. 5 del regolamento, che vieta l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale progettati per sfruttare vulnerabilità legate all'età allo scopo di alterare in modo significativo il comportamento dell'utente³⁵.

Il divieto riguarda, ad esempio, sistemi idonei a indurre scelte compulsive o a esercitare pressioni indebite mediante tecniche di personalizzazione

120), art. 24, in materia di identità digitale; v. anche le Linee guida AGID sull'identità digitale.

³⁴ Considerando 28 Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act).

³⁵ Art. 5, par. 1, lett. b), Regolamento (UE) 2024/1689.

particolarmente invasive; la disposizione rafforza, in modo esplicito, la tutela del minore rispetto a forme di manipolazione algoritmica che, pur non integrando necessariamente un illecito tradizionale, risultano incompatibili con la sua condizione di soggetto in formazione.

Accanto ai divieti, l'AI Act individua categorie di sistemi ad alto rischio, tra cui quelli utilizzati in ambito educativo o formativo³⁶. L'impiego di strumenti di intelligenza artificiale per la valutazione delle prestazioni scolastiche, l'orientamento o la personalizzazione dei percorsi di apprendimento è subordinato a obblighi rigorosi di documentazione, valutazione preventiva dei rischi e monitoraggio continuo; tali prescrizioni mirano a prevenire effetti discriminatori, distorsioni nei percorsi educativi o indebite pressioni sulle scelte del minore.

Ulteriore profilo rilevante concerne gli obblighi di trasparenza: il regolamento impone che l'utente sia informato quando interagisce con un sistema di intelligenza artificiale e che i contenuti generati artificialmente siano chiaramente riconoscibili³⁷.

Questa previsione assume particolare importanza con riferimento ai minori, i quali possono non essere in grado di distinguere agevolmente tra interazioni umane e interazioni automatizzate o tra contenuti autentici e contenuti sintetici.

L'AI Act, pur non sostituendosi alla disciplina del GDPR, ne integra l'impianto, spostando l'attenzione dal solo trattamento del dato personale agli effetti comportamentali e decisionali dei sistemi algoritmici. In tal modo, la tutela del minore si estende dalla dimensione della protezione dei dati a quella più ampia della protezione dalla manipolazione e dall'uso distorto delle tecnologie predittive.

Nel complesso, il regolamento contribuisce a consolidare un modello di protezione rafforzata fondato non solo sul consenso e sulla trasparenza, ma anche su divieti espliciti e su obblighi preventivi a carico dei fornitori di sistemi di intelligenza artificiale. Resta, tuttavia, centrale il tema dell'attuazione concreta e del coordinamento tra le diverse autorità competenti, affinché le garanzie previste trovino effettiva applicazione anche nei contesti scolastici e nelle piattaforme utilizzate quotidianamente dai minori.

³⁶ Allegato III Regolamento (UE) 2024/1689, sistemi di IA ad alto rischio in ambito educativo e formativo.

³⁷ Art. 50 Regolamento (UE) 2024/1689.

8. *Effettività della tutela: applicazione delle norme ed educazione digitale*

L'ampiezza e la stratificazione delle fonti esaminate mostrano come la tutela dei dati personali dei minori nell'ambiente digitale sia oggi sorretta da un quadro normativo articolato, che comprende fonti internazionali, diritto dell'Unione europea e disciplina nazionale.

Tuttavia, la presenza di regole puntuali e di divieti espressi non è di per sé sufficiente a garantire una protezione effettiva, se non accompagnata da una concreta applicazione delle norme e da adeguati strumenti di prevenzione.

Un primo profilo riguarda il ruolo delle autorità di controllo, chiamate a vigilare sul rispetto degli obblighi previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali e, più in generale, di utilizzo delle tecnologie digitali e dei sistemi di intelligenza artificiale³⁸. In particolare, con riferimento ai minori, l'attività di vigilanza assume una funzione essenziale non solo sul piano sanzionatorio, ma anche su quello preventivo, incidendo sulla configurazione dei servizi digitali e sulle modalità di trattamento dei dati personali.

L'effettività della tutela dipende, inoltre, dalla capacità dei fornitori di servizi digitali e dei soggetti che sviluppano o utilizzano sistemi di intelligenza artificiale di integrare nei propri modelli organizzativi il principio di responsabilizzazione, adottando misure tecniche e organizzative adeguate alla condizione degli utenti minorenni³⁹. La protezione del minore non può essere affidata esclusivamente alla prestazione del consenso o al controllo dei genitori, ma deve essere incorporata nella progettazione e nel funzionamento stesso dei sistemi digitali, in coerenza con i principi di protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita⁴⁰.

In questa prospettiva si collocano sia il Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale, che vieta i sistemi idonei a sfruttare la vulnerabilità dei minori e impone specifici obblighi di trasparenza e controllo, sia la legge italiana 132/2025, che richiede particolare chiarezza nelle informazioni e introduce una disciplina specifica del consenso per l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale da parte dei soggetti minorenni. Tali interventi confermano il progressivo passaggio da un modello fondato prevalentemente sull'autodeterminazione individuale a un sistema che attribuisce maggiore rilievo alla responsabilità degli operatori e alla prevenzione dei rischi.

Accanto agli strumenti normativi e ai meccanismi di controllo, un

³⁸ Artt. 57 e 58 Regolamento (UE) 2016/679.

³⁹ Art. 5, par. 2, e art. 24 Regolamento (UE) 2016/679.

⁴⁰ Art. 25 Regolamento (UE) 2016/679.

ruolo fondamentale è svolto dall'educazione digitale. La consapevolezza dei rischi connessi alla diffusione dei dati personali e all'utilizzo delle tecnologie digitali costituisce un presupposto essenziale per rendere effettiva la tutela riconosciuta dall'ordinamento. L'autonomia progressiva del minore richiede, infatti, un percorso di accompagnamento che coinvolga famiglia, scuola e istituzioni, nella prospettiva di una partecipazione consapevole alla vita digitale.

La tutela del minore che si muove nell'ecosistema digitale non può, dunque, essere affidata a un unico strumento: essa richiede un equilibrio tra riconoscimento dell'autonomia, responsabilità degli operatori economici e vigilanza pubblica. In tale equilibrio si misura la capacità del diritto di garantire non soltanto la sicurezza dei dati, ma la salvaguardia dell'identità e dello sviluppo della persona in età evolutiva nell'ambiente digitale.

CRISTINA CARICATO

Il cognome del figlio

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La «regola» del patronimico – 3. Le indicazioni della Corte costituzionale – 4. Il ruolo dell'accordo nella nuova «regola» in materia di cognome – 5. Il cognome e il legislatore – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il secolo scorso si è caratterizzato per una crescente evoluzione soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia che, più degli altri, ha risentito dei profondi mutamenti della società.

La parabola evolutiva di tale settore del diritto, caratterizzata dal progressivo emergere dell'eguaglianza come principio ordinatore delle relazioni affettive, costituisce una delle più significative espressioni del modo in cui il diritto rifletta e, al tempo stesso, orienti le trasformazioni della coscienza sociale.

L'analisi di questa evoluzione, caratterizzata da importanti novità legislative che si sono snodate nel corso degli anni¹, spesso precedute e preparate dall'opera feconda e rinnovatrice della giurisprudenza, non solo nazionale, pone in luce un percorso che ha condotto a considerare, attraverso varie tappe, la famiglia non più e non solo nella sua dimensione istituzionale², ma anche e soprattutto in una dimensione individuale, più

¹ Per l'analisi di tale processo evolutivo, sia consentito di rinviare al nostro *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Pacini, Pisa 2020, pp. 7 ss.

² La teoria istituzionale della famiglia ha trovato in Antonio Cicu il suo più illustre esponente. Costui, già all'inizio del secolo scorso, asseriva che «Sebbene il diritto di famiglia sia stato sempre considerato come una delle parti del diritto privato, del diritto cioè che disciplina l'individuo come entità autonoma, tendente a realizzare il proprio particolare interesse, in cui quindi la disciplina giuridica si impernia fondamentalmente sulla volontà individuale, lasciata giudice sovrana dell'interesse, la disciplina giuridica dei rapporti familiari non lascia campo all'esplicazione del libero volere individuale, non si impernia su di esso. Si impernia invece sui fini che il legislatore considera come propri della famiglia, e li pone come fini che *devono* esser perseguiti. L'esclusione della libera dissolubilità del vincolo coniugale e della libertà di regolare il rapporto coniugale, la costituzione e documentazione dei rapporti familiari sottratta alla volontà privata, la patria potestà e la potestà tutelare considerate come un dovere, l'obbligo alimentare, l'ingerenza dello Stato, tutto ciò è in netto contrasto col principio individualistico che domina le altre parti del diritto privato, e armonizza invece perfettamente col

attenta agli interessi dei singoli soggetti coinvolti³.

L'unità della famiglia – un tempo fondata sull'autorità e sulla supremazia della figura paterna⁴ intesa come garante dell'ordine domestico e simbolo della continuità della stirpe – si realizza oggi attraverso un principio opposto: quello dell'eguaglianza sostanziale tra i suoi membri.

L'idea tradizionale della famiglia come istituzione autoritaria⁵ ha lungamente orientato la cultura giuridica italiana. In questa impostazione, il marito e padre incarnava il vertice del gruppo familiare, esercitando una potestà che unificava i diversi membri sotto una medesima volontà. L'unità del nucleo si identificava, dunque, con la concentrazione del potere nel capo famiglia e il vincolo familiare assumeva una dimensione oggettiva e istituzionale, più che relazionale e personale.

È in tale contesto che la regola del patronimico trovava la propria giustificazione: la trasmissione del cognome paterno al figlio costituiva non solo una consuetudine sociale, ma anche la naturale conseguenza del descritto modello patriarcale della famiglia, nel quale l'identità del minore derivava dall'appartenenza alla linea maschile, proiezione del potere e della

principio solidaristico organico» (A. CICU, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile*, Roma 1943, p. 26). Nella prolusione pronunciata per inaugurare l'insegnamento di Diritto civile nell'Università di Bologna, Antonio Cicu sviluppa il suo pensiero partendo dalla definizione ciceroniana di matrimonio contenuta nel *De Officiis* (libro 1, § 54), *matrimonium seminarium rei publicae*, per definire la famiglia quale cellula primaria della società, intimamente connessa alla società politica: A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae. Prolusione al corso di diritto civile nella Regia Università di Bologna, tenutovi il giorno 6 dicembre 1919*, in «Archivio giuridico», 85, 1921, p. 111, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu: Scritti di teoria generale del diritto. Diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè, Milano 1965, p. 199.

³ È stato acutamente osservato che tale evoluzione sembra essere esattamente inversa a quella subita dagli istituti del diritto patrimoniale, ove le relative norme, «originariamente concepite in un'ottica esasperatamente individualistica, sono state variamente influenzate e corrette grazie all'applicazione, con modalità costituzionalmente orientata, della funzione sociale»: così M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2017, pp. 567 ss.

⁴ Per un approfondimento del tema in prospettiva storica, v. cfr. M. CAVINA, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità ad oggi*, Laterza, Roma-Bari 2007, spec. pp. 171 ss.

⁵ La visione autoritaria della famiglia è diretta conseguenza della teoria istituzionale della famiglia propugnata dal Cicu. Secondo M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, VI, il Mulino, Bologna 1976, pp. 419 ss., spec. p. 467: «Per Cicu, statalista, autoritario e antidemocratico, sottolineare analogie tra diritto pubblico e diritto familiare significa informare la stessa famiglia a quella visione autoritaria che egli ravvisa ed auspica discorrendo dello Stato. Significa, in definitiva, annullare la dialettica pubblico-privato, cioè istituzione-individuo, a tutto ed esclusivo vantaggio della istituzione cui l'individuo e i suoi diritti sono subordinati».

continuità del *pater familias*.

Tuttavia, la progressiva costituzionalizzazione del diritto di famiglia⁶ ha mutato profondamente questa impostazione. In questo senso, occorre porre in rilievo la centralità che assume, oggi come allora, la scelta fondamentale compiuta dai Costituenti di inserire la famiglia nella Costituzione, scelta che ha poi qualificato la successiva evoluzione dell'ordinamento in materia.

Non si è trattato di una scelta scontata⁷, anzi essa si è posta contro l'assetto costituzionale⁸ e legislativo tradizionale. I Costituenti hanno voluto riconoscere la famiglia come realtà originaria e primigenia rispetto allo Stato⁹, ma al tempo stesso, disciplinandola nell'ambito dei «Rapporti etico-

⁶ Il lungo (e salutare) processo che ha condotto dalla concezione del diritto di famiglia come branca del diritto pubblico all'idea di famiglia come luogo dei valori e degli interessi individuali costituisce oggetto di molti saggi e contributi, che vedono una sorta di «degiuridificazione» del diritto di famiglia. Tra molti, v. S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in «Familia», 2002, p. 285; ID., *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in «Fam. pers. succ.», 2005, pp. 197 ss.; P. ZATTI, *La parabola della "privatizzazione" del diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. 1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Giuffrè, Milano 2002, t. 1, pp. 19 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2005, *passim*. In particolare, fa riferimento a un processo di degiuridificazione di alcuni aspetti di ordine personale del rapporto coniugale, che più di altri tendono a sfuggire a una disciplina legale e a essere affidati alle scelte degli interessati, A. FASANO, *La famiglia e il matrimonio*, in *Matrimonio e regolamentazione dei rapporti*, in <<https://www.giappichelli.it>>, pp. 3 ss., spec. p. 4.

⁷ Il 23 aprile 1947 Vittorio Emanuele Orlando presentò in Assemblea Costituente un ordine del giorno, nel quale proponeva la cancellazione delle disposizioni in materia di famiglia e l'eventuale inserimento di una parte del loro contenuto all'interno di un Preambolo della Carta. Dopo un acceso dibattito la maggioranza, in cui confluirono i costituenti cattolici e le sinistre, respinse tale proposta.

⁸ Lo Statuto Albertino del 1848, che per oltre un secolo aveva rappresentato la Costituzione del Regno d'Italia, non conteneva disposizioni in materia di famiglia. Lo Stato liberale, pur tutelando la famiglia, ne aveva lasciato la regolamentazione al codice civile del 1865, tra gli istituti e i rapporti di diritto privato, valorizzandone soprattutto gli effetti patrimoniali nascenti dal matrimonio. Il regime fascista aveva invece adottato – come si è visto – una concezione pubblicistica della famiglia, ma asservendola ai fini propri dello Stato, tanto da prevedere il dovere dei genitori di educare e istruire la prole, oltre che in base ai «principi della morale», in conformità al «sentimento nazionale fascista» (v. originario art. 147 c.c. 1942): v. per un'indagine in prospettiva storica del diritto di famiglia C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2008, pp. 559 ss.

⁹ Chiaramente si tratta di una famiglia «vista in termini di realtà preesistente al mondo del diritto, appunto come società naturale (e non culturale)»: così G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in *Vecchie e nuove famiglie nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri, D. Rinoldi, V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, pp. 165 ss.

sociali», ne hanno riconosciuto la funzione di promozione e sviluppo della persona umana.

Nella Costituzione, la famiglia rileva, dunque, non come istituzione posta a fondamento dei rapporti economici della società, secondo quella concezione di matrice liberale che ispirava il codice civile, né in funzione dei preminenti interessi dello Stato, ma come comunità naturale costituita dall'unione tra un uomo e una donna, con assunzione di reciproci diritti e doveri mediante il matrimonio, considerata una delle formazioni sociali nelle quali l'individuo sviluppa la propria personalità in un contesto di reciproca solidarietà. Riconoscendo la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»¹⁰ e, soprattutto, «sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», l'art. 29 Cost. ha segnato il punto di rottura con l'antico paradigma dell'autorità. Pertanto, la famiglia non è più un'istituzione¹¹ che assorbe la volontà dei singoli, ma una comunità di persone in cui la relazione sostituisce la subordinazione e la collaborazione paritaria diviene la condizione stessa della sua unità.

¹⁰ La definizione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» fu al centro di un ampio dibattito, nel quale si confrontarono le principali correnti culturali rappresentate in Assemblea: ne dà conto M. SESTA, *Il diritto di famiglia dal codice napoleonico all'attualità*, in *Il nuovo diritto della famiglia*, a cura di S. Patti, Giappichelli, Torino 2025, pp. 1 ss., spec. p. 13.

¹¹ Il dibattito in seno all'Assemblea costituente vide, da un lato la rinuncia da parte cattolica alla costituzionalizzazione del principio dell'indissolubilità del matrimonio, dovuta peraltro non ad un'esplicita contrarietà, quanto soprattutto alla rilevata inopportunità di inserire questo ulteriore vincolo nei confronti del legislatore ordinario, tenuto conto della già intervenuta approvazione dell'art. 7 Cost., il quale, attraverso l'esplicito richiamo dei Patti lateranensi, aveva assicurato la disciplina canonistica del matrimonio di cui all'art. 34 del Concordato; dall'altro, il superamento di alcune posizioni laiche, contrarie o diffidenti rispetto all'inserimento della famiglia nel testo costituzionale e soprattutto a una sua definizione, per la quale invece si batté la componente cattolica. Alla fine si impose la convergenza su una formula di indubbia matrice metagiuridica, che, richiamando il concetto di natura ma evitando l'appiattimento sulla concezione canonistica, rifletteva un'idea di famiglia teorizzata e accolta nella tradizione giusnaturalista, sia di matrice religiosa che razionalista (l'unione tra un uomo e una donna per la procreazione dei figli), e protesa, in modo molto innovativo per l'epoca, all'affermazione di nuovi rapporti familiari informati al principio di eguaglianza tra i coniugi. Cfr. al riguardo M. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1989, *passim*; G. DALLA TORRE, *Famiglia e Costituzione. Riflessioni su una rivoluzione promessa*, in «Iustitia», 1999, pp. 221 ss.; P.F. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in «Dir. fam. pers.», 2005, pp. 587 ss.; *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, 3ª ed., Giuffrè, Milano 2015, pp. 80 ss.; ID., *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Sesta, V. Cuffaro, ESI, Napoli, 2006, p. xv; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011, *passim*.

Questo processo di trasformazione – che segna il passaggio dalla «famiglia-autorità» alla «famiglia relazione» – trova nel diritto al (cog)nome uno dei suoi momenti più significativi.

Il cognome, infatti, è l'elemento che più intimamente collega identità personale e appartenenza familiare: esso rappresenta, nello stesso tempo, un tratto di continuità con la storia collettiva e un segno distintivo dell'individualità.

Nel modello patriarcale, tale doppia funzione era «schiacciata» sotto il peso del principio dell'autorità: il cognome del padre era il veicolo attraverso cui si perpetuava la linea genealogica maschile e, con essa, l'idea che l'unità familiare coincidesse con la prevalenza di una sola figura.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi decenni ha invece restituito al cognome il suo significato più autentico: strumento di riconoscimento reciproco e di parità all'interno del gruppo familiare.

Le diverse pronunce della Corte costituzionale¹², che si sono susseguite nel tempo, hanno infatti sancito l'incostituzionalità della regola automatica dell'attribuzione del solo cognome paterno, affermando la necessaria trasmissione dei cognomi di entrambe le linee familiari. In tal modo, il diritto al nome è divenuto strumento di concretizzazione dell'eguaglianza all'interno della famiglia, trasformandosi da simbolo di un potere a mezzo di promozione dell'identità personale.

2. La «regola» del patronimico

Come si vedrà, con riferimento al cognome del figlio la Corte costituzionale, pur introducendo la «regola» del doppio cognome, ha in definitiva confermato il canone generale previsto nell'ambito della fisiologia del rapporto familiare: quello dell'accordo. L'art. 144 c.c. costituisce, infatti, la prima e più rilevante espressione normativa del principio di consensualità nella vita familiare¹³ ed esige, per l'assunzione delle decisioni fondamentali attinenti all'organizzazione della vita comune, un accordo che sia frutto di un confronto paritario, finalizzato al perseguimento del bene

¹² Di cui si darà conto *infra*.

¹³ Non è questa la sede per affrontare il dibattito sulla natura giuridica da attribuire all'accordo perfezionato tra i coniugi, su cui si rinvia a T. BONAMINI, *Gli accordi sull'indirizzo familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2ª ed., vol. I, *Famiglia e matrimonio. Regime patrimoniale*, UTET, Milano 2022, pp. 901 ss., spec. pp. 903 ss., il quale ritiene trattarsi di un'intesa sull'indirizzo familiare che «pare assumere i tratti di un mero fatto».

familiare, in coerenza con i principi di solidarietà e parità dei coniugi sanciti dall'art. 29 Cost. La norma, pertanto, non si limita a dettare una regola di comportamento, ma delinea un vero e proprio modello di relazione familiare, che ruota attorno ai criteri della condivisione e del dialogo, attribuendo ai coniugi il potere-dovere di cooperare alla definizione e attuazione del progetto familiare con una discrezionalità che, tuttavia, rimane vincolata al perseguimento degli interessi della famiglia nel suo complesso.

Inoltre, l'accordo tra i genitori rappresenta anche uno strumento essenziale per l'attuazione condivisa della responsabilità genitoriale, in quanto momento essenziale dell'esercizio congiunto della stessa secondo una visione paritaria e relazionale, orientata al rispetto del superiore interesse del figlio. In questa prospettiva un rilievo centrale assume oggi l'accordo genitoriale in ordine all'attribuzione del cognome al figlio¹⁴, quale ulteriore espressione del principio di eguaglianza volto alla costruzione dell'identità personale del medesimo e indice del mutato assetto delle relazioni familiari.

Come è noto, il nome svolge una duplice funzione¹⁵: da un lato, assolve a un compito squisitamente pubblicistico, rispondendo all'interesse della società a identificare i suoi componenti e a quello dell'individuo a essere ascrivito a una determinata compagine familiare¹⁶; dall'altro, risponde alla funzione, precipuamente privatistica, di fungere da strumento identificativo¹⁷ della persona¹⁸; in tal modo si determina una necessaria coesistenza fra la dimensione individuale e quella collettiva del medesimo diritto. Fino a poco tempo fa era invalsa la «regola» del patronimico, cioè dell'automatica attribuzione al figlio del cognome paterno, sia in caso di filiazione deri-

¹⁴ Secondo Cass., 20 settembre 1997, n. 9339, in «Fam. dir.», 1998, p. 180, la scelta e il mutamento del nome del figlio minore, coinvolgendo un diritto fondamentale e irrinunciabile della persona, da un lato rientrano tra le «questioni di particolare importanza» per le quali gli artt. 316 c.c. e 38 disp. att. c.c. esigono l'accordo dei genitori e, in difetto, contemplano l'intervento del Tribunale per i Minorenni, dall'altro – nella pendenza della causa di separazione – realizzano «decisioni di maggiore interesse» per il figlio minore, come tali demandate al giudice della separazione, cioè al tribunale ordinario.

¹⁵ Sul punto, v. M.A. IANNICELLI, *Cognome e identità personale*, Pacini, Pisa 2025, pp. 13 ss.

¹⁶ V. C. CICERO, voce *Filiazione (riforma della)*, in *Dig. IV, disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, UTET, Torino 2016, pp. 287 ss., spec. p. 291, secondo cui il cognome «è il mezzo attraverso il quale la persona viene comunemente conosciuta nella vita di relazione».

¹⁷ Il nome è composto da un insieme di elementi che consentono l'individuazione della persona, secondo M. NUZZO, voce *Nome (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano 1978, p. 305.

¹⁸ Secondo L. LENTI, voce *Nome e cognome*, in *Dig. IV, disc. priv. sez. civ.*, vol. II Aggiornamento, UTET, Torino 2003, p. 928, il cognome è prima di tutto segno distintivo della persona e solo poi indice della sua appartenenza a una famiglia.

vante dal matrimonio, sia in ipotesi di contestuale riconoscimento di figlio non matrimoniale, sia infine con riguardo alla filiazione adottiva, pur non avendo il legislatore mai manifestato espressamente un *favor* per tale «regola». Nell'ordinamento italiano non esiste, infatti, una norma espressa che disciplini l'attribuzione del cognome ai figli e, tuttavia, fino al 2022 veniva applicato il meccanismo dell'automatica trasmissione del cognome paterno, che si riteneva scaturisse da una consuetudine cristallizzatasi nel tempo¹⁹.

Una parte della dottrina²⁰ riteneva che questa consuetudine avesse carattere cogente e fosse idonea ad attribuire valore giuridico al patronimico, sulla base dell'assunto che la mancata introduzione di una norma scritta confermasse l'inesistenza di una lacuna in materia e che la consuetudine, ai sensi dell'art. 8 prel., trovasse spazio quale fonte autonoma nella sua veste di consuetudine *praeter legem*²¹.

Altra parte della dottrina²², pur riconoscendo il carattere consuetudinario del patronimico, lo riteneva conforme al disposto normativo dell'art. 29, 2° comma, della Costituzione, volto a limitare il principio di uguaglianza dei coniugi a garanzia delle esigenze di unità del nucleo familiare.

In giurisprudenza prevaleva viceversa l'orientamento di discostarsi dalla tesi della consuetudine per immaginare una norma implicita, chiaramente desumibile dal sistema, in quanto presupposta da una serie di disposizioni²³ regolatrici di fattispecie diverse²⁴, con il pregio (e lo scopo) di

¹⁹ L'illustre giurista Adriano De Cupis, nella famosa voce del Novissimo Digesto *Nome e cognome*, scriveva «regola secolare, accolta universalmente in tutti gli Stati e talmente penetrata nel costume, da non potersi dubitare del suo vigore giuridico». Così A. DE CUPIS, voce *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, UTET, Torino 1965, pp. 303 ss.

²⁰ U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, Artt. 250-290, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, 2ª ed., Zanichelli, Bologna-Roma 1982, p. 125.

²¹ M. BESSONE, *Rapporti etico sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1976, p. 135; E. PAZÉ, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, in «Dir. fam. pers.», 1998, p. 324.

²² L. CARRARO, *Filiazione naturale. Riconoscimento*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. I, CEDAM, Padova 1977, p. 688.

²³ Ci si riferisce al combinato disposto degli artt. 237, 262, 299 c.c., nonché dell'art. 72, 1° comma, r.d. n. 1238/1939 (legge sull'Ordinamento dello stato civile) e degli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), sia pure con le rilevanti modifiche introdotte dalla riforma della filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, in «Gazz. uff.», serie generale, 17 dicembre 2012, n. 293 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in «Gazz. uff.», serie generale, 8 gennaio 2014, n. 5).

²⁴ Così Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, con nota di E. CARBONE, *L'inarrestabile declino*

mantenere aperta la via del sindacato di legittimità costituzionale, altrimenti impraticabile, stando a quanto sostenuto da autorevole dottrina²⁵, per la consuetudine *praeter legem*.

Questa, dunque, sino ai ripetuti interventi del Giudice delle leggi.

3. *Le indicazioni della Corte costituzionale*

Il resto è storia: l'evoluzione in materia si è dipanata, nelle sue linee essenziali, attraverso tre importanti sentenze della Corte costituzionale²⁶, che hanno condotto dall'iniziale rigetto di ogni questione di costituzionalità al tramonto²⁷ della «regola» del patronimico. In una prima decisione²⁸, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto delle norme da cui si ricaverebbe la suddetta «regola», nella parte in cui esse non consentirebbero l'attribuzione al figlio del cognome materno nemmeno a fronte di una richiesta concorde dei genitori, in «ragione della pluralità delle opzioni prospettabili, la

del patronimico, in «Familia», 2007, pp. 951 ss. (la nota può leggersi alle pp. 959 ss.). In dottrina, v. M. MORETTI, *Il cognome del figlio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, UTET, Milano 2016, pp. 4078 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche, Artt. 1-10*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, sub art. 6, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2013, pp. 405 ss.; F. DE SCRILLI, *Il cognome dei figli*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2012, pp. 523 ss.

²⁵ A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali Art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1981, p. 117 s.

²⁶ Gli interventi della Corte costituzionale sono stati diversi, ma nel testo si darà conto di quelli reputati maggiormente significativi.

²⁷ V. al riguardo E. BELLISARIO, *Nomen omen: la fine della regola del patronimico*, in «Giustiziavivile.com», 4 maggio 2022.

²⁸ Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in «Giust. civ.», I, 2006, p. 1124, ove può leggersi il testo della decisione con una nota di richiami; *ivi*, I, 2007, p. 1061, con nota di L. DI GAETANO, *Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile*; *ivi*, 2007, p. 2079, con nota di F. SCERIFF, *Ancora sul cognome*; in «Familia», 2006, pp. 931 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza*. Magià in altre due occasioni la Corte si era pronunciata per l'inammissibilità: v. Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 176, in «Dir. fam. pers.», 1988, pp. 670 ss. e in «Foro it.», I, 1988, c. 1811 e Corte cost., 19 maggio 1988, n. 586, in «Dir. fam. pers.», 1988, pp. 1576 ss., su cui v. ampiamente M.N. BUGETTI, F.G. PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, in «Fam. dir.», 2021, pp. 464 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore», cioè sulla base del presupposto che la materia rientra nella discrezionalità del legislatore, che potrebbe individuare soluzioni diverse, quali l'attribuzione del doppio cognome, come accade in altri ordinamenti, sempre facendosi salva l'attribuzione del medesimo cognome ai fratelli. La Corte ha colto l'occasione per criticare l'attuale sistema di attribuzione del cognome, considerato «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto romanistico, e di una tramontata concezione della potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna», invitando il Parlamento a introdurre una nuova disciplina²⁹. Infatti, la tutela costituzionale delle formazioni sociali, come la famiglia, nelle quali si svolge la personalità umana, deve esplicarsi nella duplice direzione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome al figlio e di quello del figlio di acquisire segni di identificazione rispetto a entrambi i genitori, testimoniando la continuità della sua storia familiare anche con riferimento alla linea materna³⁰. Pertanto, il meccanismo rigido e automatico di trasmissione del cognome non può più giustificare discriminazioni in ordine a situazioni esistenziali, conducendo al loro sacrificio «sull'altare» della tutela di interessi di ordine pubblico. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto indifferibile «un intervento legislativo capace, da un lato, di adeguare la disciplina sul cognome alle mutate esigenze di una famiglia che da tempo non si ispira più al modello patriarcale e, dall'altro, di conciliare il diritto all'identità personale³¹ della famiglia legittima con il medesimo diritto di quella naturale».

²⁹ Per tale via la Corte costituzionale ha implicitamente riconosciuto che l'attribuzione del cognome paterno costituisce una norma implicita di sistema, che può essere modificata soltanto con legge ordinaria.

³⁰ Secondo Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, cit., il giudice non dovrà autorizzare l'assunzione del cognome paterno, non solo quando dall'attribuzione del patronimico possa derivare danno per il minore, ma anche «allorquando il cognome materno si sia radicato nel contesto sociale in cui il minore si trova a vivere, giacché precludergli il diritto di mantenerlo si risolverebbe in un'ingiustificata privazione di un elemento della sua personalità, tradizionalmente definito come diritto ad essere se stessi».

³¹ Sulla funzione identitaria del nome sotto il profilo privatistico, in contrapposizione con il ruolo identificativo dallo stesso svolto sotto il profilo pubblicistico, v. E. DEL PRATO, *Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome*, in «Riv. dir. civ.», 2021, pp. 945 ss., spec. p. 947. Ritiene suggestivo l'accostamento tra il diritto al nome e il diritto all'identità personale, «categorie che hanno una storia diversa e che oggi appaiono rispondere a funzioni diverse» F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in «Giur. cost.», 2017, pp. 485 ss., in nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286.

In un clima di riforme³² ormai improcrastinabili³³, si inserisce la seconda sentenza della Corte costituzionale³⁴, che – decidendo il ricorso di una coppia, che aveva concordemente richiesto di attribuire al figlio minore il cognome materno in aggiunta a quello paterno – ha per la prima volta riconosciuto la possibilità di trasmettere al figlio il cognome della madre grazie all'accordo dei genitori.

La Corte di appello di Genova aveva infatti ritenuto di rimettere gli atti alla Corte costituzionale³⁵, affermando ancora una volta l'illegittimità costituzionale di quelle norme che, in combinato disposto tra loro, determinavano l'attribuzione automatica del cognome paterno, pur in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, nel caso di specie, concordemente diretta ad attribuire al figlio il cognome materno in aggiunta

³² V., ad esempio, d.d.l. approvato dalla Camera dei deputati il 24 settembre 2014, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge, in *Atti parlamentari*, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Atto n. 1628, su cui v. M.A. IANNICELLI, *Prospettive di riforma in materia di attribuzione del cognome ai figli*, in *Il diritto al cognome materno Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, cit., pp. 147 ss. In generale, sui molteplici progetti di legge che si sono succeduti nelle legislature dell'ultimo quarantennio, v. ancora IANNICELLI, *Cognome e identità personale*, cit., pp. 111 ss.

³³ Nel frattempo, nel celeberrimo caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva sancito la violazione da parte dell'Italia degli artt. 8 e 14 della CEDU a causa dall'impossibilità di attribuire al figlio il cognome materno, ponendo in luce l'esistenza di una lacuna nel sistema giuridico italiano e invitando il legislatore italiano a intervenire: cfr. Corte eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2670 ss., su cui v. A. CUSAN, *Peripezie di un buon diritto. Breve e veritiero racconto di una protagonista in 12 capitoli*, in *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, a cura di A. Fabbriotti, Jovene, Napoli 2017, pp. 205 ss. In generale, per una trattazione della questione sotto il profilo del diritto internazionale pubblico, v. A. FABBRIOTTI, *L'attribuzione del cognome materno secondo il diritto internazionale in materia di diritti umani*, in *Il diritto al cognome materno Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, cit., pp. 55 ss.

³⁴ Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in «Gazz. uff.», 1^a serie speciale, 28 dicembre 2016, n. 52. Molti sono stati i commenti: in «Foro it.», I, 2017, c. 6, con nota di G. CASABURI, *La Corte costituzionale apre al cognome materno, ma restano molte questioni irrisolte*; in «Fam. dir.», 2017, pp. 213 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in «Corriere giur.», 2017, pp. 167 ss., con nota di V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in «NGCC», 2017, pp. 818 ss., con nota di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*; in «Giur. it.», 2017, p. 815, con nota di R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*.

³⁵ Ordinanza n. 31 emessa dalla Corte di appello di Genova in data 26 novembre 2013, in «Gazz. uff.», 19 marzo 2014, n. 13.

a quello paterno. Nell'ordinanza di rimessione la Corte di appello – dopo aver sottolineato che la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio, anche in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, non è prevista da alcuna specifica disposizione di legge, ma è desumibile dal sistema normativo – ricordava il monito della più volte citata Corte costituzionale n. 61/2006 al legislatore, chiamato ad operare una scelta tra le possibili opzioni prospettabili. Ad avviso della Corte di appello di Genova sarebbero emersi fatti nuovi³⁶ idonei a giustificare una nuova rimessione degli atti alla Corte costituzionale, essendo divenuta possibile nella materia in questione una interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto dei parametri desumibili da alcune norme convenzionali.

In quest'occasione, che rappresenta il primo momento di emersione dell'accordo coniugale come «meccanismo» idoneo ad attribuire al figlio il cognome materno, il Giudice delle Leggi ha statuito che è costituzionalmente illegittima la regola desumibile dal più volte richiamato sistema di norme nella parte in cui non consente ai genitori – i quali ne facciano concorde richiesta al momento della nascita – di attribuire al figlio anche il cognome materno. Si tratta di una sentenza storica, che ha avuto il merito di dare voce a un'esigenza di tutela che un legislatore «sordo e afono» non aveva (e non ha tuttora) voluto cogliere. Essa si apprezza anche per essersi posta nel solco di una tendenza alla valorizzazione della parità coniugale all'interno della famiglia, che trova nel principio dell'accordo la sua più significativa manifestazione.

È chiaro, tuttavia, che, in forza della richiamata decisione, la concorde

³⁶ Precisamente, ricorda la Corte di appello rimettente come con le sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 la Corte costituzionale ha affermato che il nuovo testo dell'art. 117, 1° comma, Cost., colmando la lacuna esistente nella disciplina previgente, in conseguenza della quale «la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall'art. 10 Cost. e dall'art. 11 Cost. da parte di leggi interne comporta l'incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali», ha previsto l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme con la conseguenza che la norma nazionale con le stesse incompatibile viola per ciò stesso l'art. 117, 1° comma, Cost., perché la norma convenzionale, alla quale la norma costituzionale fa rinvio 'mobile', «dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati» e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata 'norma interposta'. Poiché la sentenza n. 61/2006 è precedente alla più recente giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, 1° comma, Cost., in forza del quale possono considerarsi «interposte», ai fini del giudizio di costituzionalità delle norme interne, le norme del panorama normativo internazionale e comunitario, tra l'altro ulteriormente mutato (si pensi alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa, alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla Convenzione di New York, alla legge del 2008, con cui l'Italia ha ratificato il Trattato di Lisbona), esse possono costituire, alla stregua di norme interposte, il parametro del giudizio di costituzionalità.

volontà dei genitori funzionava al contempo da accesso e da chiusura all'instaurarsi di una regola che rendesse possibile l'eventuale aggiunta del cognome materno a quello paterno³⁷, oltre a presentare l'evidente limite di lasciare al di fuori della materia dell'accordo l'ipotesi che i genitori volessero attribuire al figlio il solo cognome materno³⁸.

Con favore va, pertanto, valutata la terza sentenza³⁹, con cui la Corte costituzionale ha ribaltato⁴⁰ il meccanismo di attribuzione del cognome al figlio e – dichiarando l'illegittimità della più volte richiamata norma implicita nel sistema⁴¹ – ha delineato un modello in cui il figlio assume,

³⁷ Critica al riguardo si mostra IANNICELLI, *Cognome e identità personale*, cit., p. 70 s., la quale giudica la pronunzia «parzialmente risolutiva», perché rende possibile l'attribuzione del cognome materno solo in caso di comune accordo tra i genitori.

³⁸ Proprio questa era, ad esempio, l'aspirazione di Alessandra Cusan, che si è battuta per anni per realizzare tale legittimo desiderio condiviso con il marito. Su tale esperienza cfr. ancora A. CUSAN, *Peripezie di un buon diritto. Breve e veritiero racconto di una protagonista in 12 capitoli*, in *Il diritto al cognome materno Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, cit., pp. 205 ss.

³⁹ Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in «NGCC», 2022, pp. 958 ss., con commenti di E. AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio* (pp. 1092 ss.), L. OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile* (pp. 1099 ss.) e B. PEZZINI, *Doppia non basta: il cognome familiare davanti alla Corte costituzionale* (pp. 1108 ss.); in «Comp. dir. civ.», 2022, pp. 795 ss., con nota di G. PIGNATARO, *Cognome dei figli: una rivoluzione debole*; in «Actualidad Jurídica Iberoamericana», 2022, pp. 1204 ss., con nota di M.A. IANNICELLI, *Il cognome del figlio tra principio di non discriminazione dei genitori e diritto all'identità personale del minore*; in «Giur. it.», 2022, pp. 2335 ss., con nota di A. DIURNI, *La competizione tra valori identitari nell'attribuzione del cognome alla nascita*; *ivi*, pp. 2348 ss., con nota di B. SIRGIOVANNI, *Una pronuncia storica: l'attribuzione al figlio del cognome di entrambi i genitori (salvo diverso accordo)*.

⁴⁰ Come è stato osservato, «la norma è stata rovesciata»: così M. SESTA, *Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio*, in «Fam. dir.», 2022, pp. 877 ss., spec. p. 879.

⁴¹ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale di Bolzano (Trib. Bolzano, 17 ottobre 2019, n. 78, in <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/07/08/20C00140/s1>>) con riguardo agli artt. 2, 3, 11 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU e agli artt. 7 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in relazione all'art. 262, 1° comma, c.c. nella parte in cui – in caso di riconoscimento contemporaneo – non consentiva ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio il solo cognome materno. V. anche Corte cost. 30 dicembre 2025, n. 210, in <<https://www.federalismi.it>>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in relazione all'art. 299, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non consente all'adottando di assumere, con la sentenza di adozione del minore d'età, il solo cognome dell'adottante, se i consensi e gli assensi di cui agli artt. 45 e 46 della legge n. 184 del 1983 sono favorevoli a tale effetto e se esso risponde all'interesse del minore.

in via ordinaria, il cognome di entrambi i genitori, nell'ordine da essi concordato, salvo che essi decidano consensualmente di attribuire il solo cognome dell'uno o dell'altro⁴². In assenza di scelta si applica, pertanto, una regola «di *default*», che trova il proprio fondamento nel principio di eguaglianza morale e giuridica dei genitori (artt. 3 e 30 Cost.) e nella responsabilità condivisa volta alla definizione dell'identità personale del minore. Si tratta di un meccanismo non estraneo al diritto di famiglia. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla comunione legale dei beni tra i coniugi (art. 159 c.c.), che opera automaticamente in assenza di diversa convenzione patrimoniale. Anche in quel caso, la legge predispone un assetto predefinito, derogabile, che riflette un modello solidale ed egualitario della vita coniugale. In entrambi gli istituti, l'intervento del legislatore non ha lo scopo di comprimere l'autonomia privata, bensì di orientarla entro un paradigma costituzionalmente conforme: nel caso del cognome, assicurando la pari rappresentazione dei genitori nella costruzione dell'identità del figlio; nel caso del regime patrimoniale, garantendo la solidarietà economica come base della comunione coniugale.

In definitiva, la Corte costituzionale, a fronte della perdurante inerzia legislativa, ha «creato» la regola da applicare nel caso concreto.

⁴² Nel corso del giudizio – in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, che attribuisce alla Corte costituzionale il potere di estendere gli effetti della declaratoria di illegittimità anche a disposizioni ulteriori, la cui contrarietà a Costituzione discenda consequenzialmente dalla pronuncia adottata – la Corte, con ordinanza di autorimessione del 14 gennaio 2021, n. 18 (in <<https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2021/18>>), ha sollevato innanzi a sé questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, 1° comma, c.c., nella parte in cui, in caso di riconoscimento contestuale da parte dei genitori, imponeva, in mancanza di diverso accordo, l'attribuzione alla nascita del cognome paterno, anziché di quelli di entrambi, dichiarandone infine l'incostituzionalità. La pronuncia si fonda sull'identità di contenuto normativo tra tale disposizione e quella oggetto diretto del giudizio di legittimità costituzionale. La declaratoria si pone, dunque, quale intervento manipolativo necessario a garantire la coerenza del sistema e a evitare disparità di trattamento. V. infine Corte cost., 4 luglio 2023, n. 135, in <<https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2023/135>>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, 1° comma, c.c. nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto. Su tale sentenza, v. S. TROIANO, *Automatismo vs. libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato maggiore di età*, in «NGCC», 2024, pp. 340 ss.; G. BONILINI, *Il cognome dell'adottato maggiore di età*, in «Fam. dir.», 2023, pp. 809 ss.

4. Il ruolo dell'accordo nella nuova «regola» in materia di cognome

Sebbene l'attuale disciplina dell'attribuzione del cognome al figlio introduca una regola dispositiva – il doppio cognome in assenza di accordo – l'autonomia negoziale dei genitori conserva un ruolo centrale nell'individuazione dell'identità del minore. L'accordo tra i genitori, infatti, non scompare, ma si sposta su un terreno di «autodeterminazione regolata», assumendo rilievo decisivo in due specifici ambiti: la definizione dell'ordine dei cognomi e la scelta di attribuire al figlio il solo cognome dell'uno o dell'altro genitore.

Anzitutto, l'ordinamento demanda alla volontà congiunta dei genitori la decisione sull'ordine di trasmissione dei cognomi⁴³. Nonostante il doppio cognome costituisca la regola generale, l'ordine in cui i cognomi sono iscritti⁴⁴ assume rilievo al tempo stesso simbolico e pratico: esso può, infatti, incidere sulla percezione sociale dell'identità del minore, sulla sua futura trasmissione del cognome e su profili affettivi o culturali legati alle famiglie di origine. Tale scelta non è neutra, e proprio per questo viene lasciata all'accordo⁴⁵, quale spazio di confronto paritario tra i genitori. In mancanza di intesa, sarà l'autorità giudiziaria a intervenire, ai sensi dell'art. 316 c.c., secondo un criterio improntato alla tutela del superiore interesse del minore⁴⁶.

⁴³ Rileva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1 *la famiglia*, 7ª ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Giuffrè, Milano 2023, p. 389, che l'«attribuzione dell'ordine alfabetico, anziché l'ordine concordato dai genitori, avrebbe tuttavia evitato conflittualità che potrebbero pregiudicare l'interesse del minore».

⁴⁴ Sulle problematiche ingenerate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 131/2022, cit., v. G. DI ROSA, *Diritto al nome e rapporti di filiazione*, in «Dir. fam. pers.», 2024, pp. 1662 ss.

⁴⁵ Il rischio, come ovvio, è che nei passaggi successivi di cognome la crescita dei cognomi sia esponenziale arrivando a «catene onomastiche in grado di competere con le più clamorose 'polinomie' del passato: come quelle di certi patrizi romani, allorché presero il vezzo di ricoprirsì di nomi come fossero diademi; fino al famoso console di un'iscrizione a Tivoli, identificato con addirittura 38 elementi onomastici»: così testualmente OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile*, cit., p. 1103. Ammonisce – facendo eco al Giudice delle Leggi – contro il rischio che «l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori comporti, nel succedersi delle generazioni, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome», ricordando che occorre anche valutare l'interesse del figlio a non vedersi attribuito un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle e invocando un urgente intervento del legislatore, AL MUREN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, cit., p. 1094 s.

⁴⁶ Tuttavia, in presenza del disaccordo tra i genitori in ordine alla attribuzione del cognome, occorre valutare l'interesse del minore, ai sensi dell'art. 316, 2° e 3° comma, c.c. e dell'art.

In secondo luogo, e in modo ancor più significativo, il sistema vigente consente ai genitori, mediante accordo espresso⁴⁷, di discostarsi dalla regola del doppio cognome⁴⁸, optando per l'attribuzione del solo cognome dell'uno o dell'altro⁴⁹. Si tratta di una deroga che valorizza l'autonomia privata nell'ambito familiare, ma che, proprio perché incide su un diritto della personalità del figlio, richiede un bilanciamento di interessi entrambi rilevanti, da un lato la parità dei genitori e dall'altro il diritto all'identità personale del minore⁵⁰, attraverso una espressa manifestazione di volontà concorde che, come altre scelte demandate ai genitori, costituisce la vera essenza della responsabilità genitoriale⁵¹. Si rileva, tuttavia, che in tale

337-ter, 3° comma, c.c. e va riconosciuta la fondatezza della domanda di aggiunta del cognome materno a quello paterno già attribuito, solo qualora essa sia portatrice di un interesse che collima con quello del figlio: così Cass., 30 marzo 2025, n. 8369, in <<https://dirittifondamentali.it>>.

⁴⁷ Critico al riguardo F. MEGLIO, *Gli accordi di indirizzo della vita familiare Profili ricostruttivi*, Pacini, Pisa 2023, p. 54, secondo cui la nuova regola evita «una discriminazione orizzontale (tra gli stessi genitori), ma non anche quella di tipo verticale (tra genitori e figlio, rispetto all'identità di quest'ultimo)».

⁴⁸ La scelta dei genitori deve essere espressa all'ufficiale dello stato civile. Tempestivamente il Ministero dell'interno ha adottato la circolare n. 63 del 1° giugno 2022, in <<https://dait.interno.gov.it/documenti/circ-dait-063-servdemo-01-06-2022.pdf>>, nella quale ha dichiarato «imprescindibile» l'accordo per poter attribuire al figlio il cognome di uno solo dei genitori e ha precisato che «la richiamata sentenza si applicherà, dal giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, “alle ipotesi in cui l'attribuzione del cognome non sia ancora avvenuta, comprese quelle in cui sia pendente un procedimento giurisdizionale finalizzato a tale scopo”. “Eventuali richieste di modifica del cognome, salvo specifici interventi del legislatore” seguiranno la disciplina a tal fine prevista dalle disposizioni vigenti». Sul punto v. R. CALVIGIONI, *La nuova disciplina del cognome: il ruolo dell'ufficiale di stato civile*, in «Fam. dir.», 2022, pp. 890 ss., anche per le critiche espresse in relazione ai possibili ritardi nella formazione dell'atto di nascita e per le proposte di soluzione legislativa dei problemi connessi.

⁴⁹ La stessa Corte costituzionale pone in luce come si tratti di un'ipotesi ben diversa da quella che si realizzava nel passato, ove il cognome veniva imposto dal padre. In tale secondo caso, il cognome del padre o della madre viene attribuito al figlio «in un contesto paritario», in attuazione del principio di uguaglianza, da declinarsi quale scelta rappresentativa dell'unione all'interno della famiglia.

⁵⁰ Secondo la citata Corte cost. 131/2022, l'automatismo che determina l'imposizione del cognome paterno reca «il sigillo di una disuguaglianza tra i genitori, che si riverbera e si imprime sulla identità del figlio, così determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost.».

⁵¹ In questo contesto, l'attribuzione del cognome diviene parte integrante dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, così come delineata dagli artt. 316 e 337-ter c.c., e si colloca tra quelle decisioni che presuppongono il coinvolgimento attivo di entrambi i genitori, anche in costanza di convivenza o matrimonio. L'accordo in ordine al cognome,

secondo caso, in mancanza di accordo, non è praticabile la via del ricorso al giudice. Infatti, nell'ipotesi in cui vi sia dissenso circa l'attribuzione del solo cognome paterno o materno e non si trovi accordo tra i genitori, l'intervento del giudice non può essere automaticamente invocato quale strumento sostitutivo della volontà negoziale delle parti. La supplenza giudiziale in materia non può essere orientata verso l'imposizione autoritativa di una scelta che, per sua natura, incide su profili identitari, affettivi e relazionali altamente soggettivi e delicati, la cui valutazione rientra prioritariamente in quell'intreccio di poteri e di doveri in cui si sostanzia la responsabilità genitoriale. Ammettere che il giudice possa decidere in luogo dei genitori quale cognome attribuire al figlio – escludendo arbitrariamente la linea paterna o materna – significherebbe, in definitiva, reintrodurre surrettiziamente un principio di prevalenza unilaterale, in contrasto con i canoni costituzionali di uguaglianza sostanziale tra i genitori e con la *ratio* delle pronunce della Corte costituzionale, che hanno enfatizzato la centralità del consenso quale fondamento dell'accordo sul cognome. Diversamente, potrebbe al più ritenersi ammissibile un intervento giudiziale solo laddove uno dei genitori deduca l'esistenza di una condizione di inferiorità, anche solo psicologica, ovvero l'esercizio di una violenza morale da parte dell'altro genitore, tale da rendere non autentico il consenso espresso o da invalidare la possibilità stessa di un confronto paritario. In tali ipotesi, il ricorso al giudice assume non tanto una funzione sostitutiva della volontà, quanto piuttosto una funzione di garanzia, volta a ripristinare le condizioni di parità decisionale compromesse da dinamiche diseguali o abusive, restando confinato dunque a ipotesi eccezionali, nelle quali l'autodeterminazione risulti compromessa o radicalmente impedita.

Alla luce di quanto sopra, in definitiva, l'accordo tra i genitori non è pertanto superato dall'introduzione della regola del doppio cognome: al contrario, ritorna come strumento per modulare la disciplina in funzione delle peculiarità del progetto genitoriale, dell'identità culturale delle famiglie coinvolte e, più in generale, del superiore interesse del minore. La previsione di una regola dispositiva non elimina l'autonomia negoziale, ma ne ridefinisce i confini: non più strumento necessario per correggere una disuguaglianza – come invece avveniva nella previgente regola che imponeva il cognome paterno – bensì quale espressione piena del principio di bigenitorialità e riflesso di un rinnovato e accresciuto paradigma di eguaglianza sostanziale tra i genitori.

dunque, non è richiesto soltanto nei casi di disaccordo o di crisi familiare, ma rientra nella fisiologia della genitorialità contemporanea, che esige una costante cooperazione nella cura e nell'educazione del figlio, sin dalla nascita.

Il legislatore ha così recepito una visione relazionale della filiazione, ispirata ai principi costituzionali e sovranazionali in materia di eguaglianza, non discriminazione e tutela dell'identità personale del minore. Ne deriva che, in assenza di accordo, l'intervento dell'autorità giudiziaria non assume una funzione sanzionatoria o patologica, bensì garantistica, volta a ristabilire l'equilibrio tra le posizioni genitoriali e a tutelare il preminente interesse del figlio.

5. *Il cognome e il legislatore*

Nell'attuale legislatura sono stati presentati una serie di progetti di legge in materia⁵², che hanno in diversa misura valorizzato l'elemento volontaristico, proponendo soluzioni differenziate per la soluzione dei vari problemi pratici. Fra di essi, il recente disegno di legge, in discussione nella 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente⁵³, tenta di predisporre una disciplina unitaria del cognome, non solo con riferimento ai figli, ma anche ai coniugi. Con riguardo al profilo che qui interessa, il testo normativo si sforza di dare attuazione alla sentenza n. 131/2022 della Corte costituzionale, cercando di risolvere alcune criticità emerse a seguito della sua applicazione pratica.

In primo luogo, il d.d.l. introduce nel codice civile l'art. 143-*quater*, relativo al cognome del figlio nato da genitori coniugati. La norma stabilisce come regola generale l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, nell'ordine da essi concordato, salva la possibilità di optare consensualmente per il solo cognome dell'uno o dell'altro genitore mediante dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile⁵⁴. Si tratta di una soluzione che codifica

⁵² Su cui si sofferma ampiamente IANNICELLI, *Cognome e identità personale*, cit., pp. 111 ss., alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁵³ Senato della Repubblica, disegno di legge S. 131 - *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*, presentato dalla Sen. Alessandra Maiorino, 13 ottobre 2022, 19ª Legislatura, assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) il 17 gennaio 2023; calendarizzato nuovamente in sede referente il 1º aprile 2025, in <<https://www.senato.it/export/dcl/full/55307>>. La sua discussione è prevista insieme a quella degli altri d.d.l. nn. 2 (Unterberger), 21 (Malpezzi e altri) e 918 (Cucchi e altri). V. ancora IANNICELLI, *op. ult. cit.*, pp. 116 ss.

⁵⁴ Si ritiene maggiormente «garantista» una soluzione che non ammetta deroghe rispetto all'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, come nel d.d.l. 1438 assegnato in sede referente nella seduta del 24 aprile 2025 che, tuttavia, imponendo l'adozione prima del nome del padre e poi di quello della madre, ripropone la discriminazione alla quale la Corte

l'idea di fondo della sentenza costituzionale: la paritaria rappresentanza delle linee genitoriali quale punto di equilibrio tra principio di uguaglianza e identità personale.

Per il caso di disaccordo, l'art. 3 del d.d.l. prevede un meccanismo particolare: il giudice, dopo aver tentato una mediazione e sentiti i genitori, nonché il figlio che abbia compiuto i dodici anni o anche di età inferiore, se capace di discernimento, procede – ove il contrasto persista – all'estrazione a sorte del cognome tra le varie combinazioni possibili. Tale soluzione, che intende evitare ritardi nella formazione dell'atto di nascita, suscita, sul piano sistematico, notevoli perplessità. L'opzione legislativa, infatti, appare difficilmente conciliabile sia con la fisionomia dell'organo giudiziario sia con la struttura stessa del procedimento di formazione dell'atto di nascita. Il ricorso al giudice, lungi dal rappresentare un rimedio di pronta applicazione, introduce nel procedimento un segmento decisionale caratterizzato da tempi fisiologicamente incompatibili con l'esigenza di immediata attribuzione del cognome, attesa la natura indifferibile dell'iscrizione anagrafica. La previsione di una fase giurisdizionale, con i suoi inevitabili adempimenti – convocazione delle parti, audizioni, eventuale nomina del curatore speciale del minore, adozione del provvedimento conclusivo – rischia di tradursi in un rallentamento procedimentale, frustrando la stessa *ratio* acceleratoria che dovrebbe sorreggere la soluzione adottata. Dal punto di vista funzionale, inoltre, l'attribuzione al giudice di una competenza di questo genere non si armonizza con la funzione giurisdizionale, tradizionalmente orientata alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti e non alla loro selezione casuale. Il sorteggio, infatti, non è atto di valutazione, ma di meccanica neutralità: non richiede giudizio, bensì unicamente la garanzia di imparzialità procedimentale. In una prospettiva di coerenza sistematica, l'attribuzione al giudice di un compito squisitamente «amministrativo», peraltro non privo di profili problematici in quanto incidente su un diritto della personalità, appare difficilmente giustificabile. Maggiormente adeguata sarebbe stata l'assegnazione della funzione all'ufficiale dello stato civile, cui compete istituzionalmente la formazione dell'atto di nascita.

Una possibile chiave ricostruttiva della scelta legislativa consiste nell'ipotizzare che il legislatore abbia inteso ricondurre l'attribuzione del cognome entro l'alveo dei meccanismi rimediali già previsti per il disaccordo tra i genitori negli atti di indirizzo della vita familiare, perseguendo così una sorta di armonizzazione procedimentale dell'intero sistema. In questa prospettiva, il coinvolgimento del giudice si porrebbe come momento di

costituzionale aveva voluto rimediare: così ancora, IANNICELLI, *op. ult. cit.*, p. 122.

continuità rispetto al paradigma rimediale delineato dall'art. 316 c.c., che individua nella giurisdizione il luogo naturale di composizione dei contrasti nelle decisioni di maggiore rilievo afferenti all'esercizio della responsabilità genitoriale.

Una simile ricostruzione, sebbene suggestiva e in una certa misura coerente, non convince. L'attribuzione del cognome, infatti, non presenta i caratteri dell'atto di indirizzo familiare cui abitualmente si applica il meccanismo dell'intervento giudiziale sostitutivo: essa costituisce un presupposto anagrafico necessario, rigidamente vincolato nei tempi e privo di una dimensione valutativa in senso stretto: in altri termini, la soluzione prescelta appare segnata da una asimmetria tra fine perseguito e strumento impiegato.

Gli ultimi due commi del nuovo art. 143-*quater* proposto dal d.d.l. affrontano altri due nodi critici: assicurano ai figli degli stessi genitori il medesimo cognome e stabiliscono che il figlio cui siano stati attribuiti due cognomi possa trasmetterne ai propri figli solo uno, a sua scelta (ovviamente condivisa con l'altro genitore).

Quest'ultima previsione, seppure finalizzata a contenere l'inevitabile proliferazione dei cognomi nelle generazioni future, solleva alcune perplessità. Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che remota, in cui due fratelli decidano di trasmettere ciascuno un cognome diverso: i loro figli – pur essendo cugini e appartenendo alla medesima famiglia d'origine – porteranno cognomi differenti, con conseguente frammentazione della memoria familiare che, già messa alla prova dai modelli relazionali contemporanei, rischia così di perdere continuità, trasformando il cognome da segno di coesione intergenerazionale in fattore di dispersione identitaria.

La scelta individuale, dunque, rischia di prevalere sulla funzione relazionale del cognome, trasformando un istituto tradizionalmente deputato a creare legami in un meccanismo potenzialmente disgregante. Si crea così una tensione irrisolta tra autonomia personale e identità familiare: la libertà di optare per uno solo dei cognomi, pur costituzionalmente apprezzabile, richiede forse una disciplina più meditata, che eviti esiti disarmonici e garantisca un minimo di coerenza nella trasmissione intergenerazionale.

Lascia infine perplessi la diversa soluzione adottata con riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio.

In caso di riconoscimento non contestuale, il figlio assume il cognome del genitore che lo ha riconosciuto successivamente, aggiungendolo al proprio. A tal fine sono necessari il consenso dell'altro genitore e quello del minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore, se

capace di discernimento e, se tale consenso manca, al giudice è attribuito il potere di decidere se il cognome del secondo genitore debba essere aggiunto a quello già attribuito al minore. Si tratta, come è evidente, di una valutazione che investe direttamente l'assetto identitario del figlio, e non semplicemente la sua configurazione formale. In questa prospettiva, la decisione giudiziale assume una portata sostanziale, configurandosi come intervento che determina *ex novo* la composizione del cognome e, con esso, la rappresentazione nominale delle due linee genitoriali, reintroducendo una non necessaria asimmetria nell'ambito dello stato unico di filiazione.

6. Conclusioni

Il percorso evolutivo della disciplina del cognome del figlio testimonia il passaggio da un modello autoritario, fondato sulla supremazia della linea paterna, a un paradigma paritario, in cui l'identità personale del minore riflette l'eguaglianza tra i genitori e la natura relazionale del vincolo familiare. Le sentenze della Corte costituzionale hanno svolto un ruolo determinante nell'orientare questa trasformazione, sostituendosi a un legislatore rimasto a lungo inerte e affermando in modo netto l'illegittimità di una regola fondata su una concezione del rapporto familiare ormai superata.

La riforma attualmente in discussione tradisce l'intento di conferire stabilità a un assetto già profondamente ridisegnato dalla giurisprudenza costituzionale, ma non riesce, come si è visto, a risolvere del tutto alcuni problemi⁵⁵.

La regola del doppio cognome, oggi operante quale meccanismo dispositivo in assenza di accordo, non rappresenta dunque un punto di arrivo definitivo, ma esprime il tentativo di individuare un bilanciamento di differenti valori: il diritto all'identità personale del figlio, la paritaria rappresentazione dei rami familiari e la tutela dell'autonomia privata dei genitori nella definizione del progetto familiare. È proprio qui che la disciplina attuale mostra i suoi limiti e apre nuovi interrogativi. La libertà di scegliere l'ordine dei cognomi e, soprattutto, la possibilità di optare per il solo cognome dell'uno o dell'altro genitore sono espressioni indubbie dell'accresciuto valore attribuito alla responsabilità genitoriale,

⁵⁵ Sui diversi disegni di legge che si sono avvicendati in materia, cfr. A.O. Cozzi, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare*, in «NGCC», 2010, II, pp. 461 ss.

che richiedono tuttavia soluzioni legislative soddisfacenti. In questo senso, il disegno di legge S. 131 (Maiorino), nel tentativo di offrire una disciplina organica successiva alle pronunce della Consulta, ne recepisce l'impianto generale, ma introduce soluzioni che meritano attenta riflessione.

Ciò che emerge, in definitiva, è l'immagine di un sistema ancora in divenire, nel quale i progressi compiuti sul fronte dell'eguaglianza genitoriale richiedono ora un consolidamento normativo capace di garantire certezza, coerenza e rispetto della complessità dei valori coinvolti. L'identità personale del minore – nella quale converge la storia familiare, l'appartenenza, la continuità e la rappresentazione sociale – necessita di un impianto sistematico adeguato. Se la riforma del cognome mira realmente a riflettere un modello di famiglia fondato sulla parità e sulla relazione, essa deve muoversi lungo una linea che coniughi autonomia e responsabilità, libertà e coerenza, uguaglianza e tutela della memoria familiare. Il cognome – lungi dall'essere un mero segno distintivo – appare il «luogo», in cui si intrecciano valori costituzionali, affetti, storia familiare e identità personale. Una disciplina pienamente coerente richiederà una riflessione culturale più ampia sul ruolo della famiglia nella società contemporanea e sul significato stesso di appartenenza familiare nel tempo delle pluralità identitarie.

La storia non appare ancora compiuta, nella consapevolezza che il cognome non è un semplice elemento anagrafico, ma una componente significativa della biografia personale e giuridica del minore. Da qui l'importanza di tradurre questa complessità in norme chiare e rispettose dei principi costituzionali.

*Filiazione: profili sostanziali. Diritti e doveri dei figli**

SOMMARIO: 1. Verso l'eguaglianza – 2. I principi fondamentali del diritto della filiazione – 3. La costituzione dello stato di figlio nato nel matrimonio – 4. La costituzione dello stato di figlio nato fuori dal matrimonio – 5. Il riconoscimento tardivo – 6. Il riconoscimento del figlio nato da incesto – 7. La procreazione medicalmente assistita – 8. La gravidanza per conto altrui – 9. I diritti e i doveri dei figli.

1. Verso l'eguaglianza

La crescita della protezione giuridica accordata ai figli nati fuori dal matrimonio è una costante del xx secolo: lenta nella prima metà, ha avuto un'accelerazione fortissima nella seconda metà, capovolgendo in pochi decenni una tradizione millenaria: il principio di eguaglianza formale si è ampiamente esteso fino a diventare, negli ultimi decenni, un tratto essenziale del sistema costituzionale e internazionale di protezione dei diritti umani.

Nel campo della filiazione il principio di eguaglianza ha spazzato via, fin dal suo primo operare oltre due secoli fa, alcune discriminazioni giuridiche molto risalenti, come quella tra i figli maschi e le figlie femmine e quella tra il maschio primogenito e i figli generati successivamente.

Ha invece impiegato molto più tempo per cancellare la discriminazione giuridica tra i figli matrimoniali e quelli extramatrimoniali. Ciò a causa dello stretto legame di questa discriminazione con un aspetto di grande importanza della morale sociale, che ancora nel recente passato era molto forte: la famiglia matrimoniale era considerata l'unico luogo ove fosse socialmente ammessa la procreazione, e pertanto l'unico luogo ove la sessualità femminile potesse realizzarsi in modo moralmente lecito. Fino a qualche decennio fa la procreazione fuori dal matrimonio era duramente condannata dalla società e i figli che ne nascevano erano chiamati 'bastardi', parola rappresentativa di un fortissimo disvalore morale e sociale; oppure 'illegittimi', parola atta a indicare come la loro stessa esistenza fosse percepita

* Mi sembra doveroso avvertire il lettore che gran parte di questo scritto è un riassunto, con i necessari aggiornamenti, di quanto scritto nei §§ 1-10 del capitolo *La procreazione e lo stato di figlio*, nel mio volume *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2021.

come una violazione dell'ordine giuridico, oltre che sociale.

Esemplari in proposito sono le parole di Kant nella *Metafisica dei costumi*, contenute nelle note al § 49: «il bimbo venuto al mondo all'infuori del matrimonio è all'infuori della legge (perché la legge è il matrimonio), e per conseguenza è anche all'infuori della protezione della legge. Egli si è per così dire insinuato nella società civile (come una merce proibita), in modo che questa può ignorare la sua esistenza e in conseguenza anche la sua distruzione (poiché legittimamente egli non avrebbe dovuto esistere in questo modo)». Con ciò non legittimava però l'infanticidio, ma solo la riduzione della pena per la madre che l'avesse compiuto¹.

Ancora a metà del xx secolo *famiglia, matrimonio, procreazione e sessualità* erano unite da legami ben solidi, che sono andati allentandosi sempre più rapidamente nella società e che ormai sono in parte molto laschi e in parte addirittura sciolti: ciò ha permesso al principio di eguaglianza di espandersi, senza più incontrare ostacoli degni di nota, fino a far crollare anche la discriminazione secolare nei confronti dei 'bastardi', cioè dei figli nati fuori dal matrimonio.

Il passo più lungo verso l'eguaglianza, quello decisivo, opera di un legislatore di alto livello culturale e morale, risale alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che aveva parificato la condizione dei figli naturali – chiamati così e non più *illegittimi* come in precedenza – a quella dei figli legittimi per tutto quanto attiene ai rapporti con i loro genitori. Aveva però lasciato che permanessero diversi tanto i rapporti con i loro parenti in linea collaterale, quanto le modalità di attribuzione dello stato di figlio e il sistema delle azioni in giudizio volte ad attribuire o a rimuovere tale stato.

La riforma iniziata nel 2012 (l. 219) e completata nel 2013 (d.lgs. 154), non ha cancellato tutte le differenze fra le due categorie di figli, ma ha fatto qualche importante passo ulteriore rispetto alla disciplina del 1975.

L'affermazione di principio che contiene – «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (nuovo art. 315 c.c.) – ne costituisce il *manifesto programmatico* e costituisce il *canone interpretativo generale* della materia: la sua importanza è quindi grande.

Dopo la riforma del 2012-13, non si dovrebbe più distinguere tra filiazione legittima e naturale; tuttavia, dato che vi sono casi in cui il trattamento è rimasto diverso, restano necessarie delle locuzioni per differenziare: *legittimo* è stato sostituito con *nato nel matrimonio* e *naturale* con *nato fuori dal matrimonio*.

¹ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, trad. it. di G. Vidari, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO e V. MATHIEU, Utet, 1998 (le parole citate nel testo si leggono a pag. 526).

Diversità rilevanti permangono nella costituzione del rapporto, visto che la filiazione nel matrimonio si costituisce *di diritto*, in conseguenza del fatto della nascita da due persone sposate fra loro, mentre la filiazione fuori dal matrimonio necessita della dichiarazione di un genitore o di entrambi, detta *riconoscimento*, oppure di una *sentenza*, che accerti la paternità o la maternità. E permangono soprattutto nelle azioni giudiziarie, che sono rimaste in gran parte diverse per i due tipi di filiazione.

2. I principi fondamentali del diritto della filiazione

a) La verità biologica

Il diritto della filiazione è oggi retto da alcuni principi fondamentali – oltre al principio di eguaglianza – che presentano legami reciproci e interferenze conflittuali: (a) il favore per la verità biologica, (b) la responsabilità per la procreazione, (c) la priorità dell'interesse del minore, comprensiva del suo diritto di crescere preferibilmente nella propria famiglia, soprattutto nucleare.

Il *favore per la verità* biologica governa la formazione dello stato di filiazione, la sua modifica e la sua rimozione. La materia è regolata in modo tale da far sì che il rapporto *giuridico* di filiazione sia fondato sul rapporto *biologico* di filiazione e di regola coincida con questo.

È una costante storica che il principio di verità stia alla base del sistema della filiazione, anche ben prima del 1975. Basti ricordare che la garanzia della discendenza genetica dal marito-padre è uno dei fondamenti delle regole sociali e giuridiche che nelle società europee hanno governato per millenni la famiglia patricentrica e la morale sessuale femminile. Tuttavia la riforma del 1975 ha segnato una tappa molto importante nell'ampliamento dell'area di applicazione della verità biologica: più precisamente, della verità genetica per l'uomo e della verità di gestazione e parto per la donna: verità, quest'ultima, che ancora nel 1975 non poteva non coincidere con la verità genetica.

Il principio di verità è connotato da grande *elasticità*: può essere compresso in nome di altri principi. E per secoli così è stato. Due dei principi che l'hanno compresso sono sempre ricordati: il primo è la *difesa della famiglia legittima*, ragione giustificatrice della discriminazione verso i figli non matrimoniali e fondamento del pregresso divieto di riconoscere i figli adulterini; il secondo, logicamente connesso con il primo, è il *favore per la legittimità* del figlio, fondamento dei limiti posti al disconoscimento,

dell'assolutezza della presunzione di concepimento nel matrimonio e della lunghezza del suo termine, 300 giorni, eccessiva rispetto alla realtà biologica della gestazione. È proprio l'intensità della discriminazione contro i figli naturali che dava un fondamento giustificativo al favore per la legittimità: le regole erano funzionali a evitare il rischio di negare la condizione di legittimità a un figlio che ne aveva diritto, a costo di attribuirle in qualche caso a un figlio che non ne aveva diritto.

Un altro dei principi che limitavano la verità è invece raramente ricordato, ma non è meno importante: la garanzia molta ampia, benché non completa, dell'*irresponsabilità maschile* in caso di procreazione fuori dal matrimonio, fondamento dei limiti all'accertamento della paternità, un tempo estremamente stringenti.

Nonostante il raggio d'azione del principio di verità sia indubbiamente ampliato con la riforma del 1975, vi sono tuttora molti casi in cui soccombe dinanzi ad altri principi: ma sono casi profondamente diversi da quelli dinanzi ai quali soccombeva in passato. È significativo che tanto C. cost. 272/2017 e 127/2020, quanto Cass. 8617/2017 e 30403/2021 abbiano espressamente escluso che il principio di verità abbia una «rilevanza costituzionale assoluta», tale da sottrarlo a ogni bilanciamento; a questo modo hanno innovato rispetto a un orientamento precedente, per il quale vd. C. cost. 7/2012 e 112/1997.

Oggi i casi in cui il principio di verità soccombe dinanzi ad altri principi sono molti: l'adozione piena, il parto anonimo, i limiti potenziali al riconoscimento tardivo, la procreazione medicalmente assistita (in seguito PMA) eterologa, i limiti posti alle azioni di stato, cui si può aggiungere l'ammissibilità della conservazione del cognome una volta venuto meno lo stato che ne aveva determinato l'attribuzione (art. 95, c. 3° d.P.R. 396).

Il rapporto biologico – è appena il caso di ricordarlo – si presenta diverso per il maschio e per la femmina: per il maschio ha un significato univoco: la derivazione dai suoi spermatozoi. Per la femmina ha invece un significato duplice: sia la derivazione dall'ovocita, sia la gravidanza e il parto. Ciononostante l'art. 269, c. 3° c.c. è rimasto immutato, rendendo manifesto come il legislatore continui a voler ignorare la discendenza genetica femminile, con la conseguenza che il compito di regolarla è implicitamente delegato alla giurisprudenza.

b) La responsabilità per la procreazione

La locuzione *responsabilità per la procreazione* (artt. 30 cost. e 315-bis c.c.) significa che i genitori hanno degli obblighi nei confronti dei figli che hanno

procreato, obblighi che sorgono fin dal momento della nascita e trovano fondamento nel rapporto *biologico* di filiazione, al quale la legge assimila i due casi in cui la genitorialità è solo elettiva, cioè l'adozione e la PMA eterologa. Questa responsabilità sorge indipendentemente dall'intenzione dei genitori, se volessero o meno procreare un figlio: siccome il concepimento è una possibile conseguenza naturale del rapporto sessuale, chi lo compie non può esimersi dalla responsabilità delle conseguenze che possono derivarne, anche se non volute.

Nel principio di responsabilità per la procreazione ha radice l'indissolubilità del rapporto che lega il genitore al figlio, salvo che il suo scioglimento corrisponda all'interesse del minore, come in caso della dichiarazione di adottabilità, seguita dall'adozione piena.

Su questo principio si fondano numerose regole del diritto della filiazione: la responsabilità genitoriale, l'obbligo di mantenere i figli, la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, che consente al figlio di ottenere la costituzione del rapporto di filiazione anche contro la volontà del genitore che non l'ha riconosciuto, l'inaffidabilità del disconoscimento in caso di PMA eterologa, la responsabilità per i danni prodotti a terzi dai figli minorenni.

Nelle applicazioni concrete del principio di responsabilità per la procreazione vi sono profonde differenze tra la posizione dell'uomo e quella della donna, che hanno radice nelle loro differenze biologiche: questa può decidere in autonomia se condurre a termine la gravidanza o interromperla e, al momento della nascita, può dichiarare di voler restare anonima, oppure dichiarare che il figlio è stato concepito con un uomo diverso dal marito. Nulla di tutto ciò è concesso all'uomo.

c) La priorità dell'interesse del minorenne

Il principio di *priorità dell'interesse del minore* ha assunto un rilievo nella disciplina della formazione e della rimozione dello stato di filiazione solo di recente. È un fatto che merita di essere rimarcato, perché costituisce una novità *eversiva* della tradizione consolidata da secoli, che non ha mai neppure preso in considerazione l'idea che le eventuali esigenze psicologiche, affettive e sociali dei figli, valutate nella peculiarità dei singoli casi concreti, potessero incidere sul loro stato giuridico di filiazione. Appariva come cosa ovvia e indiscutibile che i figli altro non potessero se non *subire* lo stato familiare che le regole di legge, generali e oggettive, attribuivano loro; tutto quanto potesse riferirsi alla loro soggettività personale era, per definizione, completamente irrilevante.

Oggi, al contrario, il principio di priorità dell'interesse del minore può incidere tanto sull'attribuzione dello stato, quanto sulla sua rimozione.

Nelle norme sulla costituzione del rapporto di filiazione il riferimento all'interesse del minore compare per la prima volta nel 1975 a proposito tanto del riconoscimento tardivo dei figli nati fuori dal matrimonio, quanto della dichiarazione giudiziale di paternità promossa dal genitore esercente la responsabilità parentale in nome del figlio minore infraquattordicenne (vd. C. cost. 341/1990); nulla di simile era invece previsto per i figli nati nel matrimonio, né lo è stato in seguito.

3. La costituzione dello stato di figlio nato nel matrimonio

Lo stato si costituisce di diritto, in seguito alla dichiarazione di nascita, in presenza dei seguenti presupposti: (a) che il figlio sia stato partorito da una donna sposata; (b) che la sua nascita o il suo concepimento abbiano avuto luogo durante il matrimonio; (c) che il figlio sia stato concepito per opera del marito della madre. Questa è un'importantissima differenza rispetto ai figli nati fuori dal matrimonio, il cui stato non si costituisce di diritto.

La madre può però dichiarare che il figlio non è stato concepito con il marito: tale dichiarazione contiene anche il suo contestuale riconoscimento, sicché l'atto di nascita che si forma è quello di figlio riconosciuto dalla madre ed eventualmente anche dal padre biologico. Se la madre fa questa dichiarazione nella consapevolezza della sua falsità, commette il reato di *alterazione di stato* (art. 567 c.p.); invece non commette alcun reato se non dichiara nulla, lasciando così che si formi l'atto di nascita di figlio matrimoniale, pur essendo consapevole della nascita fuori dal matrimonio.

La madre, anche se sposata, può dichiarare di non voler essere nominata: si forma allora un atto di nascita di figlio d'ignoti, cui potrebbe seguire un riconoscimento paterno.

Oggetto di qualche controversia è il caso del nato da una donna legalmente separata: la lettera dell'art. 232, c. 2° c.c. indica che ciò che viene meno con l'udienza iniziale del procedimento di separazione è la presunzione di concepimento nel matrimonio. Ne consegue, per coerenza logica, che il figlio concepito da due coniugi legalmente separati e non riconciliati dovrebbe essere considerato nato fuori dal matrimonio, benché la coppia sia ancora formalmente sposata. Per rimediare a questa illogicità si interpreta comunemente la norma intendendo che la presunzione cui allude

non sia quella di concepimento nel matrimonio, ma quella di paternità: dato che il matrimonio non è sciolto, dopo trascorsi 300 giorni dal momento dell'udienza iniziale, il figlio concepito dai coniugi è pur sempre *nato nel matrimonio*, ma la paternità non è attribuita di diritto al marito; affinché gli sia attribuita è necessaria la sua dichiarazione in tal senso, come se si trattasse di un riconoscimento.

La questione ha perso gran parte del rilievo che aveva in passato: oggi il provvedimento giudiziario di separazione è annotato sui registri di stato civile, sicché il relativo ufficiale, al momento di formare l'atto di nascita, corre assai meno di prima il rischio di attribuire di diritto la paternità al marito perché all'oscuro della separazione. Resta comunque problematico il caso della riconciliazione, poiché non sempre questa risulta dai registri di stato civile: può esservi iscritta (art. 63, c. 1°, lett. g d.P.R. 396), ma solo se i coniugi ne fanno richiesta.

Inoltre, data l'ammissibilità contestuale delle domande di separazione e divorzio e il breve tempo che deve trascorrere per poter iniziare la fase del divorzio il caso del figlio nato da coniugi legalmente separati da più di 300 giorni, ma non divorziati è molto più raro che un tempo.

4. *La costituzione dello stato di figlio nato fuori dal matrimonio*

Il rapporto di filiazione dei figli concepiti fuori dal matrimonio, cioè da persone non sposate fra loro, si costituisce per effetto della dichiarazione di un genitore o di entrambi, detta *riconoscimento*, o di una *sentenza che accerti la paternità o la maternità*.

Il riconoscimento è un atto di accertamento, che viene tradizionalmente detto spontaneo e discrezionale, di modo che il genitore sarebbe libero di compierlo o meno. Ciò però è vero solo in apparenza: se manca, il figlio può ottenere la costituzione del rapporto coattivamente, cioè contro la volontà del genitore, mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità.

Inoltre se il genitore se ne disinteressa radicalmente – che lo abbia riconosciuto o no, purché sia consapevole di essere genitore – il figlio può anche ottenere il risarcimento del danno alla persona, sia patrimoniale sia non patrimoniale, per aver subito la mancanza della figura paterna.

La riforma del 2012-2013 ha mantenuta invariata la regola secondo la quale la filiazione materna fuori dal matrimonio non si costituisce di diritto, a differenza di quella matrimoniale, ma necessita di una dichiarazione espressa,

il riconoscimento. Questa regola – legata a costumi sociali di un tempo, ormai superati – può avere conseguenze gravi per il figlio: per esempio, se la madre entra in coma al momento del parto e muore senza avere ripreso conoscenza, il rapporto di filiazione materna non si costituisce (salvo successiva dichiarazione giudiziale di maternità), sicché se il padre non lo riconosce, il nato resterà figlio d'ignoti e potrà essere dichiarato adottabile; né i nonni materni sono legittimati a intervenire, dato che non sono legalmente suoi parenti, poiché il rapporto con la madre non è costituito.

Il riconoscimento è un atto unilaterale irrevocabile e formale; è un atto cosiddetto personalissimo: non può essere compiuto tramite rappresentante. I suoi effetti sono interamente determinati dalla legge: ogni dichiarazione volta a limitarli è nulla. Può essere compiuto soltanto dal vero genitore biologico (art. 250 c.c.): il riconoscimento non corrispondente a verità è impugnabile (art. 263 c.c.), senza distinguere tra il caso in cui il suo autore non è consapevole della falsità e il caso in cui ne è consapevole, ma ciononostante lo effettua; in quest'ultimo caso è tradizionalmente detto *riconoscimento di compiacenza*.

Se il riconoscimento è effettuato contemporaneamente dai due genitori, il rapporto di filiazione si costituisce nei confronti di entrambi; se da un solo genitore, unicamente nei suoi confronti e non può contenere indicazioni relative all'altro (art. 258, c. 2° c.c.). Il riconoscimento dell'altro genitore può intervenire successivamente: è detto *tardivo* ed è soggetto a regole particolari, sulle quali tornerò in seguito.

Può riconoscere anche chi è legato in matrimonio con un'altra persona, sia al momento della formazione dell'atto di nascita, sia tardivamente.

È necessaria la capacità di agire: quindi non lo può fare l'interdetto, mentre di regola lo può fare il beneficiario di amministrazione di sostegno.

Quanto al minorenni, occorre che abbia compiuto 16 anni. Chi ha un'età inferiore può egualmente riconoscere, ma solo se autorizzato dal tribunale ordinario, il quale valuta le circostanze, cioè compie un giudizio prognostico sulle capacità del genitore di assumersi la responsabilità di svolgere la funzione genitoriale, tenendo prioritariamente conto dell'interesse del figlio (art. 250, c. 5° c.c.). In questi casi vi sono due minorenni il cui interesse potrebbe essere in conflitto: quello del minorenni che è *figlio* prevale su quello del minorenni che è *genitore*.

Non è ammissibile il riconoscimento di chi è stato già dichiarato adottabile e dato in affidamento preadottivo; se effettuato, resta inefficace (art. 11, c. 7° l. 184). Se il riconoscimento interviene nel corso del procedimento per l'adottabilità, si applicano le regole dell'art. 12 l. 184.

Il figlio può essere riconosciuto, sia dalla madre sia dal padre, anche se è concepito ma non ancora nato. Però il riconoscimento paterno può essere effettuato solo congiuntamente a quello della madre gestante, o successivamente a questo e con il suo consenso (art. 44 d.P.R. 396).

Non è ammesso il riconoscimento di chi ha uno stato di figlio altrui, matrimoniale o extramatrimoniale, che sia *incompatibile*, finché questo non sia rimosso all'esito di un'azione di stato (art. 253 c.c.). Tale riconoscimento, purché sia valido quanto alla forma, resta inefficace, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza che rimuove lo stato.

In seguito alle indicazioni contenute nella sentenza CTEDU *Scalzo c. Italia* (2022, ric. 8790/21), la Corte di cassazione, con la sentenza a sezioni unite 8268/2023, ha indebolito la pregiudizialità dell'azione per rimuovere lo stato rispetto a quella per attribuirlo: le due azioni (per esempio il disconoscimento e la dichiarazione giudiziale di paternità) possono essere proposte *insieme*, ma la seconda resta obbligatoriamente sospesa (art. 295 c.p.c.), in attesa della decisione sulla prima.

Nel caso giudicato dalla Corte europea il procedimento per il disconoscimento era iniziato nel 2010 ed era ancora pendente al momento della sentenza europea; nel 2018 la dichiarazione giudiziale di paternità era stata respinta perché lo stato di figlio legittimo sussisteva ancora. La perdurante incertezza sul proprio stato e quindi sulla propria identità personale, iniziata nel 2010 e protrattasi per 12 anni, costituisce una lesione del diritto al rispetto della vita privata (art. 8 c. 1° CEDU). Il rimedio accolto dalla cassazione, come modalità per ottemperare alla sentenza della Corte europea, si presenta però insufficiente, a causa della frequente durata eccessiva dei processi.

Se un uomo sposato riconosce un figlio nato fuori dal matrimonio e non riconosciuto dalla madre, l'ufficiale di stato civile deve darne notizia al tribunale per i minorenni, affinché disponga le opportune indagini per verificarne la veridicità (art. 74 l. 184). L'eventuale successiva impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è di competenza del tribunale ordinario.

In mancanza di riconoscimento, si forma l'atto di nascita di figlio d'ignoti e il neonato è dichiarato *adottabile* senza ulteriori indagini, dunque molto rapidamente. Nel frattempo i servizi sociali hanno il delicato compito di avvicinare la madre per chiarirle le conseguenze della sua scelta e per prospettarle i modi in cui potrebbero aiutarla se scegliesse invece di tenere il figlio con sé.

Fa eccezione il caso del genitore di età inferiore ai 16 anni, per il quale

si applicano le regole accennate sopra.

Il riconoscimento potrebbe anche essere scientemente falso, detto spesso *di compiacenza*: è un caso che va ovviamente rarefacendosi, visto lo scopo che aveva in passato. Tralascio quanto riguarda l'impugnabilità del riconoscimento scientemente falso, dato che è oggetto di un'altra lezione.

In questa sede merita di essere segnalato un recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale, una volta posto nel nulla tale riconoscimento su iniziativa del padre legale, e senza l'opposizione del figlio, quest'ultimo può ottenere in via riconvenzionale il risarcimento del danno non patrimoniale consistente nella lesione della sua identità personale in senso morale e sociale e nella sofferenza e sbandamento esistenziale legati alla scoperta di avere un'origine diversa da quella creduta. Benché non sia ben chiarito, il fatto illecito dal quale deriva l'obbligo risarcitorio sembra essere non tanto il riconoscimento scientemente falso, quanto piuttosto il fortissimo ritardo nell'impugnazione, che ha fatto sì che l'identità personale del figlio si fosse già pienamente formata; o forse l'insieme dei due, che lascia trasparire un «contegno ondivago», censurabile perché contrario a buona fede, come quello condannato da Cass. 2315/1999 (sul disconoscimento in caso di PMA eterologa). Nei casi di specie l'impugnazione era stata giunta a distanza di decenni dalla nascita, quindi riguardo a figli ormai adulti da tempo (vd. Cass. 16222/2015 e Trib. Milano, 27 aprile 2016).

5. *Il riconoscimento tardivo*

Il riconoscimento, in qualunque forma sia effettuato, è detto *tardivo* quando interviene dopo che si è formato l'atto di nascita, di figlio dell'altro genitore o di figlio d'ignoti, indifferentemente se di un giorno o di decenni.

Se il figlio ha compiuto 14 anni è necessario il suo *assenso*, tanto se ha lo stato di figlio riconosciuto da un solo genitore quanto di figlio d'ignoti. Quest'ultimo caso riguarda, in concreto, nascite ormai lontane nel tempo, poiché di regola, dopo la l. 184, il figlio d'ignoti è dichiarato immediatamente adottabile e dato in adozione piena.

L'assenso può essere liberamente negato: il figlio ha un vero e proprio diritto potestativo di rifiutare il genitore. Se manca l'assenso – per rifiuto espresso, silenzio, irreperibilità – il riconoscimento può essere egualmente ricevuto dall'ufficiale di stato civile per essere annotato nell'atto di nascita (art. 45, c. 2° d.P.R. 396), ma resta inefficace, in attesa di un eventuale

futuro assenso, da annotare anch'esso nell'atto di nascita (artt. 250, c. 2° c.c. e 28, c. 1°, lett. c d.P.R. 396).

Se il figlio è maggiorenne e interdetto, l'assenso può essere dato dal tutore. Se è maggiorenne e beneficiario di amministrazione di sostegno, può essere dato personalmente dal beneficiario stesso, salvo che nel decreto di apertura sia stabilito diversamente. L'assenso dato in condizioni d'incapacità naturale può essere annullato solo se è tale da recare «un grave pregiudizio all'autore» (art. 428, c. 1° c.c.).

Se il figlio ha un'età compresa tra i 14 e i 18 anni ed è affetto da patologie psichiche invalidanti, tali per cui ha una capacità di discernimento insufficiente, la legge nulla prevede: si può colmare la lacuna applicando per analogia la regola dettata per il figlio minore di 14 anni.

Se il figlio non ha ancora compiuto 14 anni, è necessario il *consenso* del genitore che lo ha riconosciuto per primo (art. 250, c. 3° c.c.). In mancanza, l'ufficiale di stato civile non può neppure ricevere il riconoscimento (art. 45, c. 1° d.P.R. 396), ma deve comunque darne notizia all'altro genitore (art. 47 d.P.R. 396).

Il consenso può essere legittimamente rifiutato solo se ciò corrisponde all'interesse del figlio minore: in via di prima approssimazione, se appare molto probabile che il secondo riconoscimento gli sia di grave pregiudizio.

Davanti al rifiuto o al silenzio dell'altro, il genitore che intende effettuare il riconoscimento può ricorrere al tribunale ordinario (art. 250, c. 4° c.c.): il giudice gli fissa un termine entro il quale deve notificare il ricorso all'altro; quest'ultimo ha 30 giorni di tempo per opporsi; se non si oppone, il giudice pronuncia una sentenza che *sostituisce* il consenso mancante.

È controverso che cosa accada se il genitore non può dare validamente il suo consenso, perché morto, irreperibile, interdetto, decaduto o sospeso dall'esercizio della responsabilità genitoriale. L'inversione dell'onere di adire il giudice rispetto al testo previgente, portata dal nuovo testo dell'art. 250 c. 4° c.c., ha reso la questione più attuale.

In tutti i casi il potere di dare il consenso non può spettare al genitore, ma al tutore o al curatore speciale del minore, secondo i casi (vd. in questo senso Cass. 6059/1988, benché in applicazione della norma previgente). Ciò perché, secondo la condivisibile opinione prevalente in dottrina, la decisione sul consenso deve tener conto unicamente dell'interesse del minore ed è quindi logicamente coerente che sia considerata come un aspetto dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Secondo un'altra opinione il potere di dare il consenso appartiene al genitore per il semplice fatto di essere tale, indipendentemente dall'esercizio della responsabilità, ignorando quindi ogni riferimento all'interesse del minore (in questo senso

vd. Cass. 17277/2014, che richiama la risalente Cass. 1181/1987, ma la fraintende gravemente).

Il genitore che intende opporsi deve dare inizio al procedimento *contenzioso*: la l. 219/2012, capovolgendo la regola previgente dell'art. 250, c. 4° c.c., ha adottato un modello di tipo monitorio, che addossa l'onere di adire il giudice al genitore che si oppone al secondo riconoscimento. La condivisibile scelta del legislatore è dovuta sia alla speranza di ridurre il contenzioso giudiziario, sia alla frequenza con la quale la giurisprudenza autorizza il secondo riconoscimento, ormai negli ultimi anni altissima, sia alla crescente considerazione data al diritto del genitore di poterlo effettuare, per vedersi riconosciuto come tale.

Il giudice può prendere «provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione», a meno che l'opposizione appaia palesemente fondata». Benché il testo normativo non faccia alcuna distinzione, è ragionevole che tali provvedimenti possano essere assunti solo nel procedimento contenzioso avviato dal genitore che si oppone al riconoscimento, e non anche in quello non contenzioso, cioè quando mancano sia il consenso sia l'opposizione: in questo secondo caso, infatti, il genitore che ha già riconosciuto non è presente nel procedimento, sicché non è ragionevolmente ammissibile che si prendano in sua assenza decisioni destinate a incidere anche sulla sua vita.

In ogni caso il genitore che ha effettuato il secondo riconoscimento può chiedere anche successivamente la revisione degli eventuali provvedimenti provvisori a protezione del minore che fossero stati presi in precedenza: il tribunale deve valutare la nuova situazione venutasi a creare. Il criterio indicato dal codice in modo espresso per guidare la decisione, pur soggetto a bilanciamento con altri criteri, è la priorità dell'interesse del minore. L'onere della prova grava sul genitore che si oppone, attore nel procedimento: deve dimostrare per quali ragioni il secondo riconoscimento sarebbe di grave pregiudizio per il minore.

È discusso se il genitore che intende riconoscere, una volta ottenuta la sentenza, possa cambiare idea e non effettuarlo. Il fatto che il riconoscimento non accompagnato dal consenso debba essere rifiutato dall'ufficiale di stato civile (art. 45, c. 1° d.P.R. 396) ha indotto molti a ritenere che la dichiarazione di riconoscimento debba essere nuovamente presentata, con l'implicita conseguenza della possibilità di cambiare idea. Una simile interpretazione è atta a produrre effetti inopportuni, soprattutto se la sentenza disciplina anche l'affidamento e il mantenimento: i suoi effetti resterebbero infatti come sospesi, in attesa della presentazione all'ufficiale di stato civile della dichiarazione di riconoscimento accompagnata dalla sentenza stessa; e senza la

dichiarazione di riconoscimento, questa risulterebbe pronunciata inutilmente. A ciò si aggiunga che una simile condotta del genitore costituirebbe un «contegno ondivago», censurabile perché contrario a buona fede.

La soluzione prospettata è quella di attribuire il valore di atto di riconoscimento alla sentenza che lo autorizza. A favore vi è il fatto che la dichiarazione di riconoscimento fatta all'ufficiale di stato civile, che questi deve rifiutar di ricevere per mancanza del consenso, non è un presupposto necessario per l'azione giudiziaria. Il genitore che intende riconoscere può infatti ricorrere immediatamente al giudice, senza alcuna previa dichiarazione all'ufficiale di stato civile: il riconoscimento è pertanto insito nel fatto stesso di esercitare l'azione giudiziale, sicché la sentenza è pienamente *sostitutiva* del consenso e dev'essere trasmessa all'ufficiale di stato civile, senza bisogno che sia accompagnata dalla dichiarazione unilaterale di riconoscimento.

Il rifiuto del consenso ha dato e continua a dar luogo a un abbondante contenzioso: per quanto appare dalla giurisprudenza di legittimità, nella maggioranza dei casi il riconoscimento viene autorizzato, e ciò è sempre più frequente man mano che ci si avvicina al presente.

Negli anni dal 1975 a oggi si sono succeduti tre diversi orientamenti, benché le affermazioni astratte, di principio siano rimaste pressoché invariate e corrispondano a modelli stereotipati: «il sacrificio totale della genitorialità può essere giustificato solo in presenza di gravi e irreversibili motivi che inducano a ravvisare forte probabilità di una *compromissione* dello sviluppo del minore, ed in particolare della sua salute psico-fisica» (così, tra le molte, Cass. 4/2008, nel principio di diritto che enuncia); inoltre non si deve tener conto né del frequente desiderio del genitore che ha riconosciuto per primo di evitare per il futuro ogni rapporto con l'altro, né dei dissidi sul mantenimento del figlio, pur non ancora riconosciuto, né dei conflitti tra i genitori attinenti ai rapporti fra loro, che non riguardano il figlio, come i trascorsi di liti anche violente fra loro (vd., tra le molte, Cass. 13830/2008, 11949/2003, 12077/1999, 11263/1994).

Nei primi anni dopo la riforma del 1975, la prima ad aver previsto una disciplina particolare per il riconoscimento tardivo, la giurisprudenza tendeva a non coglierne le potenzialità e accoglieva per lo più in modo astratto e generale la generica e banale presunzione secondo la quale da ogni punto di vista, ma soprattutto per le aspettative economiche e successorie, era nell'interesse dei minori avere due genitori piuttosto che uno solo.

Tra metà anni Ottanta e metà Novanta era stato spesso affermato un orientamento diverso, attento a valutare le singolarità del caso di specie, e quindi a considerare l'interesse del minore nel concreto della situazione

esistenziale in cui viveva. Prendeva in considerazione la qualità del suo inserimento nella famiglia della madre e la situazione esistenziale in cui vi si trovava; la consistenza e gravità del rischio che il secondo riconoscimento disturbasse il processo educativo, cui il genitore che intendeva riconoscere era rimasto estraneo, e incidesse quindi negativamente sulla sua evoluzione psicologica e sociale; la qualità della relazione instaurata con l'eventuale nuovo compagno di vita della madre, in particolare se questi nei fatti si era assunto l'onere di svolgere la funzione paterna; la condotta pregressa del genitore che intendeva riconoscere, qualora potesse essere di pregiudizio per il minore se il riconoscimento fosse stato autorizzato; la comparazione tra la condizione psicologico-sociale ed economica in cui si trovava il minore e quella in cui sarebbe presumibilmente venuto a trovarsi se il secondo riconoscimento fosse stato autorizzato (vd. Cass. 6649/1986, una vera e propria sentenza-trattato, che rappresenta questa posizione in modo particolarmente significativo; vd. inoltre Cass. 687/1991, 8861/1993). In queste decisioni mancava qualsiasi riferimento al diritto del genitore di costituire il rapporto: il *diritto di essere genitore* non incontrava a quel tempo alcun favore presso la magistratura minorile, coinvolto com'era nel dibattito, allora vivo, sul supposto diritto, certamente inesistente, di avere un bambino in adozione.

Da un trentennio l'orientamento più spesso accolto dalla cassazione è cambiato e presenta una continuità sotterranea quello degli anni Settanta del secolo scorso: porta ai medesimi esiti cui portava quello, ma con motivazioni in parte diverse e comunque molto più approfondite. È strettamente legato con il progressivo affermarsi del favore dato in via di principio alla bigenitorialità, che ha portato tra l'altro alla legge sull'affidamento condiviso del 2006. Il secondo riconoscimento è giudicato positivo perché, guardando dal punto di vista del figlio, completa la sua identità personale e familiare, cosa che in generale dovrebbe corrispondere al suo interesse (vd. per esempio Cass. 395/2006, che lo afferma esplicitamente), e gli garantisce aspettative economiche e successorie più ampie; inoltre perché, guardando dal punto di vista del genitore, tutela un diritto fondamentale della persona di cui ormai non si dubita più che sia titolare, quello di essere riconosciuto come tale (vd., in anticipo sui tempi, Cass. 6093/1990; vd. anche, tra le molte, Cass. 4/2008, 13830/2008, 11949/2003, 14894/2002, 6470/2001, 2669/1998, quest'ultima un raro caso in cui il primo riconoscimento è quello paterno).

Oggi dunque elementi che il secondo orientamento esposto sopra indicava come decisivi per non autorizzare il secondo riconoscimento hanno una considerazione minore, pur senza essere rifiutati, quanto meno apertamente: così non è di per sé sufficiente il felice inserimento del figlio nella famiglia

d'origine della madre, o in quella costituita con un nuovo compagno, che pur svolge positivamente la funzione paterna (vd. per esempio Cass. 2338/1999, 5115/2003), né il precedente disinteresse del padre, qualunque ne fosse il motivo (vd. Cass. 21088/2004, 2878/2005), né le radicali divergenze religiose e culturali fra i genitori, fonte di contrasti sull'educazione del figlio in prospettiva futura molto forti e difficilmente evitabili (vd. Cass. 12077/1999, con riguardo a un padre di religione musulmana).

Il rifiuto di autorizzare il secondo riconoscimento è così limitato a casi davvero fuori dal comune, quando è ragionevole prevedere che questo avrà un impatto dirompente sugli equilibri di vita del figlio di tale gravità da pregiudicarne lo sviluppo psico-fisico, senza offrirgli come corrispettivo utilità degne di nota. Alla base vi sono per lo più condotte abitualmente violente o criminali del padre, tali da far presumere che, se il rapporto di filiazione fosse costituito, costui si comporterebbe in modo tale da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale. Ecco un po' di casistica esemplificativa: il padre, al momento carcerato, fa parte della criminalità organizzata (Cass. 23074/2005); il padre, straniero, ha un'identità incerta, avendo più documenti di identità diversi, e quindi è inaffidabile e la sua personalità è potenzialmente pericolosa per il figlio (Cass. 24931/2008); il padre ha una personalità violenta e immatura (Cass. 27729/2013); il padre ha commesso ripetute violenze verso la madre in presenza della figlia (Cass. 4763/2018).

La giurisprudenza dell'ultimo ventennio sottolinea molto spesso la differenza radicale tra il giudizio per autorizzare il secondo riconoscimento e quello per decidere l'affidamento dei figli e l'esercizio della responsabilità parentale: intende così rispondere alla frequente eccezione del genitore che ha riconosciuto per primo, secondo la quale sarebbe contrario all'interesse del minore vivere presso il padre o comunque frequentarlo abitualmente (vd., tra le molte, Cass. 2878/2005, 12077/1999).

La capacità educativa del genitore che intende riconoscere e la sua disponibilità effettiva a farlo, come pure la sua condizione economica, sono quindi dichiarate in via generale e astratta *irrilevanti* ai fini dell'autorizzazione; tuttavia la casistica appena riportata induce a dubitare che le regole operative effettivamente impiegate corrispondano pienamente a queste declamazioni. È invece indubbio che assumano rilievo per la decisione, diversa e logicamente conseguente all'autorizzazione, sui «provvedimenti opportuni» per l'affidamento del figlio, il regime delle visite paterne e il suo mantenimento, che potrebbero essere contenuti nella stessa sentenza (art. 250, c. 4° c.c.).

Nel corso del procedimento dev'essere ascoltato il minore, se capace di

discernimento. La giurisprudenza più recente tende a dare una crescente importanza alle opinioni che esprime in questa fase, previa valutazione del suo grado di consapevolezza, di maturità e, soprattutto, di autonomia rispetto alle inevitabili pressioni che di solito gli provengono dal genitore che ha rifiutato il consenso, spesso atte a generare conflitti di lealtà. Se emerge un rifiuto profondamente radicato ad avere rapporti con il genitore intenzionato a riconoscerlo, analogo a quello che lo porterebbe a rifiutare l'assenso se avesse compiuto i 14 anni, il giudice è chiamato fare a un delicato bilanciamento: sia all'interno delle diverse componenti dell'interesse del minore stesso, che contengono elementi intimamente contraddittori, sia tra l'interesse del minore a non veder turbata la propria vita affettiva e il diritto del genitore a veder legalmente affermata tale sua qualità (vd. per esempio Cass. 7762/2017).

Accade con una certa frequenza che la madre motivi il rifiuto del consenso eccependo tra l'altro, in modo spesso strumentale, che l'uomo che intende effettuare il riconoscimento non è il vero padre. In linea di principio la paternità può essere accertata solo nel giudizio, diverso, di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Il fatto che oggi la competenza appartenga al tribunale ordinario per entrambi i giudizi ha sdrammatizzato la questione.

6. Il riconoscimento del figlio nato da incesto

Il figlio *incestuoso*, cioè nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto, con l'autorizzazione del giudice, «avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio» (art. 251); benché la legge non lo espliciti, è irragionevole che l'autorizzazione sia necessaria anche se il figlio è maggiorenne.

Competente a dare l'autorizzazione è il tribunale per i minorenni (art. 38, c. 1° disp. att.).

Tuttavia all'atto pratico la riconoscibilità del figlio incestuoso ha una portata più modesta: tale sua caratteristica, derivando dal rapporto fra i due genitori, emerge inevitabilmente solo al momento del secondo riconoscimento. Può quindi accadere che sia riconosciuto da un solo genitore senza che questa emerga. Certo, il genitore al momento del riconoscimento

deve contestualmente dichiarare che non si tratta di filiazione incestuosa, secondo quanto richiede il modulo dello stato civile, e se dichiara il falso commette il reato di *alterazione di stato* (art. 567, c. 2° c.p.); tuttavia è difficile che l'ufficiale di stato civile, che riceve la dichiarazione di riconoscimento, abbia in concreto la possibilità di rendersene conto.

A ciò si aggiunga che quando vi è una nascita incestuosa, il contesto familiare del nato appare spesso tale da indurre il servizio sociale a segnalare al pubblico ministero, affinché valuti se chiedere al giudice l'allontanamento del minore dalla famiglia e magari l'apertura del procedimento di adottabilità.

7. La procreazione medicalmente assistita

La procreazione assistita con tecniche mediche (in sigla PMA) pone una serie di problemi particolari per attribuire lo stato di figlio. Grazie a tali tecniche, infatti, possono verificarsi situazioni che in caso di procreazione derivante da unione sessuale non sarebbero possibili.

È regolata dalla legge 40/2004, che imponeva regole molto più restrittive di quelle vigenti negli altri paesi europei. Proprio per questo motivo ha dato luogo ad accese polemiche e a una serie di interventi della giurisprudenza – sia costituzionale, sia ordinaria, sia europea – riguardanti punti della massima importanza, che hanno demolito gran parte del suo impianto, in quanto ispirato a principi non compatibili con il sistema costituzionale e internazionale dei diritti umani.

Ha inoltre prodotto un diffuso 'turismo procreativo', come viene comunemente detto: sono state migliaia ogni anno le persone che dopo l'entrata in vigore della legge italiana, si sono recate all'estero per sottoporsi al trattamento procreativo, per evitarne i limiti, in particolare il divieto dell'eterologa e il divieto delle indagini preimpianto, ora però caduti entrambi, e il divieto di accesso alla PMA per le donne sole e per le coppie omosessuali, tuttora vigente.

In questa sede interessano solo le regole poste dalla legge sull'attribuzione della paternità e della maternità dei figli, come modificate dalla giurisprudenza costituzionale ed europea. Si applicano quando la PMA è stata eseguita seguendo le regole degli artt. 6, 7 e 11 della legge 40, dunque in un centro sanitario autorizzato, seguendo le linee guida ministeriali e con il formale consenso del componente della coppia che non è genitore genetico.

Fra il nato e gli anonimi datore o datrice da cui provengono i gameti non

può essere stabilito alcun rapporto giuridico (art. 9, c. 3° legge 40). Tuttavia in linea di principio, anche in analogia con quanto previsto per l'adottato, è sempre ammissibile che il nato possa avere informazioni sulla sua origine genetica in nome del suo diritto all'identità personale: lo ha stabilito la CtEDU con la sentenza *Gauvin-Fournis et Silliau c. Francia*, 2023.

In caso di PMA eterologa *maschile* non sono ammessi né il *disconoscimento della paternità* né l'*impugnazione del riconoscimento per falsità* (art. 9, c. 1° legge 40). Qualora l'azione fossa esercitata, la domanda dovrebbe essere respinta, poiché il fatto che il figlio non sia discendente genetico del padre legale non sarebbe conseguenza di un rapporto sessuale della madre con un altro uomo, ma appunto del ricorso alla PMA eterologa. Tuttavia il padre legale potrebbe dimostrare che il concepimento è invece dovuto a un rapporto sessuale avuto dalla donna con altri.

Nulla dice la legge sull'attribuzione della maternità in caso di eterologa *femminile*, cioè realizzata formando l'embrione con l'ovocita di una donatrice, diversa dalla donna che porta la gravidanza: in mancanza di norme apposite, non sembrano esservi alternative all'applicazione del principio generale secondo il quale è madre colei che partorisce: dunque è questa la madre legale, anche se non è madre genetica. Inoltre in caso di PMA è fatto divieto alla donna di partorire nell'anonimato (art. 9, c. 2° legge 40).

In caso di *coppie omosessuali femminili*, la maternità può essere attribuita a entrambe le componenti della coppia, sia a quella che ha partorito sia all'altra, purché risulti che quest'ultima aveva dato il preventivo consenso al ricorso alla PMA (art. 6 legge 40), ovviamente realizzata all'estero, assumendosi così la responsabilità genitoriale: lo ha stabilito C. cost. 68/2025.

8. *La gravidanza per conto altrui*

È vietata la *gravidanza per conto altrui* (GPA) cioè portata da una donna diversa dalla persona destinata, nell'intenzione, a essere genitrice o genitore sociale (art. 12, c. 6° legge 40). Il divieto riguarda tanto le coppie di sesso diverso, che hanno interesse a ricorrervi se la donna non è in grado di portare la gravidanza, quanto le coppie di sesso maschile, che hanno interesse a ricorrervi per ovvie ragioni biologiche.

La legge tace sulle regole da applicare qualora la GPA sia egualmente realizzata. Molti Stati, al contrario di buona parte di quelli europei, ammettono la GPA e quindi permettono di attribuire la maternità alla madre

sociale invece che alla puerpera.

La coppia italiana, etero- o omosessuale che sia, che ha fatto ricorso con successo alla GPA in un paese straniero in cui è lecita e ha ottenuto la formazione dell'atto di nascita da cui il nato risulta come figlio proprio, al rientro in Italia ha un ovvio interesse a chiedere la trascrizione sui registri di stato civile dell'atto di nascita del bambino, lecitamente formato nel paese ove è nato.

L'atto di nascita straniero non può essere trascritto nella sua integrità, perché ciò confliggerebbe con il divieto di GPA, ma deve essere trascritto solo in parte, senza l'indicazione del componente della coppia dal quale il nato non discende geneticamente (vd. CTEDU, *C. c. Italia*, 2023).

Quanto al rapporto tra il nato e la genitrice o il genitore sociale ma non genetico, che è parte della coppia committente, per la CTEDU rientra nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato se riconoscerlo o meno come filiazione in senso stretto. Tuttavia anzitutto dev'essere sempre e comunque garantita la relazione familiare esistente nei fatti; inoltre è necessario che il diritto interno preveda un istituto che permetta di formare, al più presto e senza ostacoli, un rapporto giuridico fra le parti avente carattere genitoriale, quale per esempio l'adozione. Vd. le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia* (2014), ribadite sia nell'*Advisory Opinion* sul caso *Mennesson* (2019); e da ultimo la sentenza *C. c. Italia* (2023).

Altrimenti, secondo la Corte, sarebbe lesa l'*identità personale* del nato, realizzando così un'interferenza indebita nella sua vita *privata* (art. 8 CEDU), che non può essere giustificata con l'intento di sanzionare l'illegittimità del comportamento degli adulti che lo hanno generato, cioè la violazione del divieto della GPA. Se il nato fosse poi allontanato dalla coppia che svolge la funzione genitoriale, ne conseguirebbe anche la lesione della vita *familiare* sua e della suddetta coppia.

Se però nessuno dei componenti della coppia è suo genitore genetico, la garanzia del rispetto della vita familiare non opera: vd. Cass. 24001/2014, CTEDU, *Paradiso & Campanelli c. Italia* (grande camera, 2019) e *Valdís Fiölnisdóttir & al. c. Islanda* (2021).

Questa soluzione compromissoria permette di salvare, almeno nominalmente, i valori e i principi in conflitto: sia l'interesse del *figlio* (di qualunque età) a non avere un'identità genetica falsa, a tutela della sua vita privata, sia l'interesse del *minorenne* a conservare le sue relazioni affettive a tutela della sua vita familiare, sia infine l'interesse dello Stato al rispetto di un principio di fondo della sua legislazione, quale per molti paesi europei è il divieto di maternità per conto altrui.

Pur dopo qualche anno di incertezza nella giurisprudenza di merito, la Corte di cassazione ha accolto questo orientamento: esclusa la relazione di filiazione in senso stretto, data la contrarietà della GPA all'ordine pubblico internazionale (così Cass. 12193/2019, confermata da Cass. 38162/2022), è però necessario che sia garantita una qualche relazione di tipo genitoriale. Tanto la Corte costituzionale (con le sentenze 272/2017, 32/2021 e 33/2021) quanto la Corte di cassazione (con le sentenze citate sopra), hanno suggerito di ricorrere all'adozione di cui all'art. 44 lett. *d* (o *b* se la coppia è sposata) legge 184.

Tale tipo di adozione, tuttavia, soddisfa solo parzialmente i criteri richiesti dalla giurisprudenza della CTEDU e sollecitati dalle corti superiori italiane: i punti problematici sono la necessità del consenso del genitore genetico, l'eccessiva discrezionalità della decisione e il rischio che il protrarsi del procedimento giudiziario lasci per troppo tempo il nato privo della sua completa identità personale. Pertanto il legislatore dovrebbe prevedere una forma di adozione «disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione», la quale è «assai distante» dalla funzione che svolge (o dovrebbe svolgere) l'adozione di cui all'art. 44 lett. *d* (così C. cost. 33 e 32/2021).

La questione sembra ormai giunta a una conclusione ferma, cioè il ricorso a questo tipo di adozione, nonostante la sua inadeguatezza, quanto meno fino a un intervento del legislatore, che al momento non sembra proprio in vista.

9. *I diritti e i doveri dei figli*

L'art. 315-*bis* c.c. attribuisce ai figli il diritto di essere mantenuti, educati, istruiti ed assistiti materialmente e moralmente.

Questi diritti costituiscono un tutt'uno unitario solo in caso di convivenza tra genitori e figli fin dalla loro nascita. Altrimenti occorre distinguere il diritto al mantenimento dagli altri diritti: questo sorge fin dalla nascita, in quanto aspetto basilare del principio di responsabilità per la procreazione, ed è indipendente dalla formazione del rapporto di filiazione. Gli altri diritti presuppongono invece un rapporto di filiazione costituito e sono strettamente connessi con l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Con riguardo a quest'ultima, tralascio di criticare la scelta del legislatore del 2012 di sostituire la parola *potestà* con la parola *responsabilità*².

² Si rinvia alle condivisibili osservazioni critiche di G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla*

In mancanza di un'età stabilita in via generale dalla legge, la durata dell'obbligo di mantenere i figli genera un rilevante contenzioso, pur solo nel caso dei genitori non più conviventi. Da alcuni anni la giurisprudenza pone sempre più l'accento sul principio di autoresponsabilità dei figli: afferma che «è esigibile l'utile attivazione del figlio nella ricerca *comunque* di un lavoro, al fine di assicurarsi il sostentamento autonomo, in attesa dell'auspicato reperimento di un impiego più aderente alle proprie soggettive aspirazioni» (Cass. 17183/2020, che riesamina ampiamente tutto il problema e ben chiarisce i termini del nuovo orientamento; ma vd. già in precedenza Cass. 12952/2016 e 16134/2019); l'onere della prova di non potersi mantenere per motivi oggettivi grava ora sul figlio (sentenza capostipite è Cass. 12952/2016).

È appena il caso di ricordare che il figlio minorenni ha il diritto all'ascolto in ogni procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi.

I doveri del figlio sono quello di rispettare i genitori, privo di sanzioni, di convivere con loro finché è minorenne (secondo l'art. 318 potrebbe essere richiamato dai genitori, se allontanatosene senza permesso, con l'eventuale collaborazione del giudice tutelare) e quello di contribuire in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi al mantenimento della famiglia, finché resta a vivere al suo interno (art. 315-*bis*, c. 4° c.c.).

Il figlio ha inoltre l'obbligo alimentare nei confronti dei genitori. Se questi sono anziani e bisognosi di assistenza, mi sembra però che manchino norme atte a garantire una tutela effettiva e adeguata ai loro bisogni: il solo rispetto è palesemente insufficiente e i loro bisogni non sono solo economici; inoltre, quanto a questi ultimi, mi sembra ingiusto che l'ammontare degli alimenti dovuti sia ridotto solo a consentire una vita «sobria e senza sprechi», secondo la definizione generale che ne dà Corte suprema.

responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile, in «Nuove leggi civ. comm.», 2014, p. 782.

*Responsabilità genitoriale e decadenza:
tra evoluzione giurisprudenziale e sfide dell'era digitale*

SOMMARIO: 1. Il mutamento di paradigma nella responsabilità genitoriale – 2. Natura e contenuto della responsabilità genitoriale – 3. La decadenza dalla responsabilità genitoriale tra struttura normativa e funzione protettiva – 4. L'art. 330 c.c. nella giurisprudenza più recente – 5. Prospettive evolutive della responsabilità genitoriale nell'era digitale.

1. Il mutamento di paradigma nella responsabilità genitoriale

La responsabilità genitoriale costituisce oggi una categoria sistematica di snodo nel diritto di famiglia, in quanto esprime con particolare evidenza il processo di trasformazione che ha interessato il rapporto tra genitori e figli nel passaggio dalla concezione autoritativa della famiglia a un modello funzionale e personalistico di responsabilità genitoriale. L'evoluzione normativa non si è limitata a rimodulare l'assetto dei poteri interni alla famiglia, ma ha inciso sulla stessa struttura della relazione genitoriale, ridefinendone la legittimazione giuridica.

Nel codice civile del 1942 il figlio era collocato all'interno di un sistema incentrato sulla potestà, intesa quale posizione di supremazia del genitore e correlativa soggezione del minore¹. In seguito, la riforma del 1975 ha segnato una prima frattura, sostituendo la potestà 'patria' con quella 'genitoriale' e affermando l'eguaglianza tra i coniugi² nell'esercizio dei poteri sui figli, in attuazione degli artt. 29 e 30 Cost.³. Tuttavia, come è noto, è con la riforma

¹ Sulla tutela del minore nel codice civile del 1942 si rinvia a E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 35 ss.

² A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale*, a cura di A. Albanese, *Le nuove famiglie*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, pp. 583 ss.

³ In argomento B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in «Riv. dir. civ.», 1, 2021, p. 162, che ha osservato come l'art. 30 Cost. abbia determinato una ridefinizione dell'istituto familiare, rifondandolo sulla pari dignità dei membri e sulla promozione degli interessi degli individui che la compongono. Tale «concezione personalistica» del rapporto genitore-figlio è il risultato di un lungo processo di attuazione dei principi costituzionali che hanno trasformato la famiglia in una

della filiazione del 2012-2013 che si è compiuto il definitivo superamento dello schema potestativo, attraverso l'introduzione nel codice civile della nozione di responsabilità genitoriale⁴.

La responsabilità genitoriale si configura come situazione giuridica complessa, nella quale poteri e doveri risultano strutturalmente orientati alla realizzazione dell'interesse del minore e trovano in esso il proprio criterio di legittimazione⁵. Il baricentro del sistema si sposta così dalla titolarità del

«società naturale» orientata allo sviluppo della personalità dei singoli.

⁴ Sia consentito il riferimento a E. BATTELLI, *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino 2021, p. 45, in cui viene chiarito che l'innovazione non si esaurisce in un mero aggiornamento terminologico, ma segna la compiuta affermazione di una concezione, al contempo sociale e giuridica, del rapporto genitoriale imperniata sulla centralità e sulla valorizzazione dei diritti dei figli; in tale prospettiva, la dottrina è giunta a evocare la configurazione di una «nuova famiglia dei figli» quale paradigma interpretativo espressivo del mutato assetto assiologico dell'ordinamento (così L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in «Giur. it.», 2014, p. 1262). Cfr. altresì F. GIARDINA, *«Morte» della potestà e capacità del figlio*, in «Riv. dir. civ.», 1, 2016, p. 1614, nonché E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in «Fam. Dir.», 5, 2014, pp. 466 ss. In particolare, secondo S. PATTI, *Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale*, in «Familia», 2, 2021, pp. 144 ss., «il cambiamento a livello terminologico ci permette di sfruttare una serie di indicazioni utili per l'interpretazione delle norme che contengono un'effettiva regolamentazione dei fenomeni familiari. Il linguaggio diventa strumento per comprendere il nuovo approccio nella regolamentazione del diritto di famiglia». Critico G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in «Nuove leggi civ. comm.», 4, 2014, p. 795, secondo il quale «nonostante il mutamento della terminologia, la situazione giuridica oggi designata come responsabilità genitoriale è sostanzialmente identica alla situazione giuridica che un tempo il codice civile designava come potestà, così come ricostruita e intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, con orientamenti interpretativi ormai largamente consolidati». In generale, sulla nozione di responsabilità genitoriale si vedano, tra gli altri, R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli 2013, *passim*; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, parte I e II, in «Corr. giur.», 5, 2014, pp. 540 ss.; M. SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, in «Enc. dir.», Annali VIII, Giuffrè, Milano 2015, pp. 445 ss.; A.C. DI LANDRO, *Responsabilità genitoriale verso i figli*, in *Famiglia. I tematici*, diretto da F. Macario, in «Enc. dir.», vol. iv, Giuffrè, Milano 2022, pp. 1161 ss.

⁵ Nel fisiologico sviluppo del rapporto di filiazione, la responsabilità genitoriale si configura quale insieme articolato di doveri e poteri, strutturalmente orientato alla tutela dell'interesse del figlio e conformato al rispetto delle sue inclinazioni, capacità e aspirazioni. Essa integra una posizione giuridica complessa, assistita da garanzia costituzionale anche nei confronti dei pubblici poteri e dei terzi, coerente con una concezione pluralistica e relazionale della famiglia e con il principio di uguaglianza sostanziale, in quanto funzionalmente preordinata a colmare, sul piano educativo e formativo, la condizione di oggettiva debolezza in cui il minore versa per l'incapacità di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi. Cfr. C.M. BIANCA, 2.1, *La famiglia*, 7ª ed., in *Diritto Civile*, a cura di M. Bianca e P. Sirena,

potere alla funzione esercitata, secondo una logica che riconosce al figlio una posizione di centralità assiologica e normativa.

In questa prospettiva assume rilievo decisivo il principio del superiore interesse del minore⁶, che permea l'interpretazione delle norme interne e si radica in un contesto multilivello nel quale interagiscono fonti costituzionali, sovranazionali e interne⁷, in cui l'interesse del minore opera quale criterio ordinante dell'intero sistema della filiazione, orientando tanto l'esercizio fisiologico della responsabilità quanto l'intervento giudiziale nei casi patologici⁸.

La positivizzazione nell'art. 315-*bis* c.c. dei diritti del figlio, tra cui il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente, nonché a crescere nella propria famiglia, conferma tale impostazione⁹. La responsabilità genitoriale non si presenta più come potere che trova in sé

Giuffrè, Milano 2023, pp. 393 ss., ove si evidenzia come la riforma abbia inteso segnare il definitivo superamento della tradizionale nozione di «autorità parentale», sostituendola con la configurazione dei genitori quali titolari di un *munus* da esercitarsi nell'esclusivo interesse della prole. Sul tema, si segnalano anche i contributi di B. AGOSTINELLI, *Diritti e doveri del figlio*, in «Commentario del codice civile» Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna 2024; S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, *L'esercizio della responsabilità genitoriale*, in «Commentario del codice civile» Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna 2021.

⁶ R. AMAGLIANI, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in «Giust. civ.», 2018, pp. 1035 ss.

⁷ Sul punto, D. PIRILLI, *Il rapporto tra best interest(s) of the child e responsabilità genitoriale in una prospettiva multilivello*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2021, pp. 1246 ss., la quale sottolinea come l'interesse del minore operi quale criterio di raccordo tra ordinamento interno e fonti sovranazionali, incidendo direttamente sull'interpretazione delle norme codicistiche.

⁸ Sul rapporto tra attività delle Corti e superiore interesse del minore, nonché sulla crescente partecipazione del giudice alla definizione della regola del caso concreto, si veda C. GARLATTI, *Autorità giudiziaria e interesse superiore del minore*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Sapienza Università Editrice, Roma 2021, pp. 47 ss. In chiave critica, sulla dimensione prognostica delle decisioni fondate sull'interesse del minore e sul correlato grado di incertezza che le connota, si rinvia a L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Riv. dir. civ.», 1, 2016, p. 88, ove si osserva che tali decisioni sono proiettate nel futuro e implicano una valutazione inevitabilmente opinabile circa l'evoluzione della vita del minore e del suo contesto familiare.

⁹ C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in «Riv. dir. civ.», 1, 2013, pp. 3 ss., individua nella proclamazione dello «statuto dei diritti del figlio» uno dei punti qualificanti della riforma della filiazione, evidenziando come i diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale e alla crescita nella propria famiglia abbiano trovato nel nuovo art. 315-*bis* c.c. una sistemazione unitaria e di portata generale. Sul tema, si veda altresì F. ROMEO, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, esi, Napoli 2018, pp. 85 ss., nonché M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in «Fam. Dir.», 11, 2015, pp. 1013 ss.

la propria giustificazione, ma come funzione esercitata nell'interesse altrui, secondo una struttura che la dottrina ha efficacemente ricondotto alla figura dell'ufficio di diritto privato¹⁰. In tal senso, l'istituto conserva una componente potestativa, ma essa risulta interamente assorbita e riorientata dalla finalizzazione alla tutela della persona del minore¹¹.

Il passaggio dalla potestà alla responsabilità ha segnato, dunque, l'emersione di un modello relazionale nel quale il minore non è più mero destinatario di protezione, bensì soggetto titolare di diritti fondamentali che delimitano e conformano l'esercizio dei poteri genitoriali¹².

È in questa riconfigurazione funzionale che si coglie la cifra evolutiva del diritto di famiglia contemporaneo.

2. *Natura e contenuto della responsabilità genitoriale*

La configurazione positiva della responsabilità genitoriale si ricava, poi, ancor meglio, dal coordinamento sistematico delle disposizioni codicistiche che ne disciplinano l'esercizio e ne delimitano l'ambito oggettivo. Gli artt. 315-*bis*, 316 e 320 c.c., infatti, delineano un complesso unitario di attribuzioni che investe l'intera sfera giuridica del minore, articolandosi in

¹⁰ Secondo A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», in «Enc. dir.», vol. xxxiv, Milano 1985, p. 774, la potestà genitoriale si configura anzitutto quale *officium*, vale a dire come dovere funzionalizzato alla cura dell'interesse del figlio, rispetto al cui adempimento il genitore è investito dei correlativi poteri di azione. Nei confronti dei terzi, tuttavia, essa assumerebbe la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo, identificabile nel diritto alla funzione e al suo esercizio. Tale ricostruzione è stata oggetto di critica da parte di altra dottrina, la quale ha qualificato la potestà in termini di potere-dovere, escludendone la riconducibilità alla categoria del diritto soggettivo, anche con riferimento ai rapporti esterni (si veda A.C. PELOSI, voce «*Patria potestà*» in «Noviss. Dig. it.», vol. XII, UTET, Torino 1965, pp. 582 ss.).

¹¹ Interessante è l'analisi svolta da U.C. BASSET, *L'interesse del minore: le nuove sfide d'un concetto vago e magari antipatico*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, cit., pp. 3 ss., la quale definisce l'interesse superiore dei minori come «realtà giuridica» che esprime un orientamento direttivo in grado di percorrere in modo trasversale tutto il diritto, ma al contempo una «verità fisica» dal momento che i soggetti minorenni rappresentano una condizione evolutiva di sussistenza dell'intera umanità. In questo senso, la nozione del *best interest* risulta indipendente e intangibile da qualsiasi tentativo di manipolazione.

¹² A.G. CIANCI, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova 2015, p. 585, evidenzia la significativa simmetria tra diritti del figlio (art. 315-*bis* c.c.) e responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.), sottolineando come i diritti del minore non solo costituiscano il contenuto della responsabilità, ma operino altresì quale limite espresso all'esercizio dei poteri genitoriali.

profili personali e patrimoniali tra loro funzionalmente connessi¹³.

Sul versante personale, la responsabilità si esplica nell'assunzione delle determinazioni concernenti la salute, l'istruzione, l'educazione e, più in generale, l'assetto della vita del minore¹⁴. L'art. 316 c.c. prescrive che tali decisioni siano adottate congiuntamente da entrambi i genitori e richiede che esse siano parametrare alle capacità, alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni del figlio¹⁵. Il riferimento legislativo a tali criteri introduce un vincolo normativo di adeguatezza che impone una costante correlazione tra le scelte genitoriali e la concreta individualità del minore, sottraendo l'esercizio delle attribuzioni a logiche meramente autoreferenziali.

Accanto ai profili personali, l'ordinamento attribuisce ai genitori la rappresentanza legale del figlio minore e la gestione del suo patrimonio¹⁶. Ai sensi dell'art. 320 c.c., la rappresentanza si estende a tutti gli atti civili, mentre l'amministrazione dei beni è scandita dalla distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, con la previsione di

¹³ Per un più ampio inquadramento sistematico circa il contenuto delle norme in tema di responsabilità genitoriale si rinvia, *ex multis*: E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in «Giur. it.», 2014, pp. 1266 ss.; M. BIANCA, *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano 2014, pp. 88 ss.; V. CAREDDA, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 4, 2015, pp. 1424 ss.; M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale*, in «Nuove leggi civ. comm.», 3, 2013, pp. 526 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in «Nuove leggi civ. comm.», 4, 2014, pp. 782 ss.

¹⁴ Ben prima della formale introduzione del termine con la l. n. 219/2012, la giurisprudenza di legittimità aveva già iniziato a parlare di «responsabilità genitoriale», considerandola un principio immanente all'ordinamento (Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2004, n. 10102, in «Fam. Dir.», 1, 2005, p. 23). Secondo tale orientamento anticipatore, la responsabilità si sostanzia nel dovere di tutela del figlio attraverso l'osservanza degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, a prescindere dalla sussistenza di un vincolo giuridico tra i genitori. Tale evoluzione interpretativa ha permesso di spostare il fulcro della disciplina dal «potere dei genitori» al «diritto del minore» a ricevere cure adeguate alla sua formazione, anche in assenza di un matrimonio (in modo conforme, Cass. civ., sez. I, 11 settembre 2015, n. 17971, in «Fam. Dir.», 5, 2016, p. 437).

¹⁵ A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Filiazione, commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano 2014, p. 91.

¹⁶ Mentre la rappresentanza genitoriale inerisce ad attività giuridiche anche di natura personale e si attua nei rapporti esterni verso i terzi, il potere di amministrazione dei genitori ricomprende solo l'attività che produce un riflesso sulla sfera patrimoniale del minore esaurendosi, dunque, nei rapporti interni tra amministratore e amministrato. Secondo A. DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, Giuffrè, Milano 1962, p. 81, la funzione dell'amministratore deve intendersi quale oculata vigilanza, attività dinamica rivolta ad assecondare e favorire lo sviluppo del patrimonio, evitando le perdite.

autorizzazioni giudiziali per le operazioni di maggiore incidenza.

Il sistema delle cautele e dei controlli prefigurato dal legislatore evidenzia, tra l'altro, come le attribuzioni gestorie siano sottoposte a limiti strutturali, volti a garantire la conservazione e la corretta valorizzazione del patrimonio del minore¹⁷.

La responsabilità genitoriale si caratterizza, inoltre, per una dimensione organizzativa, che si manifesta nella predisposizione dell'ambiente di crescita e nella definizione delle regole di convivenza. In tale ambito, le attribuzioni genitoriali si esprimono attraverso un potere di indirizzo e di vigilanza che, pur non essendo analiticamente tipizzato dal legislatore, trova fondamento nelle disposizioni che impongono ai genitori di curare la formazione e l'inserimento sociale del figlio¹⁸. La discrezionalità riconosciuta in questo spazio operativo si colloca entro confini normativamente determinati, desumibili dall'insieme delle prescrizioni che regolano il rapporto di filiazione¹⁹.

Un tratto qualificante dell'istituto è rappresentato dalla regola dell'esercizio congiunto, che postula cooperazione e coordinamento tra i genitori nella gestione delle questioni di maggiore rilievo. L'ordinamento appronta, a tal fine,

¹⁷ Naturalmente, il presupposto logico-giuridico della scelta legislativa di attribuire ai genitori i poteri di rappresentanza e di amministrazione deve individuarsi nella limitata capacità di agire del minore, intesa quale carenza dell'idoneità a compiere autonomamente atti giuridici destinati a incidere sulla propria sfera giuridica soggettiva. Di impareggiabile chiarezza sul tema F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli 2012, p. 34, il quale distingue vari aspetti della capacità di agire: una capacità di agire sostanziale o processuale; nonché una capacità di amministrare, di disporre, di obbligarsi. In argomento anche F. MESSINEO, *La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre*, in «Temi», 1949, pp. 607 ss., e P. RESCIGNO, *Capacità d'agire*, in «Noviss. Dig. it.», vol. II, UTET, Torino 1958, pp. 861 ss.

¹⁸ In ordine alla configurazione funzionale della responsabilità genitoriale e alla centralità del momento educativo nell'assetto dei rapporti di filiazione, si vedano i contributi di F. RUSCELLO, *La funzione educativa: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in «Rass. dir. civ.», 1986, pp. 430 ss.; A. TRABUCCHI, *Il "vero interesse" del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in «Riv. dir. civ.», I, 1988, pp. 737 ss.; G.F. BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in ID., *La filiazione e l'adozione*, Tratt. dir. fam., diretto da G. Bonilini, vol. IV, UTET, Torino 2016, pp. 4045 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova 2017, pp. 104 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, La nave di Teseo, Milano 2019, pp. 259 ss.; P. PERLINGIERI, *Situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. III, ESI, Napoli 2020, pp. 373 ss.

¹⁹ In questa prospettiva, la libertà di scelta dei genitori nell'organizzazione della vita del figlio trova un limite invalicabile nel principio del preminente interesse del minore, che impone di conformare ogni decisione alle esigenze di sviluppo e socializzazione della prole (Cfr. S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in «Commentario del codice civile» Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma 2010, p. 53).

strumenti di composizione del disaccordo, assicurando la continuità decisionale e prevenendo vuoti di tutela nella conduzione della vita del minore²⁰.

La responsabilità genitoriale si dispiega lungo l'intero arco della vita del minore e conosce una progressiva modulazione in relazione allo sviluppo della capacità di discernimento del figlio²¹.

Le disposizioni che prevedono l'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano e che attribuiscono rilievo alla sua volontà in specifiche ipotesi incidono sulle modalità di esercizio delle attribuzioni genitoriali, imponendo un confronto costante con un soggetto la cui autonomia si consolida nel tempo²².

L'insieme delle previsioni codicistiche restituisce così la fisionomia di un istituto unitario e dinamico, nel quale l'articolazione delle attribuzioni e la loro modulazione nel tempo concorrono a strutturare un sistema di governo coerente della condizione minorile.

²⁰ In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, il legislatore ha previsto che ciascuno dei genitori possa ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, dopo aver proceduto obbligatoriamente all'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni (o anche di età inferiore, ove capace di discernimento), deve suggerire le determinazioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Qualora il contrasto permanga, il giudice non si sostituisce ai genitori nella decisione, ma indica il genitore più idoneo a curare l'interesse del figlio nel caso specifico. Tale procedura mira a garantire l'attuazione del principio di bigenitorialità e la tutela del minore come soggetto titolare di diritti propri (Cfr. SESTA, *Genitori e figli naturali: il rapporto*, in M. SESTA, B. LENA, B. VALIGNANI, *Filiazione naturale: statuto e accertamento*, Ipsoa, Milano 2001, pp. 21 ss.). In generale sulla capacità del minore di gestire rapporti personali e patrimoniali, nonché sul diritto ad essere ascoltato, C. GRANELLI, *Minore età e contratto*, in «I Contratti», 2022, pp. 377 ss., e in «Revista Iustitia», 3, 2022.

²¹ Per una ricostruzione sistematica della condizione giuridica del minore e della problematica della capacità in relazione alla maturità della persona, si vedano P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, rist., ESI, Napoli 2018; GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli 1984; G. PALMIERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene, Napoli 1994; L. TAFARO, *Letà per l'attività*, ESI, Napoli 2003; M. CINQUE, *Il minore contraente*, CEDAM, Padova 2007; SENIGAGLIA, *Minore età e contratto*, Giappichelli, Torino 2020.

²² In tale ottica, la responsabilità genitoriale dovrà essere esercitata tenendo in debito conto la progressiva crescita, maturazione e capacità di discernimento del figlio: «l'identità del figlio entra a pieno titolo nella disciplina della responsabilità genitoriale, affranca la relazione tra genitori e figli dalla minore età e riconduce l'incapacità legale [...] alla sua dimensione originaria di strumento idoneo a consentire la miglior cura del patrimonio dell'incapace» (GIARDINA, «Morte della potestà e "capacità" del figlio», cit., p. 1615).

3. *La decadenza dalla responsabilità genitoriale tra struttura normativa e funzione protettiva*

All'interno dell'architettura della responsabilità genitoriale, la decadenza prevista dall'art. 330 c.c. costituisce l'ipotesi di più intensa interferenza dell'autorità giudiziaria sull'esercizio della funzione genitoriale²³. Essa si colloca nel segmento patologico del rapporto di filiazione e presuppone una frattura significativa tra la titolarità formale della responsabilità e la sua effettiva idoneità a realizzare l'interesse del minore.

La disposizione individua due presupposti tipici: la violazione o trascuratezza dei doveri inerenti alla responsabilità e l'abuso dei poteri ad essa connessi. Tali condotte assumono rilievo giuridico solo quando si traducano in un grave pregiudizio per il figlio²⁴.

Infatti, la decadenza interviene quando l'esercizio della responsabilità, anziché conformarsi alla funzione di protezione e promozione della persona del figlio, si risolve in fattore di compromissione del suo percorso evolutivo.

Il «grave pregiudizio» opera quale clausola generale, affidata a una valutazione giudiziale necessariamente concreta e contestuale. La gravità non può essere apprezzata in termini astratti, ma va misurata in relazione alla specifica condizione del minore, alla sua età, al contesto familiare nonché alle risorse disponibili²⁵.

L'elemento qualificante è rappresentato dalla compromissione sostanziale della funzione educativa e protettiva che l'ordinamento assegna ai genitori. In tale prospettiva, la verifica assume una dimensione anche prognostica: non è richiesto che il danno si sia già pienamente consolidato, ma è sufficiente che la condotta genitoriale esponga il minore a un rischio serio e concreto di pregiudizio²⁶.

²³ Sul carattere patologico della decadenza quale strumento di tutela del minore in presenza di una compromissione grave della funzione genitoriale, si rinvia a L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano 2021, p. 986.

²⁴ Sul presupposto strutturale della decadenza e sul necessario nesso tra violazione dei doveri, abuso dei poteri e grave pregiudizio del minore, si segnala il contributo di F. TEDIOLI, *Comm. art. 330 c.c.*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di A. Zaccaria, CEDAM, Padova 2016, p. 715.

²⁵ Sul punto, A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, 5^a ed., Zanichelli, Bologna 2014, p. 221, ricorda che «la condotta gravemente pregiudizievole, rilevante ai fini della dichiarazione di decadenza, può consistere non solo in maltrattamenti, disinteresse, rifiuto palese del figlio, asprezza e durezza di carattere, ma anche nell'incapacità di capire i bisogni del minore e nella sua coartazione psicologica, specialmente se tali atteggiamenti siano rimasti immutati pur dopo una seria opera di sensibilizzazione da parte dei servizi sociali ed appaiano prevedibilmente irreversibili».

²⁶ Con particolare riguardo al pericolo di danno quale elemento integrativo del grave

Sul piano strutturale, la decadenza determina la caducazione dell'esercizio della responsabilità nella sua integralità. La perdita riguarda tanto i poteri decisionali relativi alla persona del minore quanto le attribuzioni patrimoniali, inclusa la rappresentanza legale e l'amministrazione dei beni. Si produce, in tal modo, una scissione tra lo *status* di genitore e la legittimazione all'esercizio della funzione genitoriale: il vincolo di filiazione permane, ma l'ordinamento sottrae al genitore la gestione giuridica degli interessi del figlio, ritenendola incompatibile con la tutela di quest'ultimo.

La natura dell'istituto va colta in chiave strettamente protettiva. La decadenza, pertanto, non esprime una logica afflittiva né si configura come sanzione in senso tecnico. L'intervento ablativo è giustificato esclusivamente dalla necessità di assicurare al minore un contesto relazionale adeguato alla sua crescita; di conseguenza, la posizione del genitore viene compressa nella misura in cui risulti oggettivamente inidonea a realizzare la funzione che l'ordinamento le assegna.

La collocazione dell'art. 330 c.c. nel sistema delle misure a tutela del minore, accanto all'art. 333 c.c., evidenzia una graduazione degli strumenti di intervento. Le misure limitative operano quando il pregiudizio sia suscettibile di contenimento attraverso prescrizioni conformative²⁷; la decadenza interviene quando la lesione raggiunga un livello tale da rendere incompatibile la permanenza dell'esercizio della responsabilità. Il sistema restituisce, così, un modello dinamico, nel quale la responsabilità genitoriale, già delineata come funzione nel suo assetto fisiologico, può essere ridotta o rimossa quando venga meno la sua capacità di operare come presidio dell'interesse del minore.

4. *L'art. 330 c.c. nella giurisprudenza più recente*

Preziosa risulta l'analisi delle più recenti pronunce della Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, perché consentono di individuare un

pregiudizio richiesto dall'art. 330 c.c., cfr. S. ZACCARIA, *La tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata*, in «*Studium Iuris*», 2020, p. 270.

²⁷ Si ricorre al provvedimento di limitazione, ad esempio, al fine di consentire l'allontanamento del minore dalla residenza familiare a tutela delle sue scelte ideologiche e culturali; per tutelare i figli dal comportamento della madre che conduce una vita girovaga; per permettere ad una ragazza o un ragazzo relazioni che i genitori vietano, ovvero per trasfusioni di sangue a cui i genitori sono contrari per motivi religiosi. Cfr. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 222.

orientamento ormai consolidato in ordine alla struttura applicativa dell'art. 330 c.c., delineando con chiarezza i confini del diritto vivente in materia di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

La Suprema Corte ha precisato che è inammissibile il ricorso per Cassazione allorché, sotto l'apparente deduzione di violazione di legge o di principi costituzionali e convenzionali, miri in realtà a una rivalutazione del merito, ove il giudice territoriale abbia congruamente accertato, sulla base di un'istruttoria approfondita e di plurimi riscontri probatori, l'attualità e la gravità delle condotte genitoriali pregiudizievoli, nonché l'impossibilità di un recupero della capacità genitoriale in tempi compatibili con lo sviluppo psico-fisico del minore²⁸. Tale impostazione si fonda sulla considerazione che il giudizio *ex art. 330 c.c.* implica una valutazione eminentemente fattuale, ancorata alla concretezza della vicenda familiare e alla verifica attuale dell'interesse del minore. Ne consegue, tra l'altro, che il controllo di legittimità, come ben noto, non può tradursi in una surrettizia sostituzione dell'apprezzamento di merito, ma resta circoscritto alla correttezza del percorso argomentativo e alla coerenza logico-giuridica della motivazione.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha pure, di recente ribadito, con particolare nettezza, la natura eccezionale e residuale della decadenza dalla responsabilità genitoriale, richiedendo un accertamento rigoroso e puntualmente motivato del grave pregiudizio per il minore. È stato affermato che la misura ablativa non può fondarsi su generiche valutazioni di inadeguatezza educativa né su un'adesione acritica alle conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio. In tale procedimento, la CTU costituisce uno strumento di ausilio, ma non può surrogare il giudizio giuridico rimesso al giudice, il quale resta tenuto a esplicitare il nesso causale tra le condotte genitoriali accertate e l'incidenza concreta, attuale o prospettica, sull'equilibrio psicofisico del figlio. Ne consegue che l'apparato motivazionale deve dar conto, in modo analitico e non stereotipato, delle ragioni per cui le criticità riscontrate assumano consistenza tale da integrare la soglia del «grave pregiudizio» richiesta dall'art. 330 c.c., escludendosi che carenze relazionali o fragilità educative, di per sé considerate, possano automaticamente legittimare l'ablazione della responsabilità²⁹.

Parimenti significativa è l'elaborazione concernente la valutazione delle dichiarazioni del minore. La Corte di Cassazione chiarisce che l'ascolto e le dichiarazioni del figlio costituiscono parte del materiale istruttorio, ma non possono assumere valore dirimente in assenza di un quadro probatorio

²⁸ In questi termini Cass. civ., sez. I, ord. 19 febbraio 2026, n. 3722, in *DeJure*.

²⁹ Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 9 dicembre 2025, n. 32004, in *DeJure*.

coerente e corroborato. Spetta al giudice di merito verificarne l'attendibilità, la spontaneità e l'eventuale condizionamento, evitando che elementi isolati divengano fondamento esclusivo di un provvedimento di così intensa incidenza sulla sfera genitoriale³⁰.

Inoltre, le ordinanze più recenti valorizzano, tra l'altro, proprio la dimensione prognostica del giudizio. Il «grave pregiudizio» richiesto dall'art. 330 c.c. non si esaurisce nella constatazione di eventi dannosi già verificatisi, ma implica una valutazione prospettica circa la concreta idoneità del genitore a esercitare la funzione educativa e protettiva in modo conforme all'interesse del figlio. In tale quadro, l'assenza di un progetto realistico di recupero delle competenze genitoriali, specie in presenza di bisogni evolutivi complessi, può integrare il presupposto della misura ablativa quando si traduca in una persistente esposizione del minore a un rischio serio e non meramente ipotetico³¹.

Da ultimo, viene confermata l'esigenza di proporzionalità e gradualità dell'intervento giudiziario. L'art. 330 c.c. va, quindi, interpretato in coordinamento sistematico con l'art. 333 c.c., in una logica di progressività delle misure: la decadenza è configurata come *extrema ratio*, attivabile soltanto quando gli strumenti limitativi o di sostegno risultino inadeguati a garantire una tutela effettiva del minore. Si consolida, dunque, un modello applicativo fondato sull'individualizzazione del caso concreto e sulla verifica della compatibilità tra permanenza della responsabilità e salvaguardia dell'interesse del figlio³².

5. Prospettive evolutive della responsabilità genitoriale nell'era digitale

Deve, altresì, rilevarsi come e quanto la trasformazione tecnologica in atto incida in modo strutturale sull'assetto della responsabilità genitoriale, imponendo una rilettura funzionale delle sue coordinate alla luce dell'ambiente digitale in cui si forma e si sviluppa l'identità del minore³³.

³⁰ Così Cass. civ., sez. I, ord. 11 dicembre 2025, n. 32328, in *DeJure*.

³¹ In tal senso Cass. civ., sez. I, ord. 14 dicembre 2025, n. 32577, in *DeJure*.

³² Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2026, n. 1671, in *DeJure*.

³³ Sull'ambiente digitale quale spazio di 'interrealtà', caratterizzato dalla reciproca permeabilità tra dimensione fisica e virtuale e idoneo a incidere sui processi di costruzione dell'identità e delle relazioni sociali del minore, si veda T. MONTECCHIARI, *Dimensione civilistica del diritto all'informazione nell'era contemporanea e tutela dei minori*, in *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, a cura di M. D'Auria, Roma

La dimensione ‘*onlife*’ della quotidianità relazionale della persona, ancor più se minore di età, caratterizzata dalla sovrapposizione tra esperienza reale e spazio virtuale, costituisce uno dei luoghi centrali di costruzione della personalità e di autodeterminazione del figlio³⁴.

In tale contesto, la responsabilità genitoriale si confronta con una duplice tensione. Da un lato, l’ordinamento valorizza progressivamente l’autonomia del minore, riconoscendogli spazi di autodeterminazione anche in ambiti tradizionalmente presidiati dalla rappresentanza legale³⁵; dall’altro, la vulnerabilità strutturale del soggetto in età evolutiva, accentuata dall’opacità dell’ambiente internet e in specie degli algoritmi³⁶, dalla pervasività dei meccanismi di profilazione³⁷ e dalla patrimonializzazione dei dati personali³⁸, impone un rafforzamento della funzione protettiva³⁹.

TrE-Press, Roma 2024, pp. 515 ss. In generale, per un’analisi del mutevole scenario dei rapporti domestici, i cui confini risultano ridefiniti dall’impatto delle tecnologie digitali, si vedano i contributi raccolti in A. MORACE PIRELLI, *Riflessioni sul diritto di famiglia effettivo: continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, Pacini Giuridica, Pisa 2024.

³⁴ Sulla relazione tra dimensione analogica e digitale nella formazione dell’identità del minore nonché sulla necessità di superare una concezione unitaria del soggetto in età evolutiva, si rinvia a A. LA SPINA, *L’identità del minore nella realtà on-life tra protezione e autodeterminazione*, in «Fam. Dir.», 10, 2024, pp. 920 ss. In termini generali, sull’interesse identitario del minore nelle sue molteplici declinazioni, anche F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in «Nuova giur. civ. comm.», 1, 2016, pp. 159 ss.

³⁵ In tema di consapevolezza digitale e progressiva emersione di spazi di autodeterminazione del minore nell’ambiente tecnologico: I. CORTONI, *La questione della consapevolezza digitale dei minori*, in *The best interest of the child*, cit., pp. 189 ss., ove si evidenzia come la dimensione digitale imponga una riconsiderazione tra autonomia e protezione.

³⁶ In relazione ai profili di trasparenza e autoreponsabilità nel regime dell’informativa privacy, si veda G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in «federalismi.it», 21, 2019, pp. 2 ss.; sulla vulnerabilità della persona digitale e sulla necessità di integrare nei processi decisionali automatizzati principi di trasparenza ed *explainability* per assicurarne una configurazione umano-centrica e affidabile, R. MESSINETTI, *Comunicare nell’infosfera. La vulnerabilità della persona digitale*, in «federalismi.it», 18, 2021, pp. 4 ss.

³⁷ Sulla c.d. *filter bubble* quale meccanismo algoritmico di profilazione selettiva delle informazioni e sulle criticità che essa pone alla tutela dell’identità digitale, si veda il contributo di M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in «MediaLaws», 2, 2019, pp. 39 ss. Cfr., altresì, G. CAPILLI, *La tutela dei dati personali dei minori*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di R. Panetta, Giuffrè, Milano 2019, p. 249.

³⁸ Sul ruolo dei *Big Data* nella *new economy*, si rimanda a E. SALVATORE, *La valorizzazione del dato personale nel contesto aziendale*, in «Riv. dir. impr.», 3, 2023, pp. 649 ss.

³⁹ Sul rischio che l’esposizione a contenuti inadatti, la precoce induzione al consumo e la

La c.d. «maggiore età digitale»⁴⁰, che consente al minore ultraquattordicenne di prestare autonomamente il consenso al trattamento dei propri dati personali nei servizi della società dell'informazione, costituisce un passaggio emblematico di tale tensione⁴¹. Essa, pur espressiva di un riconoscimento dell'autonomia informativa, rischia di determinare un arretramento della capacità di indirizzo genitoriale proprio in un settore, quello della circolazione dei dati e dell'esposizione social e mediatica, in cui le conseguenze delle scelte possono risultare irreversibili e difficilmente percepibili *ex ante* dal minore stesso. L'autodeterminazione digitale, infatti, presuppone una consapevolezza dei rischi che difficilmente può dirsi pienamente maturata in età adolescenziale e talora anche dopo⁴².

lesione dell'immagine e della riservatezza incidano negativamente sullo sviluppo del minore, si veda il contributo di B. AGOSTINELLI, *Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme*, in *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, cit., pp. 563 ss. L'esigenza di una tutela effettiva, non meramente astratta ma calibrata sui bisogni e sull'età del destinatario è invece approfondita da A. ASTONE, *I dati personali dei minori in rete. Dall'Internet delle persone all'Internet delle cose*, Giuffrè, Milano 2019; nonché A. SPANGARO, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Ipsoa, Milano 2011. In generale, sulla tutela del minore nel contesto digitale si vedano: C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in «Rass. dir. civ.», 4, 2016, pp. 1324 ss.; C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in «Jus civile», 6, 2018, pp. 831 ss.; M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, Pacini Giuridica, Pisa 2019, pp. 151 ss., ove si evidenzia la tensione tra progressiva autonomia del minore e persistente vulnerabilità, resa evidente nella dimensione *online*; C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in «Giust. civ.», 2019, pp. 617 ss.

⁴⁰ Tale espressione viene qualificata da B. AGOSTINELLI, *Minori in rete: l'illusione del consenso e l'equivoco della privacy*, in «Familia», 3, 2023, p. 345, quale conquista evolutiva dei «non adulti» sull'onda di un certo «protagonismo minorile».

⁴¹ Il tema dell'autodeterminazione del minore in relazione al trattamento dei dati personali è disciplinato dall'art. 8 del GDPR. La struttura della norma consente di individuare la posizione e il grado di autonomia del minore che fruisce dei servizi in rete in base al raggiungimento di un certo anno di età. Si distinguono, dunque, i c.d. *petit enfants*, ossia i bambini in senso stretto per i quali valgono logiche di protezione più rigide, dai c.d. *grands enfants*, vale a dire i «grandi minori» che invece godono di maggiore libertà e autodeterminazione; così F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in «Dir. inf.», 1, 2018, p. 27. Sia consentito estendere il riferimento a E. BATTELLI, *Minori, privacy e consenso digitale*, in *Id.*, *Diritto privato digitale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino 2024, pp. 129 ss. Cfr., altresì, F. RUGGERI, *Minori e privacy*, in *Diritto privato delle persone minori di età*, cit., pp. 139 ss. Con particolare riguardo all'(in)efficienza degli attuali sistemi di verifica dell'età adottati dalle principali piattaforme online, si veda E. SALVATORE, *Minori e sistemi di age verification: la tutela dei "mobile born" nella società dell'informazione*, in «Ianus», 31, 2025.

⁴² In tema di consenso al trattamento dei dati personali del minore nonché dei limiti strutturali del modello fondato sull'autodeterminazione informativa, cfr. *ex multis*, i con-

In questo scenario, la responsabilità genitoriale è chiamata a ridefinire i propri strumenti di esercizio. L'educazione, già tradizionalmente intesa quale trasmissione di valori e criteri di giudizio, assume una specifica declinazione digitale. Non si tratta soltanto di vigilare sull'uso dei dispositivi, ma di educare e formare il minore alla gestione critica della propria identità online, alla comprensione delle dinamiche economiche sottese alla gratuità apparente dei servizi digitali nonché alla tutela della propria sfera personale⁴³.

La funzione educativa si arricchisce, dunque, di una dimensione tecnologica che non può essere delegata né surrogata da automatismi normativi o strumenti meramente tecnici⁴⁴.

tributi di M. OROFINO, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Privacy, minori, cyberbullismo*, a cura di M. Orofino, F. Pizzetti, Giappichelli, Torino 2018, pp. 1 ss.; I. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679*, in «Familia», 1, 2018, pp. 4 ss.; F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in «Dir. inf.», 2018, pp. 27 ss.; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy*, a cura di G. Finocchiaro, Zanichelli, Bologna 2017, pp. 167 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, CEDAM, Padova 2016, pp. 111 ss.; già A. SPANGARO, *Tutela dei minori e delle fasce deboli*, in *Diritto privato dell'informatica*, a cura di G. Finocchiaro, F. Delfini, UTET, Torino 2014, pp. 219 ss. Sia consentito rinviare a E. BATTELLI, *Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore di età*, in «Dir. inf.», 2, 2022, pp. 267 ss., in cui si evidenzia come il sistema del consenso rappresenti in realtà un falso modello di consenso pienamente consapevole, da cui discende l'inderogabile necessità di sviluppare strumenti di protezione a tutela della persona, soprattutto se minore di età. Nello stesso senso, anche A.M. GAMBINO, *Big data e fairness. Il ruolo delle authorities*, in «Nuovo diritto civile», 1, 2020, p. 298; D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero, D. Poletti, University Press, Pisa 2018, p. 12; I. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in «DIMIT», 2017, pp. 13 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy*, cit., pp. 3 ss.; L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in «Eur. dir. priv.», 1, 2020, pp. 251 ss.

⁴³ L'educazione digitale viene ricondotta a un compito formativo che implica accompagnamento critico e consapevole del minore nell'ecosistema tecnologico, non riducibile, dunque, a mera sorveglianza tecnica. In questi termini M. ZINNO, *Educazione digitale e responsabilità genitoriale*, in «Dir. fam. pers.», 2, 2025, pp. 750 ss., ove si sottolinea come la responsabilità genitoriale, nell'ambiente onlife, esiga un ripensamento in chiave progettuale e relazionale.

⁴⁴ In argomento, SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in «Pers. merc.», 3, 2021, pp. 511 ss., spec. 513 s., la quale evidenzia come il momento educativo, tradizionalmente rimesso ai genitori, assuma un ruolo determinante nella formazione dei referenti valoriali della coscienza individuale e richieda, nella dimensione digitale, un

Anche i sistemi di *parental control*⁴⁵, pur rappresentando un ausilio operativo prezioso, non esauriscono il contenuto della responsabilità genitoriale. La loro interruzione automatica al raggiungimento della soglia del consenso digitale, se non accompagnata da un adeguato percorso formativo, rischia di tradursi in una frattura improvvisa tra controllo e autonomia, anziché in una progressiva responsabilizzazione del minore⁴⁶. Il bilanciamento tra diritto alla riservatezza del figlio e potere-dovere di vigilanza del genitore richiede, pertanto, una modulazione caso per caso, ancorata al grado effettivo di maturità e alla concreta capacità di discernimento⁴⁷.

Ulteriore profilo critico è rappresentato dal fenomeno dello *sharenting* e cioè dell'abitudine dei genitori di pubblicare costantemente sui *social media* foto, video e dettagli (intimi) riguardanti la vita dei propri figli. Ebbene, la presa d'atto di tale fenomeno evidenzia come la tutela del minore in rete debba operare anche 'contro' i genitori, quando l'esposizione digitale del figlio da parte di questi ultimi comprometta la sua identità e la sua riservatezza. In tale ottica, la responsabilità genitoriale implica un dovere di autoresponsabilità nell'uso delle tecnologie, evitando la sovraesposizione social e la mercificazione dell'immagine del minore⁴⁸.

ripensamento anche alla luce degli strumenti regolativi. In un successivo studio, lo stesso R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in «Nuove leggi civ. comm.», 6, 2023, pp. 1568 ss., spec. 1573 ss., valorizza la centralità del ruolo formativo dei genitori e la necessità di preservarne l'esclusività anche nell'ambiente online.

⁴⁵ Per una disamina di tali strumenti, sia consentito rinviare a E. BATTELLI, *Minori e "social network": cyberbullismo e limiti della "parental responsibility"*, in «Corr. giur.», 10, 2021, pp. 1269 ss.

⁴⁶ Ad esempio, infatti, SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, cit., pp. 1589 ss., osserva che l'adozione indiscriminata di strumenti di *parental control* rischia di comprimere l'autonomia del minore dotato di adeguata capacità di discernimento, in contrasto con la progressiva apertura dell'ordinamento verso forme di autodeterminazione giovanile.

⁴⁷ La responsabilità genitoriale nell'uso delle tecnologie telematiche è analizzata da G. CASSANO, *La responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica*, in «Fam. Dir.», 6, 2020, pp. 631 ss.; i limiti dell'ingerenza dei genitori nella sfera personale del minore sono approfonditi da C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in «Jus civile», 6, 2018, pp. 831 ss.; V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in «Rass. dir. civ.», 4, 2004, pp. 998 ss.; S. STEFANELLI, *Privacy e immagine dei minori in Internet*, in «Cyberspazio e diritto», 2, 2012, pp. 233 ss.

⁴⁸ Il fenomeno dello *sharenting* – la cui denominazione deriva dalla sintesi di *sharing* e *parenting* – è analizzato da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, in «Nuova giur. civ. comm.», 1, 2023, pp. 1104 ss.; nonché da L. AULINO,

Le prospettive evolutive dell'istituto sembrano, dunque, orientarsi verso un modello di responsabilità genitoriale sempre più dinamico e relazionale, nel quale il controllo non si contrappone all'autonomia, ma ne costituisce la premessa formativa. L'asse si sposta, allora, dall'autorità al governo consapevole della crescita, in un ambiente digitale che amplifica opportunità e rischi. Ne emerge una responsabilità non meramente reattiva, ma preventiva e progettuale, capace di integrare educazione e progressiva emancipazione⁴⁹.

La funzione educativa, pertanto, non può esaurirsi nell'ambito domestico, ma implica l'attivazione di percorsi formativi strutturati volti ad accrescere le competenze digitali del minore⁵⁰.

L'alfabetizzazione informatica, l'inserimento organico dell'educazione digitale nei programmi scolastici, la formazione continua degli educatori nonché la costruzione di un'alleanza tra famiglia, scuola e società civile costituiscono strumenti indispensabili per trasformare l'esposizione tecnologica in occasione di crescita consapevole e responsabile⁵¹.

In definitiva, si accentua la centralità sistematica della responsabilità genitoriale.

Verosimilmente lo stesso concetto di responsabilità genitoriale sarà chiamato a rimodularsi proprio in relazione a queste nuove dimensioni della vita del minore, con possibili ricadute anche sul terreno della patologia del rapporto genitoriale.

Laddove la rete diviene spazio primario di costruzione dell'identità, l'esercizio della funzione genitoriale è chiamato a misurarsi con un percorso di maturazione della persona minore di età diversa dal recente passato⁵², affinché l'autodeterminazione della «maggiore età digitale» possa

Tutela dei minori e servizi digitali: i rischi dello sharenting, in «Familia», 1, 2022, pp. 35 ss.

⁴⁹ La prospettiva della tutela preventiva rispetto al trattamento algoritmico dei dati viene approfondita da D. DI SABATO, *Diritto e new economy*, ESI, Napoli 2020, p. 142, la quale evidenzia come i meccanismi regolativi *ex ante* risultino più efficaci rispetto ai rimedi risarcitori o ripristinatori attivati dal singolo, spesso inidonei a prevenire usi illeciti dei dati.

⁵⁰ C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in «Rass. dir. civ.», 1, 2015, p. 119.

⁵¹ I. GARACI, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in «Nuove leggi civ. comm.», 4, 2021, p. 804, propone un approccio «proattivo e olistico» alla tutela del minore nell'ambiente digitale, fondato sulla corresponsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti – genitori, minori, istituzioni scolastiche e socio-educative, pubbliche amministrazioni e operatori economici – nonché sul contributo della comunità scientifica, chiamata ad approfondire l'impatto delle tecnologie sul benessere e sullo sviluppo della persona.

⁵² Sul punto, CORTONI, *La questione della consapevolezza digitale nei minori*, a cura di M.

coincidere con una autonomia informata, idonea a preservarne integrità e sviluppo armonico e non con una esposizione inconsapevole a vulnerabilità strutturali.

La valutazione dell'idoneità genitoriale e, nei casi estremi, l'adozione di provvedimenti ablativi, pertanto, potrebbero essere sempre più influenzate dalla capacità del genitore non solo di comprendere e governare i rischi connessi all'ambiente digitale, ma anche di tutelare il figlio da forme di esposizione che possano incidere sul suo sviluppo identitario.

Bianca, *The best interest of the child*, cit., pp. 189 ss., che evidenzia come la costruzione dell'identità del minore nello spazio digitale richieda un percorso di alfabetizzazione critica e una mediazione educativa capace di trasformare l'esposizione tecnologica in occasione di crescita consapevole; nonché C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, *ivi*, pp. 157 ss., la quale inquadra l'autodeterminazione del minore quale libertà progressiva, da esercitarsi in correlazione con il grado di maturità e con la necessaria funzione di accompagnamento esercitata dagli adulti responsabili.

ATTIVITÀ DELLE PARTI E POTERI DEL GIUDICE
NEL PROCESSO DI FAMIGLIA

I diritti della famiglia dopo il 1975 e le risposte del processo riformato

SOMMARIO: 1. Un rito senza regole e la duplicazione dei giudici – 2. La unificazione dei riti e delle discipline nel 2022 – 3. La diversità delle situazioni dedotte – 4. I diritti indisponibili, disponibili e ‘relativamente’ disponibili – 5. La disciplina processuale dei diritti indisponibili. Il ruolo del p.m. – 6. La disciplina processuale dei diritti disponibili – 7. Il processo su situazioni relativamente disponibili – 8. L’obbligo di collaborazione – 9. Le sanzioni applicabili alle violazioni dell’obbligo di collaborazione – 10. Poteri di iniziativa istruttoria del giudice e l’inerzia delle parti – 11. Il dramma del tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

1. Un rito senza regole e la duplicazione dei giudici

Il legislatore italiano è stato incapace di offrire un sistema unitario e razionale alla giustizia per i minori e per le relazioni familiari sino al 2022, proponendo interventi settoriali, frammentari e non coerenti, sulle fondamenta di un’impostazione positiva dovuta al ventennio – la legge degli anni Trenta, istitutiva del tribunale speciale per i minorenni, e i codici degli anni Quaranta –; questa incapacità è l’unica plausibile ragione della sopravvivenza nella Repubblica di un rito privo di regole (camerale) e di un giudice sdoppiato: il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario.

L’impianto del ventennio attinge alla visione intensamente pubblicistica e autoritaria dell’epoca: quella di affidare corrispondentemente ad un giudice, svincolato da ogni regola processuale e perciò munito della massima libertà nella scelta delle forme, un potere autoritario nella direzione e nello svolgimento del processo e nella determinazione delle regole concrete di comportamento.

Si tratta di un modello che nella istituzione familiare non vedeva una componente intrisa di valori di libertà, eguaglianza, dignità, solidarietà, educazione e crescita del minore nella società civile, ma una rigorosa gerarchia tra le persone, fondata sulle prerogative del marito/padre sugli altri componenti e sulla scarsa o quasi inesistente considerazione di interessi tutelati in capo alla moglie e in particolare ai figli.

L’impostazione pubblicistica di un giudice *pater familias*, massima espressione dell’espansione dell’intervento dello Stato nella ‘istituzione’

familiare, aveva reso necessaria una particolare sensibilità del giudice per gli aspetti non strettamente giuridici, imposti dalla crisi dell'istituzione, verso il profilo psicologico, psichiatrico e medico della crisi dell'unica relazione familiare rilevante all'epoca, quella fondata sul matrimonio.

Si giustifica così l'ulteriore aspetto perdurante della giustizia minorile e familiare, costituita dalla presenza di un giudice laico, con una originale composizione paritetica del Collegio di quattro membri (ciò che offre alla decisione un sapore fortemente compromissorio) – risultato di una novellazione successiva dovuta alla legge n. 1441 del 1956 – di cui due togati e due laici, reclutati, nella disciplina delle origini, con criteri non del tutto coerenti alla specializzazione psicologica e medica (la legge qualificava i candidati quali «benemeriti dell'assistenza sociale», art. 2 r.d. l. n. 1404 del 1934) che avrebbe dovuto contraddistinguere, in via esclusiva, la componente laica dell'organo.

In tal modo, con un'evidente abilità del legislatore del tempo, l'elemento autoritario era 'mitigato' dalla componente psicologica e medica, che avrebbe dovuto indurre una particolare attenzione alle conoscenze scientifiche o comunque extra giuridiche.

Questa matrice storica e ideologica dell'istituzione, pur nell'evidente diverso quadro discendente dall'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione repubblicana e delle leggi di riforma successive, dal 1975 in poi, è rimasta per quasi novant'anni. Una persistente continuità di un organo giurisdizionale svincolato da forme processuali e fortemente influenzato dalla componente laica.

Lo scopo dello Stato era quello di amministrare interessi in ossequio al principio gerarchico di cui era intrisa la famiglia e paternalisticamente di imporre soluzioni coerenti con gli interessi pubblici, con conseguente funzione vicaria di un giudice-*pater familias*.

In questo quadro, che è quello della legge del 1934 istitutiva del tribunale per i minorenni, si introduceva un elemento di forte contraddizione, già presente negli anni Quaranta. Nel segno di una concezione del legislatore non del tutto coerente all'inquadramento amministrativo e non giurisdizionale dell'intervento pubblico nella istituzione familiare: si concedevano infatti spazi al tribunale ordinario in sede giurisdizionale, per alcune controversie che non fossero esplicitamente indicate come affidate al tribunale specializzato dall'art. 38 disp. att. c.c., per lo più riguardanti la crisi della famiglia fondata sul matrimonio.

È la componente 'liberale' dell'ordinamento del ventennio, che anche nella massima espansione del regime, contraddistinse i giuristi più illuminati (tra l'altro codificatori del codice di rito del 1940).

Ne scaturiva, oltre all'impianto autoritario e paternalistico del tribunale per i minorenni, la ripartizione delle competenze tra due organi giurisdizionali differenti: appunto il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario (con il suo bagaglio di garanzie processuali).

Questa scelta era indice, quando fu elaborata negli anni Quaranta, di un'opzione, già maturata all'epoca, verso un processo più garantistico, quello disciplinato dal rito contenzioso del codice di rito e da un giudice integralmente professionale e certamente coadiuvato da esperti nella scienza psicologica, medica e sociologica, ma nella corretta veste di 'ausiliari' e non di 'giudici'. In tal modo il legislatore coglieva l'esistenza *in nuce*, pur in un quadro di diritto sostanziale molto diverso, di diritti soggettivi meritevoli di tutela giurisdizionale e non solo di interessi da amministrare.

Ne seguiva, nell'impianto già emergente con il codice di rito del 1940 e il codice civile del 1942, una frantumazione dei giudici competenti, con una diversificazione dei riti.

2. La unificazione dei riti e delle discipline nel 2022

La scelta della riforma, dovuta al d.lgs. n. 149 del 2022, è al contrario verso la codificazione di un rito unitario, che superi la frammentazione dei riti che caratterizzava l'ordinamento previgente¹.

Il nuovo rito è il risultato di una trasmigrazione delle norme dal libro IV, e dalle leggi speciali, al libro II del codice di procedura civile.

¹ Per un cenno letteratura scientifica sulla riforma, cfr. E. POLIDORI, G. VECCHIO, *Il nuovo processo civile. Persone, minorenni e famiglie*, La Tribuna, Piacenza 2026; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Giappichelli, Torino 2024; C. CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, Pacini, Pisa 2024; *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, Giuffrè, Milano 2023; *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano 2023; B. POLISENO, *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, Il foro italiano, Roma 1922, pp. 335 ss.; *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie, il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. Cecchella, Giappichelli, Torino 2023; *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie, legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di C. Cecchella, Giappichelli, Torino 2022; *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pacini, Pisa 2022. Prima della riforma, cfr. C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna 2018; B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, ESI, Napoli 2017; *Diritto processuale di famiglia*, a cura di A. Graziosi, Giappichelli, Torino 2016; F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano 2015; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bononia University Press, Bologna 2010.

La scelta è chiara, il legislatore vuole per la tutela dei diritti nelle relazioni familiari e di filiazione, introdotti con la riforma del 1975 e successive modifiche, un processo a cognizione piena e non più un procedimento speciale a cognizione sommaria (si pensi alla previgente normativa sul rito camerale e alla fase iniziale del processo per separazione e divorzio). Dunque, nel processo familiare e minorile ci sono fasi e misure di natura sommaria di carattere incidentale, ma il processo nel suo generale svolgimento è un rito a cognizione piena.

Non è solo questo l'aspetto da sottolineare.

Il processo familiare e minorile è un processo unico per materia. Non esiste più la diaspora dei riti dell'ordinamento previgente: il rito minorile, caratterizzato dalle regole del procedimento camerale, il rito della separazione e divorzio, il rito ordinario, per le azioni di *status* e per la fase di merito della separazione e del divorzio.

Vengono, infine, 'codificate' tutte le norme processuali del rito unico nel codice di procedura civile, a partire dall'art. 473-*bis* e ss.: un codice nel codice. Le norme hanno finalmente una fonte legislativa unitaria. Come in tutte le codificazioni, il beneficio è verso la certezza del diritto: non vi è più problema di rito applicabile o fonte legislativa da ricercare.

La scelta è solo apparentemente rigida.

Emerge, altresì, un processo elastico, in grado di adattare le sue regole alle diverse situazioni oggetto di tutela giurisdizionale. È una delle caratteristiche della riforma del processo familiare e minorile. Unica nell'esperienza processuale: un rito unitario con regole variabili al suo interno.

La ragione è da ricercarsi nella varietà dei diritti che nascono dalle relazioni familiari e che vengono dedotte nel rito speciale e che vengono introdotte per la prima volta con la riforma del 1975².

3. *La diversità delle situazioni dedotte*

Per una corretta interpretazione sistematica delle norme, dobbiamo evidenziare le varianti del rito funzionali dalla disciplina sostanziale delle diverse situazioni tutelate.

² Il carattere della tutela differenziata che contraddistingue il rito speciale (sul quale v. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., pp. 1 ss., 8 ss., 11 ss.) si coniuga con la differenziazione, all'interno del rito, delle regole in coerenza con la diversa natura dei diritti tutelati (cfr. *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di C. Cecchella, cit., pp. 2 ss., 23 ss., 62 ss.).

Alla luce delle norme processuali, interpretate in considerazione della disciplina sostanziale dettata dalla riforma del 1975 e successive modifiche, le tipologie di situazioni da prendere in esame non sono in realtà due, come una lettura superficiale fa pensare, ma in realtà si tratta di tre categorie differenti³.

Anzitutto i diritti indisponibili, cioè i diritti che non possono essere oggetto di transazione, conciliazione, rinuncia oppure di un qualunque atto di disposizione, se non con atti radicalmente nulli e quindi privi di effetti *ab origine*⁴.

Vi sono, poi, i diritti pienamente disponibili, che possono essere invece rinunciati o disposti liberamente.

Infine, esiste una terza categoria, che si rende necessaria per comprendere la riforma, in quanto la sola bipartizione non consente una corretta interpretazione delle norme processuali. Essa coincide con i diritti 'relativamente' disponibili, perché disponibili solo quando sono venuti ad esistenza, non potendolo essere preventivamente, se non, ancora una volta, con atti negoziali nulli⁵.

4. I diritti indisponibili, disponibili e 'relativamente' disponibili

Anzitutto i diritti indisponibili.

La definizione generale di diritto indisponibile è ovviamente civilistica, pur avendo un'interessante conferma in un corollario processuale.

Manca un riferimento espresso nella riforma per la individuazione della categoria, e, anzi, le norme del d.lgs. n. 149 del 2022 evitano anche solo di fare uso del termine «diritti indisponibili». L'art. 472-bis.2 c.p.c., sui poteri del giudice preferisce usare la dizione «tutela dei minori». Egualmente

³ Le nuove disposizioni facilitano una lettura, meno evidente nel recente passato dove tendenzialmente si poneva in via esclusiva la distinzione tra disponibilità-indisponibilità dei diritti, cfr. L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 71 ss.

⁴ Sui diritti indisponibili, cfr. OLIVERO, *loc. cit.*; P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004; S. SCAGLIA, *L'indisponibilità dei diritti*, L'Autore Libri, Firenze 2000; F. ANGELONI, *Autonomia privata e poteri di disposizione nei rapporti familiari*, CEDAM, Padova 1997; P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 1978; sui riflessi processuali, A. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Giuffrè, Milano 1965. Per una efficace applicazione pratica dei principi, G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia*, Giappichelli, Torino 2016.

⁵ È l'impostazione seguita da CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 21 ss.

l'art. 473-*bis*.19 c.p.c., al 1° comma, preferisce utilizzare il termine «diritti disponibili». Stesso riferimento nell'art. 473-*bis*.35 c.p.c. il quale indica il concetto contrario di «diritti disponibili». La nozione deve ricavarsi quindi sul piano sistematico.

Sono diritti indisponibili le situazioni che, qualora fossero oggetto di atti di disposizione, rinuncia, transazione o conciliazione, danno luogo a negozi rigorosamente nulli in assoluto, che il giudice può rilevare anche d'ufficio; nullità da dichiarare con una sentenza di mero accertamento, essendo l'inefficacia dell'atto prodotta sin dal momento del suo perfezionamento.

L'indice processuale, invece, è offerto dalla presenza necessaria nel processo, *ex art.* 70 del codice di rito, del pubblico ministero, senza la quale il processo sarebbe viziato per la mancanza di un presupposto processuale, rappresentato appunto dal litisconsorzio necessario con l'organo portatore degli interessi generali e che interviene per la tutela dei diritti del minore⁶.

Quali sono i diritti indisponibili, almeno nell'esperienza prevalente del processo familiare e minorile?

Sono i diritti, sia personali che economici, che fanno capo al minore. È da sottolineare, anche quelli economici; pur non essendo considerati diritti assoluti ma relativi, quando fanno capo al minore hanno la particolarità di essere indisponibili.

Si aggiunga, inoltre, tutto il tema delicatissimo della violenza nelle relazioni familiari⁷ e dei corrispondenti diritti personali violati⁸. Si tratta

⁶ Il correttivo dettato con d.lgs. n. 164 del 2024, intervenendo sull'art. 473-*bis*.47 c.p.c., ha introdotto un secondo comma: «Il pubblico ministero può proporre impugnazione avverso la sentenza che definisce il giudizio, limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci».

⁷ Con il correttivo si offre rilievo alla condotta violenta tenuta non soltanto dal coniuge, dalla parte dell'unione civile o dal convivente, ma anche da «altro componente del nucleo familiare», art. 473-*bis*.72 c.p.c. (il d.lgs. n. 164 del 2024 introduce una nuova disposizione che incrementa a 72 le norme dedicate al rito speciale di cognizione nella materia familiare e minorile).

⁸ La violenza familiare e di genere costituisce una nuova materia, sconosciuta nel processo civile e oggi regolata dalla riforma agli artt. 473-*bis*.40 ss. e 473-*bis*.69 ss. c.p.c., una normativa processuale che ha importanti ricadute sul diritto sostanziale, cfr. *La violenza nelle relazioni familiari*, a cura di C. Cecchella, Giappichelli, Torino 2025; DONZELLI, *op. cit.*, pp. 179 ss.; CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 161 ss.; M.G. ALBIERO, *I fatti di violenza e il processo*, in *La riforma del processo e del giudice*, a cura di C. Cecchella, cit., pp. 301 ss.; A. ALFIERI, *La rilevanza dei fatti di violenza nel nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, La Tribuna, Piacenza 2023, pp. 401 ss. e 411 ss.; V. MAZZOTTA, *Sub artt. da 473-bis.40 a 773-bis.46*, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alla famiglie*, cit., pp. 307 ss.; M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, in *Il processo civile dopo la*

della libertà personale, del figlio o del convivente oppure del coniuge, di genere femminile secondo la casistica purtroppo prevalente, dell'incolumità fisica e psicologica del soggetto convivente nelle relazioni di filiazione e familiari⁹.

I diritti disponibili sono invece i diritti che sono oggetto di valida ed efficace disposizione per rinuncia, transazione, conciliazione; più precisamente i diritti che riguardano la pretesa di addebito della separazione, che come sappiamo, può essere introdotta, come non esserlo, oppure rinunciata, se introdotta; nonché il risarcimento del danno per illecito endofamiliare (ad esclusione delle fattispecie di violenza).

Abbiamo, infine, la categoria dei diritti 'relativamente' disponibili (che l'art. 473-bis.2, 2° comma, c.p.c. definisce come diritti oggetto di «domande di contributo economico», che corrispondono a diritti facenti capo alle parti del rapporto familiare fondato sul matrimonio oppure sull'unione civile oppure, ancora, sulla convivenza, nonché i diritti al mantenimento dei figli maggiorenni; ne sono esclusi i diritti economici dei figli minori, come detto, appartenenti alla categoria dei diritti indisponibili).

L'ipotesi è di rilievo, non solo processuale in senso stretto, per il suo carattere sistematico, anche nell'ambito del diritto sostanziale.

Si tratta di una categoria di creazione giurisprudenziale, ma che corrisponde a precisi principi del sistema.

L'espansione della disponibilità dei diritti rischia, se non incontra precisi limiti, di privare di intensità la tutela delle situazioni che fanno capo alle persone deboli all'interno delle relazioni familiari. Si tratta, come detto, dei diritti economici che corrono tra persone diverse dai minori: i coniugi (il contributo di mantenimento nella separazione, l'assegno divorzile nel divorzio), i componenti dell'unione civile o quel poco di tutela economica che il legislatore offre nell'ambito delle convivenze (obbligazione alimentare

rimforma Cartabia, a cura di A. Didone e F. De Santis, cit., pp. 555 ss.

⁹ È il concetto che si ricava dall'art. 473-bis.69 c.p.c. «grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà»; più generico il concetto che si ricava invece dall'art. 473-bis.40 c.p.c. «abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere». La diversità dei presupposti di applicazione, nel primo caso degli ordini di protezione e nel secondo caso delle nuove norme del processo a cognizione piena quando viene allegato un episodio di violenza, si ritiene non abbia rilievo, trattandosi di fattispecie identiche, com'è comprovato oggi, a seguito del correttivo – ma poteva ricavarsi dall'art. 473-bis.46 c.p.c. prima dell'intervento del d.lgs. n. 164 del 2024 – laddove introducendo il 6° comma dell'art. 473-bis.71 c.p.c. ammette un ordine di protezione in corso di causa. Sul delicato tema v. i contributi di C. FAVILLI, *Le fattispecie di violenza* e C. CECHELLA, *Il rilievo e le forme dell'accertamento nel processo di merito, gli ordini di protezione in corso di causa*, in *La tutela contro la violenza nelle relazioni familiari*, a cura di C. Cecchella, di imminente uscita per i caratteri Giappichelli.

limitata nel tempo), infine, del mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente.

Sono situazioni certamente disponibili, ma con una disponibilità relativa e limitata, perché può avere a oggetto solo diritti che sono già sorti. Si può rinunciare (o disporre) i diritti sorti e maturati nel passato, non possono invece essere rinunciati (o disposti) preventivamente, prima del loro sorgere secondo disposizioni della legge imperativa.

Basti ricordare la giurisprudenza della Corte di Cassazione che dichiara nulli i patti sulla crisi, prima ancora che la crisi sia sorta (c.d. patti prematrimoniali, banditi pure dai contratti di convivenza, secondo le – discutibili – scelte della legge n. 76 del 2016) o addirittura i patti in sede di separazione, concernenti i diritti economici che sorgeranno in sede di divorzio¹⁰. La giurisprudenza (correttamente) è ferma nel ritenere nulli questi accordi preventivi, proprio perché è ancora (opportunamente) influenzata da una sensibilità verso la tutela dei diritti di persone deboli, non abbandonandole totalmente alla disponibilità delle parti, soprattutto se espressione di patti preventivi. La disponibilità si rende possibile, invece, quando la loro esistenza rende la parte più consapevole della rinuncia totale o parziale.

Si tratta di diritti che la legge garantisce con norme di carattere imperativo, destinate a prevalere sulla volontà delle parti (similmente all'esperienza dei diritti che fanno capo al lavoratore¹¹).

5. *La disciplina processuale dei diritti indisponibili. Il ruolo del p.m.*

L'art. 473-bis.2, 1° comma, c.p.c., quanto ai diritti indisponibili, esclude l'applicazione delle regole del processo dispositivo, ovvero il giudice ha, nelle fattispecie relative, un potere privo di limiti. Non è limitato dal principio della domanda; non deve essere sollecitato da una parte privata o pubblica per concedere la tutela giurisdizionale ai diritti potendo attivarsi d'ufficio; non è assoggettato all'onere esclusivo della parte nella allegazione dei fatti rilevanti; può concedere tutele e ricercare fatti, a prescindere dall'iniziativa delle parti¹².

¹⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 26 aprile 2021, n. 11012; Cass. n. 2224 del 30 gennaio 2017 (anche Cass. n. 5302 del 10 marzo 2006).

¹¹ Dove esiste l'art. 2113 c.c.

¹² DONZELLI, *op. cit.*, pp. 21 ss.; CECHELLA, *Il processo in materia di*, cit., pp. 21 ss.; B. FICARELLI, *I poteri del giudice*, in *La riforma del giudice e del processo*, a cura di C. Cecchella, cit., pp. 153 ss.; ID, in *La riforma del processo e del giudice*, a cura di C. Cecchella, cit., pp.

Benché il principio non sia implicato dalle ipotesi di deroga ai principi del processo dispositivo¹³ (essendo presente in molti riti che hanno a oggetto diritti disponibili, come il rito del lavoro e delle locazioni), la tutela giurisdizionale dei diritti indisponibili offre al giudice anche poteri istruttori illimitati: può ammettere prove, anche oltre i limiti di ammissibilità stabiliti dal codice civile, salvo rispettare il contraddittorio ovvero il diritto delle parti alla controprova, art. 473-bis.2, 1° comma, c.p.c.

Naturalmente la deroga alle regole sull'ammissibilità della prova può ipotizzarsi in relazione a quei limiti che hanno natura esclusivamente processuale. Quelli ispirati a *rationes* di natura sostanziale, non possono essere mai derogati, perché il processo non può modificare le regole del diritto sostanziale. Ad esempio, la necessità di provare per iscritto un negozio che ha forma solenne *ad substantiam* o *ad probationem* non è superabile, non potendosi sovvertire le regole dettate dal codice civile sulla forma dei negozi. Ugualmente, i limiti alla disponibilità del diritto nella prova confessoria e nel giuramento. Al contrario saranno superabili limiti di valore o concernenti i patti contrari coevi o successivi alla espressione scritta di un negozio, relativi alla prova testimoniale, perché certamente di natura strettamente processuale.

Si propone un'altra regola importante per i diritti indisponibili: la liberalizzazione delle difese di parte, nel corso del giudizio di primo grado, dall'applicazione di preclusioni e decadenze (art. 473-bis.19, 1° comma, c.p.c.), che vale anche per l'appello (art. 473-bis.35 c.p.c.). Le parti possono formulare domande, allegare fatti e dedurre mezzi di prova senza limiti, in primo grado e in appello non si applica l'art. 345 c.p.c.¹⁴.

107 ss. I principi relativi, benché non espressi sul piano positivo, erano già evidenti sul piano sistematico nel regime previgente, v. per un approfondimento, F.P. LUISO, *Le tutele processuali*, in *La riforma del processo per separazione e divorzio*, a cura di C. Cecchella, Pacini, Pisa 2007, pp. 37 ss.

¹³ Il profilo costituisce l'importante costruzione dogmatica di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Giuffrè, Milano 1951, pp. 730 ss. (Milano, rist. 1966, pp. 1 ss.) il quale correttamente individua come caratteristica precipua del processo su situazioni indisponibili la deroga al principio della domanda e all'onere di allegazione di fatti, non invece l'accentuazione dei poteri istruttori del giudice, che è esperienza evolutiva anche delle controversie sui diritti disponibili.

¹⁴ Sul tema, v. DONZELLI, *op. cit.*, pp. 24 ss.; CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 25 ss.; POLISENO, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, cit., pp. 344 ss.; R. LOMBARDI, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone e F. De Santis, cit., pp. 543 ss.; M.A. LUPOI, Sub art. 473-bis.19 c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., pp. 809 ss.

Altri aspetti contraddistinguono il regime processuale per la tutela dei diritti indisponibili.

I provvedimenti provvisori in corso di causa, diversi da quelli dati alla prima udienza dal giudice, sono tendenzialmente non reclamabili. Lo sono quando ad oggetto della misura sono diritti indisponibili di natura personale, seppure con dei limiti ulteriori, costituiti dal rilievo della decisione su diritti fondamentali della persona (come la genitorialità, la responsabilità, l'affidamento). Addirittura, è riconosciuta a questi provvedimenti una ricorribilità *ex art. 111 Cost.* innanzi alla Corte di cassazione, nonostante il loro carattere provvisorio.

Inoltre, sul piano del litisconsorzio, si impone, sul piano soggettivo, la necessità della presenza del p.m. in causa e, in alcuni casi, la nomina del curatore speciale del minore.

La presenza, è opportuno sottolinearlo, di parti che dovrebbero esprimere difese – l'una a tutela di interessi generali e l'altra per la sua qualità di vero e proprio difensore tecnico del minore – coerenti alla tutela dei diritti del fanciullo, anche in contrapposizione con le altre parti del processo, in particolare i genitori, pone, in prospettiva, il superamento del modello 'inquisitorio' imposto al processo. Un reale ed efficace contraddittorio del p.m. e del curatore speciale del minore, potrebbero, in prospettiva *de iure condendo*, superare quel modello, ricollocando il giudice nella sola dimensione del giudizio e non in quella di un'attività di supplenza difensiva. Il modello inquisitorio non pare quindi necessitato, anche se l'opzione del diritto positivo attuale appare chiara¹⁵.

Sotto questo profilo merita attenzione la nuova normativa che regola l'attività del p.m.

La particolarità della disciplina che è stata adottata nella riforma è quella di incentivare l'iniziativa della parte pubblica, soprattutto nell'ambito delle procure ordinarie, ove la sensibilità verso i procedimenti civili minorili è assai scarsa, non certo nelle procure minorili, destinate per lo più all'esercizio dell'azione innanzi ai tribunali per i minorenni.

L'art. 473-*bis*.3 c.p.c. abilita perciò il p.m. a effettuare indagini personali, al fine di istruire al meglio la propria attività processuale all'interno del procedimento.

¹⁵ Si legge in G. SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in «www.giustiziainsieme.it»: «Né può replicarsi che la deroga al principio della domanda è giustificata dalla disponibilità dei diritti o dall'interesse superiore del minore, poiché questi interessi sono assicurati dalla presenza del PM e del curatore speciale de minore, mentre il giudice, anche dinanzi a questi diritti, è anche a fronte degli interessi superiori del minore, deve rimanere terzo e imparziale; e la terzietà e l'imparzialità del giudice escludono che questi possa provvedere d'ufficio».

Ma l'aspetto innovativo è l'art. 473-*bis*.13 c.p.c. che impone un contenuto analitico al ricorso del p.m., non più chiamata istanza ma, in analogia con la parte privata, ricorso, con contenuti formali non dissimili.

Il sistema in tal modo bandisce i cosiddetti 'visti', che il p.m. apponeva distrattamente all'interno dei fascicoli relativi ai procedimenti familiari: la parte pubblica dovrà misurarsi con la controversia e la sua fattispecie, elaborando veri e propri atti difensivi, che nulla hanno di differente rispetto agli atti difensivi delle altre parti. L'invito del legislatore è molto netto e molto chiaro: sollecitare una maggiore sensibilità dell'organo pubblico verso le controversie familiari e minorili.

Naturalmente il p.m. avrà gli stessi poteri delle parti, non potendo godere nel processo di prerogative diverse: ad esempio in occasione dell'ascolto del minore, dovrà farsi autorizzare la presenza, alla pari delle parti. Non si porrà il problema dell'assoggettamento del p.m. alle preclusioni e decadenze a cui incorrono le parti private nei loro atti difensivi, poiché, come già evidenziato, nel processo minorile non vi sono preclusioni e decadenze.

Il processo familiare e minorile, anche in tale prospettiva, conserva comunque alcune regole fondamentali di diritto comune.

In primo luogo, l'applicazione della regola dell'onere della prova. Al termine, al momento del giudizio di fatto, si dovrà applicare l'art. 2697 c.c. Quindi il giudice, per quanto abbia poteri illimitati, deve fare i conti con la regola finale di giudizio nell'accertamento dei fatti, con la distribuzione dell'onere probatorio differenziato tra le parti: l'attore onerato della prova fatti costitutivi, il convenuto di quelli impediti, modificativi ed estintivi.

Inoltre, l'iniziativa del giudice sul *thema decidendum* e sul *thema probandum* impone al giudice stesso l'applicazione della regola del contraddittorio, dovendo in ogni iniziativa officiosa essere concesso un termine alle parti per controdedurre alla nuova domanda (anche se promossa *ex officio*), al nuovo fatto allegato e alla nuova iniziativa probatoria. Lo sancisce, in modo inequivoco, l'art. 473-*bis*.2, 1° comma, c.p.c.

La tenuta, infine, del giudicato è la stessa dei processi dispositivi: si deve giungere al termine ad un giudizio irrevocabile, anche per le situazioni indisponibili, con una regola concreta di comportamento delle parti definitiva.

L'art. 473-*bis*.29 c.p.c. offre in tal modo al giudicato una stabilità generalizzata, sia che abbia ad oggetto situazioni disponibili, sia situazioni indisponibili: solo quando vi è sopravvenienza di nuovi motivi si può giungere ad una modifica del *dictum*, quindi in relazione a circostanze nuove, a fatti nuovi. È interessante notare come il legislatore si senta di sottolineare una regola che è di sistema nel processo dispositivo.

Questo aspetto va precisato perché nel regime precedente non era così

chiara la disciplina, almeno sul piano letterale, cfr. l'art. 337-*quinqüies*, c.c. dove la revisione non presupponeva, come oggi, la sopravvenienza di giustificati motivi (la dizione mancava pure nell'art. 710 c.p.c., compariva invece nell'art. 9 della legge n. 898 del 1970 per lo scioglimento del matrimonio)¹⁶. La disposizione del citato art. 337-*quinqüies* non è toccata dalla riforma, ma deve evidentemente essere reinterpretata alla luce del già cit. art. 473-*bis*.29 c.p.c.

6. La disciplina processuale dei diritti disponibili

Nell'ambito, invece, della tutela dei diritti disponibili l'applicazione rigorosa delle regole del processo dispositivo non conosce soluzione di continuità.

Il principio della domanda, l'onere di allegazione dei fatti, e l'onere probatorio gravano interamente la parte come ossatura strutturale della regola processuale.

In sostanza tutto dipende dall'iniziativa delle parti.

Conseguentemente le parti sono sottoposte, nelle loro iniziative difensive, ad un regime rigoroso di decadenze e preclusioni, artt. 473-*bis*.12.16.17 c.p.c.

Domande ed eccezioni riservate alle parti devono essere formulate, a pena di decadenza negli atti introduttivi. Le prove, gradualmente, si precludono con le memorie successive: nella prima memoria l'attore, nella seconda il convenuto e nella terza memoria l'attore può replicare in controprova alle prove nuove che il convenuto ha eventualmente introdotto nella seconda memoria.

Poi tutto si ferma e si riapre eccezionalmente per esigenze di contraddittorio e di rimessione nei termini. Deve ritenersi perciò applicabile al rito speciale, perché contenute nel libro I del codice di rito, l'art. 101, 2° comma, c.p.c. sulla necessità del giudice di concedere termine alle parti per lo scambio di memorie a fronte di sue iniziative officiose, sulla rilevazione di questioni rilevanti o sulla disposizione di mezzi di prova, e l'art. 153, 2° comma, c.p.c. sulla remissione in termini della parte quando la decadenza è maturata incolpevolmente, essendo la parte ignara del fatto o della prova per fatto non imputabile.

¹⁶ Per un approfondimento, CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 123. Anche in relazione alla diversa formulazione delle norme del recente passato, eravamo giunti alla stessa conclusione, v. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., p. 101; per una diversa opinione, v. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., p. 834.

7. *Il processo su situazioni relativamente disponibili*

La tutela dei diritti relativamente disponibili si ispira, sul piano processuale, alle regole del processo dispositivo: l'onere della domanda e l'onere della allegazione della fattispecie costitutiva del diritto o della fattispecie che lo estingue, modifica o lo impedisce, gravano la parte. Pertanto, la tutela di un diritto economico nella titolarità del coniuge, del componente dell'unione civile, del convivente o del figlio maggiorenne, è dominata dall'iniziativa delle parti.

Chi chiede la tutela deve formulare la domanda – il giudice non può mai provvedere d'ufficio – e deve allegare, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza (si pensi all'assegno a favore del coniuge o del figlio maggiorenne) le fattispecie costitutive del diritto.

La conseguenza dell'inerzia è il rigetto della tutela.

Tuttavia, il carattere relativamente disponibile giustifica, sulla base della lettera del diritto positivo, delle deroghe, in relazione alla prova.

Le decadenze e preclusioni che sono caratteristiche dell'attività difensiva propria della tutela dei diritti disponibili, di cui si è fatto cenno nel paragrafo che precede, sono applicabili anche nella materia in esame¹⁷. Il processo, tuttavia, è destinatario di alcune regole speciali, rispetto al processo che ha ad oggetto situazioni pienamente disponibili.

In primo luogo, sono stati accentuati i poteri istruttori del giudice, con una norma analoga a quella che contraddistingue il rito del lavoro, cfr. art. 421, 2° comma, c.p.c.

Lo afferma, in modo molto chiaro, l'art. 473-bis.2, 2° comma, c.p.c. dove si riconosce al giudice ampia iniziativa istruttoria: ordine di esibizione di documenti, indagini di polizia tributaria, ispezioni, anche presso terzi, ascolto del minore e così via.

Tale scelta non deve essere ricostruita come affermazione di un modello inquisitorio, alla pari delle regole che governano il processo su situazioni indisponibili. Il fenomeno della accentuazione dei poteri istruttori del giudice è riscontrabile anche nell'ambito della situazione di diritti disponibili, pensiamo ad esempio alla prova testimoniale, nel rito ordinario, che il giudice può ammettere d'ufficio, *ex art. 281-ter c.p.c.*; ai poteri istruttori del giudice del lavoro o del giudice delle controversie locative, già cit. art. 421, 2° comma c.p.c., richiamato anche nell'art. 447-bis c.p.c.

Si tratta di riti che hanno ad oggetto diritti disponibili, seppure regolati da

¹⁷ Cfr. DONZELLI, *op. cit.*, pp. 103 ss.; CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 28 ss., 36 ss.; M.A. LUPOI, *Il giudizio di primo grado*, sub artt. 473-bis.12.16.17.19, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., pp. 794 ss.

norme imperative, come lo sono i diritti economici nell'ambito delle relazioni familiari che fanno capo a persone maggiorenni, per cui il legislatore non ha ritenuto di declinare la prova dei fatti rilevanti alla sola iniziativa delle parti, onde evitare che la riserva alla parte di ogni iniziativa istruttoria possa originare una disapplicazione della norma imperativa.

Le parti, in difetto, nel gioco delle allegazioni e delle iniziative probatorie, potrebbero alterare l'accertamento dei fatti, provocando di conseguenza la disapplicazione di norme imperative.

Naturalmente, anche in tali casi, quando il giudice viene munito di poteri di iniziativa istruttoria, che colmino le lacune difensive delle parti, dovrà rispettare il principio del contraddittorio, quindi rigorosamente concedere alle parti un termine per il deposito di note con le quali controdedurre attraverso prova contraria.

Il potere-dovere del giudice, nel disporre della prova, di rendere possibile il contraddittorio delle parti, trova oggi, come già veduto, basi testuali nel nuovo art. 101, 2° comma, c.p.c., attraverso la nuova formulazione, dovuta alla riforma.

Oltre all'iniziativa istruttoria dell'ufficio, vi è un'ulteriore regola differenziata.

La totale riapertura delle difese in corso di causa, precluse invece, a seguito degli atti introduttivi, per domande ed eccezioni riservate, e con le memorie, per le prove, se vi sono nuove circostanze (e questo è scontato), ma – e questa è la novità – se vi sono nuovi accertamenti istruttori, art. 473-bis.19, 2° comma, c.p.c.¹⁸

Ad esempio a seguito di un'indagine di polizia giudiziaria si scopre che la parte era titolare di redditi e patrimoni celati, l'altra parte potrà allora formulare in corso di causa una nuova domanda a tutela di un contributo economico, in precedenza non richiesto, con l'unico limite di effettuare tale iniziativa nel primo atto difensivo successivo.

Si deve, infine, sottolineare, che, in relazione ai diritti relativamente disponibili (come peraltro ai diritti indisponibili), il legislatore esalta gli oneri di collaborazione delle parti con il giudice, con una disciplina diversa rispetto al rito comune, che si ispira ai principi del processo dispositivo, ove è fortemente attenuato un obbligo di verità della parte. L'art. 473-bis.18, c.p.c., che introduce un contrario principio, riguarda proprio i diritti economici¹⁹.

¹⁸ DONZELLI, *op. cit.*, pp. 105 ss.; CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 31 ss. e 42; C. CEA, Sub art. 473-bis.19, in *I procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, cit., pp. 154 ss.

¹⁹ DONZELLI, *op. cit.*, pp. 112 ss. e dello stesso Autore, Sub art. 473-bis.18, in *I procedimenti*

8. *L'obbligo di collaborazione*

Esclusivamente per le controversie familiari e minorili il legislatore ha imposto una norma speciale nell'art. 473-*bis*.18 c.p.c.: il dovere di leale collaborazione delle parti. Principio che non compare in altra parte del codice di rito e che non è rinvenibile nell'art. 88 c.p.c.

L'obbligo di lealtà e collaborazione, infatti, non può trarsi nella norma che impone alle parti e ai difensori un dovere di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.): la parte non ha, nel processo dispositivo di diritto comune, l'obbligo di confessare o ammettere fatti a sé sfavorevoli (il relativo atto deve essere del tutto spontaneo), né ha l'obbligo di dedurre e produrre prove a sé sfavorevoli²⁰.

Il processo dispositivo non conosce un obbligo di verità, semplicemente perché è tutto costruito sullo scontro dialettico tra verità e menzogna. La verità ha altissime probabilità di essere raggiunta se il contraddittorio è effettivo e fa emergere quindi l'illogicità della menzogna.

Al sistema, peraltro, si deve dire, è indifferente che il contraddittorio si sia o meno condotto e che a causa del comportamento delle parti, che non hanno svolto un'effettiva difesa, si giunga ad un giudizio finale errato (le parti come possono rinunciare in tutto o in parte ai diritti, possono anche imprimere al processo un esito piuttosto che un altro, dosando le allegazioni e le prove a loro piacimento).

Il tutto, tuttavia, con il limite della lesione di un diritto del terzo, quando la sentenza *inter partes* produce efficacia riflessa sulla sua situazione. In tal caso, l'effettività del contraddittorio diventa elemento necessario del processo, in difetto del quale, nel caso in cui le parti abbiano colluso tra di loro o alterato dolosamente la ricostruzione dei fatti, la sentenza può essere annullata attraverso lo strumento dell'opposizione del terzo *ex* art. 404, 2° comma, c.p.c.

L'obbligo di lealtà e probità deve, in realtà, intendersi come limite all'esercizio proprio del diritto di difesa, in corrispondenza al diritto difesa

relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie, cit., pp. 142 ss.; CECHELLA, *op. ult. cit.*, pp. 49 ss., in particolare 56 ss., 59 ss., 61 ss.

²⁰ Per una difesa invece dell'obbligo di verità delle parti, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 524 ss. (*ivi* il dibattito tra i due illustri processualisti coinvolti nei lavori preparatori del codice del 1940: P. Calamandrei favorevole alla formulazione dell'art. 88 c.p.c. attuale e F. Carnelutti, secondo la visione moralistica che lo contraddistinto nell'ultima fase della sua produzione scientifica, favorevole a una formula che accentuasse l'obbligo di verità, poi non adottata dal codificatore), nonché ampio riferimento alla tesi contraria, a cui ci sentiamo di aderire, con importanti spunti storici e comparatistici.

dell'altra parte. Esiste il solo obbligo di non impedire od ostacolare la difesa e il contraddittorio dell'altra parte, attraverso l'alterazione delle prove (esempio: sottrazione e distruzione di un documento o sua falsificazione), con condotte che integrano gli estremi della frode processuale. Ma non si tratta di obbligo di verità.

Una norma che contribuisce a stabilire i confini dell'art. 88 c.p.c. è l'art. 395 n. 1 c.p.c., che sanziona con la revocazione la sentenza pronunciata sulla base del dolo di una parte: è solo il dolo revocatorio a porre il limite alla difesa della parte. Ma non vi è dolo per il caso di semplice astensione della parte a riconoscere fatti a sé sfavorevoli.

La diversità delle norme applicabili evidenzia che ciò che non traspare nel processo comune, entra a pieno titolo nel processo di rito speciale: l'obbligo di verità, come traduzione del dovere di leale collaborazione.

Come già si è evidenziato, nel processo dispositivo, ovvero quello che ha a oggetto diritti disponibili, non sono posti limiti all'attività difensiva della parte, la quale ha la libertà anche di tacere o di offrire una ricostruzione non vera dei fatti, il tutto, come pure veduto, nei limiti in cui non si giunga ad una lesione, per riflesso del giudicato, al diritto di un terzo, poiché questi può impugnare con l'opposizione di terzo revocatoria la sentenza, quando frutto di un contraddittorio alterato, per collusione o dolo delle parti (art. 404, 2° comma, c.p.c.).

Quando, invece, il processo ha ad oggetto diritti indisponibili, come i diritti che fanno capo al minore, o diritti relativamente disponibili, come i diritti economici che sono nella titolarità di parti di età maggiore, l'ordinamento non tollera, per le evidenti implicazioni di interessi generali nella tutela di tali diritti, che le parti possano tacere o alterare nei loro atti difensivi la realtà storica. L'art. 473-*bis*.18 c.p.c. sul punto è estremamente chiaro.

Anche se la norma fa riferimento solo ai diritti economici, quindi alla categoria dei diritti relativamente disponibili, a maggior ragione essa, sul piano sistematico, deve essere applicata ai diritti indisponibili.

In questo diverso ambito, il processo dispositivo in taluni casi viene totalmente derogato, in altri attenuato, attraverso l'attribuzione di poteri più ampi al giudice e soprattutto attraverso l'introduzione dell'obbligo di leale collaborazione delle parti.

Ecco allora che il difensore del genitore – che non si dimentichi è pure difensore del minore, in forza della rappresentanza processuale del minore da parte del genitore *ex* art. 320 c.c. – dovrà dare una rappresentazione corrispondente al vero della realtà fattuale e questo particolarmente nelle deduzioni riguardanti le abitudini di vita del minore, nella serie di rappor-

ti che lo vedono parte nella scuola o al di fuori dell'impegno scolastico, nello sport o in altre esperienze formative, infine, nelle amicizie e nei rapporti con i parenti, tratteggiando anche il carattere, la personalità e lo stato della salute. A tal proposito, l'art. 473-*bis*.12 impone la predisposizione del c.d. piano genitoriale²¹.

Attraverso il piano genitoriale la trasparenza e verità dei fatti sono la base dell'atto, il genitore e il suo difensore devono cimentarsi in una ricostruzione della realtà, che dovrà essere conservata anche a seguito della crisi familiare (alla base della tutela del minore è infatti, sul piano del diritto sostanziale, la conservazione delle abitudini quotidiane e del tenore di vita che lo contraddistingueva prima della crisi).

Sempre sul piano della indisponibilità dei diritti, vi sono le allegazioni che riguardano gli episodi di violenza, aventi un nuovo rilievo nel processo, totalmente lacunoso nella disciplina del passato.

È questa la ragione per cui l'art. 473-*bis*.12, 2° comma c.p.c. impone l'indicazione dei procedimenti, non solo civili ma soprattutto penali, pendenti o già esauriti e degli eventuali provvedimenti provvisori o definitivi in essi adottati²².

Ma non basta, quando oggetto del processo sono diritti economici che fanno capo a persone adulte (il coniuge, il componente dell'unione civile, il convivente, il figlio maggiorenne), essendo tali diritti disponibili, ma assoggettati a minimi di tutela dettati da norme imperative (dove la loro limitata disponibilità), la legge impone un obbligo di verità ai difensori.

Ciò è evidente nel 3° comma dell'art. 473-*bis*.12 c.p.c., laddove si richiede, oltre alle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni, la documentazione sulla titolarità di diritti sui beni immobili, mobili registrati, quote sociali e sulla titolarità di rapporti bancari, anche finanziari, con gli estratti conto degli ultimi tre anni.

La norma, dunque, non si è limitata ad un'accezione del principio di diritto in un concetto generico, ma attraverso il 3° comma dell'art. 473-*bis*.12 c.p.c. ha dato concreta attuazione all'obbligo, nei contenuti e negli allegati agli atti introduttivi.

Gli obblighi attuativi del dovere di verità delle parti gravano prevalentemente i difensori dei genitori, mentre il curatore speciale del minore, non solo per legge, ma in forza del mandato diretto del minore,

²¹ Cfr., sul piano genitoriale, DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 111; CECHELLA, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 60.

²² Cfr. i contributi in *La tutela contro la violenza nelle relazioni familiari*, a cura di C. Cecchella, di imminente uscita per i caratteri Giappichelli; in particolare M.G. ALBIERO, *I rapporti tra giudice penale, procure e giudice civile*.

dovrà dedurre, nell'interesse del proprio patrocinato, la verità dei fatti personali ed economici che il giudice dovrà esaminare²³.

9. *Le sanzioni applicabili alle violazioni dell'obbligo di collaborazione*

La regola, in caso di violazione, non pone conseguenze di particolare rilievo sul merito della controversia²⁴, facendone al massimo discendere conseguenze in termini di condotta rilevante come argomento di prova, agli effetti dell'esercizio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice, non potendo isolatamente essere argomento decisivo ai fini del giudizio, ma solo dirigere e rafforzare un convincimento, che il giudice deve trarre, nella ricostruzione dei fatti, dalla prova vera e propria. L'argomento di prova può solo favorire una valutazione piuttosto che un'altra, a favore dell'una o dell'altra parte, sempre retta, tuttavia, da una prova esistente. Ovviamente le conseguenze saranno anche processuali sulla regolamentazione delle spese e sulla responsabilità processuale aggravata.

Quanto al richiamo alle spese, si deve osservare che, mentre l'art. 46 disp. att. c.p.c. disciplina una conseguenza sul piano dell'applicazione dell'intera disciplina, l'art. 473-bis.18 c.p.c. richiama solo l'art. 92 c.p.c. Questo aspetto non può non avere rilievo.

Il giudice non può giungere, dunque, a stravolgere la regola sulla soccombenza, introdotta nell'art. 91 c.p.c., ma può applicare con maggiore ampiezza il criterio della compensazione delle spese, che attenua gli oneri

²³ Per tale ragione, a seguito del suo rilievo di diritto positivo, si è ritenuto di dedicare due capitoli, il 4° e il 5°, agli obblighi del difensore del genitore e al curatore speciale del minore, in *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., pp. 49 ss. e 63 ss.

²⁴ In tal modo viene sconfessato l'orientamento, già criticabile, dei tribunali di Roma e Napoli (i decreti sono pubblicati nella Rivista *Avvocati di famiglia*, 2014, p. 34, che si può leggere in «www.osservatoriofamiglia.it» con nota critica di C. Cecchella), i quali hanno imposto ai coniugi l'obbligo di depositare una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, i sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, in relazione a alcune circostanze relative ai redditi e al patrimonio di ciascuna parte (fonti di reddito, proprietà immobiliari e mobiliari, mutui e finanziamenti, investimenti, collaboratori domestici, ecc.) contro l'orientamento del giudice di legittimità, secondo cui l'autocertificazione prevista dall'art. 46 del cit. d.P.R. può essere idonea a attestare, sotto la propria responsabilità, fatti a se favorevoli, unicamente nel rapporto con la P.A. ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere riconosciuto nell'ambito del giudizio civile (da ultimo, Cass. sez. un. 22 gennaio 2015, n. 1205). Per un esame più approfondito v. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., pp. 162 ss.

del soccombente che si sia comportato con rispetto dell'obbligo di verità.

L'art. 96 c.p.c. viene richiamato in ogni sua regola, dagli schemi della responsabilità civile (1° e 2° comma), ai possibili danni punitivi liquidabili su iniziativa dell'ufficio (3° e 4° comma).

10. *Poteri di iniziativa istruttoria del giudice e l'inerzia delle parti*

Si pone infine un problema particolare, già presente nel regime previgente e nei riti in cui vi è accentuazione dei poteri di iniziativa probatoria dell'ufficio.

Quando l'ordinamento ammette il giudice ad un'iniziativa probatoria, al di là degli oneri che gravano le parti, può il giudice esercitare il potere benché le parti avessero agevolmente la possibilità di ricercare la prova e non vi hanno provveduto?

Inoltre, nell'esercizio dei poteri istruttori, può il giudice disporre una prova alla quale è decaduta la parte?

L'inerzia o, peggio ancora, la decadenza delle parti non limita i poteri istruttori del giudice²⁵. Ne risulterebbe altrimenti gravemente ostacolato lo stesso potere che la legge riconosce al giudice, potere che deve prescindere dalla iniziativa delle parti, per definizione.

Se i poteri fossero impediti dalla decadenza delle parti, le parti potrebbero farsi decadere dalle prove o rimanere inerti nelle iniziative stragiudiziali che preludono la causa e paralizzare perciò le iniziative del giudice, falsando l'accertamento dei fatti.

Quando il sistema riconosce poteri al giudice, il giudice è libero di esercitarli senza limiti, anche temporali, senza dover previamente verificare se effettivamente la parte sia o meno già decaduta dalla prova o sia rimasta inerte nel suo esercizio.

Questo a valere sia nel caso di inerzia nell'acquisizione della prova prima che la domanda sia stata formulata (ad esempio accesso all'ufficio delle entrate per l'acquisizione delle dichiarazioni dei redditi), sia nel caso di decadenza processuale vera e propria, maturata nel corso del processo.

²⁵ Orientamento invero minoritario, per alcune aperture cfr. A. Proto Pisani, v. *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Novis. Dig. it.*, appendice, IV, Torino, 1983, 651 e 663 e G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 220 ss.; in senso contrario, in riferimento al rito lavoro, L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189, ma soprattutto G. Fabbri, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 152.

In conclusione, se vi sono canali di accesso stragiudiziale alle prove, in mancanza di un loro percorso per iniziativa delle parti, oppure decadenza nel procedimento dalla prova delle parti, nessuna conseguenza può discendere sul potere istruttorio esercitabile dal giudice per l'acquisizione della stessa prova.

11. *Il dramma del tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie*

La unificazione delle competenze attraverso il tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie vive il dramma del perenne rinvio della entrata in vigore (mentre viene redatto il contributo, il rinvio è a ottobre 2026).

Ma il dramma si tradurrà presto in *de profundis*, poiché l'orientamento del Ministero è quello dell'abrogazione della riforma ordinamentale.

È la fine impietosa di una delle scelte di principio della riforma, che attuava l'idea, dopo 91 anni dall'entrata in vigore del tribunale per i minorenni e 85 anni dall'entrata in vigore dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione, di abbandonare il bipolarismo di competenze nella materia, *unicum* dell'esperienza normativa europea, verso una ritrovata unificazione delle competenze presso un nuovo organo giurisdizionale specializzato, in coerenza con la unificazione e generalizzazione del rito speciale, codificato negli artt. 473-bis e ss. c.p.c.

Accanto all'unificazione, l'idea era anche quella del giudice di prossimità alle persone coinvolte nella controversia, con l'articolazione circondariale del tribunale unico e – aspetto non secondario a tutela del contraddittorio – l'estromissione dalla camera di consiglio del giudice esperto, destinato, come deve essere anche sul piano costituzionale (art. 111 Cost.), alla funzione di ausiliario del giudice quale consulente tecnico sottoposto al dibattito dei consulenti di parte e degli avvocati, a cui era esentato, quando la sua opinione tecnica era resa esclusivamente in camera di consiglio. Infine la soluzione dei possibili contrasti di giudicato tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario sulla responsabilità genitoriale e sull'affido.

In verità era stata accettato *obtorto collo* lo strano modello – in cui, per evidenziare alcune anomalie, all'interno dell'unico organo era contenuta sia l'articolazione di primo grado che l'articolazione di secondo grado, il magistrato assegnato non aveva una sede territoriale definita, dovendo emigrare in continuazione secondo le direttive del dirigente in una sede circondariale

oppure nella sede distrettuale e, infine, appariva relegata alla sola esperienza la formazione specialistica del giudice – per assecondare la conservazione dei ruoli dirigenziali dei Presidenti dei tribunali per i minorenni le cui funzioni sarebbero cessate con l'eventuale adozione della sezione specializzata del tribunale ordinario al cui vertice è posto altro Presidente.

La condanna a morte del tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie, è un'impietosa fine, a cui era destinato *ab origine*, per la clausola di invarianza finanziaria imposta dalla Ragioneria di Stato.

Invero deve dirsi che non vi è nostalgia verso il modello, tuttavia la preoccupazione è che, da un lato, il bipolarismo costituisca soluzione definitiva e non transitoria e che venga resuscitata *sine die* l'istituzione del tribunale per i minorenni, con la sua componente onoraria in seno alla decisione o, quello che è peggio, che si metta mano all'art. 38 per sottrarre competenze al tribunale ordinario a favore del tribunale per i minorenni.

Si può sin d'ora sottolineare alcuni aspetti su cui non è possibile declinare: il bipolarismo è necessariamente soluzione transitoria; la scelta di trasformare il tribunale ordinario, a cui sono affidate le materie devolute a questo organo, in sezione specializzata, deve offrire un indirizzo chiaro verso la unificazione dell'intera materia nella sezione specializzata; per consentire la creazione di sezioni specializzate nei tribunali minori e periferici, dove non esiste un giudice dedicato esclusivamente alla famiglia, è necessario in primo grado abbandonare il modello della collegialità, che viene recuperato in secondo grado, secondo una soluzione normativa rigidamente collegiale dell'appello, costituente un'opzione evidente e significativa della riforma del 2022 e, quindi, adottare, come nell'esperienza confinante della sezione lavoro – il modello del giudice monocratico; è necessario che il giudice esperto nei tribunali per i minorenni non acceda alla camera di consiglio, pur potendo essere deputato a singoli atti del processo delegati con provvedimento motivato dal giudice togato, ad esclusione dell'ascolto del minore; è necessario che nel regime transitorio la ripartizione delle competenze resti quella dell'art. 38 disp. att. e norme richiamate ovvero sia affidato al tribunale per i minorenni la sola materia della responsabilità genitoriale, la convalida dei provvedimenti di cui all'art. 403 c.p.c., la materia dell'adozione.

Buoni propositi che senza un serio impegno economico dello Stato, resteranno tali.

ATTUAZIONE DELLE MISURE GIURISDIZIONALI
NEL DIRITTO DI FAMIGLIA

La tutela dei crediti alimentari e di mantenimento

SOMMARIO: 1. Introduzione: i crediti alimentari – 2. Differenze tra alimenti e mantenimento – 3. Gli strumenti a tutela dei crediti alimentari e da mantenimento ante riforma – 4. L'iscrizione ipotecaria – 5. Il sequestro – 6. L'obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale – 7. L'ordine ai terzi tenuti a corrispondere somme di danaro all'obbligato – 8. La tutela dei crediti alimentari dopo la riforma Cartabia – 9. Le misure coercitive indirette – 10. Cenni sulla tutela delle obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato.

1. Introduzione: i crediti alimentari

A norma degli artt. 433 e ss. c.c., gli alimenti sono le prestazioni di assistenza materiale dovute per legge alla persona che si trovi in stato di bisogno economico.

Dato il carattere personale dell'obbligazione alimentare, legata ad una particolare condizione di necessità (lo stato di bisogno) dell'obbligato, il diritto agli alimenti è considerato un diritto indisponibile, irripetibile e incedibile, ed in quanto tale non può formare oggetto di pignoramento, rinuncia o transazione e non è soggetto a prescrizione.

Tale principio trova un suo espresso riscontro normativo nell'art. 447 c.c. 2° comma, a norma del quale «l'obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la compensazione neppure quando si tratta di prestazioni arretrate». La *ratio* della norma è proprio quella di assicurare la continuità dei mezzi di sostentamento a chi versi in una effettiva e non transitoria situazione di necessità, ed è per tale ragione che anche il contributo al mantenimento versato in favore dei figli o del coniuge, nella misura in cui è diretto a garantire mezzi di sussistenza, si ritiene assoggettato al medesimo regime dei crediti alimentari, *strictu sensu* intesi¹.

¹ Cfr. Cass. civ. 11689/18 secondo cui, il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la compensazione tra credito per spese di lite e credito derivante dal mancato pagamento di ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto per l'ex moglie e le figlie). Altre pronunce ritengono compensabile il

Sul punto, infatti, di recente la Suprema Corte nella sentenza 8217/25 (Cass. penale) ha stabilito che un debitore di assegno di mantenimento non può compensare il debito con eventuali crediti verso l'ex coniuge, confermando una condanna per il reato di cui all'art. 570-*bis* c.p. e ribadendo che l'obbligo di sussistenza dei figli e del coniuge debole prevale su altre ragioni di credito, impedendo di fatto l'autoriduzione dell'assegno per presunti crediti vantati.

I presupposti essenziali affinché sorga il diritto agli alimenti sono:

- lo *stato di bisogno* oggettivo dell'alimentando (ovvero la mancanza o insufficienza dei mezzi necessari per soddisfare le esigenze fondamentali di vita);
- l'*incapacità di provvedere*, in tutto o in parte, *al proprio sostentamento economico* (perché sprovvisto di redditi e non in grado di procurarseli);

solo credito di mantenimento del coniuge (non anche quello relativo ai figli), sulla scorta del rilievo che quest'ultimo serva non tanto ad assicurare i mezzi di sussistenza, quanto a bilanciare la posizione del coniuge che si trovi in uno stato di inferiorità economica rispetto all'altro ed abbia comunque contribuito al ménage familiare. In tal senso Cass. civ. 9686/20 secondo cui: «perché riferito a soggetti carenti di autonomia economica e come tali titolari di un diritto di sostentamento conformato dall'ordinamento (art. 147 c.c.) con riguardo alla complessiva formazione della persona; la ragione creditoria è pertanto indisponibile e impignorabile se non per crediti parimenti alimentari e, di conseguenza, non compensabile (Cass., 14 maggio 2018, n. 11689, Cass., 18 novembre 2016, n. 23569); non altrettanto può dirsi del credito a titolo di mantenimento del coniuge; quest'ultimo credito non ha pari struttura, posto che trova la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nell'incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere materialmente a sé (Cass., 19 luglio 1996, n. 6519, Cass., 23 maggio 2014, n. 11489, p. 5); la diversità appena enucleata è stata riconosciuta anche dalla Consulta che, seppur indicando come la complessiva funzione degli assegni alimentari, di mantenimento e divorzile, sia contigua in misura da permettere additivamente il riconoscimento del privilegio *ex* artt. 2751, n. 4, e 2778, n. 17, c.c., ha rimarcato come il primo sia un "minus" compreso nei quindi più ampi secondi (Corte cost., 21 gennaio 2000, n. 17, § 2); d'altra parte la Consulta aveva già riconosciuto che l'assegno di mantenimento al coniuge separato non è qualificabile quale credito alimentare, posta la sua maggior latitudine, in cui è ricompresa la funzione e causa di alimenti riferibile al coniuge in parola che si trovi incolpevolmente "in stato di bisogno e nell'impossibilità di svolgere attività lavorativa"» (Corte cost., 30 novembre 1988). Da una diversa prospettiva, nella pronuncia emessa dalla sesta sezione penale 9553/20, si è affermato che «In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, il soggetto obbligato a prestare i mezzi di sussistenza non può opporre in compensazione un proprio credito verso il beneficiario, al fine di escludere la propria responsabilità da reato, essendo preminente il dovere di sopperire ai bisogni primari del coniuge e dei figli minori», dovendosi pertanto ritenere che la compensazione anche con riferimento ad un credito da mantenimento del coniuge non possa operare rispetto ad un credito del soggetto obbligato di diversa natura, nella misura in cui sia diretto ad assicurare i mezzi di sostentamento al beneficiario dell'assegno.

- la *capacità economica dell'obligato* (tale da poter sopportare l'onere degli alimenti);
- il *vincolo relazionale* (individuato per legge).
- Soggetti tenuti all'obbligazione alimentare, nell'ordine:
- il coniuge quando non sussiste l'obbligo di mantenimento e quindi il coniuge separato con addebito ed il coniuge divorziato che abbia ricevuto la somma capitalizzata dell'assegno di divorzio;
- i figli, anche se adottivi, e in loro mancanza i discendenti prossimi;
- i genitori e in loro mancanza, gli ascendenti prossimi; gli adottanti;
- i generi e le nuore;
- i suoceri;
- i fratelli e le sorelle germani; i fratelli e le sorelle unilaterali (con precedenza dei germani sugli unilaterali).

L'obbligo sorge a carico di chi si trova nel grado più vicino, secondo l'ordine sopra indicato; nel caso di più persone nello stesso grado, l'obbligazione si divide in proporzione delle loro condizioni economiche. Agli alimenti è tenuto anche il donatario, con precedenza su tutti gli altri obbligati.

Presupposti dell'obbligazione alimentare sono, come detto, lo stato di bisogno dell'alimentando, derivante dall'impossibilità di provvedere in tutto o in parte alle sue esigenze e la disponibilità economica dell'obligato, oltre chiaramente al rapporto di parentela o di gratitudine.

Il contenuto dell'obbligazione alimentare viene determinato, avuto riguardo alle effettive condizioni economiche tanto dell'alimentando, che del soggetto obbligato. A norma dell'art. 443 c.c. l'adempimento dell'obbligo può consistere, alternativamente e a discrezione del creditore, in un'obbligazione in natura (ad es. accoglimento nell'abitazione dell'obligato) oppure nella corresponsione di una somma periodica (in genere mensile) in denaro. In caso di contrasto tra le parti, è possibile adire l'autorità giudiziaria perché determini la misura degli alimenti e le modalità di corresponsione degli stessi, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 443 c.c.².

² Art. 443 c.c.: «Chi deve somministrare gli alimenti ha la scelta di adempiere questa obbligazione o mediante un assegno alimentare corrisposto in periodi anticipati o accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto».

2. Differenze tra alimenti e mantenimento

A differenza degli alimenti che presuppongono lo stato di bisogno, gli obblighi di mantenimento caratterizzano il normale svolgimento dei rapporti della famiglia nucleare, sicché gli stessi devono essere assolti a prescindere da ogni richiesta³, necessaria invece, nelle situazioni non fisiologiche di rottura dell'unione familiare (separazione, divorzio, o cessazione della convivenza *more uxorio*).

Se gli alimenti consistono in un ausilio economico finalizzato a fornire, alla parte più debole, i mezzi adeguati per condurre una vita dignitosa, il diritto al mantenimento ha un contenuto molto più ampio, che tiene conto anche del tenore di vita della famiglia di appartenenza.

In particolare, con riferimento ai coniugi, nel caso di separazione senza addebito e di divorzio, il coniuge che non ha un reddito sufficiente e si trovi in una posizione economica inferiore rispetto all'altro coniuge può pretendere un assegno di mantenimento; il coniuge cui sia stata addebitata la separazione ha diritto solo agli alimenti, ove si trovi in stato di bisogno.

Con riferimento ai figli, invece, in caso di separazione personale o di divorzio o di cessazione della convivenza tra i genitori, a prescindere dal provvedimento di affidamento del figlio minore, entrambi i genitori continuano ad essere obbligati al suo mantenimento; in proporzione alle rispettive sostanze⁴, per garantire comunque ai figli la possibilità di mantenere lo stesso tenore di vita durante la convivenza matrimoniale o *more uxorio*.

L'obbligo di mantenere i figli permane anche quando i figli diventano maggiorenni, fino a quando questi ultimi raggiungano l'indipendenza economica.

³ Art. 30 Cost., art. 147 e 148 c.c.

⁴ Cfr. sulle principali differenze tra assegno di divorzio e assegno di separazione Cass. civ. 5605/20, secondo cui l'assegno di separazione presuppone la permanenza del vincolo coniugale, e, conseguentemente, la correlazione dell'adeguatezza dei redditi con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; al contrario tale parametro non rileva in sede di fissazione dell'assegno divorzile, che deve invece essere quantificato in considerazione della sua natura assistenziale, compensativa e perequativa, secondo i criteri indicati all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, essendo volto non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge beneficiario alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. Ed ancora, più di recente, in tema di separazione dei coniugi, il diritto a ricevere un assegno di mantenimento ex art. 156 c.c. è fondato sulla persistenza del dovere di assistenza materiale e morale, è correlato al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio e non ha, a differenza dell'assegno di divorzio, componenti compensative (cfr. Cass. civ. 234/25).

Si discute molto in dottrina e giurisprudenza riguardo alla possibilità di individuare un limite oltre il quale il genitore non sarebbe più tenuto al mantenimento del figlio.

Secondo gli orientamenti più recenti della Suprema Corte, «il figlio di genitori divorziati, che abbia ampiamente superato la maggiore età, e non abbia reperito, pur spendendo il conseguito titolo professionale sul mercato del lavoro, una occupazione lavorativa stabile o che, comunque, lo remunererà in misura tale da renderlo economicamente autosufficiente, non può soddisfare l'esigenza ad una vita dignitosa, alla cui realizzazione ogni giovane adulto deve aspirare, mediante l'attuazione dell'obbligo di mantenimento del genitore, bensì attraverso i diversi strumenti di ausilio, ormai di dimensione sociale, che sono finalizzati ad assicurare sostegno al reddito, ferma restando l'obbligazione alimentare da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso» (cfr. Cass. civ. 29264/22, *ella specie*, la S.C. ha ritenuto insussistenti i presupposti per la persistenza del diritto all'assegno di mantenimento da parte di una figlia, ormai trentenne, convivente con uno dei genitori, evidenziando come l'età della stessa e la sua condizione di madre non economicamente autonoma avrebbero dovuto, responsabilmente, portarla a far ricorso a strumenti di sostegno sociale).

Significativa è anche sul punto la sentenza della Suprema Corte n. 38366/21, in cui si, alla luce di una ricognizione degli orientamenti più recenti in punto di mantenimento dei figli maggiorenni, si evidenzia che, fermo restando che «l'obbligo di mantenere i figli non viene meno con carattere di automaticità quando costoro abbiano raggiunto la maggiore età, ma è destinato a protrarsi oltre là dove i figli, senza colpa, siano ancora dipendenti dai genitori (Cass., 20 agosto 2020, n. 17380; Cass., 14 dicembre 2018, n. 32529), il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di una opportunità lavorativa consona alle proprie ambizioni (Cass., n. 17183 cit.; Cass., 13 ottobre 2021, n. 27904)». Ed ancora si afferma che «in materia di mantenimento del figlio maggiorenne e non autosufficiente, i presupposti su cui si fonda l'esclusione del relativo diritto, oggetto di accertamento da parte del giudice del merito e di cui è gravato il genitore che si oppone

alla domanda, sono integrati: dall'età del figlio, destinata a rilevare in un rapporto di proporzionalità inversa per il quale, all'età via via più elevata dell'avente diritto si accompagna, tendenzialmente e nel concorso degli altri presupposti, il venir meno del diritto al conseguimento; dall'effettivo raggiungimento di un livello di competenza professionale e tecnica del figlio e dal suo impegno rivolto al reperimento di una occupazione nel mercato del lavoro».

Tali considerazioni sono sostanzialmente riprodotte nell'ordinanza della Suprema Corte n. 2259/24, in cui si affermano i seguenti principi: a) la necessità di verificare la non autosufficienza economica del figlio, con opportuno bilanciamento rispetto ai suoi doveri di autoresponsabilità; b) valorizzare l'età quale parametro cui far riferimento, sicché quanto più ci si allontana dal raggiungimento della maggiore età, tanto più gravoso sarà lo sforzo probatorio in capo al richiedente di dimostrare di non aver raggiunto l'indipendenza economica nonostante l'impegno profuso in questa direzione.

Sulla scorta di tali considerazioni, può ragionevolmente ritenersi che fino a quando sia in itinere un percorso formativo, espletato con impegno e regolarità da parte del figlio maggiorenne, non può ritenersi cessato l'obbligo di mantenimento da parte del genitore, una volta ultimato detto percorso e superata ampiamente la maggiore età, sussiste, invece, un onere del figlio di attivarsi al fine di reperire un'attività lavorativa che, anche se non propriamente in linea che con le sue attitudini, comunque possa conferirgli un'autonomia economica, sicché ove ciò non avvenga, per inerzia del figlio o oggettive difficoltà di reperire un'occupazione remunerativa, l'obbligo di mantenimento si converte in obbligo di fornire gli alimenti⁵.

Sul punto valgano alcune puntualizzazioni in tema di onere della prova. In caso di prima domanda di assegno di mantenimento proposta dal figlio maggiorenne (o dal genitore convivente in suo nome), l'onere della prova grava integralmente sul richiedente.

In particolare, il figlio deve dimostrare:

⁵ Cfr. Cass. civ. 38366/21: «Là dove il figlio, che abbia ampiamente superato la maggiore età, non abbia reperito, spendendo il conseguito titolo professionale sul mercato del lavoro, una occupazione lavorativa stabile o che, comunque, lo remunererà in misura tale da renderlo professionale sul mercato del lavoro, ed economicamente autosufficiente, non è l'attuazione dell'obbligo di mantenimento del genitore destinato a soddisfare l'esigenza ad una vita dignitosa alla cui realizzazione ogni giovane adulto deve aspirare, ma altri strumenti di ausilio che, ormai di dimensione sociale, restino finalizzati a dare sostegno al reddito, fermo l'obbligo alimentare da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso».

- la mancata autosufficienza economica;
- di aver completato il percorso formativo prescelto (o che l'attività formativa sia ancora coerente, seria e non dilatoria);
- di essersi attivato in modo concreto e diligente per reperire un'occupazione, in relazione alle effettive opportunità del mercato del lavoro;
- che la mancata indipendenza economica non sia imputabile a inerzia, negligenza o scelte irragionevoli.

Nel caso invece di domanda di revoca o cessazione del mantenimento già riconosciuto, l'onere della prova grava sul genitore obbligato, che chiede la cessazione del contributo, e deve dimostrare:

- la sopravvenuta cessazione dei presupposti che giustificavano il mantenimento;
- ovvero il raggiungimento dell'autosufficienza economica del figlio;
- oppure che la persistente non autosufficienza sia colpevole, perché imputabile a inerzia, rifiuto di opportunità lavorative, mancato impegno o scelte irragionevoli.

Ciò alla luce anche dei principi generali in tema di modifica delle condizioni *ex art. 337-quinquies c.c.*

Tuttavia, in caso di revoca l'onere probatorio si attenua se il figlio ha un'età ormai avanzata; ha conseguito un titolo di studio spendibile;

In tali casi, è sufficiente che il genitore allegghi e dimostri elementi sintomatici (età, titolo, durata del mantenimento, offerte lavorative compatibili, contesto socio-economico), trasferendosi sul figlio l'onere di provare di essersi attivato seriamente e di non aver potuto conseguire l'indipendenza per cause a lui non imputabili.

3. Gli strumenti a tutela dei crediti alimentari e di mantenimento ante riforma

L'ordinamento, com'è noto ha previsto una serie di strumenti specifici, al fine di garantire l'adempimento degli obblighi di mantenimento, in ragione della peculiarità della natura del credito, poco idoneo ad essere eseguito nelle forme esecutive tradizionali, anche perché gli inadempimenti dell'obbligato divengono attuali in coincidenza di ogni singola mensilità non corrisposta. Ciò costringe, almeno in astratto, il creditore ad attivarsi esecutivamente un numero indefinito di volte, con le conseguenze che ne derivano in termini

di costi e dispendio di attività processuale⁶.

Si tratta di una serie di “strumenti” processuali collocati, al di fuori del processo esecutivo e finalizzati, se non ad evitarlo o prevenirlo, sicuramente a meglio prepararlo e ad agevolarne i risultati.

L'assegno di mantenimento e l'assegno alimentare, hanno infatti la funzione di garantire il soddisfacimento di bisogni primari della vita del creditore, rispondendo ad esigenze spesso improrogabili legate al benessere fisico, salutare e psichico della famiglia, sicché l'obbligazione di pagamento che ne deriva, è insuscettibile di permanere inadempita per lungo tempo senza che il beneficiario subisca danni, anche irreparabili.

Il legislatore ha infatti predisposto ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 156 c.c., nonché all'art. 8, l. 898/70, un variegato apparato di strumenti a tutela della soddisfazione degli obblighi di mantenimento a seguito di separazione personale tra coniugi o di divorzio, utilizzabili anche a tutela dei crediti di mantenimento dei figli naturali, ai sensi dell'art. 3, comma 2, legge 219/12, prevedendo, in particolare, sia per la sentenza di separazione che per quella di divorzio, l'idoneità ad essere titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 cc; la possibilità per il giudice di imporre all'obbligato idonea garanzia reale o personale qualora esista il pericolo che lo stesso possa sottrarsi al dovere di mantenimento nei confronti del coniuge o dei figli; nonché, su richiesta dell'avente diritto, la possibilità di disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e di ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere somme di denaro all'obbligato stesso, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto⁷.

⁶ Cfr. A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Diritto processuale di famiglia*, a cura di A. Graziosi, Giappichelli, Torino 2016.

⁷ Art. 156, commi 4, 5, 5, 7: «Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'articolo 155. La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818. In caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro (art. 671 del c.p.c. e ss.) di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto. Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti [710 c.p.c.]». L'art. 8 della l. 1° dicembre 1970, n. 898 sui casi di scioglimento del matrimonio dispone che: «Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6. La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 del c.c. Il coniuge cui spetta la corresponsione periodica dell'assegno, dopo la costituzione in mora a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento

Si ritiene in giurisprudenza le garanzie previste dall'art. 156 c.c. e dall'art. 8, l. div. possano essere concesse anche contemporaneamente a carico del medesimo obbligato⁸.

La disciplina delle garanzie a tutela del credito è stata ridisegnata dalla riforma Cartabia che ha introdotto gli artt. 473-*bis*.36 e ss. all'interno del codice di procedura civile, formalizzando una disciplina unitaria, con l'intento di porre fine alla diaspora dei riti che caratterizzavano le diverse situazioni di crisi dell'unione familiare (separazione, divorzio, mantenimento figli naturali).

Nello specifico l'art. 473 bis 36 recita:

I provvedimenti, anche se temporanei, in materia di contributo economico in favore della prole o delle parti sono immediatamente esecutivi e costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Se il valore dei beni ipotecati eccede la cautela da somministrare, si applica il secondo comma dell'articolo 96.

Il giudice può imporre al soggetto obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di contributo economico.

Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo,

del coniuge obbligato e inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato con l'invito a versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al coniuge inadempiente, ove il terzo cui sia stato notificato il provvedimento non adempia, il coniuge creditore ha azione diretta esecutiva nei suoi confronti per il pagamento delle somme dovutegli quale assegno di mantenimento ai sensi degli articoli 5 e 6. Qualora il credito del coniuge obbligato nei confronti dei suddetti terzi sia stato già pignorato al momento della notificazione, all'assegnazione e alla ripartizione delle somme fra il coniuge cui spetta la corresponsione periodica dell'assegno, il creditore precedente e i creditori intervenuti nell'esecuzione, provvede il giudice dell'esecuzione. Lo Stato e gli altri enti indicati nell'articolo 1 del testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 180, nonché gli altri enti datori di lavoro cui sia stato notificato il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno e l'invito a pagare direttamente al coniuge cui spetta la corresponsione periodica, non possono versare a quest'ultimo oltre la metà delle somme dovute al coniuge obbligato, comprensive anche degli assegni e degli emolumenti accessori. Per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro dei beni del coniuge obbligato a somministrare l'assegno. Le somme spettanti al coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno di cui al precedente comma sono soggette a sequestro e pignoramento fino alla concorrenza della metà per il soddisfacimento dell'assegno periodico di cui agli articoli 5 e 6».

⁸ Cfr. Cass. civ. 9671/13.

per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni in ordine all'adempimento, può chiedere al giudice di autorizzare il sequestro dei beni mobili, immobili o crediti del debitore.

Qualora sopravvengano giustificati motivi, il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti.

I provvedimenti di cui ai commi precedenti sono richiesti al giudice del procedimento in corso o, in mancanza, ai sensi dell'articolo 473-*bis*.29.

L'art. 473-*bis*.37 c.p.c. - Pagamento diretto del terzo, stabilisce invece:

Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo in favore suo o della prole, dopo la costituzione in mora del debitore inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento o l'accordo di negoziazione assistita in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al debitore inadempiente.

Il terzo è tenuto al pagamento dell'assegno dal mese successivo a quello in cui è stata effettuata la notificazione. Ove il terzo non adempia, il creditore ha azione esecutiva diretta nei suoi confronti per il pagamento delle somme dovute.

Qualora il credito dell'obbligato nei confronti dei suddetti terzi sia stato già pignorato al momento della notificazione, all'assegnazione e alla ripartizione delle somme tra l'avente diritto al contributo e gli altri creditori provvede il giudice dell'esecuzione, il quale tiene conto anche della natura e delle finalità dell'assegno.

Prima di esaminare nel dettaglio le disposizioni predette, vanno fatte alcune precisazioni in ordine alla competenza a decidere sulla concessione delle misure in oggetto.

La competenza a decidere sulle concessioni delle predette misure è riservata al giudice istruttore, nel caso in cui la stessa sia presentata in corso di causa, o alla Corte d'Appello dinanzi a cui pende l'appello o il reclamo, quindi al giudice competente a decidere la controversia relativa ai rapporti patrimoniali tra i coniugi (o ex coniugi).

Qualora, non sia pendente alcun giudizio, per espressa disposizione normativa occorrerà instaurare un nuovo giudizio, *ex art. 473-bis* 29 c.p.c., sulla falsariga del procedimento di modifica.

Quindi, anche la richiesta di un sequestro, idoneo a tutelare le ragioni della parte, coniuge o figlio, beneficiario di un assegno di mantenimento, dovrà seguire il rito ordinario, per espressa scelta legislativa, giustificata

probabilmente dal fatto che tali giudizi normalmente trascinano con sé anche richieste di modifica delle condizioni già stabilite, che necessitano di un'istruttoria più ampia di quella garantita dal procedimento celere *ex* art. 38 c.p.c., riservato esclusivamente all'attuazione di una misura già adottata.

In tali casi, tuttavia, nulla osta alla richiesta di provvedimenti indifferibili *ex* art. 15 c.p.c., qualora siano invocate e fatte valere particolari esigenze di tutela della parte che chiede la misura.

Giova, inoltre, evidenziare che a norma del nuovo art. 473-*bis*.2 c.p.c., con riferimento alle domande di contributo economico il giudice può, d'ufficio, ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se nel caso della polizia tributaria. Invero, per effetto della nuova disposizione normativa sono stati di fatto ampliati i poteri officiosi del giudice, già previsti da altre disposizioni normative⁹, al fine di ricostruire in modo più preciso la situazione economica delle parti, rafforzandosi in tal modo la tutela degli aventi diritto al mantenimento

4. *L'iscrizione ipotecaria*

A norma degli artt. 156, comma 5, c.c. e 8, comma 2, l. 898/70, la sentenza sia di separazione che di divorzio costituisce titolo per iscrivere ipoteca, ai sensi dell'art. 2818 c.c.

La norma potrebbe apparire pleonastica, atteso che lo stesso articolo 2818 c.c., prevede espressamente che ogni sentenza di condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di un'obbligazione o al risarcimento dei danni costituisce titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore, e la sentenza sia di separazione che di divorzio, nella parte in cui pone a carico del coniuge l'obbligo di versare l'assegno nei confronti dell'altro coniuge o dei figli costituisce certamente una sentenza di condanna.

Il legislatore, probabilmente ha voluto, da un lato ribadire, dall'altro eliminare ogni dubbio in ordine alla possibilità di iscrivere ipoteca in relazione agli obblighi di mantenimento contenuti nei provvedimenti in materia di contributo economico, riepilogando cumulativamente in un'unica disposizione normativa gli specifici strumenti diretti alla tutela dei crediti da mantenimento.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto, tuttavia,

⁹ Cfr. artt. 337-*ter*; art. 5, l. 898/70.

che detta norma non sia affatto pleonastica, se interpretata nel senso che la stessa richiede la sussistenza di un pericolo di inadempimento, ciò alla luce di un'interpretazione sistematica dell'intera disposizione normativa che fa espresso riferimento all'inadempimento ai commi 4 e 6 dell'art. 156 e 1, 3, e 7 dell'art. 8, l. 898/70¹⁰.

In difetto di tale presupposto, l'ipoteca di cui al comma 5 dell'art. 156 cc dovrebbe essere cancellata, su ordine del giudice ai sensi dell'art. 2884 cc qualora si accerti la mancanza, originaria o sopravvenuta, del pericolo di inadempimento del coniuge obbligato¹¹.

Segnatamente, secondo tale impostazione, la facoltà di iscrivere ipoteca viene attribuita direttamente al creditore, cui è rimessa la valutazione circa la sussistenza del pericolo di inadempimento.

Tale valutazione resta comunque sindacabile nel merito tanto che, qualora il pericolo non sussista, viene meno lo scopo per cui la legge stabilisce il vincolo e ciò determina l'estinzione della garanzia ipotecaria.

In tal senso si è espressa di recente la Suprema Corte, nella sentenza 1076/23, in cui è stato affermato il principio secondo cui «in tema di iscrizione ipotecaria, il giudice davanti al quale è proposta un'istanza di cancellazione di ipoteca, è tenuto a verificare la sussistenza o meno del pericolo di inadempimento dell'obbligato e a disporre, in mancanza, l'emanazione del corrispondente ordine di cancellazione ai sensi dell'art. 2884 c.c.».

Al contrario è stato osservato che laddove il legislatore ha voluto fare riferimento all'inadempimento, quale presupposto per l'attivazione degli strumenti a garanzia del credito, lo ha fatto espressamente, e ciò tanto per la prestazione di idonea garanzia reale o personale, laddove è richiesto sia per la separazione che per il divorzio un pericolo di inadempimento, quanto per il sequestro e per l'ordine al terzo tenuto alla corresponsione di somme in favore del coniuge obbligato laddove è richiesto un adempimento conclamato.

Si è infatti rilevato che sarebbe astrattamente possibile che una volta ottenuta la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, il debitore potrebbe

¹⁰ Cfr. Cass., 6 luglio 2004, n. 12309, secondo cui «in tema di garanzie per il pagamento dell'assegno di separazione e di divorzio, la valutazione del coniuge, in favore del quale la sentenza di separazione riconosca l'assegno di mantenimento, circa la sussistenza, ai fini dell'iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 2818 c.c., del pericolo di inadempimento del coniuge obbligato, resta sindacabile nel merito, onde la mancanza – originaria o sopravvenuta l'estinzione – di tale pericolo determina, venendo meno lo scopo per cui la legge consente il vincolo, della garanzia ipotecaria e, di conseguenza, il sorgere del diritto dell'obbligato ad ottenere dal giudice, dietro accertamento delle condizioni anzidette, l'emanazione del corrispondente ordine di cancellazione ai sensi dell'art. 2884 c.c.»; Trib. Roma, 21 marzo 2007, in «De jure»; Trib. Pordenone, 5 ottobre 2016, n. 620, in «Fam. dir.», 2017, p. 281.

¹¹ Cfr. Cass. civ. 12309/04.

iniziare a non onorare il pagamento dell'assegno e, parallelamente, i suoi beni immobili essere aggrediti da iscrizioni ipotecarie di creditori ulteriori e diversi di cui l'avente diritto all'assegno stesso non fosse a conoscenza, sicché quest'ultimo perderebbe la garanzia ipotecaria di primo grado, con pregiudizio per le sue ragioni creditorie. Sulla scia di dette argomentazioni, tale ultima opzione interpretativa, in stretta aderenza al dato normativo, ritiene non necessaria la valutazione di un *periculum in mora* ai fini dell'iscrizione ipotecaria, ponendo quale unico requisito la sussistenza del titolo¹².

A conferma di tale impostazione, in particolare la Corte d'Appello di Firenze, nella sentenza del 25 febbraio 2017, richiamata in nota, evidenzia che al momento dell'emanazione della sentenza di condanna al pagamento dell'assegno, l'inadempimento non è previsto né prevedibile e che, al pari di ogni sentenza di condanna, la tutela del creditore è fornita dalla possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale *ex art. 2818 cc.*, sicché diversamente opinando il credito riceverebbe una tutela inferiore rispetto ai crediti ordinari, con conseguenze inaccettabili, considerati i bisogni ed i beni della vita alla cui soddisfazione l'assegno di mantenimento è preposto. Nella sentenza predetta si è altresì osservato, che ragionando sulla scia di quanto affermato nella sentenza della Suprema Corte 12309/04 citata, si arriverebbe a ritenere che il creditore possa sostituirsi al giudice nella valutazione del *periculum in mora* all'atto dell'iscrizione stessa.

Potrebbe, tuttavia, osservarsi che la valutazione *ex ante* del *periculum*, operata dal legislatore con riferimento all'ipoteca è temperata, da un lato, dalla temporaneità dei crediti assistiti e dalla natura *rebus sic stantibus* delle pronunce in materia di separazione e divorzio, sempre suscettibili di essere modificate in caso di sopravvenienza di mutamento delle condizioni di fatto (l'assegno di mantenimento può essere revocato e per i figli l'obbligo cessa con la raggiunta indipendenza economica) dall'altro, dalla possibilità di far ricorso ad un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, volto alla cancellazione dell'iscrizione pregiudizievole quantomeno in presenza di un *pregiudizio grave e irreparabile* allegato dall'obbligato (ad es. impossibilità di vendere il bene gravato di ipoteca con connesso rischio di fallimento), per come peraltro autorevolmente sostenuto da una parte della giurisprudenza¹³.

¹² Cfr. F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. IV, *La crisi della famiglia*, Giuffrè, Milano 2015, secondo cui con la disposizione in esame, il legislatore ha inteso rafforzare il diritto del creditore, consentendogli di iscrivere l'ipoteca secondo le sue personali e insindacabili valutazioni, e in modo indipendente da un'effettiva sussistenza del pericolo di inadempimenti futuri; cfr. anche Corte d'Appello Firenze, 25 febbraio 2017.

¹³ Vds., ad es., Trib. Milano, sez. x, ord., 25 ottobre 2013 in «*pluris-cedam.utetgiuridica.it*».

5. *Il sequestro*

Tra i rimedi concessi dalla legge (art. 156, comma 6 e art. 8, comma 7, legge divorzio), in caso di inadempimento del coniuge/genitore obbligato, vi è il sequestro.

In particolare, il coniuge che ha diritto all'assegno di mantenimento, può rivolgersi al giudice per ottenere il sequestro di parte dei beni dell'altro coniuge, in caso di separazione, nel caso di accertata inadempienza, per come espressamente previsto dall'art. 156 c.c., in caso di divorzio, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, per come espressamente previsto dall'art. 8, comma 7, legge divorzio.

Dal confronto tra le due disposizioni emerge chiaramente che l'art. 156 richiede espressamente, ai fini della concessione del sequestro, un inadempimento acclarato, mentre l'art. 8 si limita ad enunciare una finalità di conservazione della garanzia del creditore, che presuppone, tuttavia, quantomeno un pericolo concreto di inadempimento.

In entrambi i casi, il sequestro ha come presupposto un credito già dichiarato (cioè il diritto all'assegno di mantenimento) e non richiede un pericolo imminente, ragion per cui la giurisprudenza ne ha escluso la natura cautelare¹⁴.

Non si ritiene neppure necessaria una particolare gravità dell'inadempimento, potendo tale misura essere concessa anche, in caso di inadempimento saltuario, purché frequente (quindi non episodico) ed attuale al momento della richiesta.

Si è osservato, altresì, che detta 'inadempienza' non si configura soltanto in caso di mancato versamento dell'assegno di mantenimento, ma anche nel caso di inadempimento all'obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale imposto dal giudice ai sensi del comma quarto del citato art. 156, così come nel caso di inottemperanza ad eventuali prescrizioni della separazione consensuale volte a garantire l'osservanza dell'obbligo di

¹⁴ Cfr. *ex plurimis* Cass. civ. 12073/04, secondo cui il sequestro conservativo sui beni del coniuge obbligato a corrispondere all'altro coniuge un assegno di mantenimento, previsto dall'art. 156, sesto comma, c.c., non ha natura cautelare, perché prescinde dal *periculum in mora*, ma soltanto funzione di garanzia dell'adempimento degli obblighi patrimoniali stabiliti dal giudice della separazione dei coniugi. Pertanto il provvedimento – che per la sua particolare natura, determinata dai presupposti che ne legittimano la concessione e dalla finalità che persegue – può esser emanato, anche dopo la pronuncia giudiziale di separazione dei coniugi e la chiusura del giudizio di primo grado ogni qual volta l'inadempimento del coniuge obbligato si sia realizzato successivamente, con il limite della proposizione della relativa istanza nel rispetto del principio del contraddittorio (cfr. Cass. civ. 12073/04).

corrispondere l'assegno di mantenimento nella misura concordata¹⁵.

Il sequestro andrà disposto, in proporzione all'entità del credito, avuto riguardo alla quantità e qualità dei beni del debitore ed a tutte le circostanze del caso concreto, con la precisazione che a norma dell'art. 8, l. div., ultimo comma, le somme spettanti al coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno di mantenimento, sono soggette a pignoramento o sequestro fino alla concorrenza della metà per il soddisfacimento dell'assegno periodico.

Il sequestro andrà disposto, in proporzione all'entità del credito, avuto riguardo alla quantità e qualità dei beni del debitore, non dovendo necessariamente investire l'intero patrimonio di quest'ultimo, specie se particolarmente capiente. Si ritiene che il provvedimento di sequestro non sia autonomamente impugnabile, essendo da un lato, revocabile con un'istanza di modifica, qualora nel corso del giudizio vengano meno i presupposti, dall'altro impugnabile unitamente alla pronuncia che definisce il giudizio.

6. *Obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale*

A norma degli artt. 156 c.c., 4° comma e art. 8, 1° comma, il giudice che pronuncia la separazione o il divorzio può imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale e personale, se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di mantenimento.

Presupposto per la concessione di tale forma di tutela è quindi il pericolo di inadempimento, sia per il divorzio che per la separazione, *periculum in mora*, inteso come concreto ed attuale rischio che l'obbligato possa sottrarsi al puntuale adempimento delle prestazioni poste a suo carico. Tale pericolo dovrà senz'altro essere oggetto di ponderata disamina da parte dell'organo giudicante con riferimento al caso concreto, avuto riguardo al pregresso comportamento del debitore, alla sua consistenza patrimoniale, all'entità degli obblighi stessi ed alla verosimile loro durata.

Si ritiene che il giudice possa procedere anche d'ufficio, quando si tratta di garantire il puntuale adempimento di obblighi di mantenimento relativi a figli minori, mentre è necessaria l'istanza di parte per il mantenimento del coniuge.

¹⁵ Cfr. Cass. civ. 4776/98, in cui nella specie, la separazione consensuale prevedeva l'obbligo per il marito di corrispondere il 75 per cento del reddito netto di tutte le partecipazioni societarie, nonché il divieto di cedere a terzi i titoli azionari senza il consenso della moglie; la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva respinto la richiesta di sequestro *ex art.* 156 c.c. sostenendo che il marito, pur avendo alienato i titoli societari così violando le prescrizioni della separazione, non si era reso inadempiente all'obbligo di mantenimento.

Le garanzie possono essere di varia natura: dalla costituzione di ipoteca sui propri beni immobili per un valore rapportato all'entità delle somministrazioni periodiche dovute ed, in linea indicativa, ad una sommaria capitalizzazione delle stesse sulla previsione della verosimile loro durata; la consegna in pegno di denaro, beni mobili, titoli o propri crediti; adoperarsi affinché siano dei terzi ad offrire le garanzie del caso (ipoteca o pegno); l'offerta di fideiussione, prestata da persona solvibile o da istituto bancario od assicurativo, anche qui sopportandone il relativo costo.

In applicazione dell'art. 1179 c.c., a norma del quale chi è tenuto a dare una garanzia, senza che ne siano determinate il modo e la forma, può scegliere il tipo di garanzia da prestare, si è indotti a ritenere che la scelta della garanzia sia rimessa all'onerato, essendo comunque opportuna, da parte del giudice, una previa interlocuzione con le parti sul punto anche al fine di individuare il tipo di garanzia più congrua, in rapporto alle esigenze del caso concreto ed alle condizioni dell'obbligato.

Entrambe le norme fanno riferimento al momento della decisione finale (sentenza di separazione e divorzio), sicché si è ritenuta preclusa l'adozione di detta misura al giudice istruttore in corso di causa, anche considerato che la stessa Corte costituzionale, con le sentenze 278/1994 e 258/1996, ha dichiarato la illegittimità costituzionale del solo comma 6° comma dell'art. 156, rispettivamente nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice istruttore di ordinare al terzo di versare somme agli aventi diritto o di disporre il sequestro dei beni dell'obbligato a garanzia degli obblighi di mantenimento, mentre analoga possibilità non è stata estesa anche alla prestazione di garanzie¹⁶.

7. L'ordine ai terzi tenuti a corrispondere somme di danaro all'obbligato

L'apprensione diretta o ordine di pagamento diretto dell'assegno di mantenimento al coniuge creditore è previsto dall'art. 156, 6° comma, c.c. e dall'art. 8, 3° comma, l. divorzio e si inserisce nel quadro degli strumenti normativi predisposti dal legislatore, al fine di assicurare una tutela privilegiata dei crediti di mantenimento. Il presupposto per la sua applicazione è l'imposizione di un assegno di mantenimento a carico di uno

¹⁶ Cfr. G. SAPI, *Le garanzie degli obblighi di mantenimento e misure cautelari*, in «www.aiafrivista.it».

dei coniugi a favore dell'altro coniuge o dei figli¹⁷.

L'istituto in esame si atteggia in maniera diversa a seconda che si tratti di separazione o di divorzio.

Invero, a norma dell'art. 156 c.c., è necessario l'intervento del giudice, al fine di ottenere un provvedimento contenente l'ordine al terzo, tenuto al pagamento di somme in favore dell'obbligato, di versare una parte di esse, corrispondente all'importo del mantenimento¹⁸, direttamente in favore dell'avente diritto al mantenimento medesimo.

La giurisprudenza ha chiarito che la previsione di cui all'art. 156, sesto comma, c.c., in base alla quale il giudice ha il potere di ordinare al terzo, tenuto a corrispondere anche periodicamente somme all'obbligato, che una parte di esse venga direttamente versata agli aventi diritto al mantenimento, comporta che, nel caso in cui trattasi di assegno di contributo al mantenimento di minori ed in cui questi ultimi siano stati affidati a soggetti diversi dai genitori i beneficiari dell'ordine debbano essere gli stessi affidatari, cui spetta, conseguentemente, la legittimazione ad agire alla pari del genitore¹⁹.

In sede di separazione, è quindi necessaria l'instaurazione di un giudizio da parte del coniuge o genitore che si dolga dell'inadempienza dell'altro coniuge o genitore, al fine di ottenere un provvedimento che imponga al terzo la corresponsione diretta all'avente diritto al mantenimento delle somme spettanti al coniuge/genitore inadempiente.

L'instaurazione del giudizio può avvenire, tanto all'esito del giudizio

¹⁷ Cfr. Cass. civ. 10813/96; in tema di separazione personale dei coniugi, l'ordine al terzo di versare direttamente agli aventi diritto parte delle somme di denaro periodicamente dovute all'obbligato può estendersi anche all'assegno in favore dei figli minori, nonostante l'art. 156 c.c. richiami il precedente art. 155 solo nel quarto comma, dove è prevista l'imposizione di idonee garanzie reali e personali, in quanto l'assegno a favore del coniuge affidatario è di regola comprensivo sia delle somme dovute a titolo di mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri, sia di quelle dovute a titolo di contributo nel mantenimento della prole, e, quand'anche consista solo in quest'ultimo contributo, rappresenta pur sempre un credito dell'altro coniuge e la sua corresponsione da parte dell'obbligato si inserisce, necessariamente, nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, salva restando la destinazione delle relative somme.

¹⁸ Generalmente l'importo che il terzo deve erogare in favore del debitore è pari al contributo del mantenimento, avendo la misura una finalità attuativa, atteso che l'eventuale contestazione in ordine al *quantum debeatur* dovrà essere oggetto di istanza di modifica delle condizioni già stabilite, proponibile anche in via riconvenzionale, da parte del soggetto obbligato nel medesimo procedimento instaurato ex art. 156 c.c. La norma parla di una parte delle somme, e non dell'importo corrispondente all'assegno di mantenimento, inserendo quindi un elemento di elasticità.

¹⁹ Cfr. Cass. civ. 6557/97.

di separazione, con procedimento camerale instaurato dinanzi al Collegio, tanto nel corso del giudizio di separazione, con riferimento agli obblighi di mantenimento stabiliti in sede presidenziale o dinanzi al giudice istruttore²⁰.

La Suprema Corte ha chiarito che il soggetto obbligato non deve necessariamente essere il datore di lavoro, ma anche un ente erogatore di pensione, ovvero il conduttore di un immobile di proprietà del coniuge onerato; tuttavia tale terzo, pur dovendo essere individuato esattamente, non è parte del procedimento, con la conseguenza che, qualora egli si rifiuti di adempiere, resta a carico del coniuge promuovere nelle forme ordinarie giudizio di accertamento del debito²¹. Deve, altresì, ritenersi che pur non essendo configurabile nel caso di specie, un'ipotesi di litisconsorzio necessario rispetto al terzo, sia onere dell'avente diritto all'assegno, oltre che individuare esattamente il terzo, anche fornire la prova della sussistenza dell'obbligazione di quest'ultimo rispetto al coniuge-genitore obbligato.

Costituisce, altresì, *ius receptum* il principio secondo cui in tema di separazione personale dei coniugi, l'art. 156, sesto comma, c.c., implica una valutazione di opportunità ed un apprezzamento in ordine all'idoneità del comportamento dell'obbligato a suscitare dubbi circa l'esattezza e la regolarità del futuro adempimento e, quindi, a frustrare le finalità proprie dell'assegno di mantenimento, affidato in via esclusiva al giudice di merito e tale accertamento, se adeguatamente motivato, non è sindacabile in sede di legittimità²².

Occorrerà valutare il generale comportamento del coniuge obbligato, la frequenza o l'episodicità degli inadempimenti, nonché le eventuali circostanze giustificative dell'inadempimento dal medesimo addotte, al fine di effettuare un giudizio prognostico in ordine ad eventuali successivi inadempimenti.

Nel caso di divorzio, invece, la parte può agire direttamente nei confronti del terzo obbligato, notificandogli direttamente il provvedimento contenente l'obbligazione di mantenimento, con l'invito a versargli direttamente le somme dovute al coniuge inadempiente, previa costituzione in mora del coniuge obbligato e inadempiente da almeno trenta giorni, mediante invio di raccomandata con avviso di ricevimento, dando successiva comunicazione

²⁰ La Corte costituzionale con sentenza n. 278 del 6 luglio 1994 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 156 6° comma nella parte in cui non prevede che il giudice istruttore possa adottare, nel corso della causa di separazione, il provvedimento di ordinare ai terzi debitori del coniuge obbligato al mantenimento di versare una parte delle somme direttamente agli aventi diritto.

²¹ Cfr. Cass. civ. 9671/13.

²² Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. 11062/11; 5604/20.

a quest'ultimo dell'invito al terzo. Non è, quindi necessario, l'intervento del giudice che se adito, dovrà dichiarare il ricorso inammissibile.

8. La tutela dei crediti alimentari dopo la riforma Cartabia

L'attuazione degli obblighi a contenuto patrimoniale è disciplinata, dai nuovi artt. 473-bis.36, 37, 38 e 39 c.p.c., introdotti dal d.lgs. 149/22.

V'è da osservare che già il 23° comma, lett. *ll*), dell'art. 1 della legge 206/21 delegava il Governo a provvedere al «riordino della disciplina di cui agli artt. 156 c.c., 8 legge div., all'art. 3 legge n. 219 del 2012 e 316 bis c.c., introducendo un unico modello processuale strutturato in analogia a quanto previsto dall'art. 8 della legge 898/70, che tenga conto dell'assenza di limiti prevista dall'art. 156 c.c. per adottare le garanzie a tutela dell'adempimento delle obbligazioni a carico dell'onerato e per il sequestro».

Sulla scia di tali indicazioni normativa è stata adottata la disciplina di cui agli articoli predetti.

Recitano le norme in oggetto:

Art. 473-bis 36: I provvedimenti anche se temporanei in materia di contributo economico in favore della prole o delle parti, sono immediatamente esecutivi e costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Se il valore dei beni ipotecati eccede la cautela da somministrare, si applica il secondo comma dell'art. 96. Il giudice può imporre al soggetto obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di contenuto economico. Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni in ordine all'adempimento, può chiedere al giudice di autorizzare il sequestro di beni mobili, immobili o crediti del debitore. Qualora sopravvengano giustificati motivi, il giudice su istanza di parte può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti. I provvedimenti di cui al secondo, terzo e quarto comma sono richiesti al giudice del procedimento in corso o, in mancanza, ai sensi dell'art. 473-bis 29 c.p.c.

Art. 473-bis 37: Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo in favore suo e della prole, dopo la costituzione in mora del debitore inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento o l'accordo di negoziazio-

ne assistita in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di danaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al debitore inadempiente. Il terzo è tenuto al pagamento dell'assegno dal mese successivo a quello in cui è stata effettuata la notificazione. Ove il terzo non adempie, il creditore ha azione esecutiva diretta nei suoi confronti per il pagamento delle somme dovute. Qualora il credito dell'obbligato nei confronti dei suddetti terzi sia stato già pignorato al momento della notificazione, all'assegnazione e alla ripartizione delle somme tra l'avente diritto al contributo e gli altri creditori provvede il giudice dell'esecuzione, il quale tiene conto anche della natura e dell'entità dell'assegno.

L'incipit dell'art. 473-bis.36 riconosce una tutela a carattere generale che conferisce immediata efficacia esecutiva a tutti i provvedimenti, anche temporanei, in materia di contributo economico a favore delle parti o della prole, specificando anche la loro idoneità a costituire titolo per l'iscrizione dell'*ipoteca giudiziale*²³, in conformità con i principi sanciti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di giustizia al fine di garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie.

Il comma successivo riprende, invece, quanto già stabilito sia dall'art. 156 c.c., comma 4 che dall'art. 8, comma 1, legge divorzio, in riferimento al potere del giudice di imporre alla parte obbligata di prestare garanzia

²³ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito che «l' esecuzione delle decisioni deve essere riguardata come parte integrante del processo agli effetti dell'art. 6, giacché il diritto di ogni persona a vedere esaminata la propria causa da un giudice, sancito dall'articolo in esame sarebbe illusorio se il sistema legale interno di uno degli Stati contraenti consentisse che una decisione giudiziale, definitiva, rimanesse inattuata a detrimento di una parte»; sicché l'Autorità interna ha obblighi finalizzati «ad un effettivo rispetto della vita privata e familiare», che «possono implicare [...] la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti» affinché, «in materia di rispetto della vita privata e familiare, siano assicurati i legittimi diritti degli interessati nonché il rispetto delle decisioni giudiziarie» (cfr. Corte eur. diritti dell'uomo, 28 luglio 1999, *Soc. Immobiliare Saffi c. Italia*, in «Foro it.», Rep. 1999, voce *Diritti politici e civili*, n. 66; in precedenza, Corte eur. diritti dell'uomo, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, in «www.echr.coe.int»; negli stessi termini Corte eur. diritti dell'uomo, 27 agosto 1991, *Philis c. Grecia*, in «www.echr.coe.int»; v., altresì, Corte eur. diritti dell'uomo, 13 luglio 2006, *SC Magna Holding c. Romania*, in «www.echr.coe.int», nella quale la Corte ha precisato che spetta a ciascuno Stato di dotarsi di strumenti idonei per garantire l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai tribunali e non alla Corte stessa di imporre in astratto strumenti definiti di esecuzione, fermo restando che «le autorità nazionali devono adottare misure adeguate e sufficienti allo scopo»). L'art. 13 stabilisce che ad ogni persona che abbia subito la violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione deve essere assicurato dagli Stati membri «un rimedio effettivo davanti ad una autorità nazionale». Così Corte giust., 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, in «Foro it.», Rep. 2007, voce *Unione europea*.

personale o reale idonea a garantire il soddisfacimento del credito.

La norma, peraltro, come già previsto dagli artt. 156, comma 4, c.c., 8, comma 1, l. div. e 3, comma 2, legge n. 219 del 2012, condiziona la condanna suddetta alla sussistenza del «pericolo» che la parte possa sottrarsi all'inadempimento, sicché la stessa opera nel solco già segnato dalle precedenti disposizioni.

Al fine di evitare, da un lato, un ricorso abusivo allo strumento, dall'altro un pregiudizio eccessivo al debitore, si è stabilito che trovi applicazione il comma 2 dell'art. 96, nel caso in cui «il valore dei beni ipotecati eccede la cautela da somministrare, in conformità con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «al di là della previsione del rimedio speciale della riduzione delle ipoteche, in applicazione dei principi generali, il creditore il quale iscriva ipoteca giudiziale su beni il cui valore sia eccedente (*a fortiori* se sproporzionato) rispetto all'importo del credito vantato, può essere chiamato, ferma restando la eventuale responsabilità processuale *ex* art. 96 c.p.c., a rispondere *ex* art. 2043 c.c., del danno subito dal debitore consistente nella difficoltà o impossibilità della negoziazione del bene medesimo ovvero nella difficoltà di accesso al credito, non potendo dirsi al creditore attribuito il potere di iscrivere ipoteca sui beni del debitore senza alcun limite di continenza o proporzionalità della cautela»²⁴. Il creditore, a cui è sostanzialmente rimessa *ex ante* la scelta se iscrivere o meno ipoteca, dovrà effettuare una sorta di capitalizzazione del credito, avuto riguardo all'entità dell'importo mensile ed al lasso di tempo in cui ragionevolmente si protrarrà l'obbligo (considerati anche i criteri di liquidazione della rendita vitalizia che fanno riferimento ad un'aspettativa di vita media), al fine di individuare l'importo in ragione del quale iscriverà ipoteca. Il giudice valuterà l'opportunità dell'iscrizione ipotecaria o la ragionevolezza del quantum per cui è stata iscritta ipoteca solo in un momento successivo, allorquando sarà investito della richiesta di cancellazione o di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Si osserva, tuttavia, che anche l'art. 473-*bis*.36, non richiede il presupposto dell'inadempimento ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca, essendo rimessa sostanzialmente al creditore la scelta di iscrivere o meno ipoteca sui beni della parte obbligata.

Un temperamento è stato tuttavia previsto a seguito del richiamo al secondo comma dell'art. 96 c.p.c. che è volto a bilanciare le esigenze di tutela del creditore, con quelle di libera disponibilità del patrimonio del debitore.

L'art. 473-*bis*.36 c.p.c. attribuisce al creditore una facoltà e non un

²⁴ Cfr. Cass., 13 dicembre 2021, n. 39441.

obbligo di iscrivere ipoteca giudiziale, poiché i provvedimenti in materia di contributi economici costituiscono titolo idoneo all'iscrizione senza necessità di autorizzazione giudiziale. Qualora l'ipoteca venga iscritta su beni il cui valore risulti manifestamente eccedente rispetto alla cautela da garantire, il debitore dispone di due distinti rimedi: da un lato, può domandare il risarcimento del danno per abuso dello strumento, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.c., richiamato dal primo comma dell'art. 473-*bis*.36; dall'altro, può chiedere la riduzione dell'ipoteca per sproporzione ai sensi degli artt. 287 e 288 c.c. Quest'ultimo rimedio, incidendo su un vincolo reale sorto per iniziativa unilaterale del creditore e non su un provvedimento del giudice, non rientra nei poteri di revoca o modifica attribuiti al giudice della famiglia dal quarto comma dell'art. 473-*bis*.36, ma è devoluto alla cognizione del giudice ordinario competente secondo le regole generali.

Invero, il comma 4 dell'art. 473-*bis*.36 consente al giudice: di revocare o modificare i provvedimenti di cui ai commi precedenti, ma l'ipoteca non è un provvedimento del giudice, è un atto unilaterale del creditore, che nasce fuori dal processo familiare. Di conseguenza, il potere di «modifica o revoca» non si estende alla riduzione dell'ipoteca già iscritta.

In caso di revoca del provvedimento sarebbe opportuno che lo stesso preveda l'ordine di cancellazione di ipoteca, eseguibile, a norma dell'art. 2884 c.c., quando il provvedimento diventi definitivo.

Il quarto comma dell'art. 437-*bis*.36 c.p.c., si occupa, invece, del sequestro dei beni mobili, immobili o dei crediti del debitore a tutela del contributo periodico, con una formulazione analoga a quelle contenuta nell'art. 8 legge divorzio, non essendo tuttavia previsto il limite di metà per le somme spettanti all'obbligato soggette a sequestro.

Valgono, in tale sede le stesse considerazioni già svolte in ordine alla natura e alle finalità dell'istituto, avente una funzione coercitiva più che cautelare.

Il sequestro previsto dall'art. 473-*bis*.36 c.p.c. si colloca in una posizione particolare rispetto agli altri strumenti di tutela patrimoniale, perché nasce all'interno del processo di famiglia ed è costruito attorno a esigenze diverse da quelle tipiche delle misure cautelari ordinarie.

A differenza del sequestro conservativo *ex* art. 671 c.p.c., che presuppone un credito solo probabile e richiede la rigorosa dimostrazione sia del *fumus boni iuris* sia del *periculum in mora*, il sequestro familiare interviene su un credito già accertato dal giudice, spesso derivante da un provvedimento provvisorio o definitivo che impone il pagamento di un contributo econo-

mico. Il fulcro non è più l'incertezza del diritto, ma il rischio di inadempimento di un obbligo che il giudice ha già riconosciuto come dovuto.

Proprio per questo, la misura *ex art. 473-bis.36* si caratterizza per un abbattimento dei requisiti cautelari tradizionali. Non è necessario dimostrare una dispersione imminente del patrimonio nei termini rigorosi richiesti dall'art. 671 c.p.c.; è sufficiente che emergano elementi idonei a far ritenere che il debitore possa sottrarsi all'adempimento. La ratio è chiaramente diversa: non si tratta soltanto di conservare beni in vista di una futura esecuzione, ma di assicurare l'effettività immediata di obblighi che incidono su diritti fondamentali, come il mantenimento dei figli o del coniuge economicamente più debole.

Rispetto al sequestro giudiziario *ex art. 670 c.p.c.*, la distanza è ancora più netta. Quest'ultimo non tutela un credito, ma mira a custodire un bene che è oggetto di controversia sulla proprietà o sul possesso. Il sequestro familiare, invece, non ha alcuna funzione di custodia neutrale: è uno strumento chiaramente orientato alla garanzia patrimoniale e, in una certa misura, anche alla pressione sull'obbligato.

Infine, rispetto agli strumenti di pagamento diretto al terzo (come l'ordine al datore di lavoro di versare l'assegno), il sequestro si colloca su un piano diverso. Il pagamento diretto opera tipicamente come rimedio all'inadempimento già verificatosi ed ha una funzione essenzialmente esecutiva; il sequestro familiare, invece, può intervenire anche in via preventiva, proprio per evitare che l'inadempimento si realizzi.

In definitiva, il sequestro *ex art. 473-bis.36 c.p.c.* è uno strumento speciale e autonomo, che non si limita a riprodurre modelli cautelari tradizionali, ma li adatta alle peculiarità del diritto di famiglia. La sua funzione principale non è soltanto conservativa, bensì garantistica e coercitiva, in coerenza con l'esigenza di assicurare l'effettività di obblighi economici che incidono direttamente sulla tutela dei soggetti più vulnerabili.

Si evidenzia da ultimo, che nel caso del sequestro disposto ai sensi dell'art. 473-*bis.36 c.p.c.*, il tema della nomina del custode non è espressamente regolato dalla norma, ma va risolto alla luce dei principi generali in materia di sequestro e della particolare funzione che questo strumento assume nel processo di famiglia.

In via generale, ogni sequestro presuppone una forma di custodia, perché il bene viene sottratto alla libera disponibilità del titolare e deve essere conservato o amministrato in modo coerente con le finalità del provvedimento. Anche il sequestro familiare non fa eccezione a questo principio. Tuttavia, a differenza del sequestro conservativo ordinario,

la custodia nel contesto dell'art. 473-*bis*.36 tende ad assumere una configurazione più flessibile e attenuata.

La ragione sta nella funzione della misura, che non è tanto quella di gestire o amministrare un bene controverso, quanto piuttosto di garantire l'adempimento di obblighi economici già accertati, spesso con carattere periodico, a tutela di interessi familiari primari. Di conseguenza, il giudice è chiamato a calibrare la custodia in modo proporzionato, evitando appesantimenti organizzativi non necessari.

Quando il sequestro riguarda beni immobili, la nomina di un custode appare normalmente opportuna, se non inevitabile, e avviene di regola secondo i criteri mutuati dalla disciplina del sequestro conservativo. In questi casi, non è raro che il debitore stesso venga nominato custode, salvo che emergano elementi di inaffidabilità tali da rendere incompatibile tale scelta con la funzione di garanzia della misura.

9. *Le misure coercitive indirette*

Diverso è il caso del sequestro avente ad oggetto crediti o somme di denaro, ad esempio giacenze su conto corrente o crediti verso terzi. Qui la funzione di custodia è in larga parte assorbita dal vincolo giuridico imposto dal provvedimento e dall'ordine al terzo di non disporre delle somme, sicché la nomina di un custode in senso tecnico può risultare superflua o meramente formale.

In altri casi ancora, il sequestro *ex art.* 473-*bis*.36 assume una funzione prevalentemente impeditiva, limitandosi a bloccare atti di disposizione del debitore. Anche in queste ipotesi, la prassi mostra una tendenza del giudice a individuare direttamente nel provvedimento le modalità di gestione del bene, senza ricorrere necessariamente alla designazione di un custode terzo.

In definitiva, pur potendosi affermare che il sequestro comporta in linea di principio una forma di custodia, nel contesto dell'art. 473-*bis*.36 c.p.c. la nomina del custode non opera in modo automatico né rigido, ma viene modulata in relazione al tipo di bene sequestrato e alla concreta funzione della misura. Si tratta di un ulteriore indice della specialità dell'istituto, che privilegia l'effettività della tutela rispetto all'applicazione meccanica delle categorie cautelari tradizionali.

A chiusura della disposizione in esame è previsto che i provvedimenti giudiziali che concedono il sequestro o impongono la cauzione possano essere

modificati o revocati allorché sopravvengano «giustificati motivi» ed è altresì disposto che la loro richiesta possa essere avanzata al giudice del procedimento in corso oppure in via autonoma ai sensi dell'art. 473-*bis*.29 c.p.c.²⁵.

L'art. 437-*bis*.37 c.p.c. disciplina invece le modalità attraverso cui è possibile ottenere il pagamento diretto da parte del terzo debitore del coniuge obbligato degli importi stabiliti a titolo di mantenimento.

Come già evidenziato, mentre in materia di separazione e regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli naturali, era necessario l'intervento del giudice, al fine di ottenere il pagamento diretto da parte del terzo, nel caso di divorzio, si seguiva una procedura stragiudiziale.

La riforma, in conformità alla direttiva di cui all'art. 1, comma 23, lett. *ll*), della legge delega, opta la soluzione stragiudiziale, da un lato più immediata e veloce, dall'altro meno tutelante per il debitore, che voglia contestare l'inadempimento, e per il terzo che intenda contestare la sussistenza del proprio obbligo²⁶.

I passaggi in cui si articola questo percorso stragiudiziale sono quelli di cui all'art. 8 legge divorzio comma 3: messa in mora del debitore; inadempimento protratto per almeno trenta giorni; notificazione al terzo (obbligato a corrispondere periodicamente le somme al debitore inadempiente) del provvedimento (da intendersi, dunque, anche quello provvisorio) o dell'accordo di negoziazione assistita con la richiesta di provvedere al pagamento diretto a favore del creditore; comunicazione al debitore stesso; nel caso in cui il terzo si sottragga a tale obbligo, questi potrà subire l'esercizio dell'azione esecutiva diretta da parte del creditore del contributo economico.

Come nell'art. 8 si prevede che, nel caso in cui il credito dell'obbligato sia stato già oggetto di pignoramento da parte di altri creditori, all'assegnazione e alla ripartizione delle somme tra l'avente diritto al contributo e gli altri creditori debba provvedere il giudice dell'esecuzione, ma la norma aggiunge una nuova previsione che impone al giudice di tener conto «anche della natura e delle finalità dell'assegno».

Il significato di tale disposizione, si ritiene possa essere nella possibilità

²⁵ Art. 473-*bis*.29: «Qualora sopravvengano giustificati motivi, le parti possono in ogni tempo chiedere con le forme previste nella presente sezione, la revisione dei provvedimenti a tutela dei minori e in materia di contributi economici».

²⁶ In dottrina erano stati espressi dubbi, sulla legittimità costituzionale dell'analoga previsione contenuta nell'art. 8 l. div., cfr. M. ACONE, in *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, a cura di N. Lipari, in «Nuove leggi civ. comm.», 1987, p. 996; E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Jovene, Napoli 1987, pp. 192 ss.; L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Zanichelli, Bologna 1988, p. 106.

di riconoscere al contributo economico in oggetto il privilegio di cui agli artt. 2751, n. 4, e 2778, n. 17, c.c., sicché, il riferimento alla «natura» e alla «finalità» dell'assegno, imporrà al giudice di verificare, almeno in misura parziale la funzione alimentare del credito²⁷.

Ne consegue che il giudice dell'esecuzione è chiamato a svolgere una verifica che non si esaurisce in un accertamento meramente formale del titolo, ma che implica una valutazione, almeno parziale, della funzione alimentare del credito, in relazione alla sua concreta destinazione al soddisfacimento di esigenze di sostentamento e di tutela di soggetti deboli. Proprio tale funzione giustifica un trattamento preferenziale del contributo economico rispetto agli altri crediti concorrenti, coerentemente con la ratio solidaristica che permea la disciplina degli obblighi familiari.

Proprio perché la norma testé citata riproduce lo schema di cui all'art. 8 legge 898/70, anche in tale caso, trattandosi di un procedimento stragiudiziale, non è necessario, l'intervento del giudice che se adito, dovrà dichiarare il ricorso inammissibile.

10. Cenni sulla tutela delle obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato

Il ruolo centrale delle obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato è rappresentato dalla pluralità di fonti che disciplinano tale tematica.

Invero, oltre alla legge 218/95 che riserva alle obbligazioni alimentari il solo articolo 45, tra le principali fonti che disciplinano, sul piano internazionale, le obbligazioni alimentari, vi è il regolamento UE 4/09 ed il Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, richiamato dallo stesso regolamento.

L'art. 45 della legge 218/95 stabilisce, in particolare che «le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE del consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari e successive modificazioni», rimandando sostanzialmente al regolamento la concreta disciplina della materia.

Quanto alla competenza a decidere una controversia transfrontaliera in materia di obbligazioni alimentari, si osserva che l'art. 3 del Regolamento

²⁷ Cfr. Cass., sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914.

4/09, individua, in via generale, quattro possibili alternative in ordine alla competenza: 1) l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il convenuto risiede abitualmente; b) l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il creditore risiede abitualmente; c) l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa allo stato delle persone qualora la domanda relativa ad un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti; d) l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, qualora la domanda relativa ad un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che la competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti.

A norma dell'art. 4 è possibile una *electio fori*, salvo che si tratta di una controversia, riguardante obbligazioni alimentari nei confronti di minori, purché la competenza convenzionalmente stabilita riguardi: a) l'autorità di uno stato membro in cui la parte risieda abitualmente; b) l'autorità di uno stato membro, in cui una delle parti abbia la cittadinanza; e per quanto riguarda le obbligazioni alimentari tra coniugi: l'autorità competente a conoscere delle loro controversie in materia matrimoniale, o quella in cui hanno avuto residenza comune per almeno un anno. L'accordo relativo alla *electio* deve essere concluso per iscritto.

A norma dell'art. 5 è possibile anche radicare la competenza in capo all'autorità giudiziaria dinanzi a cui compare il convenuto, salvo che questi compaia solo per dichiarare l'incompetenza.

Quanto alla legge applicabile l'art. 15 del regolamento richiama espressamente, quanto stabilito sul punto dal il protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007; che consente la scelta della legge applicabile tra diverse opzioni espressamente indicate dall'art. 8: 1) la legge dello stato in cui una delle parti ha la cittadinanza, 2) la legge dello Stato di residenza abituale delle parti 3) la legge scelta per regolare i rapporti patrimoniali tra le parti o quella di fatto applicata agli stessi; 4) la legge scelta dalle parti come applicabile o di fatto applicata al divorzio o alla separazione (se trattasi di obbligazioni sorte a seguito di scioglimento del vincolo coniugale). È prevista, in caso di assenza di scelta, l'applicazione della legge del Paese di abituale residenza del creditore (art. 3), o se si tratta di obbligazioni tra genitori e figli la *Lex fori* (cfr. art. 4 secondo cui: «qualora, in forza della legge di cui all'articolo 3, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge del foro. Nonostante l'articolo 3, qualora il creditore abbia adito l'autorità competente dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale, si applica la legge del foro. Tuttavia, qualora in forza di tale legge il creditore non possa

ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dello Stato di residenza abituale del creditore. Qualora, in forza delle leggi di cui all'articolo 3 e ai paragrafi 2 e 3 del presente articolo, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune del creditore e del debitore»).

Con riferimento, infine, ai profili attinenti l'esecutività delle decisioni, il Regolamento distingue due differenti regimi in tema di riconoscimento ed esecutività delle decisioni straniere inerenti alle obbligazioni alimentari (da intendersi in una accezione più ampia rispetto a quella che viene riconosciuta agli alimenti nell'ordinamento italiano) a seconda che le decisioni in merito siano state o meno emesse in uno Stato membro vincolato dal Protocollo dell'Aja del 2007, predetto. In particolare, della decisione emessa in uno Stato membro vincolato dal Protocollo del 2007, ci si può valere come di un titolo esecutivo nazionale senza necessità di esperire alcuna procedura intermedia (art. 17) mentre le decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal Protocollo, sono esecutive in un altro stato membro dopo essere state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata (art. 26).

Concluderei osservando che spetta a noi giudici il compito di adoperarci, con equilibrio e competenza, sfruttando tutti i rimedi previsti dall'ordinamento, al fine di garantire una tutela effettiva, immediata e attenta alle peculiarità del caso concreto, degli interessi sia economici, sia personali coinvolti nelle vicende familiari di cui ci occupiamo, perché

«La ragione e il torto non si dividono mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'uno o dell'altro» (cit. Alessandro Manzoni).

Il Quaderno dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia – 2026 raccoglie contributi di avvocati, magistrati e professori, tutti docenti della Scuola di Specializzazione ONDIF, studiosi dei principali temi del diritto di famiglia contemporaneo, offrendo una lettura aggiornata delle trasformazioni normative, giurisprudenziali e sociali che interessano matrimonio, unioni civili, filiazione e processo familiare. I saggi analizzano il matrimonio canonico e concordatario, le unioni civili e le convivenze, evidenziando il crescente spazio riconosciuto alla negozialità familiare. Particolare rilievo è attribuito alla crisi della comunione legale dei beni e ai nuovi modelli di regolazione patrimoniale dei rapporti familiari. Ampio spazio è dedicato alla filiazione, alla responsabilità genitoriale e alla protezione dei minori, anche nell'ambiente digitale e nell'uso dell'intelligenza artificiale. Vengono approfonditi i diritti dei figli, la disciplina del cognome e le problematiche connesse all'identità personale e familiare. Il volume affronta inoltre il nuovo ruolo dell'autonomia privata nella gestione dei rapporti familiari e nella pianificazione della crisi coniugale. Una sezione è dedicata alla riforma del processo di famiglia, ai poteri del giudice e ai rapporti tra tutela giurisdizionale e interesse del minore. Sono esaminati gli strumenti di attuazione delle decisioni giudiziali, con particolare riguardo ai crediti alimentari e di mantenimento. L'opera offre così una visione unitaria delle sfide attuali del diritto di famiglia, coniugando riflessione teorica, analisi pratica e prospettive di riforma.

ETTORE BATTELLI

Professore Ordinario di diritto privato nell'Università di Roma Tre.

ANTONIO CARRATTA

Professore Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Roma Tre e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza.

CLAUDIO CECHELLA

Professore Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Pisa e Presidente dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia.

ANGELO DANILO DE SANTIS

Professore Associato (abilitato alle funzioni di prima fascia) di diritto processuale civile nell'Università di Roma Tre.