



# Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 16



*Volume a cura di:* Lorenza Calcagno e Gianluca Grasso, *componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*, e Paolo Di Marzio, *Consigliere della Corte di cassazione*

*Contributo redazionale:* Vittoria Ciliberto e Giulio Andronico, *nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli.*

*Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:*

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



*Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:*

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600172

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.*

*I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*



# Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 16



## La Scuola e la collana dei Quaderni

*La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).*

*In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).*

*Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.*

*Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.*

*Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.*

*La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.*

*La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.*

*La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.*

*I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.*



## INDICE

Presentazione . . . . .	11
<b>Giovanni Di Lorenzo</b>	
Brevi riflessioni in tema di conoscenza delle proprie origini e relazioni familiari . . . . .	13
<b>Maria Acierno</b>	
Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità femminile . . . . .	25
<b>Mariagrazia Pisapia</b>	
Mantenimento dei figli nella fase di disgregazione dell'unione tra i genitori . . . . .	33
<b>Bruno Sassani</b>	
Azioni, reazioni e resistenze nella vicenda dell'assegno divorzile . . . . .	57
<b>Franca Mangano</b>	
L'assegno divorzile, alla ricerca di un valido equilibrio (anche dopo le Sezioni Unite) . . . . .	67
<b>Antonio Las Casas</b>	
Patti prematrimoniali: note sulla circolazione di un modello . . . . .	83
<b>Gaetano Edoardo Napoli</b>	
Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine . . . . .	103
<b>Francesco Terrusi</b>	
La kafalah di diritto coranico: presupposti di validità ai fini di riconoscimento e di tutela del minore . . . . .	119
<b>Dario Cavallari</b>	
Nuove frontiere della scienza e del diritto. Lo status del figlio concepito dopo la morte del genitore . . . . .	133



**Ugo Salanitro**

Appunti sui formanti del diritto di famiglia . . . . . 171

**Gabriella Luccioli**

Le sfide attuali del diritto di famiglia e dei minori: problemi  
emergenti, riforme attuate da riformare, riforme ancora da attuare . . . . . 183

## Gli autori

Maria Acierno

*Presidente di sezione eradella Corte di Cassazione, Direttore dell'Ufficio del Massimario*

Bruno Sassani

*Professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Roma II, Tor Vergata*

Giovanni Di Lorenzo

*Professore associato di diritto privato, Università "La Sapienza" di Roma*

Maria Grazia Pisapia

*Consigliere della Corte d'Appello di Salerno*

Franca Mangano

*Capo dell'ufficio legislativo del Ministero della giustizia*

Gaetano Napoli

*Professore ordinario di diritto privato, Università "Unitelma Sapienza" di Roma*

Francesco Terrusi

*Consigliere della Corte di Cassazione*

Dario Cavallari

*Giudice componente dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.*

Antonio Las Casas

*Professore associato di diritto privato comparato presso l'Università di Catania*

Ugo Salanitro

*Professore ordinario di diritto privato presso l'Università di Catania.*

Gabriella Luccioli

*già Presidente titolare della prima sezione civile della Corte di Cassazione*



## Presentazione

I. – Il volume raccoglie i contributi del corso “Il nuovo diritto di famiglia”, tenutosi il 14 e 15 gennaio 2021 con modalità di formazione a distanza, stante il perdurare della crisi sanitaria derivante dall’epidemia Covid-19.

II. – Alle profonde trasformazioni sul piano sociale e culturale che hanno modificato la fisionomia della famiglia italiana, si sono accompagnati, nel corso degli anni, numerosi interventi legislativi sia nell’ambito del diritto sostanziale sia in quello processuale.

A 45 anni dall’entrata in vigore della riforma organica del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), il corso ha inteso offrire una riflessione strutturata sui principali istituti che governano la materia, alla luce delle modifiche legislative nel tempo intervenute, delle prassi diffuse e dell’elaborazione giurisprudenziale.

Se la riforma del 1975 aveva rappresentato una rifondazione dell’istituto familiare intorno ai valori, stabili e uniformanti, posti dall’art. 29 Cost., i decenni successivi sono stati connotati da spinte innovatrici che hanno investito molti aspetti della disciplina dei rapporti familiari – come in tema di filiazione, di divorzio breve, di diritto alla continuità affettiva, di unioni civili con la legge n. 76 del 2016 – ma che si sono mosse nell’assenza di un modello univoco di riferimento, in favore di una progressiva prevalenza degli interessi individuali.

Diviene in tal modo decisivo il ruolo di ridefinizione e ricostruzione del sistema affidato all’interprete, il cui compito appare ben più complesso di quello con il quale si sono confrontati la dottrina e la giurisprudenza all’epoca della riforma del 1975, essendo necessario confrontarsi con un quadro normativo scomposto, frutto della sovrapposizione di interventi non orientati da criteri ordinatori univoci e costanti.

III. – Il corso, pensato anche per i pubblici ministeri che si occupano del settore e per i giudici del Tribunale per i minorenni, ha affrontato tutte le problematiche del diritto di famiglia maggiormente dibattute nelle aule di giustizia dalla quantificazione dell’assegno divorzile alla surrogazione di maternità, volgendo lo sguardo anche agli istituti emergenti, tra cui i patti prematrimoniali, la *kafalah*, il terzo genitore, il diritto alla conoscenza delle origini dei figli adottivi, le unioni civili.

Sul piano metodologico, si è cercato di ovviare alla necessità di ridurre il numero di ore del corso domandando ai relatori di esporre su tematiche specifiche e dettagliatamente concordate. Sono stati incrementati i gruppi di lavoro – cui sono state dedicate due sessioni – per ampliare i temi esaminati, evitando di tra-

scurare l'esame di argomenti comunque importanti, nell'intento di consentire a ciascun partecipante di poter seguire la trattazione degli argomenti da lui più attesi. Confronti a più voci hanno caratterizzato le sessioni comuni, mentre la tavola rotonda finale è stata dedicata al tema delle sfide attuali del diritto di famiglia e dei minori. Insieme, abbiamo sperimentato tanto, con la partecipazione di relatori esperti, così come di giovani studiosi, e conseguito un risultato lusinghiero.

IV. – La materia è affascinante e suscita sempre forti passioni. Splendido diritto di famiglia, che permette di confrontarci con istituti antichi, i quali generano problemi sempre nuovi e complessi, che indaga la stessa natura dell'uomo, la sua origine e la sua vita.

Grazie ai saggi raccolti in questo volume il corso diviene ancora più ricco, e il suo rilievo duraturo, in attesa di poter tornare a confrontarci in prossimi appuntamenti.

Paolo Di Marzio

## Brevi riflessioni in tema di conoscenza delle proprie origini e relazioni familiari<sup>1</sup>

SOMMARIO 1. L'ambiguo riferimento all'identità personale del figlio e il diritto all'oblio della madre. – 2. La rilevanza giuridica della «volontà della madre di non essere nominata» nell'atto di nascita. – 3. Atto di nascita, accertamento dello stato di figlio nato dentro il matrimonio e volontà della madre di conservare l'anonimato. – 3.1. Limiti della così detta signoria della madre sullo *status* del figlio. – 4. Parto anonimo e azioni di stato esercitate dal figlio non adottato. – 5. La ragionevolezza della distinzione tracciata dal legislatore. – 5. Morte della madre e conoscenza della verità. La soluzione accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 6. I dubbi che prospetta la soluzione fondata sul brocardo *mors omnia solvit*. – 7. Conclusioni.

### 1. L'ambiguo riferimento all'identità personale del figlio e il diritto all'oblio della madre

Una nota ricorrente in gran parte degli scritti che la dottrina ha offerto in materia di filiazione nel corso degli ultimi trenta anni accosta la verità *materiale* della procreazione al tema della tutela dell'identità personale del figlio. Propone, in particolare, l'idea che l'ordine giuridico attribuisca valore a tale verità in ragione del riconoscimento del diritto del figlio «*ad essere sé stesso* [...]» e, dunque, del riconoscimento di uno di quei diritti della persona che l'art. 2 Cost. garantisce anche nell'ambito delle relazioni familiari.

Non appena ci si accosti al tema sopra indicato, ci si avvede però che la prospettiva d'indagine è tutt'altro che univoca, poiché dischiude due differenti itinerari, soltanto in parte interferenti.

L'accertamento della «*verità biologica*», quale «*componente essenziale dell'identità personale*», può assumere *valore* sul piano del diritto per la formazione dello *status familiae* e, dunque, per la costituzione di una relazione tra genitore e figlio.

---

<sup>1</sup> Lo scritto rielabora idee già accolte nel saggio *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. Mors omnia solvit*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, pag. 1569 e seguenti.

Ma può, anche, assecondare un interesse soltanto esistenziale della persona, un bisogno di conoscenza del figlio su «[...] *uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione*». Può soddisfare un bisogno di ricerca e di conoscenza delle proprie origini del tutto indipendente dalle implicazioni sociali, prima ancora che giuridiche, derivanti a carico del genitore naturale dall'evento della procreazione.

L'accennata ambiguità, con cui la tutela dell'identità personale è accostata al tema dell'accertamento della verità della procreazione, disvela, a dispetto dell'univoco riferimento all'art. 2 Cost., una varietà di problemi giuridici. Differenti possono essere, a seconda del modo in cui è dissolta l'accennata ambiguità, gli interessi, anche di rilevanza costituzionale, che entrano in conflitto con il diritto in esame attribuito al figlio; e differenti, conseguentemente, possono essere le soluzioni che l'ordine giuridico accoglie per comporre l'indicato conflitto.

Conferma di ciò pare fornire proprio l'esame della questione, tanto dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, sul rapporto tra il *diritto* del figlio *alla conoscenza delle proprie origini*, da un lato, e il diritto *all'oblio* della madre naturale, dall'altro, ingenerato dalla rilevanza che assume la «*volontà di non essere nominata*» da quest'ultima esternata nell'atto di nascita del figlio.

## 2. La rilevanza giuridica della «volontà della madre di non essere nominata» nell'atto di nascita

In linea di continuità con quanto previsto dall'art. 70, comma 1 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, l'attuale ordinamento dello stato civile tutela «*l'eventuale volontà della madre di non essere nominata*» nell'atto di nascita (art. 30 d.p.r. 396/2000). E, a garanzia di tale volontà, l'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali vieta che «*il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre [...]*» siano rilasciati prima che siano «*decorsi cento anni dalla formazione del documento*».

Il diritto alla riservatezza in esame pare trarre fondamento nella «[...] *preoccupazione di tutelare la salute della madre e del minore durante la gravidanza e il parto e di evitare aborti clandestini o abbandoni selvaggi*»; e, dunque, nei predetti interessi di rilievo costituzionale alla vita e alla salute, che ricevono una tutela più intensa rispetto a quella assicurata all'identità personale del figlio.

Di qui, l'ordine giuridico garantisce il diritto alla riservatezza attraverso la previsione del dovere a carico dell'Ufficiale dello stato civile di conservare segreta l'identità della madre naturale nell'atto di nascita, fintanto che quest'ultima non abbia revocato la propria volontà di restare anonima ovvero non siano

trascorsi «cento anni» dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella ospedaliera. E, prima del decorso dell'indicato arco temporale, consente la conoscibilità dei soli dati non identificativi, qualora l'accesso a tali dati risultasse indispensabile per assicurare adeguati trattamenti terapeutici al figlio.

L'indicato assetto d'interessi e, segnatamente, il rilievo attribuito alla volontà della madre naturale sulla conoscibilità della verità *materiale* della procreazione, parrebbero revocare in dubbio l'idea che il figlio sia titolare di un (vero e proprio) diritto soggettivo alla conoscenza delle proprie origini, almeno se assume che tale situazione giuridica soggettiva presupponga un correlativo dovere di comportamento. Nella segnata prospettiva l'interesse alla conoscenza verrebbe protetto in dipendenza, non già dell'evento della nascita, ma della decisione della madre di svelare la propria identità. Prima che tale decisione sia maturata, l'indicato interesse non assumerebbe alcuna rilevanza giuridica.

Ora, tale esito, e in particolare, il riconoscimento alla madre naturale di un potere di controllo assoluto sull'accertamento della verità della procreazione, trae conforto nella disciplina dell'art. 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184 che non consente al figlio adottivo «l'accesso alle informazioni [...] nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396». E non consente l'accesso fintanto che, come ha precisato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 278 del 22 novembre 2013, la madre naturale, se interpellata dal giudice su richiesta del figlio «attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza», non intenda revocare la dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile al momento del parto.

La scelta accolta dal legislatore, di subordinare la soddisfazione dell'interesse del figlio alla volontà della madre naturale, per quanto possa risultare censurabile sul piano della politica del diritto, è certamente coerente con il sistema delineato per l'adozione. In particolare, con la regola secondo cui «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali»; e con l'esigenza più generale di proteggere la stabilità di tale rapporto di filiazione instaurato con sentenza.

È quanto meno dubbio, però, che tale scelta sia stata accolta dall'ordine giuridico al di fuori del rapporto di filiazione adottiva; e sia riferibile, in particolare, al caso in cui il figlio, che nell'atto di nascita risulti nato da genitori ignoti, non sia adottato. Per tale remota eventualità, pare disagevole ammettere che la conoscenza dei dati identificativi del genitore naturale e, più in generale, la rilevanza giuridica del legame di sangue sia subordinata alla decisione della madre naturale di svelare o meno la propria identità.



### 3. Atto di nascita, accertamento dello stato di figlio nato dentro il matrimonio e volontà della madre di conservare l'anonimato

Una parte della dottrina nega che la scelta per l'anonimato sia consentita ad una donna coniugata, almeno nel caso in cui il figlio non sia stato concepito a seguito di adulterio. E adduce, a sostegno di tale soluzione, il rischio della «[...] *formazione di un atto di nascita contrario a verità*» in «*contrasto con i principi fondamentali che reggono i rapporti tra i coniugi e il diritto della filiazione*».

Tesi, questa, che conduce ad un esito, non solo di disagiata verifica pratica attesa la ragionevole difficoltà per l'ufficiale dello stato civile di sindacare al momento del parto la veridicità di quanto dichiarato dalla madre in ordine alla indicazione del padre, ma anche in contrasto con l'enunciato dell'art. 30 d.p.r. 396/2000.

Detta disposizione attribuisce rilevanza, infatti, alla «*volontà di non essere nominata*», indipendentemente dallo stato civile della madre o dalle circostanze concrete in cui è avvenuto il concepimento; e tutela la vita e la salute della gestante e del neonato anche quando il concepimento sia intervenuto tra genitori coniugati. Interessi, questi, meritevoli di protezione a prescindere dallo stato coniugale della madre, tenuto conto delle innumerevoli circostanze che possano interferire sulla scelta di interrompere la gravidanza e sul rischio di «*aborti clandestini o abbandoni selvaggi*».

Sotto altro profilo, la soluzione più fedele all'enunciato dell'art. 30 d.p.r. 396/2000, incline a riconoscere il diritto all'oblio indipendentemente dalla sussistenza di una eventuale condizione coniugale della donna, parrebbe meglio conciliarsi con l'idea che l'atto di nascita integri il titolo costitutivo dello stato di figlio, piuttosto che un mero mezzo di prova di tale stato.

Sulla scorta di tale idea, accolta da una parte della dottrina e invalsa nell'indirizzo consolidato della giurisprudenza della Suprema Corte, la presunzione di paternità prevista dall'art. 231 c.c. opera, non già automaticamente in conseguenza dell'evento della nascita da donna coniugata, ma quando sia formato il corrispondente atto di nascita. Di tal che, fin a quando la dichiarazione di nascita non sia accompagnata dalla indicazione del vincolo matrimoniale tra i genitori, non è accertato lo *status filiationis* e la madre, quand'anche coniugata, può legittimamente manifestare la propria intenzione di restare anonima al momento del parto.

Nella segnata prospettiva, la giurisprudenza della Suprema Corte ammette che il figlio generato a seguito di adulterio possa essere riconosciuto dalla propria madre e/o dal proprio padre naturale, senza che quest'ultimo debba preventivamente esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. Così come, nega, sempre nel predetto caso, che la madre, allorché dichiara di non voler essere nominata nell'atto di nascita, sia responsabile del delitto di alterazione di stato.

### 3.1. Limiti della così detta signoria della madre sullo *status* del figlio

L'esito cui si è appena giunti, se consente di riconoscere anche alla donna coniugata una «*signoria sullo status del figlio*», lascia inalterato, però, il dubbio sopra prospettato sulla rilevanza giuridica della «*volontà di non essere nominata*» nell'atto di nascita. In particolare, il dubbio che tale volontà possa precludere, oltre che la possibilità di veicolare la conoscenza dell'identità della madre naturale attraverso l'attestazione compiuta dall'ufficiale dello stato civile, anche l'esercizio delle azioni di stato da parte del figlio naturale che non sia stato adottato. E, dunque, destituisca *a fortiori* di qualunque fondamento la pretesa del figlio naturale di acquisire la conoscenza dell'identità della madre anche attraverso mezzi di prova differenti dall'atto di nascita, opponendo un ostacolo insormontabile, sul piano del diritto, alla congruenza tra lo *status filiationis* e la verità della procreazione.

Dubbio, questo, al quale le rare pronunce edite nei repertori della giurisprudenza non forniscono una soluzione univoca.

Per un verso, una risalente pronuncia del Tribunale di Parma ha precisato che il figlio, anche a fronte della volontà della madre di restare anonima al momento del parto, possa fondatamente esercitare l'azione di reclamo di stato, oggi disciplinata dall'art. 239 c.c., nei confronti di entrambi i genitori. Ma, per altro verso, una pronuncia relativamente più recente del Tribunale di Milano ha negato, in presenza di un parto anonimo, l'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di maternità naturale, proposta ai sensi dell'art. 269 c.c., adducendo che l'accertamento dello stato di figlio «[...] *frusterebbe in modo illegittimo la finalità e la sostanza del diritto*» all'oblio riconosciuto alla madre dall'art. 30 d.p.r. n. 396/2000.

Tale soluzione, invero, trova oggi un significativo riscontro in una recente pronuncia della Suprema Corte, nonché, seppure in modo non altrettanto esplicito, nella sopra richiamata sentenza n. 278/2013 della Corte Costituzionale, nella parte in cui assume che la scelta per l'anonimato rechi «[...] una rinuncia irreversibile alla "genitorialità giuridica" [...]».

Il brano della sentenza appena richiamato non si rivela, però, del tutto perspicuo perché formulato sotto forma di *obiter dictum*, al fine di confortare l'idea che la scelta per l'anonimato impedisca la costituzione di una relazione giuridica tra madre e figlio naturale, non anche il «versante dei rapporti relativi alla genitorialità naturale». E si rivela ambiguo anche perché il carattere «irreversibile» della rinuncia alla genitorialità giuridica può dipendere, più che dalla scelta assunta dalla madre, dalla eventualità che sia pronunciata una sentenza d'adozione e, conseguentemente, sia costituito per legge uno *status filiationis* non conforme alla verità della procreazione.

Sotto tale profilo, altro è ammettere che la scelta in esame rechi una «rinuncia alla genitorialità giuridica», come conseguenza della mancata formazione dell'atto di nascita e, quindi, del titolo costitutivo dello stato di figlio. Altro, ancora, è imputare alla predetta rinuncia un carattere «irreversibile», trascurando che l'ostacolo alla formazione di una relazione giuridica tra genitore e figlio dipenda, piuttosto che dalla scelta per l'anonimato compiuta, da una fattispecie complessa che annoveri oltre alla predetta scelta materna la pronuncia di una sentenza d'adozione (art. 27, comma 3 legge adozione).

#### 4. Parto anonimo e azioni di stato esercitate dal figlio non adottato

Quanto appena affermato conduce all'esito che la *«volontà di non essere nominata»*, interferendo sulla formazione dell'atto di nascita, precluda sul piano del diritto la costituzione di una relazione giuridica tra madre e figlio in concomitanza dell'evento procreazione. Ma non preclude anche l'esercizio di un'azione di stato da parte del figlio e il conseguente accertamento giudiziale del rapporto genitoriale, fin tanto che al parto anonimo non abbia fatto seguito una sentenza d'adozione.

Tale esito scalfisce il convincimento che l'ordine giuridico ancori la garanzia del parto anonimo all'esclusivo controllo della madre, almeno nel caso in cui il figlio naturale sia del tutto privo di uno stato civile; e pare trovare conforto, oltre che nel principio della così detta «responsabilità per il fatto della procreazione» enunciato dall'art. 30, comma 1 Cost., anche in quegli indici normativi rinvenibili nella legge ordinaria che ricollegano l'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione unicamente alla prova della verità della procreazione, destituendo di qualunque valore l'eventuale dissenso del genitore naturale convenuto nel giudizio di stato.

Sotto tale profilo, un sicuro indice positivo è stato introdotto dalla riforma del 2013 nell'art. 239, comma 2 c.c. che consente il «reclamo dello stato di figlio» anche a chi, pur nato da genitori coniugati, «fu iscritto come figlio di ignoti, salvo che sia intervenuta sentenza di adozione». Regola, questa, che ammette all'accertamento del rapporto chi sia in grado di dimostrare in giudizio la veridicità della procreazione, anche se attraverso una prova differente dall'atto di nascita stante l'attestazione dell'ufficiale dello stato civile della volontà della madre di restare anonima.

L'opposta soluzione, che ancora l'accoglimento dell'azione di reclamo alla revoca dell'anonimato da parte della madre naturale, oltre a non trovare fondamento nella disposizione sopra indicata, conduce all'irragionevole disparità di trattamento tra figli nati dentro il matrimonio e figli nati fuori del matrimonio.

Quest'ultimi possono ottenere la dichiarazione giudiziale di maternità «nei casi in cui il riconoscimento è ammesso» e, come parrebbe confermare l'art. 11 della legge 184/1983, anche quando la madre abbia espresso al momento della nascita la volontà di non essere nominata. L'indicata disposizione, prevedendo che la dichiarazione dello stato di adottabilità sia sospeso allorché il genitore naturale chieda «termine per provvedere al riconoscimento», induce ad ammettere implicitamente anche l'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione fino al momento in cui non sia perfezionato il procedimento d'adozione. Fino a quando non sia pronunciata la sentenza di adozione la madre può riconoscere il figlio, quand'anche abbia espresso nell'atto di nascita l'intenzione di restare anonima. Tale intenzione, non pregiudicando la possibilità del riconoscimento, neppure può precludere, in ossequio alla regola dettata dall'art. 269 c.c., l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità promossa dal figlio.

Sotto altro profilo, l'idea incline ad attribuire rilevanza all'intenzione materna di restare anonima nel giudizio di stato proposto dal figlio naturale, condurrebbe a riscontrare nell'art. 30 d.p.r. 396/2000 un limite all'accertamento del rapporto di filiazione. Limite, questo, che suscita perplessità sul piano, oltre che del metodo interpretativo poiché ricava il significato di enunciati dettati da leggi (*rectius* dagli artt. 239, comma 2 e 269 c.c.) alla luce di una disposizione di fonte regolamentare, anche della legittimità costituzionale atteso che l'art. 30, ultimo comma Cost., affida alla legge, e non anche alla fonte regolamentare, il compito di dettare «norme e limiti per la ricerca della paternità».

## 5. La ragionevolezza della distinzione tracciata dal legislatore

Le considerazioni appena svolte disvelano il limite della tutela della pretesa all'oblio della madre naturale e la rilevanza che assume in vista del trattamento di tale pretesa l'interesse che il figlio naturale può addurre a fondamento della contrapposta esigenza di conoscere le proprie origini.

L'ordine giuridico affida, per un verso, alla insindacabile decisione della madre la conservazione del segreto per l'intero arco temporale di cento anni decorrenti dalla formazione della cartella ospedaliera o del certificato di assistenza al parto, allorché l'oblio conduca al sacrificio di un bisogno esistenziale del figlio naturale, senza compromettere l'acquisto da parte di quest'ultimo di uno *status familiae*.

Assicura, per altro verso, la conservazione del segreto quando non risulti pregiudicata al figlio naturale non riconosciuto né adottato la possibilità di acquistare uno *status familiae* e, conseguentemente, di accertare giudizialmente la verità della procreazione. A fronte della pretesa di tale accertamento, la decisione di

non essere nominata nell'atto di nascita non ostacola l'ammissibilità della prova della maternità che *con ogni mezzo* il figlio potrà comunque fornire nel corso del giudizio di stato (art. 241 c.c.).

La distinzione così tracciata, per quanto possa risultare discutibile sul piano delle scelte politiche e poco coerente con l'esigenza di protezione della vita e della salute della madre e del figlio perseguita dall'art. 30 d.p.r. n. 396/2000, pare ragionevole quanto meno se si considera la diversità degli interessi che rispettivamente vengono in rilievo e delle situazioni regolate dalla legge in cui è rivendicata dal figlio la tutela della propria identità personale.

## 6. Morte della madre e conoscenza della verità. La soluzione accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione

Nonostante l'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 assicuri per cento anni dalla formazione della cartella ospedaliera o del certificato di assistenza al parto la riservatezza dei «dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata», un indirizzo accolto dalla Corte di Cassazione reputa conoscibili i suddetti dati non appena si verifichi la morte della madre.

Ammette la possibilità di svelare tali dati ancorché non siano decorsi i cento anni previsti per legge, poiché la tutela della riservatezza risulterebbe ancorata alla durata della vita della madre, piuttosto che al fluire naturale di un tempo prestabilito.

Di tal che, il *dies ad quem* fissato per legge fungerebbe da limite insuperabile della protezione della riservatezza, allorché la durata della vita della madre ecceda la soglia dei cento anni.

A conforto di tale interpretazione si osserva che la morte, se non segnasse un limite alla tutela della riservatezza, finirebbe per rendere «[...] *di fatto, inattuabile la volontà del figlio di conoscere le proprie origini biologiche*» e per «[...] *reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l'anonimato che la Corte Costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della carta fondamentale*». Cristallizzazione *post mortem*, questa, «*paradossale*» poiché «*verrebbe a realizzarsi [...] proprio in presenza dell'affievolimento, se non della scomparsa, di quelle ragioni di protezione, risalenti alla scelta di partorire in anonimo che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre proprio in ragione della revocabilità della scelta*».

Di qui, la Suprema Corte assume che la morte integri una «*circostanza presuntiva della volontà di rimozione del segreto*» che non ammette alcuna prova contraria, neppure quella fornita da un atto di ultima volontà con il quale la

madre esprima un'intenzione «[...] *definitivamente contraria alla rimozione del segreto dopo la sua morte*».

La Suprema Corte avverte il rischio che la conoscenza postuma possa pregiudicare l'«[...] *identità 'sociale' costruita in vita*» dalla madre «*in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato*»; ma reputa adeguato a scongiurare il suddetto rischio di «*danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)*» non già l'oblio della madre, ma il rilascio e l'uso delle informazioni identificative «[...] *in modo corretto e lecito (d.lgs. N. 196 del 2003, art. 11, lett. a)*».

## 7. I dubbi che prospetta la soluzione fondata sul brocardo *mors omnia solvit*

La soluzione appena proposta, se è comprensibilmente animata dalla encomiabile tensione di assecondare un bisogno esistenziale del figlio naturale, pare discostarsi dalla scelta legislativa accolta dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Tale disposizione, nel fissare l'arco temporale di cento anni per la conservazione del segreto, non attribuisce alcun rilievo alla circostanza che la madre sia ancora in vita. Tutela la pretesa al segreto per «*cento anni dalla formazione*» della cartella ospedaliera o del certificato di assistenza al parto, quand'anche la morte della madre si verifichi in epoca antecedente rispetto alla scadenza del termine legale.

Sotto tale profilo, la disposizione in esame parrebbe accogliere l'idea che la «verità» della procreazione racchiuda informazioni riferibili, non soltanto alla madre, ma anche ai familiari di quest'ultima; e, dunque, contiene dati la cui segretezza, anche in vista della tutela della riservatezza e dell'immagine di questi ultimi, debba essere conservata anche *post mortem*.

Di qui, la regola dettata dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 parrebbe fornire un indice positivo della rilevanza *post mortem* del segreto e, in una prospettiva più generale, della possibilità che la tutela dei diritti personalità sia estesa anche oltre la durata della vita del titolare di tali situazioni giuridiche soggettive, allorché la conservazione di tale tutela sia sorretta da ragioni familiari. Soluzione, questa, coerentemente recepita dalla regola dettata dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; nonché dalla regola generale dettata dall'art. 2-terdecies, comma 1 dell'indicato d.lgs. 196/2003 che affida la tutela dei «dati personali concernenti persone decedute [...] a chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

L'indicata interpretazione conduce al problema della così detta «*crystallizzazione della scelta per l'anonimato*» in conseguenza della morte della madre naturale. E parrebbe esporre la regola dettata dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 alle medesime censure di illegittimità che la Corte Costituzionale ha formulato per l'art. 28, comma 7, della legge adozione. In particolare, a quella condensata nella violazione del diritto all'identità personale del figlio naturale, in ragione della omessa previsione ad opera della legge di procedure che consentano di confermare l'attualità della scelta assunta dalla madre al momento del parto.

Tale dubbio pare, però, fondato soltanto in parte, poiché sorretto sulla discutibile premessa della irrilevanza giuridica di un atto di ultima volontà con il quale la madre confermi o revochi la scelta originariamente compiuta al momento del parto. Soltanto sulla scorta di tale premessa, la morte condurrebbe ad una censurabile «*crystallizzazione della scelta per l'anonimato*».

Ma è quanto meno discutibile che tale premessa sia accolta dal diritto positivo, a meno di voler trascurare l'enunciato dell'art. art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Tale disposizione, infatti, assicurando la riservatezza del dato identificativo per cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella ospedaliera, affida al potere autonomo della madre naturale la sorte del segreto. Tant'è che, nel corso del predetto periodo, è consentita alla madre la facoltà di rendere attuale la medesima scelta compiuta al momento del parto, attraverso l'interpello rivolto dal giudice su istanza del figlio naturale. Di tal che, la disposizione in esame, nella parte in cui attribuisce una sfera di autonomia privata nell'arco di tempo prestabilito, pare offrire un indice positivo della rilevanza giuridica di un atto di ultima volontà che racchiuda la decisione attuale della madre sulla sorte del segreto per il periodo successivo alla propria morte. Di un atto per la cui validità occorra, al pari di quanto l'ordine giuridico preveda per le ulteriori ipotesi tradizionalmente annoverate nel contenuto atipico del testamento, non necessariamente l'adozione dei requisiti di formali prescritti per le disposizioni testamentarie, ma che la volontà del *de cuius* sia raccolta all'interno di uno scritto.

## 8. Conclusioni

Le considerazioni sopra svolte stemperano, almeno in parte, il dubbio sulla irragionevolezza della regola dettata dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, racchiuso nell'assunto che il segreto *post mortem* verrebbe conservato nonostante l'«[...] *affievolimento, se non [la] scomparsa, di quelle ragioni di protezione*» accolte dal legislatore.

L'idea che la morte cancelli qualunque esigenza di protezione è opinabile, certamente, quando un atto di ultima volontà veicoli la decisione di conservare l'anonimato in linea di continuità con la scelta compiuta al momento del parto. Ed è smentita, anche, dagli ulteriori indici positivi che accordano protezione a interessi esistenziali per ragioni familiari anche *post mortem*. Indici, questi, contenuti negli artt. 8, 10 c.c., nell'art. 93 legge d. autore, nell'art. 8, comma 1 codice della proprietà industriale, nell'art. 2-terdecies, comma 2 d.lgs. 196/2003. Indici che parrebbero confermare la soluzione che la morte non renda irrilevanti interessi esistenziali tutelati nel corso della vita, indipendentemente dal problema dell'inquadramento dogmatico di tale soluzione: se l'ordine giuridico attribuisca un diritto soggettivo *nuovo* ai familiari del *de cuius* ovvero se disponga la successione nella titolarità del medesimo diritto della personalità originariamente spettante al *de cuius*.

Quanto sopra osservato disvela, però, un profilo d'irragionevolezza della regola dettata dall'art. 93, comma 2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, nella parte in cui assicura la conservazione del segreto, anche quando manchi un atto di ultima volontà che confermi la decisione assunta al momento del parto; oppure, quando non vi siano familiari superstiti legittimati ad opporsi alla divulgazione del dato.

In entrambe le predette ipotesi, la regola in esame prescinde dall'accertamento delle circostanze concrete e tutela, in ogni caso, la riservatezza della madre, alimentando quanto meno il sospetto che l'assetto d'interessi da essa delineato sacrifichi eccessivamente l'interesse del figlio naturale alla conoscenza delle proprie origini senza una plausibile giustificazione.





## Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità femminile

L'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) ha determinato un ampliamento del processo procreativo oltre i limiti biologici derivanti da condizioni soggettive impeditive di natura patologica o legati al genere. Questo ha portato la giurisprudenza a doversi confrontare con nuovi modelli genitoriali e con le istanze sociali volte a ricondurre l'aspirazione alla genitorialità nel catalogo dei diritti inviolabili della persona, tenuto conto della vocazione universalistica del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che permea anche le relazioni affettive e familiari.

Invero, nell'ultimo decennio, i giudici, su richiesta prevalente di coppie omoaffettive, si sono occupati delle nascite da p.m.a. e della conseguente definizione giuridica della relazione con il genitore d'intenzione, svolgendo un ruolo fondamentale nel determinare il diritto vivente applicabile in materia. È proprio dai casi di omogenitorialità che si è sviluppato il nuovo corso dell'intervento della giurisdizione sulle questioni connesse alle tecniche di p.m.a., in quanto incentrato non più sui problemi legati all'accesso ma su quelli conseguenti alla nascita del minore.

Spesso le soluzioni non sono state univoche, soprattutto in tema di riconoscimento e trascrizione degli atti di nascita esteri, ove si è mantenuta una distinzione tra omogenitorialità femminile ed omogenitorialità maschile, in considerazione delle diverse forme di p.m.a. cui la coppia omoaffettiva può ricorrere e delle ricadute che tale diversità ha nella valutazione di non contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale.

Un regime differenziato è previsto anche in funzione del luogo di nascita del minore. Ove quest'ultimo nasca in Italia, lo status filiationis conseguente alla nascita è regolato dal diritto interno e soggiace a tutto quel sistema di prescrizioni e divieti che il legislatore, nell'esercizio delle sue scelte di politica legislativa, ha previsto per le coppie omoaffettive in tema di accesso alle tecniche di p.m.a. ed all'adozione legittimante. Diversamente, qualora il riconoscimento del rapporto di filiazione avvenga ad opera di un atto estero, l'unica valutazione che si rende necessaria è quella, meno stringente, relativa alla compatibilità degli effetti dell'atto estero con i soli principi di ordine pubblico internazionale.

Quel che va evidenziato è che, anche ove non sia stata ritenuta praticabile la strada del riconoscimento pieno della genitorialità per le coppie omoaffettive, la giurisprudenza ha comunque tenuto conto della necessità di non privare il minore dell'eventuale relazione affettiva sviluppata con il genitore d'intenzione, riconoscendo nell'adozione in casi particolari contenuta nella lett. d) dell'art. 44 della l. n. 184 del 1983, la forma di genitorialità "minima" applicabile a tutte le relazioni omogenitoriali.

Si tratta di un modello di adozione sicuramente diverso e gradato rispetto a quello dell'adozione legittimante, ma pur sempre costitutivo di una relazione genitoriale vera e propria con il minore, sia dal punto di vista dell'assunzione della responsabilità genitoriale che della titolarità di diritti e doveri ad essa conseguenti, con la sola limitazione del profilo della parentela e dei diritti successori.

Questa impostazione risulta coerente con il principio consolidato all'interno della giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 601 del 2013), secondo il quale non vi sono certezze scientifiche, dati di esperienza o l'indicazione di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità dell'inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio. Il principio è stato affermato in una fattispecie in cui la *ex* moglie, successivamente al giudizio di separazione, aveva instaurato una relazione omogenitoriale con un'altra donna; circostanza, quest'ultima, non qualificata dalla Corte come idonea a legittimare, nei confronti del genitore omosessuale, una limitazione nell'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero la decadenza dalla stessa (Cass. n. 601 del 2013).

Va precisato che le coppie omoaffettive, anche dopo aver ricevuto un riconoscimento giuridico ad opera della legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016), non possono ricorrere all'adozione del figlio del coniuge di cui alla lett. b) dell'art. 44 della l. n. 184 del 1983, perché il legislatore, all'art. 1, co. 20 della legge sopra citata, ha espressamente escluso l'applicazione alle parti dell'unione civile delle norme codicistiche sulla filiazione e di quelle relative all'adozione di cui alla l. n. 184/1983. È tuttavia fatto salvo quanto "previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", così da garantire un'apertura verso il diritto vivente che la giurisprudenza, attraverso i suoi orientamenti, ha determinato con il ricorso all'ipotesi adottiva di cui all'art. 44 lettera d) l. n. 184 del 1983.

Dunque, la strada dell'adozione di cui alla lett. d) è apparsa l'unica praticabile per le coppie omoaffettive alla luce di un duplice ordine di ragioni. In primis, perché l'adozione in casi particolari non richiede il possesso delle condizioni soggettive ed oggettive previste per l'adozione legittimante (art. 6), così da poter essere richiesta anche dal single o da chi sia legato al genitore biologico da una relazione priva di riconoscimento giuridico o da una relazione non qualificata

dall'ordinamento come idonea per il riconoscimento della genitorialità piena. In secondo luogo, perché la fattispecie disciplinata dalla lett. d) non incontra altri limiti oggettivi e soggettivi diversi dalla constatata impossibilità di affidamento preadottivo, interpretata dalla giurisprudenza quale impossibilità giuridica, non di fatto, che non postula l'esistenza di una situazione di abbandono o semi abbandono nel minore ma è funzionale a salvaguardare la continuità affettiva ed educativa dei legami intercorrenti tra il minore e chi se ne prende cura.

Se da una parte l'adozione in casi particolari di cui alla lett. d) è stata indicata quale unica forma di omogenitorialità giuridicamente compatibile con la legislazione interna in tema di filiazione e nascita da p.m.a., dall'altra, la giurisprudenza non ha rinunciato a spingersi oltre ed a riconoscere direttamente i rapporti di filiazione costituiti all'estero.

Una maggiore apertura si è registrata sul versante dell'omogenitorialità femminile, rispetto a quella maschile, in ragione delle diverse modalità di accesso alla p.m.a. e delle conseguenze che tale diversità determina nella valutazione di non contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale. Invero, il ricorso alla p.m.a. da parte di una coppia di genere femminile consente sempre, quantomeno ad una delle partner della coppia, precisamente, a quella nel cui utero viene impiantato l'embrione formato in vitro, di portare avanti la gestazione e di partorire, così realizzando una maternità perfettamente corrispondente a quella naturale che, secondo le regole civilistiche, legittima l'acquisizione del relativo status genitoriale. Diversamente, l'omogenitorialità maschile, in assenza del fenomeno naturale del parto, non è di immediata constatazione e comporta necessariamente il ricorso alla gestazione per altri, espressamente vietata nel nostro ordinamento dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004. Anche ove uno dei partner conferisca il gamete maschile per la fecondazione dell'embrione, quest'ultimo viene impiantato nell'utero della madre gestante che si presenta come una terza persona rispetto alla coppia omoaffettiva, così violando il suddetto divieto.

Alla luce di ciò, la Corte di Cassazione (Cass., n. 19599 del 2016) ha affermato la non contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento e della trascrizione nel registro dello stato civile di un atto estero validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da parte di due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per avere la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto. Nel caso di specie, dunque, entrambe le partner hanno avuto un ruolo attivo dal punto di vista genetico e biologico nel processo procreativo e l'unico profilo eterologo è costituito dal gamete maschile, il quale è naturalmente necessario per la procreazione.

Con sentenza 14878/2017, la Corte è giunta alle medesime conclusioni nell'ipotesi in cui la p.m.a. era qualificabile come eterologa in relazione sia al gamete

maschile che a quello femminile, ossia quando la partner diversa dalla gestante non aveva alcun legame biologico con il minore per non aver partecipato al processo procreativo. Questa mancata partecipazione non è stata ritenuta rilevante ai fini della costituzione dello status genitoriale, poiché la tutela del preminente interesse del minore ed il principio di non discriminazione in virtù dell'orientamento sessuale sono state ritenute sufficienti a legittimare la costituzione di uno status genitoriale anche in favore della partner non gestante.

Parimenti, è stata affermata la legittimità della trascrizione della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei figli di coppia omogenitoriale femminile ritenendo nettamente prevalente il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatosi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo l'orientamento sessuale della coppia, non potendo quest'ultimo incidere sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale. La pronuncia (Cass., n. 14007/2018) ha riguardato un caso di adozione incrociata di due minori: la madre biologica dell'uno era stata madre genetica dell'altro e viceversa.

L'orientamento di apertura che emerge dalle pronunce citate deve confrontarsi con quanto affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 221/2019) in materia di divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omoaffettive, previsto dall'art. 5, l. n. 40/2004, secondo il quale: "possono accedere alla tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi vivi". Il giudice delle Leggi ha ritenuto tale divieto compatibile con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., posto che rientra nella piena discrezionalità del legislatore la scelta del modello relazionale (coppia eterosessuale) abilitato a ricorrere alla p.m.a, ma, d'altra parte, ha escluso la sua riconducibilità a principio intangibile di ordine pubblico internazionale, in quanto operante solo sul versante del diritto interno.

In applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale, la giurisprudenza di legittimità, con due pronunce inerenti a minori nati in Italia mediante ricorso estero a p.m.a. (Cass., nn. 7668 e 8029 del 2020), ha negato il diritto del genitore d'intenzione ad essere indicato unitamente alla madre gestante nell'atto di nascita, stante l'operatività del divieto di cui all'art. 5. Il caso di specie, sottolinea la Corte di Cassazione, diverge da quelli affrontati nelle precedenti pronunce (Cass., n. 19599/2016 e Cass., n. 14878/2017) poiché concerne un atto predisposto e confezionato in Italia e, dunque, pienamente soggetto al diritto interno.

L'elemento differenziale costituito dall'evento nascita, in un caso all'estero, nell'altro in Italia, produce conseguenze giuridiche in ordine al paradigma normativo invocabile ed alla tipologia di genitorialità sociale riconoscibile. Qualora il minore nasca in Italia, lo status filiationis è regolato esclusivamente dalla legge italiana, con piena operatività del divieto per le coppie omoaffettive di

accedere alla p.m.a. (ex art. 5, l. n. 40/2004) ed all'adozione legittimante (secondo il combinato disposto degli artt. 6 della l. n. 184/1983 e 1, co. 20, della l. n. 76/2016) e l'unica forma di genitorialità riconoscibile è quella dell'adozione in casi particolari ex lett. d), l. n. 184/1983. Per contro, nel caso in cui si richieda il riconoscimento di un atto estero che riconosca la bigenitorialità, l'unica verifica che s'impone come necessaria concerne la compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale, senza che rilevino i suddetti divieti di diritto interno.

Al riguardo deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, non rientra nel perimetro dei principi dell'ordine pubblico internazionale, né l'orientamento sessuale della coppia, in quanto inidoneo ad incidere sull'assunzione della responsabilità genitoriale, né i limiti che il legislatore ha posto alle coppie omoaffettive in materia di accesso alla p.m.a ed all'adozione legittimante, operando questi sul solo piano interno dell'accesso alla genitorialità. L'unico ostacolo al riconoscimento dello status genitoriale validamente formati all'estero è stato rinvenuto nel divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004 che, alla luce delle Sezioni Unite n. 12193/2019, è qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione. In forza di tale principio, i giudici di legittimità hanno negato il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero che ha accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione, individuando nell'adozione non legittimante ex art. 44, lett. d) della l. n. 184/1983 l'unica forma di genitorialità con la quale tutelare adeguatamente l'interesse del minore.

Recentemente, le Sezioni Unite (sent. n. 9006/2021) si sono nuovamente pronunciate in materia di omogenitorialità maschile e, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento precedente, hanno escluso l'incompatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale del riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile, non ritenendo un elemento ostativo l'omogenitorialità del nucleo familiare qualora sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. Nel caso di specie, l'adozione estera è stata pronunciata dopo aver acquisito il consenso dei genitori biologici, ma la Corte, valorizzando un precedente della giurisprudenza costituzionale (Corte Cort., sent. n. 536/1989), ha escluso che nel modello consensuale possa rinvenirsi un'aprioristica contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento, spettando al giudice di merito il compito di verificare, caso per caso, il rispetto delle garanzie irrinunciabili per i soggetti coinvolti nel procedimento adottivo, nonché accertare che il contenuto del provvedimento straniero sia effettivamente adottivo.

Con questa pronuncia la giurisprudenza ha dato pieno riconoscimento alla bigenitorialità maschile, ove il processo procreativo non sia con certezza fondato

sul ricorso alla gestazione per altri, dovendosi in questo caso ravvisare la contrarietà dell'atto estero ai principi di ordine pubblico internazionale. Va osservato, però, che proprio sulla scorta di tale divieto si rischia un regime differenziato in ragione del genere della coppia omoaffettiva che ricorre alla p.m.a. Se di genere maschile, non può essere riconosciuta altra forma di genitorialità all'infuori di quella adottiva, per quella femminile c'è spazio in relazione alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero alla costituzione dello status genitoriale anche non adottivo

In conclusione, dall'analisi dello stato attuale del diritto vivente, ciò che emerge e su cui si invita a riflettere, è una situazione di discriminazione nella quale versa il minore a causa di circostanze da lui indipendenti, quali l'acquisizione dello status filiationis in Italia e la nascita a seguito di una pratica vietata dall'ordinamento (maternità surrogata). Di fatti, in questi casi, l'unica forma di genitorialità riconoscibile è quella graduata dell'adozione in casi particolari *ex lett. d)*., la quale, rispetto all'adozione legittimante, comporta una contrazione dei diritti del minore, di carattere prevalentemente patrimoniale e successorio, che difficilmente si giustifica alla luce del principio di unicità dello status di figlio.

L'inadeguatezza di un simile sistema di tutela è stata messa in luce anche da due recenti sentenze della Corte Costituzionale (nn. 32 e 33 del 2021), con le quali è stata riconosciuta la necessità di un intervento legislativo tempestivo ed efficace per colmare tale deficit di tutela.

La prima delle due sentenze ha avuto ad oggetto un caso di omogenitorialità femminile in cui la madre biologica, a seguito della cessazione della relazione omoaffettiva, ha negato il proprio consenso al fine di impedire che il genitore d'intenzione fosse riconosciuto quale genitore adottivo di due gemelle nate da p.m.a. secondo il modello di adozione in casi particolari di cui alla lett. d). Dal momento che le minori sono nate in Italia, l'operatività del divieto di cui all'art. 5 ha precluso ogni possibilità di riconoscimento giuridico della relazione con il genitore d'intenzione, nonostante quest'ultima avesse condiviso il progetto di p.m.a. prestando il proprio consenso, ed avesse avuto un ruolo attivo nella cura, educazione e crescita delle minori. La Corte Costituzionale ha evidenziato come non esiste un divieto costituzionale per le coppie dello stesso sesso di accogliere figli, ma spetta alla discrezionalità del legislatore disciplinarne in concreto le modalità. Allo stesso tempo, però, ha condiviso le preoccupazioni del giudice rimettente circa l'attuale condizione di discriminazione e deficit di tutela nella quale versano i minori nati in Italia da p.m.a. condivisa da una coppia omoaffettiva. Infatti, dopo aver dedicato ampio spazio alle ragioni di tutela del minore, alla valorizzazione dei legami instaurati con il genitore d'intenzione ed al divieto di discriminazione in forza dell'orientamento sessuale, ha concluso rivolgendo un monito al legislatore ad intervenire, ritenendo "non più tollerabile il protrarsi

dell'inerzia legislativa, tanto è grave il ruolo di tutela del preminente interesse del minore”.

A conclusioni analoghe è pervenuta la sentenza n. 33/2021 in materia di gestazione per altri all'interno di una coppia omogenitoriale maschile. Fermo il disvalore che il legislatore, sulla base di una valutazione discrezionale implicante profili etici, collega alla maternità surrogata, la pronuncia non ha mancato di soffermarsi sulle conseguenze pregiudizievoli che tale stigma comporta per i diritti del minore. La Corte pone l'accento non sul “diritto alla genitorialità” ma unicamente sull'interesse del minore a che sia affermata, in capo a chi si è determinato ed ha condiviso la scelta di generare, “la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio delle responsabilità genitoriali”. In relazione a quest'ultimo profilo, se da una parte viene riconosciuta la libertà di apprezzamento degli Stati in ordine alla scelta del modello genitoriale ritenuto migliore, dall'altra, l'adozione in casi particolari risulta inadeguata, oltre che inscindibilmente condizionata dall'assenso del genitore biologico.

Pertanto, anche il giudice delle Leggi ha preso atto dell'attuale situazione discriminatoria in cui versano i minori riconosciuti figli di coppie omoaffettive, dimostrando un'insofferenza verso il perdurante immobilismo legislativo rispetto al crescente numero di richieste di tutela di status filiali provenienti da scelte genitoriali non consentite dall'ordinamento interno. Questo porta ad interrogarsi sulla ragionevolezza e, prima ancora, sulla compatibilità con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) di un simile trattamento discriminatorio che deriva esclusivamente da scelte politiche riconosciute come costituzionalmente legittime, in quanto espressione del potere discrezionale del legislatore, ma non necessariamente imposte dalla nostra Costituzione. Nelle more di un intervento tempestivo ed efficace del legislatore, spetta, dunque, ai singoli giudici, attraverso un'interpretazione che tenga conto delle indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, l'arduo compito di colmare il deficit di tutela presente attualmente nell'ordinamento.





## Mantenimento dei figli nella fase di disgregazione dell'unione tra i genitori

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Mantenimento diretto ed indiretto dei figli nella fase della disgregazione. – 2.1. La proporzionalità del mantenimento e i criteri di quantificazione dell'art. 337-ter c.c. – 2.2. Il mantenimento degli ascendenti: residualità – 3. Il mantenimento dei figli maggiorenni nella crisi familiare: art. 337septies c.c. – modalità di assolvimento. – 3.1. Legittimazione a richiedere l'assegno: integrazione contraddittorio, intervento adesivo, rinuncia all'assegno. – 4. Cessazione dell'obbligo di mantenimento. – 4.1. Limite fattuale: autosufficienza economica. – 4.2. Limite fattuale: colpevole inerzia. – 4.3. Limite anagrafico per il mantenimento? – 4.4. Allegazione e onere della prova del diritto al mantenimento. – 4.5. Onere della prova della sussistenza dell'autosufficienza. – 4.6. Perdita dell'autosufficienza e reviviscenza del mantenimento. – 4.7. Contratti della crisi familiare e trasferimenti immobiliari in assolvimento dell'obbligo di mantenimento. – 5. Casa Familiare: funzione, valore ai fini del mantenimento – 5.1. Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare. – 5.2. Casa Familiare oggetto di comodato. – 6. Modifica e revoca del mantenimento e ripetibilità delle somme. – 6.1. Modifica e revoca del mantenimento e preclusioni processuali. – 7. Le spese straordinarie. – 7.1. Le spese straordinarie ed assegno periodico. – 7.2. Le spese straordinarie: preventiva informazione e accordo. – 7.3. Spese straordinarie e controversia sul rimborso: competenza, forme di tutela, quota. – 8. Diritto di rimborso del mantenimento nei confronti del genitore giudizialmente dichiarato.

### 1. Premessa

Ciascun genitore ha il diritto-dovere, costituzionalmente sancito nell'art. 30, di mantenere i figli, oltre che di istruirli ed educarli.

In costanza di unione tra i genitori, il mantenimento dei figli non è sottoposto a regole stringenti bensì rimesso alle rispettive possibilità economiche dei genitori.

L'art. 316-bis c.c., norma primaria di riferimento per il mantenimento dei figli stabilisce che *i genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in*

*proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo.*

Nel caso di disgregazione dell'unione, l'art 337-ter c.c. inserito nel capo II (relativo all'*esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio*), Titolo IX (*della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*) del Libro I, chiarisce che ciascuno dei genitori è tenuto a provvedere al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, salvo accordi diversi liberamente sottoscritti e l'assegno periodico posto a carico di un genitore deve rispettare i criteri previsti dai commi 4-6 dell'articolo richiamato.

Con il raggiungimento della maggiore età dei figli non viene automaticamente meno l'obbligo dei genitori di contribuire al loro mantenimento. Tale obbligo cessa con il raggiungimento della cd. autosufficienza economica, da valutare caso per caso.

## 2. Mantenimento diretto ed indiretto dei figli nella fase della disgregazione

Il mantenimento dei figli nella fase della disgregazione familiare può essere assolto in forme diverse.

Per i figli minori, l'attuale norma dell'art. 337-ter c.c. (inserita dal Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, in cui è confluita, in maniera pressoché intatta, la previsione dell'art. 155 c.c. ex Legge 8 febbraio 2006, n. 54), prevede, in primis, il mantenimento diretto.

Esso si concretizza nel soddisfacimento autonomo da parte del genitore dei bisogni e delle necessità dei figli, con l'acquisto e il pagamento personale, con propri mezzi economici, di beni, servizi, utilità (es. abbigliamento, spesa per gli sport) che occorrono ai figli, specie nel tempo che trascorrono con essi.

Può costituire l'unica modalità di mantenimento (*mantenimento diretto integrale*) quando il tempo di permanenza del minore è paritario e le posizioni economico-reddituali dei genitori sono speculari. Presuppone, in tal caso, generalmente prossimità di luogo di vita e continuità di frequentazione da parte di entrambi i genitori rispetto al figlio, situazione spesso non realizzabile sia per ragioni di domicilio che di lavoro. Comporta maggiori occasioni di coinvolgimento e responsabilizzazione del genitore cd. non collocatario.

Nell'impianto normativo dell'art. 337-ter c.c., il mantenimento diretto non asurge a modalità unica dell'assolvimento degli obblighi economici, disponendo la norma che "*il giudice fissa altresì la misura e il modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento dei figli*" e che "*ove necessario, stabilisce la corresponsione di un assegno periodico*".

Potrebbe essere quindi disposto il mantenimento diretto per alcune specifiche voci di spesa e, correlativamente, un *mantenimento indiretto "integrativo"*, sia pure in misura ridotta tenendo conto del tempo che il minore trascorre con ciascun genitore.

L'affidamento condiviso infatti non implica necessariamente tempi paritari di permanenza dei minori con ciascun genitore e quindi, come conseguenza automatica, che ciascuno di essi provveda in modo diretto ed autonomo alle predette esigenze<sup>1</sup>.

Accade quindi più frequentemente che al di là del mantenimento diretto (che il genitore attua nel tempo che principalmente trascorre con il minore) venga previsto il mantenimento indiretto, che consiste nel versamento periodico di una somma di denaro da parte di un genitore all'altro, tendenzialmente al genitore cd. collocatario, in favore e nell'interesse del minore, somma parametrata ai criteri previsti nell'art. 337-ter c.c..

*Il Giudice opera infatti una valutazione caso per caso e ha un'ampia discrezionalità nella determinazione del contributo a carico dei genitori nell'interesse morale e materiale della prole e nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>2</sup>.*

Diverse sono le prassi adottate sul punto nei vari Uffici Giudiziari.

Tale strutturazione degli obblighi economici dei genitori verso i figli nella fase di disgregazione dell'unione riceve l'avallo della S. C. di Cassazione, secondo cui *"..la corresponsione dell'assegno, peraltro, si rivela quantomeno opportuna se non necessaria quando l'affidamento condiviso prevede il collocamento prevalente presso uno dei genitori. Il collocatario, essendo più ampio il tempo di permanenza presso di lui, potrà quindi gestire da solo il contributo ricevuto dall'altro genitore, dovendo provvedere in misura più ampia alle spese correnti e all'acquisto di beni durevoli che non attengono necessariamente alle spese straordinarie"*<sup>3</sup>.

## 2.1. La proporzionalità del mantenimento e i criteri di quantificazione dell'art. 337-ter c.c.

Il criterio della proporzionalità è sancito innanzitutto a livello costituzionale (art. 30 Cost.), laddove la norma sovraordinata stabilisce che "i genitori sono obbligati a contribuire al soddisfacimento dei bisogni dei figli minori in misura proporzionale alle proprie disponibilità economiche".

<sup>1</sup> Cass. 10 dicembre 2014, n. 26060.

<sup>2</sup> Cass. 20 gennaio 2012, n. 785.

<sup>3</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass. 04 novembre 2010, n. 22502, Cass. 04 novembre 2009, n. 23411.

L'art. 337-ter c.c., al comma 4, ribadisce poi che “salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito” e che per la determinazione dell'assegno di mantenimento indiretto occorre considerare “le risorse patrimoniali dei genitori” (comma 4, n. 4).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il principio di proporzionalità richiede una valutazione comparata dei redditi di entrambi i genitori, oltre alla considerazione delle esigenze attuali del figlio ed del tenore di vita da lui goduto<sup>4</sup>.

Ma quali sono gli altri criteri per quantificare l'assegno di mantenimento indiretto?

L'art. 337-ter c.c., pocanzi menzionato, individua quali parametri di riferimento – oltre alle *risorse patrimoniali dei genitori (n. 4)* – anche *i tempi di permanenza presso ciascun genitore (n. 3)*, *le attuali esigenze del figlio (n. 1)*, *il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori (n. 2)* e *la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (n. 5)*.

Tali criteri possono ritenersi volti a garantire che il minore non venga pregiudicato nella sua crescita e formazione a causa della crisi o rottura dell'unione tra i genitori e che, sotto il profilo economico, non vi siano tendenzialmente soluzioni di continuità rispetto al regime di vita precedente.<sup>5</sup>

Le attuali esigenze del figlio non possono invero prescindere anche dalle precedenti esperienze di vita del minore, dall'ambiente in cui vive, dalla fascia di reddito in cui la famiglia si colloca.

Potrebbe accadere, tuttavia, che in conseguenza della crisi familiare il precedente tenore di vita diminuisca fisiologicamente per tutti. Pertanto, i primi due criteri vanno certamente coordinati con gli altri elencati nella disposizione in esame.

I tempi di permanenza presso ciascun genitore condizionano la quantificazione dell'assegno di mantenimento, poiché vi sono spese direttamente collegate al tempo e al luogo in cui i figli vivono; *per risorse patrimoniali* dei genitori si intendono le possibilità complessive degli stessi e non il semplice reddito; infine,

---

<sup>4</sup> Cass., Ord. 1 marzo 2018, n. 4811.

<sup>5</sup> Cass., ord. 18 settembre 2013, n. 21273: «A seguito della separazione personale tra coniugi, la prole ha diritto ad un mantenimento tale da garantire un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo per quanto possibile a quello goduto in precedenza, continuando a trovare applicazione l'art 147 cc, che, imponendo il dovere di mantenerne, istruire ed educare i figli, obbliga i genitori a far fronte ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario e sociale, all'assistenza morale e materiale..».

quanto alla *valenza di compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore*, possono essere valutati gli apporti “in natura” già dati da un genitore, come il lavoro casalingo, le lezioni scolastiche fornite al minore dal genitore, gli alimenti, i trasporti a scuola.<sup>6</sup>

## 2.2. Il mantenimento degli ascendenti: residualità

L'obbligo di mantenimento dei figli minori *ex art. 148 c.c.* spetta primariamente e integralmente ai loro genitori sicché, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro.

L'onere ricade innanzitutto sui genitori o sull'unico genitore responsabile o che ha disponibilità e “*..non ci si può rivolgere per un aiuto economico agli ascendenti per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli...<sup>7</sup>*”

## 3. Il mantenimento dei figli maggiorenni nella crisi familiare art. 337-septies c.c. – modalità di assolvimento

Anche per i figli maggiorenni il mantenimento può essere adempiuto in forma diretta e/o indiretta e, in tale ultimo caso, con versamento di una somma mensile direttamente al figlio o al genitore che convive con lui.

Il contenuto è ampio, tale da ricomprendere sia le spese ordinarie della vita quotidiana (vitto, abbigliamento, ecc.) ma può comprendere anche quelle relative all'istruzione e persino quelle per lo svago.

In caso di separazione o divorzio o di regolamentazione di figli non matrimoniali, l'art. 337-septies c.c. stabilisce infatti che “*il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori*”.

Il pagamento di un assegno periodico va versato – salvo diversa determinazione del giudice – direttamente all'avente diritto.

<sup>6</sup> BRUNO DE FILIPPIS-MARIAGRAZIA PISAPIA, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2017, 254 e ss.

<sup>7</sup> Cass. Ord. 02 maggio 2018, n. 10419.

La deroga alla regola generale della corresponsione diretta della somma a titolo di contributo al mantenimento al figlio maggiorenne si giustifica quando il versamento dell'assegno periodico al genitore con il quale il figlio convive diventi contributo concreto alla copertura delle spese correnti che egli si trova a dover sostenere.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che “Il genitore separato o divorziato tenuto al mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente e convivente con l'altro genitore, *non può pretendere, in mancanza di una specifica domanda del figlio, di assolvere la propria prestazione nei confronti di quest'ultimo anziché del genitore istante*. Invero, anche a seguito dell'introduzione dell'art. 155 – *quinquies* c.c. ad opera della legge 8 febbraio 2006, n. 54, sia il figlio, in quanto titolare del diritto al mantenimento, sia il genitore con lui convivente, in quanto titolare del diritto a ricevere il contributo dell'altro genitore alle spese necessarie per tale mantenimento, cui materialmente provvede, sono titolari di diritti autonomi, ancorché concorrenti, sicché sono entrambi legittimati a percepire l'assegno dall'obbligato<sup>8</sup>.

### 3.1. Legittimazione a richiedere l'assegno: integrazione contraddittorio, intervento adesivo, rinuncia all'assegno

La legittimazione a richiedere l'assegno spetta al figlio e al genitore che con lui convive<sup>9</sup>.

Infatti, “*il coniuge separato o divorziato, già affidatario (rectius collocatario) del figlio ora divenuto maggiorenne, è legittimato iure proprio, ove il figlio sia ancora con lui convivente e non sia economicamente autosufficiente, ad ottenere dall'altro coniuge il versamento del contributo per il mantenimento del figlio ... Osservato che pure il figlio, maggiorenne ma non autosufficiente, è legittimato ad agire per pretendere la corresponsione di quanto necessario per il suo mantenimento ... sussiste una duplice legittimazione, e ciascuna legittimazione è concorrente, senza, tuttavia, che possa ravvisarsi un'ipotesi di solidarietà attiva ... trattandosi di diritti autonomi e non del medesimo diritto attribuito a più persone*”<sup>10</sup>.

Se ad agire per ottenere il contributo al mantenimento è il genitore con il quale il figlio maggiorenne continua a vivere, non si pone una questione di integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo.

Anche il figlio maggiorenne ha diritto di agire autonomamente nei confronti

---

<sup>8</sup> Cass. 11 novembre 2013, n. 25300.

<sup>9</sup> BRUNO DE FILIPPIS-MARIAGRAZIA PISAPIA, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, op. cit., pag. 288.

<sup>10</sup> Cass. 08 settembre 2014, n. 18869.

del genitore con cui non vive, e il mancato esercizio di tale diritto rivela l'inesistenza di qualsiasi conflitto<sup>11</sup>.

Da una parte della giurisprudenza è stata ammesso l'intervento adesivo del figlio maggiorenne: l'intervento in giudizio del figlio maggiorenne, economicamente dipendente e sotto certi aspetti assimilabile al minorenni, *“assolve una funzione di ampliamento del contraddittorio, che peraltro consente al giudice di provvedere in merito all'entità e al versamento, anche in forma ripartita, del contributo al mantenimento”*<sup>12</sup>.

La Suprema Corte ha precisato che la rinuncia all'assegno di mantenimento da parte del figlio maggiorenne (ad es. con lettera indirizzata al legale dei genitori) non preclude la richiesta da parte del genitore con cui convive, non spiegando effetto sulla posizione giuridico – soggettiva di costui<sup>13</sup>, attesa la sua indisponibilità.

#### 4. Cessazione dell'obbligo del mantenimento

L'obbligo di mantenere un figlio maggiorenne cessa quando questi raggiunge l'autosufficienza economica o quando il figlio ha oltrepassato un'età tale che, in assenza di specifici e plausibili motivi, il mancato raggiungimento dell'autosufficienza deve ritenersi ingiustificato e a lui imputabile.

##### 4.1. Limite fattuale: autosufficienza economica

Nella giurisprudenza di merito e di legittimità si è registrata qualche oscillazione sulla necessaria coerenza della attività lavorativa e del reddito conseguiti rispetto alle attitudini e alle aspirazioni del figlio.

Secondo l'orientamento prevalente, può ritenersi integrato il presupposto dell'autosufficienza economica quando il figlio abbia iniziato ad espletare un'attività lavorativa non saltuaria, ma con una certa continuità, sia pure nell'ambito di un contratto a tempo determinato o part-time, che gli consenta di provvedere autonomamente alle proprie esigenze di vita.

Non occorre quindi un lavoro stabile, a tempo indeterminato, essendo *sufficienti un reddito o il possesso di un patrimonio tali da garantire un'autosufficienza economica, entrate regolari e congrue per il soddisfacimento delle più essenziali esigenze di vita quotidiane*<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cass., Ord. 20 agosto 2020, n. 17380.

<sup>12</sup> Cass. 19 marzo 2012, n. 4296.

<sup>13</sup> Cass. 8 settembre 2014, n. 18869.

<sup>14</sup> Cass. 3 gennaio 2011, n. 18; Cass. 06 dicembre 2013, n. 27377.



Non qualsiasi impiego o reddito farebbe però venire meno l'obbligo del mantenimento.

Secondo un orientamento più restrittivo, lo "status" di autosufficienza economica consisterebbe nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita, in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato, un'appropriatezza collocazione nel contesto economico-sociale di riferimento, adeguata alle sue attitudini ed aspirazioni<sup>15</sup>. In applicazione di tale coordinata ermeneutica, ad esempio, è stato valutato non sufficiente l'introito di 800 Euro mensili per un figlio maggiorenne, laureato in medicina, correlato a borsa di studio e dottorato di ricerca, sia per la sua temporaneità, sia per la modestia dell'introito in rapporto alle incrementate, presumibili necessità, anche scientifiche, del beneficiario.

In ogni caso, l'introito mensile del maggiorenne, se è non idoneo ad integrare la piena autosufficienza economica e a comportare la revoca *tout court* del mantenimento, può rilevare ai fini della riduzione del quantum versato dal genitore obbligato.

#### 4.2. Limite fattuale: colpevole inerzia

Può cessare l'obbligo mantenimento, a prescindere dal raggiungimento dell'autosufficienza economica, quando ciò sia causato da negligenza o dipenda da fatto imputabile al figlio e, quindi, ad esempio:

- quando il figlio è posto concretamente da parte dei genitori nelle condizioni di raggiungere l'autonomia economica, ma opponga rifiuto ingiustificato alle opportunità di lavoro offerte<sup>16</sup>. In tal caso occorrerà valutare la coerenza della proposta lavorativa con il progetto di vita del figlio, con le sue condizioni personali, soggettive ed oggettive;
- quando per colpevole inerzia proroghi il percorso di studi senza alcun rendimento<sup>17</sup>.

La condizione dell'autosufficienza economica del figlio maggiorenne, per *factio facti*, può quindi ritenersi avverata – anche prima del raggiungimento di determinate soglie di età in cui ragionevolmente può ritenersi completato un percorso di studi o una determinata progettualità di vita-, quando è evidente l'inerzia ingiustificata del figlio, che assurge a limite fattuale al mantenimento.

---

<sup>15</sup> Cass. 3 aprile 2002, n. 4765; Cass. 28 agosto 2008, n. 21773; Cass. 27 giugno 2011, n. 14123; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1773; Cass. 08 agosto 2013, n. 18974.

<sup>16</sup> Cass. 3 aprile 2002, n. 4765; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830; Cass. 2 aprile 2013, n. 7970.

<sup>17</sup> La Corte di Cassazione, con ordinanza del 27 gennaio 2014, n. 1585, ha escluso il diritto al mantenimento del figlio ventottenne che aveva iniziato ad espletare attività lavorativa saltuaria e "non frequentava con profitto il corso di laurea a cui risultava formalmente iscritto da più di 8 anni".

### 4.3. Limite anagrafico per il mantenimento?

Non è, allo stato, normativamente stabilito un limite anagrafico per la cessazione dell'obbligo del mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente.

È plausibile ritenere però che tale obbligo non possa essere protratto oltre *ragionevoli limiti di tempo e di misura*, nonostante il mancato raggiungimento dell'autosufficienza.

L'avanzare dell'età del figlio maggiorenne infatti non è ininfluenza ai fini della permanenza dell'*an* e del *quantum* del mantenimento accordato.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che con il *raggiungimento di un'età* nella quale il percorso formativo e di studi, nella normalità dei casi, può ritenersi ampiamente concluso e la persona da tempo inserita nella società, infatti, la condizione di persistente mancanza di autosufficienza economico reddituale, in mancanza di ragioni individuali specifiche (di salute, o dovute ad altre peculiari contingenze personali od oggettive quali le difficoltà di reperimento di un'occupazione) costituisce un indicatore forte di inerzia colpevole.

Si è ritenuto quindi che non possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio al mantenimento durante gli studi si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e aspirazioni purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori<sup>18</sup>.

La valutazione del mantenimento dei figli maggiorenni non indipendentemente e del correlativo diritto all'assegnazione della casa coniugale, va svolta infatti con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari<sup>19</sup>.

All'A.G. compete quindi la valutazione caso per caso del termine finale del mantenimento, variamente individuato nella giurisprudenza di merito e che, in qualche pronuncia, in via generale e astratta, è stato individuato nei 34 anni di età del figlio maggiorenne<sup>20</sup>.

La cessazione dell'obbligo di mantenimento per i figli maggiorenni, infatti, deve essere fondata su un accertamento di fatto svolta caso per caso che abbia riguardo all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa ed alla complessiva condotta personale tenuta dal figlio dal momento del raggiungimento della maggiore età<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass. 26 aprile 2017, n. 10207; Cass. Ord. 14 agosto 2020, n. 17183.

<sup>19</sup> Cass., Ord. 14 agosto 2020, n. 17183.

<sup>20</sup> Trib. Milano 29 marzo 2016.

<sup>21</sup> Cass., Ord. 5 marzo 2018, n. 5088.

#### 4.4. Allegazione e onere della prova del diritto al mantenimento

La mancanza di indipendenza economica del figlio maggiorenne, benché possa di regola presumersi, è elemento della fattispecie costitutiva del diritto al mantenimento.

Deve pertanto essere innanzitutto allegata da chi postuli il diritto al mantenimento.

Se questa allegazione può essere ritenuta implicita nella domanda del figlio minore, deve invece essere esplicitata nella domanda del figlio maggiorenne. Ne consegue che, quando agisce per il riconoscimento del diritto al mantenimento, il figlio maggiorenne deve allegare una condizione legittimante, cui riferire l'onere del genitore di provarne l'inesistenza<sup>22</sup>.

Più di recente, la giurisprudenza di legittimità è arrivata ad affermare che l'onere probatorio a carico del richiedente l'assegno, si specifica come prova «dieve», prova «presuntiva» se il figlio ha da poco compiuto la maggiore età; come prova «rigorosa» per il figlio adulto, e ha specificato, in un caso, che può ritenersi assolto «... soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, ...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»<sup>23</sup>.

#### 4.5. Onere della prova della sussistenza dell'autosufficienza

L'onere probatorio della fatto estintivo dell'obbligo del mantenimento, per la raggiunta autosufficienza del figlio, spetta al genitore che chiede di essere esonerato dall'obbligazione *ex lege*.

Egli deve, appunto, fornire *“la prova che il figlio è divenuto autosufficiente, ovvero che il mancato svolgimento di attività lavorativa sia a quest'ultimo imputabile”*<sup>24</sup>.

L'avanzare dell'età concorre a conformare e a diluire l'onere della prova gravante sull'obbligato, potendosi fare ricorso alla prova per presunzioni e alla valutazione critica (prova logica).

Ai fini dell'esenzione dall'obbligo di mantenimento è necessario un provvedimento del giudice<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Cass. 15 luglio 2010, n. 16612.

<sup>23</sup> Cass., Ord. 14 agosto 2020, n. 17183.

<sup>24</sup> Cass. 16 febbraio 2011, n. 2289; Cass. 21 maggio 2009, n. 11828.

<sup>25</sup> Cass. 16 giugno 2011, n. 13184; Trib. Modena 23 febbraio 2011.

#### 4.6. Perdita dell'autosufficienza e reviviscenza del mantenimento

*L'eventuale perdita dell'occupazione o il negativo andamento della stessa, non comporta la reviviscenza dell'obbligo del genitore al mantenimento.*<sup>26</sup>, non può far risorgere l'obbligo "potendo sussistere al massimo, in capo ai genitori, un obbligo alimentare"<sup>27</sup>.

#### 4.7. Contratti della crisi familiare e trasferimenti immobiliari in assolvimento dell'obbligo di mantenimento

L'obbligazione di mantenimento nei confronti dei figli minori o maggiorenni non autosufficienti non deve essere necessariamente periodica, ma può anche essere adempiuta, in sostituzione o in aggiunta ad un assegno periodico, con l'attribuzione della proprietà di beni mobili o immobili.

Nella regolamentazione delle condizioni della separazione e di divorzio, si ammette un'ampia autonomia negoziale<sup>28</sup> quanto alla determinazione delle modalità di assolvimento dell'obbligo di mantenimento, sempre che essa non contrasti con l'esigenza di protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli.

La giurisprudenza di merito si è però divisa in punto di trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio.

In alcuni uffici giudiziari è stata ammessa l'inclusione negli accordi di famiglia dei patti traslativi (es. cessione a titolo oneroso della quota della casa familiare; donazione di un appartamento ai figli, etc.).

In altri uffici, invece, si è ammesso esclusivamente il vincolo prenegoziale (es. il marito si impegna a trasferire alla moglie la sua quota di proprietà sulla casa familiare).

Nella giurisprudenza di legittimità si sono registrati diversi precedenti a favore dei trasferimenti, secondo cui "*è nel potere dei coniugi, e quindi, nell'esercizio della propria autonomia, fatti salvi i diritti inderogabili della prole, determinare la misura dell'obbligo di mantenimento nonché il modo di adempierlo. Pertanto, è parimenti indiscusso che sono valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno dei coniugi la proprietà esclusiva di beni immobili, ovvero ne operino il trasferimento ad uno di essi per assicurarne il mantenimento. Allo stesso modo sono valide altre, atipiche forme di accordo*"<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cass., Ord. 14 marzo 2017 n. 6509.

<sup>27</sup> Cass. 15 febbraio 2012, n. 2171; Cass. 30 marzo 2012, n. 5174; Cass., Ord. 27 gennaio 2014, n. 1585.

<sup>28</sup> SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in Saggi di diritto civile, vol I, Napoli, 1961, p. 381 ss.

<sup>29</sup> Cass. 2 luglio 2010, n. 15780.

È stato affermato che la convenzione intervenuta tra i coniugi in sede di separazione consensuale, con la quale essi pattuiscono un trasferimento patrimoniale ai figli, a titolo gratuito e in funzione di adempimento dell'obbligo genitoriale di mantenimento, non è nulla, qualora garantisca il risultato solutorio, non essendo in contrasto con norme imperative, né con diritti indisponibili<sup>30</sup>.

Gli atti che contemplano trasferimenti immobiliari tra coniugi, nell'ambito della separazione ed il divorzio, vengono ritenuti funzionali alla risoluzione della crisi familiare e alla composizione bonaria della vicenda coniugale e quindi meritevoli di tutela.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto poi l'applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 19 della Legge 6 marzo 1987, n. 74 per *“tutti gli atti e convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare, sotto il controllo del giudice, i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio o alla separazione personale, tra cui “gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge”<sup>31</sup>, o anche in favore dei figli”<sup>32</sup>.*

È stato però individuato un particolare profilo critico degli accordi traslativi: la non equivalenza del controllo del giudice (in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto o di trasformazione della separazione giudiziale in consensuale o di accordo sulle modifiche delle condizioni della separazione e del divorzio) o del PM (in sede di negoziazione assistita), rispetto al controllo più penetrante del notaio, ostandovi l'evidente quanto pacifica diversità di ruolo e funzioni.

Permanendo un contrasto di orientamenti, la Cassazione civile<sup>33</sup> ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulla possibilità di contemplare il trasferimento immobiliare negli accordi di separazione e divorzio prescindendo dall'intervento notarile.

Le Sezioni Unite della Cassazione, n. 21761/2021 civ.,<sup>34</sup> hanno infine stabilito che **“Sono valide le clausole dell'accordo di divorzio a domanda congiunta o di separazione consensuale, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, o altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi, o dei figli, al fine di assicurarne il mantenimento; il suddetto accordo di divorzio o di separazione, in quanto in-**

---

<sup>30</sup> Cass. 23 settembre 2013, n. 21736.

<sup>31</sup> Cass. 22 maggio 2002, n. 7493; Cass. 28 ottobre 2003, n. 16171.

<sup>32</sup> Cass. 17 gennaio 2014, n. 860.

<sup>33</sup> Cass., Ord. 10 febbraio 2020, n. 3089.

<sup>34</sup> Cass. sez. un. , 29 luglio 2021, n. 21761

serito nel verbale d'udienza, redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato, assume **forma di atto pubblico** ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, **dopo la sentenza di divorzio** resa ai sensi della l. n. 898/1970, art. 4, comma 16, che, in relazione alle pattuizioni aventi ad oggetto le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, ha valore di pronuncia dichiarativa, **ovvero dopo l'omologazione** che lo rende efficace, valido titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.; la validità dei trasferimenti immobiliari presuppone **l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla l. n. 52/1985, art. 29, comma 1-bis**; non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatario catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari”.

L'obbligazione di mantenimento (oltre che del coniuge e del partner dell'unione civile) dei figli minori o maggiorenni non autosufficienti, in caso di disgregazione del vincolo familiare, può anche essere adempiuta, in sostituzione in tutto o in parte dell'erogazione di un assegno periodico, con l'attribuzione della proprietà di beni mobili o immobili, che garantisca comunque l'esigenza di protezione dei figli e, in generale, dei soggetti più deboli.

Gli atti che contemplano trasferimenti immobiliari in favore dei figli, nell'ambito della separazione ed il divorzio, vengono ritenuti funzionali alla risoluzione della crisi familiare e alla composizione bonaria della vicenda coniugale e quindi meritevoli di tutela, **qualora garantiscano il risultato solutorio, non essendo in contrasto con norme imperative, né con diritti indisponibili**. Costituiscono un contenuto eventuale, accordi patrimoniali del tutto autonomi che trovano solo occasione nella separazione o nel divorzio e, pertanto, non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso *ad hoc ex* art 710 c.p.c. o in sede di divorzio.

**La Cassazione civile a Sezioni Unite supera le perplessità** e la preoccupazione dei giudici di merito di recepire accordi traslativi affetti da nullità, ritenendo rispettati i requisiti sostanziali degli stessi con l'inclusione degli elementi sopra indicati: identificazione catastale (riferimento alle planimetrie depositate in catasto, dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie) e i requisiti di forma scritta *ad substantiam*, con il verbale di udienza di comparizione dei coniugi (o di comparizione dei partners dell'unione civile o dei genitori nella regolamentazione dei figli non matrimoniali) redatto dal cancelliere ai sensi dell'art. 126 c.p.c., costituente atto pubblico avente fede privilegiata fino a querela di falso.

L'atto giudiziale che recepisce l'accordo – sentenza (che nel divorzio congiunto ha natura di pronuncia dichiarativa quanto ai profili economici) o decre-

to, dopo l'omologazione –, costituisce quindi valido titolo per la trascrizione, ex art. 2657 c.c., presupponendo la validità dei trasferimenti.

La possibilità, per i coniugi, di addivenire a forme di definizione consensuale della crisi familiare, in ordine ai rapporti economici, anche mediante il ricorso a forme di attribuzione patrimoniale, costituisce quindi applicazione delle regole civilistiche in tema di autonomia contrattuale, che non ha ragione di essere limitata in tale ambito qualora garantisca il risultato solutorio e risolva efficacemente la crisi familiare, non essendo in contrasto con norme imperative, né con diritti indisponibili.

## 5. Casa Familiare: funzione, valore ai fini del mantenimento

L'art. 337-*sexies* c.c. (collocato nel Libro I, titolo IX, capo II) prevede che la casa familiare deve essere assegnata tenendo “*prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*”.

L'assegnazione è funzionale a preservare l'habitat domestico, da intendersi come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare.

È finalizzata unicamente alla tutela della prole e non può essere disposta come se fosse una componente dell'assegno.

È estranea quindi a tale decisione ogni valutazione relativa alla ponderazione tra interessi di natura solo economica dei coniugi o dei figli, ove in tali valutazioni non entrino in gioco le esigenze della prole di rimanere nel quotidiano ambiente domestico.

La giurisprudenza ha per altro verso chiarito che l'assegnazione della casa però non è ininfluente nella conformazione dell'equilibrio economico della famiglia disgregata, in quanto, “allorché il giudice del merito abbia revocato la concessione del diritto di abitazione nella casa coniugale, è necessario che egli valuti, una volta in tal modo modificato l'equilibrio originariamente stabilito fra le parti e venuta meno una delle poste attive in favore di un coniuge, se sia ancora congrua la misura dell'assegno di mantenimento originariamente disposto”<sup>35</sup>.

In tema di separazione personale dei coniugi, il godimento della casa familiare costituisce un valore economico – corrispondente, di regola, al canone

---

<sup>35</sup> Cass., Ord. 12 ottobre 2018, n. 25604; Cass., Ord. 21 luglio 2015, n. 15272.

ricavabile dalla locazione dell'immobile – del quale il giudice deve tener conto ai fini della determinazione dell'assegno dovuto all'altro coniuge per il suo mantenimento o per quello dei figli<sup>36</sup>.

Si può ritenere quindi che l'assegnazione della casa coniugale abbia una sua incidenza nella valutazione dell'equilibrio economico tra le parti e nella quantificazione dell'assegno sebbene non sia una componente dell'assegno di mantenimento, ma miri a realizzare l'interesse per i figli minorenni e dei figli maggiorenni non autosufficienti a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale ambiente si sono radicate.

La Corte di Cassazione, ai fini dell'assegnazione, ha ritenuto non rilevante la circostanza che il genitore collocatario del figlio per il periodo di tempo connesso con la crisi dell'unione si sia allontanato da quella abitazione. Ha ritenuto quindi corretta l'assegnazione della casa familiare alla madre, collocataria del figlio di età minore, reputando non ostativa la circostanza che la donna si fosse allontanata dalla casa in conseguenza della crisi nei rapporti con il padre del bambino, non attribuendo rilievo al tempo trascorso dall'allontanamento, dipeso dalla lunghezza del processo, che non può ritorcersi in pregiudizio dell'interesse del minore<sup>37</sup>.

L'assegnazione poi solo di una porzione della casa familiare al genitore non collocatario dei figli può disporsi solo nel caso in cui l'unità abitativa sia del tutto autonoma e distinta da quella destinata ad abitazione della famiglia o sia comunque agevolmente divisibile<sup>38</sup>.

Nel caso di figlio maggiorenne, la '*convivenza*' rilevante ai fini dell'assegnazione della casa familiare *ex art. 337-sexies c.c.* comporta la stabile dimora del figlio presso la stessa, sia pure con eventuali sporadici allontanamenti per brevi periodi. La C. di C. ha escluso la stabile dimora nell'ipotesi di rarità dei ritorni, ancorché regolari, configurandosi in tal caso, invece, un rapporto di mera ospitalità ... e l'effettiva presenza risulti temporalmente prevalente in relazione ad una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese)<sup>39</sup>. Non vi sarebbe quindi stabile dimora se la coabitazione si verifica per pochi periodi all'anno come in caso di vacanze natalizie, pasquali ed estive.

Se poi i figli maggiorenni coabitando ma tardano a diventare autosufficienti vi può essere revoca dell'assegnazione della casa.

---

<sup>36</sup> Cass., Ord. 17 dicembre 2015, n. 25420.

<sup>37</sup> Cass., Ord. 13 dicembre 2018, n. 32231.

<sup>38</sup> Cass., Ord. 15 ottobre 2020, n. 22266.

<sup>39</sup> Cass. Ord. 17 giugno 2019, n. 16134.



«L'assegnazione della casa familiare di proprietà esclusiva di un coniuge all'altro ... si giustifica solo nel caso che sia collocatario dei figli ... le circostanze le quali giustificano il permanere dell'assegnazione devono essere valutate dal giudice con prudente apprezzamento».

Il Giudice di legittimità ha perciò ... ritenuto ingiustificato il protrarsi dell'assegnazione della casa familiare alla moglie sul presupposto dello stato di disoccupazione dei figli ... pur in un contesto di crisi economica, essendo i figli ormai entrambi ultraquarantenni<sup>40</sup>.

### **5.1. Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare**

La giurisprudenza ha chiarito la natura particolare del diritto di abitazione discendente dall'assegnazione giudiziale della casa familiare e la tutela rafforzata di cui gode tale diritto.

Diverse sono le pronunce significative sul punto, che hanno stabilito che il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge o al convivente «collocatario» della prole:

- immediatamente trascritto, è opponibile al terzo successivo acquirente del bene, atteggiandosi a vincolo di destinazione, estraneo alla categoria degli obblighi di mantenimento e collegato all'interesse superiore dei figli a conservare il proprio “habitat” domestico. Ne deriva che il diritto di abitazione non può ritenersi venuto meno per effetto della morte del coniuge, trattandosi di diritto di godimento “sui generis”, suscettibile di estinguersi soltanto per il venir meno dei presupposti ...»<sup>41</sup>;
- è opponibile – nei limiti del novennio, ove non trascritto, o anche oltre il novennio, ove trascritto – anche al terzo acquirente dell'immobile ... finché perduri l'efficacia della pronuncia giudiziale, sicché l'insussistenza del diritto personale di godimento sul bene ... legittima il terzo acquirente a proporre un'ordinaria azione di accertamento al fine di conseguire la condanna dell'occupante al pagamento di una indennità di occupazione illegittima»<sup>42</sup>.

### **5.2. Casa familiare oggetto di comodato**

«Il coniuge assegnatario della casa familiare, perché affidatario della prole minorenni ... può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile,

---

<sup>40</sup> Cass. 20 agosto 2014, n. 18076.

<sup>41</sup> Cass. 15 gennaio 2018, n. 772.

<sup>42</sup> Cass. 24 gennaio 2018, n. 1744.

l'esistenza di un provvedimento di assegnazione ... solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi ... il contratto ... abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare ... in tale evenienza, il rapporto ha una durata determinabile per relationem, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare»<sup>43</sup>.

«Nel comodato di bene immobile, stipulato senza determinazione di termine, l'onere di provarne la destinazione a casa familiare e la preesistenza della predetta destinazione alla domanda di rilascio grava sul comodatario. (Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto onerati i comodanti dell'onere della prova di dimostrare l'insussistenza di vincoli di destinazione)»<sup>44</sup>.

## 6. Modifica e revoca del mantenimento e ripetibilità delle somme

I provvedimenti economici relativi ai figli sono assunti *rebus sic stantibus*.

La tenuta dell'assetto economico può essere costantemente monitorata e sottoposta a verifica dell'autorità giudiziaria.

La revisione del mantenimento è possibile sia in corso di causa, sia dopo la definitività della decisione che lo contempla, a mezzo del procedimento *ex art. 710 c.p.c.* o, in caso di divorzio, del procedimento previsto dall'art 9 Legge 1 dicembre 1970, n. 898.

L'art. 709, comma 4, c.p.c., come modificato dal Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito nella Legge 14 maggio 2005, n. 80, prevede che "i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'articolo 708 possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore".<sup>45</sup>

La riforma del 2005 ha eliminato ogni riferimento ai "*mutamenti nelle circostanze*", richiesti nella precedente formulazione della norma. Si discute se, per la modifica del mantenimento da parte del Giudice, siano ancora richiesti mutamenti delle circostanze o sia sufficiente anche una richiesta di rivalutazione dei fatti già valutati o fatti preesistenti ma dedotti successivamente.

Secondo un'opzione interpretativa, per la rivalutazione delle condizioni economiche in corso di causa, specie se il provvedimento presidenziale che le contempla è stato confermato *in parte qua* in sede di reclamo alla Corte di Appello, può ritenersi comunque necessario un *quid pluris*, anche consistente in risultan-

<sup>43</sup> Cass. 9 febbraio 2016, n. 2506.

<sup>44</sup> Cass., Ord. 3 luglio 2018, n. 17332.

<sup>45</sup> SALVANESCHI "I procedimenti di separazione e divorzio" in "Il processo civile di riforma in riforma", I, Milano 2006, pag. 368.

ze istruttorie intervenute nel corso del processo o in fatti preesistenti all'emanazione del provvedimento presidenziale, entrati nella sfera di conoscenza della parte solo successivamente alla pronuncia del provvedimento provvisorio ed urgente, che inducano ad una diversa valutazione dei medesimi fatti.

Circostanze ricorrenti e significative per richiedere l'adeguamento del mantenimento possono essere: il mutamento delle proprie condizioni economiche, le accresciute esigenze dei figli o la costituzione di un nuovo nucleo familiare, che "può comportare il sorgere di nuovi impegni di carattere economico che gravano sull'obbligato"<sup>46</sup>.

Le ordinanze del G.I., ex art. 709 ultimo comma c.p.c., con cui si modifica l'assetto del mantenimento dei figli, non sono reclamabili<sup>47</sup>, ma semmai suscettibili di ulteriori richieste di modifica<sup>48</sup>.

Nel giudizio di appello può essere poi richiesta una diversa valutazione delle medesime circostanze di fatto, allegare e dimostrate nel primo grado o possono anche essere prospettati elementi nuovi, maturati nel corso del procedimento, quali l'incremento delle esigenze dei figli minori, connesse alla loro crescita<sup>49</sup>.

La proposizione di simili istanze o eccezioni, nelle more del giudizio, non ricade sotto il divieto di "*ius novorum*", né con riguardo al giudizio di primo grado (art. 183, comma 4, c.p.c.), né con riguardo al giudizio di appello (art. 345, comma 1, c.p.c.).

Il diritto dei coniugi di richiedere la modificazione delle statuizioni economiche è possibile poi anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza che le contempla, allegando fatti e prove delle circostanze che hanno determinato la richiesta, a mezzo dei procedimenti ex art. 710 c.p.c o art. 9 l. 898/70, in caso di divorzio.

In tali casi occorrono fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione precedente (art. 710 c.p.c.) o comunque la sopravvenienza di "giustificati motivi dopo la sentenza..." (art. 9 della legge sul divorzio). Quindi "*il giudice... deve limitarsi a verificare se, ed in quale misura, le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e ad adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova stipulazione patrimoniale*"<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Cass., Ord. 12 luglio 2016, n. 14175.

<sup>47</sup> Cass. 10 maggio 2018, n. 11279.

<sup>48</sup> F. TOMMASEO, *Ancora incertezze sui gravai contro le ordinanze che modificano i provvedimenti presidenziali nei giudizi di separazione (e divorzio)*, in Fam. e Dir., 11/2011, pag 1010.

<sup>49</sup> Cass., 2 maggio 2006, n. 10119.

<sup>50</sup> Cass., Ord. 11 gennaio 2016, n. 214.

Ciò perché i “giustificati motivi”, la cui sopravvenienza consente di rivedere le determinazioni adottate in sede di divorzio dei coniugi, sono ravvisabili nei fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale la sentenza era stata emessa o gli accordi erano stati stipulati, con la conseguenza che esulano da tale oggetto i fatti preesistenti, ancorché non presi in considerazione in quella sede per qualsiasi motivo<sup>51</sup>.

La riduzione o revoca del mantenimento non dà diritto al soggetto obbligato di ripetere le somme già erogate.

In base al principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, le somme corrisposte all'altro genitore per il mantenimento dei figli, anche in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio o di regolamentazione di figli non matrimoniali, sono irripetibili, poiché deve ritenersi che tali somme siano state comunque tutte consumate per soddisfare primarie esigenze del beneficiario.

Tuttavia, la Suprema Corte con specifico riferimento ai figli maggiorenni ha aperto alla ripetibilità delle somme versate, quando gli importi versati non abbiano assunto una concreta funzione alimentare e per il figlio divenuto già autosufficiente, in pendenza della controversia, era noto il rischio restitutorio<sup>52</sup>.

In tal caso l'onere ha diritto a ripetere le somme che abbia versato dal momento in cui il titolo è venuto meno.

La S.C. è giunta ad affermare (in un caso in cui due figlie erano divenute economicamente autosufficienti pacificamente con i rispettivi matrimoni, contratti nel 1994 e nel 1998), che in caso di modifica giudiziale delle condizioni economiche del regime post – coniugale, intervenuta in ragione della raggiunta indipendenza economica dei figli, il genitore obbligato può esercitare l'azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* anche con riferimento alle somme corrisposte in epoca antecedente alla domanda di revisione, allorché la causa giustificativa del pagamento sia già venuta meno, atteso che la detta azione ha portata generale e si applica a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa<sup>53</sup>.

### 6.1. Modifica e revoca del mantenimento e preclusioni processuali

In base alla tesi più restrittiva, nel giudizio a cognizione piena, la deduzione di fatti nuovi a sostegno dell'istanza di revoca o modifica dovrebbe potersi con-

---

<sup>51</sup> Cass., Ord. 14 dicembre 2018, n. 32529.

<sup>52</sup> Cass. 23 maggio 2014, n. 114899.

<sup>53</sup> Cass., Ord. 13 febbraio 2020, n. 3659.

sentire soltanto qualora non sia già preclusa nell'ambito del giudizio ordinario, secondo il regime di preclusioni assertive ivi previsto (fine dell'udienza di trattazione o scadenza dei termini concessi ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c.). Parimenti i poteri probatori delle parti potrebbero liberamente esercitarsi fino a quando non siano maturate nel giudizio di merito le relative preclusioni istruttorie.

Tale tesi è contrastata da un orientamento che ammette la libera deducibilità di nuove allegazioni e nuove prove a supporto delle istanze di revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali per garantire il soddisfacimento delle esigenze di giustizia sostanziale, assicurando la maggiore elasticità del sistema.

## 7. Le spese straordinarie: caratteristiche, classificazione

Non esiste nel nostro sistema giuridico un concetto unitario delle spese straordinarie.

È rimesso alla giurisprudenza – soprattutto di merito – il compito di individuare il perimetro entro il quale il concetto è destinato da operare.

Si contrappongono alle spese ordinarie che sono le spese relative al mantenimento, alle cure ordinarie, alla istruzione: abbigliamento, normali visite pediatriche/mediche di controllo, testi scolastici, antipiretici e farmaci da banco. Possono quindi essere qualificate straordinarie tutte quelle spese non ragionevolmente prevedibili e preventivabili: le spese dipendenti da situazioni, scelte e fatti di carattere eccezionale, improvviso, quali un intervento chirurgico, cicli di fisioterapia, occhiali da vista, apparecchio ortodontico, acquisto di un motorino o computer.

Trattasi di spese che per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità, la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli<sup>54</sup>, dal mantenimento ordinario della prole, ma sono altresì necessarie per assicurare ai figli l'analogo standard di vita fruito in costanza di convivenza dei genitori.

Sono caratterizzate quindi da requisito temporale (sporadicità perché spese da sostenere *una tantum* o anche periodicità per le spese che attengono ad un lasso più o meno lungo ma determinato di tempo), da un requisito quantitativo (gravosità perché hanno una certa consistenza sul piano pecuniario), da un requisito funzionale (devono essere necessarie o comunque utili in quanto devono mirare a realizzare interessi primari o comunque rilevanti della persona fatta esclusione per quelle meramente voluttuarie).

---

<sup>54</sup> Cass. 08 giugno 2012, n. 9372; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16664; Cass., Ord. 13 gennaio 2021 n. 379.

Possono essere individuate tre categorie di spese straordinarie: mediche (acquisto di particolari farmaci; visite specialistiche; interventi chirurgici; pratica di particolari terapie, quali inalazioni termali, fisioterapia); scolastiche/istruzione (rette di asili privati; tasse scolastiche, tasse universitarie, libri, corsi di specializzazione): sportive/ludiche (abbonamento ad una rivista specialistica e non certo ad una ludica, palestra, piscina).

Il *discrimen* tra natura ordinaria o straordinaria di una spesa rileva ai fini della determinazione dell'assegno periodico indiretto di mantenimento, ma anche sulla stessa fase esecutiva, al fine di verificare se su quella specifica voce di spesa sia necessario acquisire il preventivo consenso dei genitori.

### 7.1. Le spese straordinarie ed assegno periodico

Possono essere ricomprese nell'assegno periodico?

La giurisprudenza è unanime nel ritenere di no perché la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno, posto a carico di uno dei genitori, può rivelarsi in contrasto con il principio di proporzionalità sancito dall'art. 315-*bis* c.c. e con quello dell'adeguatezza del mantenimento; può recare grave nocumento alla prole, che potrebbe essere privata, non consentendole le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno "cumulativo", di cure necessarie o di *altri indispensabili apporti*<sup>55</sup>.

La soluzione di stabilire in via forfettaria ed aprioristica ciò che è imponderabile e imprevedibile, oltre ad apparire in contrasto con il principio logico secondo cui soltanto ciò che è determinabile può essere preventivamente quantificato, introduce, nell'individuazione del contributo in favore della prole, una sorta di alea incompatibile con i principi che regolano la materia.

### 7.2. Le spese straordinarie: preventiva informazione e accordo

Le spese straordinarie debbono essere concordate? Occorre fornire quantomeno una informazione preventiva all'altro genitore obbligato? In caso di mancata informazione e/o mancato accordo cosa succede? È pregiudicato il diritto al rimborso?

Vari protocolli e linee guida predisposti in diversi uffici giudiziari distinguono le voci di spese straordinarie per le quali occorre informazione e concertazione preventiva dell'altro genitore e quelle per le quali il genitore può procedere autonomamente senza compromettere il rimborso (ex spesa straordinaria urgente, sanitaria).

---

<sup>55</sup> Cass., Ord. 23 gennaio 2020, n. 1562.

In tal modo si previene e risolve più agevolmente il contenzioso, anche in una eventuale fase di opposizione a decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto per il rimborso (controllo formale e/o sostanziale sull'utilità della spesa).

La giurisprudenza più recente ha affermato che non c'è obbligo di concertazione preventiva e di informazione per le decisioni/spese di maggior interesse per il figlio, dove c'è un obbligo di rimborso salvo non siano stati dedotti validi motivi di dissenso.

I concetti di spese straordinarie e decisioni di maggiore interesse non sempre coincidono: un esborso straordinario può non essere conseguenza di una decisione di maggiore interesse<sup>56</sup>.

Quanto alla individuazione delle spese relative a decisioni di maggiore interesse ai fini del rimborso, si indicano alcuni casi specifici affrontati da precedenti della Cassazione:

- doposcuola del figlio anche se non vi è stata preventiva informazione<sup>57</sup>, spese di arredamento della cameretta;
- esborsi sostenuti dalla madre, genitore affidatario, per i trattamenti estetici a favore della figlia minore, nata fuori dal matrimonio, necessari a rimuovere la peluria sul viso della ragazza, anomala per un soggetto di sesso femminile e fonte di notevole disagio, nonché alle spese sostenute per la scuola media privata, i cui orari si erano rivelati maggiormente compatibili con le esigenze lavorative materne<sup>58</sup>;
- spese di soggiorno in paese straniero per la frequentazione di corsi di lingua inglese da parte di uno studente universitario di lingue, in quanto rientranti nelle possibilità economiche dei genitori, considerata la loro posizione economico – sociale (professoressa la madre, dipendente della Banca d'Italia il padre);

### **7.3. Spese straordinarie e controversia sul rimborso: competenza, forme di tutela, quota**

Se non c'è informazione o concertazione preventiva, l'altro genitore potrebbe però "ostacolare" il rimborso, formulando dissenso, contestando la corrispondenza all'interesse del figlio della spesa straordinaria.

L'epilogo è l'insorgere di una controversia soggetta agli ordinari criteri di competenza, in quanto *diversa da quella concernente il regolamento dei rap-*

---

<sup>56</sup> Cass. 17 gennaio 2018, n. 1070.

<sup>57</sup> Cass., Ord. 12 giugno 2018 n. 15240.

<sup>58</sup> Cass. 07 marzo 2018, n. 5490.

*porti tra coniugi*, che, ove le somme non risultino previamente determinate o determinabili, è anche caratterizzata dalla necessità di un accertamento circa l'insorgenza dell'obbligo di pagamento e dell'esatto ammontare della spesa, da effettuarsi in comparazione con quanto stabilito dal giudice della separazione<sup>59</sup>.

Il genitore collocatario, creditore per il rimborso "pro quota" delle spese straordinarie sostenute per i figli, a fronte dell'inadempimento del genitore obbligato, dispone di una pluralità di forme di tutela, potendo anche richiedere un accertamento giudiziale a cognizione piena sugli specifici esborsi sostenuti, teso alla formazione di un nuovo titolo esecutivo in suo favore<sup>60</sup>.

In assenza di un pregresso provvedimento giudiziale che abbia determinato la misura del concorso dei genitori al mantenimento, non vanno ripartite in ragione della metà, secondo il principio generale vigente in materia di debito solidale, ma tenendo conto del duplice criterio delle rispettive sostanze patrimoniali disponibili e della capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascuno di essi<sup>61</sup>.

La mancata concertazione preventiva e il rifiuto di provvedere al rimborso della quota di spettanza da parte del coniuge che non le ha effettuate, impone al giudice di verificare la rispondenza delle spese all'interesse del minore mediante la valutazione della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità e della sostenibilità della spesa stessa rapportata alle condizioni economiche dei genitori<sup>62</sup>.

## **8. Diritto di rimborso del mantenimento nei confronti del genitore giudizialmente dichiarato**

Il genitore che abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato nel caso di figli non matrimoniali (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato art. 148 c.c.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali.

Il diritto può essere azionato dal momento della sentenza di accertamento della filiazione «naturale», che costituisce pertanto il momento iniziale della de-

---

<sup>59</sup> Cass. 18 gennaio 2017, n. 1161.

<sup>60</sup> Cass., Ord. 21 febbraio 2020, n. 4513.

<sup>61</sup> Cass., Ord. 14 dicembre 2016, n. 25723.

<sup>62</sup> Cass., Ord. 30 luglio 2015, n. 16175; Cass. 26 settembre 2011, n. 19607; Cass., Ord. 24 febbraio 2021, n. 5059.



correnza dell'ordinario termine di prescrizione decennale entro il quale il diritto al regresso può essere fatto valere<sup>63</sup>.

Il diritto al rimborso è disponibile.

La condanna al rimborso di detta quota per il periodo precedente la proposizione dell'azione non può prescindere da un'espressa domanda della parte, attenendo tale pronuncia alla definizione dei rapporti pregressi tra debitori solidali, ossia a diritti disponibili, e, quindi, non incidendo sull'interesse superiore del minore, che soltanto legittima l'esercizio dei poteri officiosi attribuiti al giudice dall'art. 277, comma 2, c.c..

La necessità di analoga domanda non ricorre riguardo ai provvedimenti da adottare in relazione al periodo successivo alla proposizione dell'azione, atteso che, durante la pendenza del giudizio, resta fermo il potere del giudice adito, in forza della norma suindicata, di adottare di ufficio i provvedimenti che stimi opportuni.

---

<sup>63</sup> Cass. 13 giugno 2014, n. 13424.

## Azioni, reazioni e resistenze nella vicenda dell'assegno divorzile

Grazie a Paolo Di Marzio, per i meriti di capacità organizzativa dimostrati, segno di spiccata sensibilità verso le tematiche discusse.

Paolo ha accennato prima al *merito* – che per molti potrebbe in verità valere da *demerito* – di essere io stato il motore della vicenda di cui parleremo, il che oggi mi imbarazza un po' (anche per la presenza in questa platea di Maria Acierino, che è stata la relatrice della sentenza n. 12287/2018 delle sezioni unite). In verità, nella mia vita professionale, avevo raramente praticato il diritto di famiglia e sono stato chiamato a intervenire in questa vicenda nella qualità di processualista, cioè di tecnico d'appoggio per la singolare vicenda che si era prodotta a seguito della famosa sentenza n. 11504/2017 della prima sezione civile.

Ma bando agli imbarazzi; vediamo piuttosto di dire qualcosa sulla vicenda istituzionale, cosa è accaduto e cosa, secondo me sta ancora accadendo, perché non mi sembra che la navigazione si possa dire ancora completamente tranquilla. Tralascero ovviamente il *merito* (in senso processuale, stavolta) della mia particolare vicenda (anche perché la causa è rimbalzata ancora in Cassazione: la sentenza di rinvio è oggetto di un nuovo ricorso): mettiamolo quindi da parte, andiamo a guardare l'aspetto istituzionale, che è di un estremo interesse, e meriterebbe secondo me di essere studiata dagli storici del costume giudiziario (materia abbastanza poco praticata in Italia, però, se diamo un'occhiata al di fuori dei nostri confini, vediamo che invece è qualcosa che ha molto successo nei paesi anglosassoni e io ho preso il gusto per queste cose). Vicenda istituzionale, quindi, l'ha già detto Paolo Di Marzio, significativa per la sua valenza sociale.

La sentenza n. 11504/2017 divenne subito un caso giornalistico e di costume non tanto per la soluzione in sé (non nuova, perché v'erano state in passato decisioni simili o non troppo dissimili: basti pensare che Cass. n. 11504/17 ha un precedente in termini in Cass. n. 1652/1990), soluzione che, nella sostanza, poteva comunque essere raggiunta da parte di un giudice esperto e abile che avesse voluto lavorare sulle specificità del caso e sull'ampiezza e sulla plasticità dei principi. La detonazione si ebbe invece per la secca diretta e dura sfida lanciata alle sezioni unite: non per erosione, ma per esplosione.

La sentenza affronta di petto il tema del valore di precedente delle sezioni unite dicendo: è vero che sul punto si sono pronunciate le sezioni unite, ed è

anche vero che una copiosa giurisprudenza si è incanalata sulla traccia di queste, ma il precedente è vecchio, è antiquato; quelle sezioni unite sono superate da una realtà talmente evidente che non ha bisogno oggi di essere riesaminata dalle stesse sezioni unite. La realtà ha rovesciato quella scelta e un collegio della sezione semplice ha il diritto di cancellare quel lascito.

Una sfiducia accentuata dalla perfetta sovrapponibilità della scelta praticata alla soluzione della sentenza (Cass. n. 1652/1990) che, all'epoca, aveva provocato la diretta risposta delle Sezioni Unite. E infatti Cass. n. 11504/17 e Cass. n. 1652/90 sono sovrapponibili; viene quindi scientemente compiuto un ritorno al *prima* della pronuncia delle sezioni unite, sicché si riprende in pugno la situazione intralciata dalla decisione delle sezioni unite. Alla sfida del tempo e del costume vince la soluzione silenziosa da queste.

In Cass. n. 11504/2017 si aggiunge poi una esplicita dichiarazione di irrilevanza di Corte costituzionale n. 11 del 2015 che aveva appena dichiarata non fondata la questione di costituzionalità della l. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6 rimproverandole di aver “*sostanzialmente recepito l'orientamento in questa sede non condiviso, senza peraltro prendere posizione sulla sostanza delle censure formulate dal giudice rimettente*” (sempre a futura memoria degli storici del costume giudiziario, la sentenza della Consulta era firmata Rosario Morelli, cioè da un autorevole rappresentante della Corte di cassazione in seno alla Consulta).

La scelta è decisa e chiara, e che essa non sia una scelta solitaria e casuale, bensì veda convergere numerosi consiglieri, lo dice il fatto che, all'interno della prima sezione parte una sorta di *catenaccio*: sono varie le sentenze con cui la sezione reitera la scelta di Cass. n. 11504/2017 nei mesi successivi. Agli avvocati che chiedevano di rimettere la questione alle sezioni unite e, soprattutto, alla procura generale che (in maniera forse un po' sopra le righe rispetto a quello che è lo stile della procura generale), aveva chiesto di rimettere la questione al primo presidente (cosa molto interessante, dal punto di vista del costume giudiziario), si risponde picche.

In questo *catenaccio* vengono forgiati degli argomenti *ad hoc* che è interessante osservare.

Il primo argomento che il precedente rilevante ormai non è dato dalla decisione delle Sezioni Unite, ma da Cass. n. 11504/2017 che ha sostituito la più antica quale pronuncia nel ruolo di rappresentante del *diritto vivente*. La decisione della prima sezione viene ormai brandita, come “il” precedente rilevante che lascia ormai sullo sfondo quello delle sezioni unite del 1990. L'autorevolezza di questo precedente è data dalla sua freschezza, opposta alla inattendibilità di una giurisprudenza antiquata: giurisprudenza moderna, imposta dall'evoluzione delle cose e non schiava del passato.

Il secondo argomento è di appoggio: il collegio non è tenuto a rimettere un bel nulla alle sezioni unite perché – si legge – la norma dell'art. 374 c.p.c. non è

*norma processuale*, ma è *norma ordinamentale*. Francesco Luiso ha ironizzato sulla distinzione, e potremmo discutere a lungo del senso di questa differenziazione ma siano evidentemente di fronte ad un artificio retorico per dire che se un collegio sceglie di evitare la rimessione anche in flagranza di contrasto, nessuno ci può far niente. L'operazione è istituzionalmente spregiudicata, però si rivela abbastanza fruttuosa sulla giurisprudenza di merito, segno che una base sociologicamente rilevante aspettava una cosa del genere (si tratta di quelle resistenze affiorate nel tempo a cui accennava prima Paolo Di Marzio): un numero non indifferente di tribunali e (soprattutto) di Corti d'appello adottano subito la soluzione come un sostegno al *revirement* che viene subito investito del titolo di "diritto vivente", cioè qualcosa che si aspettava ma alla cui nascita ufficiale occorreva la levatrice. Molti sono infatti i casi di rovesciamento: decisioni di primo grado che avevano concesso pienamente l'assegno sulla base della lettura tradizionale, vengono riformate con una motivazione perentoria, con richiamo allo *ius superveniens* (e anche questo andrebbe studiato: che non si metta in dubbio che la vicenda vada inquadrata in termini *ius superveniens*).

A questo punto, dovendo impugnare una sentenza nella quale la Corte d'appello aveva cancellato l'assegno divorzile riconosciuto al coniuge appunto con una motivazione che si era limitata a dire che, tra il primo e il secondo grado, il diritto era cambiato, considerate le *fins-de-non-recevoir* conseguite dalla Procura Generale, chiedo nel ricorso che si pronuncino le Sezioni Unite e, in aggiunta, deposito un'istanza motivata al primo presidente. Primo presidente che decide prontamente la rimessione alle sezioni unite. La cosa è di tale rilevanza sociale che, molto prima della comunicazione ufficiale, ricevo la notizia da una telefonata del *Sole-24 Ore* che mi chiede un'intervista che non posso ovviamente rilasciare perché ... non so niente (e continuo a non sapere ufficialmente niente per settimane).

Il seguito della vicenda è storia. Le SU vengono investite del problema sorto dal conflitto tra il principio di diritto stabilito dalle SU del 1990 e il principio stabilito da Cass. n. 11504/2017, decidono e cassano una sentenza che aveva motivato appunto sulla base dell'obbligo di attenersi al presunto *ius superveniens*. Arriva poi l'accoglimento del ricorso da parte della sentenza n. 12287/2018 delle Sezioni Unite, e la storia potrebbe finire qui.

[Una velocissima parentesi, che potrebbe interessare gli storici del costume giudiziario: sul piano istituzionale oggi forse abbiamo espressione di una maggiore cautela se guardiamo alla nuova rimessione alla recentissima Cass. ord. n. 28995 del 17 dicembre 2020 sulla questione del rapporto tra l'assegno e la nuova stabile relazione del percipiente. Sarebbe molto interessante studiare la dinamica perché con questa rimessione, la Corte dice di volersi staccare da un precedente di cui si dubita. E il presidente di questo collegio è l'estensore di quel di

quel precedente, segno di una dinamica abbastanza ingarbugliata. Qui non c'era un'esigenza istituzionale di rimessione. Perché c'era semplicemente il precedente della stessa sezione, quindi si poteva benissimo decidere qui probabilmente con un eccesso di cautela (forse qualcuno ha ricordato la vicenda precedente) si è preferito rimettere alle sezioni unite. Vedremo cosa diranno le sezioni unite].

Torniamo però al nostro scenario e, dal piano istituzionale, spostiamoci all'influenza delle SU sulla successiva giurisprudenza, quindi sulle decisioni, e quindi sulla vita della gente, visto che stiamo parlando di un fenomeno socialmente così rilevante. Andiamo cioè a guardare alla sua recezione nella giurisprudenza, vale a dire alla ragionevole prevedibilità delle decisioni future. Qui le cose appaiono un po' più complesse, e riservano qualche sorpresa. Perché ho l'impressione (impressione certo personale, ferma allo stato attuale e smentibile in futuro) che ci siano ancora giudici che accettano volentieri l'influenza di Cass. n. 11504/2017, una sentenza che – per dirla con l'espressione di Frederic W. Maitland – *rules from its grave* (riferendosi al sistema delle *forms of action*, Maitland notava come esso, pur perento, continuasse però a dominare la mentalità dei giuristi inglesi, a dettar legge, appunto, dalla sua tomba).

Cancellato il criterio del tenore di vita, le sezioni unite, attraverso un ragionamento articolato, fissano un correttivo al “*ciascuno per sé*” (se ambedue gli *ex* coniugi sono soggetti economicamente autonomi ed autosufficienti). Si tratta del correttivo comportato dalla funzione perequativo-compensativa dell'assegno per cui, se il richiedente ha ragionevolmente contribuito alla formazione di una ricchezza che resta nella disponibilità dell'altro coniuge, corrisponde a giustizia una qualche redistribuzione di questa ricchezza per una serie di ragioni, a fondamento eminentemente costituzionale, ampiamente spiegate in sentenza.

Ora, il problema è che questo correttivo lo si può valorizzare o lo si può smiunire: il punto d'arrivo delle sezioni unite ha lasciato un delicato problema di dosaggio, cioè un problema affidato alla sensibilità culturale dell'interprete e, come non mai, mi sembra che qui le conseguenze restino affidate all'atteggiamento culturale dell'interprete, alla sua *Weltanschauung*. E mi sembra che, in molti casi, questo interprete esprima il sostanziale disfavore per il coniuge richiedente che caratterizzava la dura linea di Cass. n. 11504/2017. Privilegiando concetti quale l'autoresponsabilità di ciascuno degli *ex* coniugi, si radicalizza l'aspetto estintivo del rapporto tra le parti del divorzio, e si elimina di fatto un diritto riconosciuto in linea di principio; l'assegno di divorzio residua soltanto nella sua funzione assistenziale, di diritto comune alimentare. Con qualche precisazione e qualche concessione che non superano però l'atteggiamento negativo di fondo.

Cass. n. 11504/2017 è visibilmente mossa da una valutazione di odiosità del criterio del tenore di vita precedente, nel tentativo di lasciar fuori dal quadro il patrimonio del coniuge economicamente privilegiato. Le SU del 2018 hanno

fatto tre cose, due in conferma e una in dissenso da Cass. n. 11504/17. Hanno mantenuto la funzione assistenziale dell'assegno propria di Cass. 11504/17 ed hanno spazzato via il criterio del tenore e, in correttivo di Cass. 11504/17 con una valutazione (non di odiosità ma) di disvalore. Hanno però salvato la funzione ulteriore compensativo-perequativa, funzione profondamente sentita da S.U. n. 12287/2018 (che vi dedica spazio e slancio argomentativo). Epperò il quadro che emerge oggi sembra a me sfruttato in chiave riduttiva da buona parte della giurisprudenza, almeno secondo la lettura che emerge dalle banche dati. Perché dico questo? Perché reputo ancora sottovalutata (dal punto di vista sociale, quindi non giuridico in senso stretto) l'ulteriore funzione compensativo-perequativa rispetto alla funzione strettamente assistenziale dell'assegno che, secondo la lettura immediata delle SU invece, spicca come l'elemento fondamentale e come tale è stato assunto da molti dei primi interpreti?

Emerge invero una linea giurisprudenziale che, nel ribadire energicamente la caduta del criterio del *tenore di vita*, finisce per accontentarsi di questo dato ponendo tendenzialmente in un cono d'ombra le altre funzioni: questo lo dice la massimazione, la tecnica di massimazione che si trova in molte delle sentenze che seguono alle sezioni unite. Se si guarda quindi il panorama delle massime successive, in molte di queste si trovano prevalentemente esaltati, al primo posto, il venir meno del criterio del tenore e, al secondo posto, l'indipendenza economica intesa quale nucleo della fattispecie come disponibilità di mezzi adeguati tali da consentire una vita dignitosa ed autosufficiente. Solo in terza e ultima posizione, ma spesso addirittura assente dalla massimazione, l'affermazione che l'assegno divorzile ha "anche" «una funzione compensativa o perequativa nel caso in cui risulti che il coniuge meno abbiente abbia sacrificato le proprie aspettative professionali e reddituali per dedicarsi completamente...»

È questo "anche" che viene sfruttato efficacemente per alzare l'asticella e stringere nella sostanza le condizioni per l'attribuzione, sicché se si vanno a guardare molte delle sentenze successive, osservandole dal punto di vista del risultato socialmente rilevante, questo dato è molto indicativo. Cosa voglio dire? Voglio dire che oggi, a leggere queste sentenze mi sembra diventato significativamente più difficile per il coniuge economicamente più debole vedersi attribuito l'assegno, pur pretendendosi continuità rispetto alla linea delle sezioni unite.

Prendo Cass. VI, 09/12/2020, n. 28104 (ma ve ne sono simili). Cominciamo dalla titolazione della Banca Dati: "Per determinare l'assegno di divorzio non ci si deve più basare sul tenore di vita goduto durante il matrimonio". Segue la massima così espressa: "Il tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio non può più costituire il parametro al quale fare riferimento per la determinazione dell'assegno divorzile, dovendo piuttosto il giudice avere riguardo alla indipendenza economica intesa come disponibilità di mezzi

*adeguati tali da consentire una vita dignitosa ed autosufficiente secondo una valutazione di fatto riservata al giudice di merito*". Fermiamoci qui: cosa notiamo? Notiamo che questa massima è perfettamente sovrapponibile al principio di diritto di Cassazione n. 11504/2017. Non solo ne ribadisce la *pars destruens*, ma il criterio impositivo appare assolutizzato, non integrato da alcuna valutazione ispirata ad esigenze perequative o compensative, esigenze che appaiono del tutto ignorate.

Ora, Cass. n. 28104/2020 dichiara di assumere a suo proprio precedente Cass. 3015/2018, cioè una sentenza, di poco anteriore alle SU del 2018, scaturita dalla stessa penna dell'estensore di Cass. n. 11504/2017, e fermamente schierata sulla linea della chiusura. Si spiega in sentenza che l'esito restrittivo non sarebbe stato sovvertito dalle Sezioni Unite n. 18287 del 2018 "*ma solo in parte corretto*", con la necessità "*che quindi si debba ribadire*" il principio "*intrinsecamente inerente alla nozione di adeguatezza dei mezzi, di indipendenza economica, intesa come possibilità di vita dignitosa (Cass. n. 11504 del 2017)*". Sicché, escluso il criterio del tenore di vita, "*mentre in passato si poneva l'onere di provare l'insussistenza delle relative condizioni a carico del coniuge potenzialmente obbligato*", oggi "*l'onere di provare l'esistenza delle condizioni legittimanti l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno grava sul coniuge richiedente l'assegno*".

In sé preso, il discorso è ineccepibile; esso finisce però per appannare la *pars construens* delle SU allorché lo si completa con la necessità "*che la sperequazione reddituale in essere all'epoca del divorzio sia direttamente causata dalle scelte concordate di vita degli ex coniugi, per effetto delle quali un coniuge abbia sacrificato le proprie aspettative professionali e reddituali per dedicarsi interamente alla famiglia, in tal modo contribuendo decisivamente alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune*" (in tal senso la sentenza riporta Cass. n. 10781 e 10782 del 2019, ambedue dovute alla penna dell'estensore di Cass. n. 11504/2017, e n. 6386 del 2019).

**Direttamente. Interamente. Decisivamente.** Avverbi di non poco conto, in grado di condizionare la lettura dei fatti, e di orientare l'esito del giudizio, perché:

- non vi è evidentemente diritto all'assegno se la "*sperequazione reddituale in essere all'epoca del divorzio*" sia solo **indirettamente** "*causata dalle scelte concordate di vita degli ex coniugi*";
- non vi è evidentemente diritto all'assegno se il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali del coniuge svantaggiato sia frutto di scelte operate per dedicarsi alla famiglia, ma non si tratti di consacrazione totale perché è residuo un qualche impegno esterno che quindi ha impedito di "*dedicarsi interamente alla famiglia*";
- non vi è evidentemente diritto all'assegno se, pur avendo significativamen-

te contribuito alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, non lo si è fatto **decisivamente**.

Il percorso di questa strada sbocca infine nella *ratio decidendi* della pronuncia: se non ricorrono in concreto le “*condizioni per valorizzare la ricordata funzione compensativa*”, «è perché il coniuge richiedente, evidentemente, si trova in condizioni di “*autosufficienza economica*” (cfr. Cass. n. 6386 del 2019)». E, in perfetto corto circuito logico, la sentenza prosegue affermando che l’esistenza di un obbligo di pagamento dell’assegno “*implica un perdurante legame di dipendenza (economica) tra gli ex coniugi*”, dipendenza economica “*che non c’è quando detto obbligo non sussista, cioè quando (e proprio perché) entrambi sono “indipendenti economicamente”*».

Cass. n. 11504/2017 allo stato puro!

Solo invero nella logica estrema di Cass. n. 11504/2017, il rigetto della domanda è imposto dalla autosufficienza reddituale ed economica; al contrario, secondo SU n. 1827/18 si “*deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l’autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare*”. Ad importare è quindi che si possa accertare un contributo sia personale e non effimero, onde appare abusivo pretendere che esso sia anche fattore esclusivo e decisivo della formazione del patrimonio comune e del coniuge. Si tratta di requisiti che “alzano l’asta” per il riconoscimento dell’assegno, in maniera da temperare e, nella sostanza, allontanare gli effetti della scelta delle SU.

La conferma di una linea di restaurazione ante SU la trovo in un’altra sentenza, sentenza importante perché espressione di un atteggiamento consapevole e meditato, ma che porta ad un risultato un po’ paradossale. Si tratta di Cass. n. 21234/2019 (estensore l’autore della sentenza del 2017 *starting point* dell’intera faccenda) che cassa la sentenza d’appello che aveva accolto la domanda di assegno. Punto saliente della controversia decisa è una notevolissima sproporzione tra le posizioni dei coniugi.

La sentenza riporta le evidenze fattuali, accettate così come ricostruite dalla Corte di merito:

- a) rilevante disparità della situazione economica delle parti perché il marito è un *top manager* e titolare di redditi estremamente elevati (si parla di quattro milioni e mezzo di euro di stipendio annui); su questa situazione l’incidenza dell’assegno è percentualmente irrisoria, sì che il relativo onere sarebbe sopportabile;
- b) abbandono del proprio lavoro, da parte della richiedente, per dedicarsi alla famiglia nel matrimonio;
- c) durata ventennale del matrimonio;



- d) sciolto il matrimonio la richiedente non aveva potuto riprendere il lavoro precedente, né agevolmente trovare un'utile collocazione nel mondo del lavoro, in considerazione *d.1)* della sua età e *d.2)* delle sue comprovate cattive condizioni di salute;
- e) il coniuge richiesto non aveva nel processo dimostrato ulteriori fonti di reddito della richiedente.

Non occorre lunga indagine per concludere che questo quadro integra perfettamente la fattispecie del riconoscimento dell'assegno alla luce delle SU del 2018. Esso appare invece coerente con la negazione dell'assegno alla luce e nella prospettiva di Cass. n. 11504/2017, sicché è giocoforza concludere che il collegio della I Sezione che ha pronunciato la sentenza n. 21234/19 ha scavalcato le prime per ribadire la giurisprudenza smentita.

Si legge in Cass. 21234/19 che la Corte di merito, ponendo a base del riconoscimento dell'assegno le evidenze fattuali descritte: a) avrebbe fatto applicazione dell'erroneo parametro del tenore di vita precedente; b) avrebbe violato le regole che presiedono alla distribuzione degli oneri probatori, dando rilevanza al fatto che il coniuge richiesto, non aveva dimostrato redditi della controparte; c) avrebbe erroneamente calcolato l'assegno in una percentuale dei redditi del coniuge e non in relazione alla esigenza di vita dignitosa; d) avrebbe, in definitiva, fornito una motivazione apparente.

Mi si consenta di svolgere alcune osservazioni.

Quanto ad a): stando proprio a quanto riportato nella sentenza di cassazione, resta escluso che si fosse fatto ritorno al criterio del tenore di vita *quo ante*.

Quanto a b), è vero che l'onere di provare le condizioni dell'assegno grava sul richiedente, ma è vero anche che, nel caso di specie, questi elementi erano comunque risultati provati (tanto è vero che la stessa Cassazione non li revoca in dubbio); ed è altrettanto vero che la mancata prova dell'esistenza di redditi da parte del "coniuge potenzialmente obbligato" assume il ruolo di mancata prova contraria di una prova negativa raggiungibile normalmente per via presuntiva, ed evidentemente così raggiunta nella specie. Giova ricordare che, anche riguardo all'altro elemento della fattispecie, cioè al contributo alla vita familiare, le SU ricordano la corrente verità che "*la parte richiedente deve fornire la prova con ogni mezzo anche mediante presunzioni*"; ed aggiungono che "*del superamento della disparità determinata dalle cause sopraindicate, la parte che chiede la riduzione o la eliminazione dell'assegno posto originariamente a suo carico, deve fornire la prova contraria*".

Quanto a c), resta incomprensibile perché mai l'assegno non potrebbe parametrarsi in una percentuale dei redditi dell'altro coniuge, bensì calcolarsi "*in relazione alla esigenza di vita dignitosa*": se così fosse si tornerebbe automaticamente ad escludere l'assegno in caso di esigenza di vita dignitosa già soddisfatta

in partenza, cioè alla linea di Cass. n. 11504/2017. Certamente occorre tener conto del contributo personale del richiedente, ma poiché si tratta di contributo che in tanto rileva in quanto fattore di un altrui incremento/conservazione patrimoniale/reddituale, alla fine non potrà esprimersi diversamente da una percentuale di quei redditi.

Quanto a d), con ogni evidenza il concetto di motivazione apparente è impropriamente richiamato. Resto perplesso sull'impiego del concetto: la motivazione fornita è assolutamente congrua alla giustificazione della fattispecie dell'assegno risultante dalla decisione delle SU e può qualificarsi apparente solo considerandola ultronea rispetto al pre-giudizio che, ragionando come aveva ragionato la Corte d'appello, si fosse recuperato il criterio del tenore di vita precedente.

Ma questa sentenza ha fatto scuola, tanto è vero che è divenuto abituale vederla invocata quale precedente rilevante da quella parte rilevante della giurisprudenza di merito che aveva prontamente aderito a Cass. n. 11504/2017. E così le SU, molto riverite, sono sovente poco rispettate nella sostanza: basta poco, basta spostare in alto l'asticella per rendere più faticosa, più difficile la possibilità di veder riconosciuto l'assegno [nella giurisprudenza di merito, c'è un caso esemplare in proposito: un Tribunale La Spezia, facilmente reperibile nelle banche dati, che si appella alla sentenza che abbiamo appena esaminato e finisce per mettere in un cono d'ombra quello che invece è il nucleo fondamentale delle sezioni unite. La sentenza attribuisce infine un assegno minimale che però, misurato sulle evidenze riportate in sentenza – lui manager di multinazionale, lei cardiopatica, con trapianto di valvola, che si arrangia come donna delle pulizie; lungo matrimonio contratto da entrambi in giovane età – non sembra giustificato]. La giustificazione, a leggere tra le righe la diffusa motivazione della sentenza, discende da una sorta di timore nel dover parametrare l'assegno al patrimonio altrui, temuto succedaneo del tenore di vita].

Mi si segnala che ho ampiamente oltrepassato i minuti a mia disposizione; chiudo allora qui, nella consapevolezza che il tema merita ben altro impegno, oltre che – beninteso – la decantazione che solo il trascorrere del tempo potrà dare. Spero solo di aver espresso un in maniera sufficientemente chiaro quel che volevo dire.



## L'assegno divorzile, alla ricerca di un valido equilibrio (anche dopo le Sezioni Unite)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La svolta della I sezione civile e l'abbandono del criterio del tenore di vita – 3. La pronuncia delle Sezioni Unite: prospettive di ricostruzione del sistema – 4. L'istruttoria dei giudizi di divorzio – 5. Le principali prospettive interpretative.

### 1. Premessa

Alla pronuncia delle Sezioni Unite civili 11.7.2018 n. 18287<sup>1</sup> va ascritto il merito di avere ricomposto il trauma dell'abbandono del criterio del 'tenore di vita', per circa un trentennio parametro commisuratore dell'assegno di divorzio, all'interno di una visione ricostruttiva della rottura dovuta alla I sezione civile della Corte di Cassazione con la nota sentenza del 10.5.2017 n. 11504<sup>2</sup>.

Tuttavia, ci si continua ad interrogare sugli effetti di questa pronuncia e sulla concreta possibilità di raggiungere una soluzione equilibrata tra le diverse e contrapposte aspirazioni. Segno, da un lato dello spessore dei canoni interpretativi offerti dalle Sezioni Unite, e, dall'altro, della complessità del sostrato sociale e culturale che anima la distanza logico-concettuale tra i poli dell'autodeterminazione responsabile e della solidarietà familiare, ambedue dotati di riconoscimento e di garanzie costituzionali nel nostro ordinamento.

In realtà, dietro la vicenda interpretativa che nell'ultimo quadriennio si è sviluppata attorno all'istituto dell'assegno divorzile, si confrontano visioni diverse della stessa istituzione del matrimonio, e della evoluzione della sua rappresentazione da parte della società e della cultura. Tuttora fondamento della famiglia legittima, dopo aver metabolizzato il superamento della categoria di indissolubilità verso un approdo di definitiva risolubilità del vincolo, l'istituto del matrimonio confronta la propria fisionomia ordinamentale con quella delle

---

<sup>1</sup> Foro it., 2018, I, 2671 annotata da G. Casaburi e M. Bianca.

<sup>2</sup> Foro it., 2017, I, 1859 in Giur.it., 2017, 6, 1299, A. DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*

altre 'società' ugualmente 'naturali', cui danno vita le diverse esperienze della famiglia di fatto.

All'assegno di divorzio è richiesto il compito non facile di realizzare un delicatissimo ordine di equilibri, tra bisogni e istanze eterogenei. Esso è infatti chiamato a salvaguardare il coniuge più debole, che non sia provvisto di mezzi adeguati per soddisfare le proprie esigenze e abbia sacrificato una importante fetta della sua vita a favore di un progetto poi tramontato, permettendo in tal modo all'altro coniuge di rafforzare e consolidare la propria posizione patrimoniale e reddituale; ma al tempo stesso, nella cornice della risolubilità del matrimonio, l'assegno divorzile è anche chiamato a preservare il valore dell'autonomia e della libertà dell'individuo ed evitare dunque locupletazioni ingiustificate, quando non addirittura la costituzione di rendite indebite e finanche "parassitarie", che possano gravare ingiustificatamente sulla parte originariamente più forte. Questo delicato bilanciamento è, come noto, affidato a una norma di legge articolata e complessa, l'art. 5, comma 6, l. div., la cui interpretazione per circa un trentennio è stata basata su un canone extratestuale, 'il tenore di vita', su cui la giurisprudenza ha fondato un orientamento consolidato e costante. Per poter ragionare degli effetti della sentenza delle Sezioni Unite civili n. 18287/2018 non si può prescindere, pertanto, dal ripercorrere i passaggi salienti che la hanno immediatamente preceduta.

## **2. La svolta della I sezione civile della Cassazione e l'abbandono del criterio del tenore di vita**

Sintetizzando il percorso della giurisprudenza più recente, occorre prendere le mosse dalla citata sentenza della I sezione civile della Corte di Cassazione n. 11504 del 10.5.2017, che ha interpretato le norme vigenti, abbandonando il criterio interpretativo praticato sin dal 1990 e affermando che il presupposto per la attribuzione di un assegno periodico in favore dell'ex coniuge costituito dall'assenza di mezzi adeguati e dall'impossibilità oggettiva di procurarseli, non deve essere commisurato al pregresso 'tenore di vita matrimoniale', bensì alla insussistenza/mancanza di una 'condizione di autosufficienza' del coniuge richiedente, condizione successivamente precisata nella possibilità di godere di un'esistenza 'libera e dignitosa'<sup>3</sup>.

Una sentenza dall'evidente contenuto ideologico, come confermato dal notevole clamore mediatico che essa ha suscitato. L'intento principale e dichiarato è stato quello di consegnare al passato il criterio interpretativo del 'tenore di vita'

---

<sup>3</sup> Cass., sez. I, 22.6.2017 n. 15481 in Foro it., 2017, I, 2259

quale presupposto per il riconoscimento dell'assegno divorzile all'ex coniuge, giudicandolo incompatibile con l'attuale natura del matrimonio, non più vincolo indissolubile, bensì risolvibile, e, pertanto, costitutivo di effetti economici che hanno motivo di sopravvivere alla pronuncia di divorzio soltanto se sono connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale.

Il fondamento di questa interpretazione è l'opzione per un principio di auto-responsabilità economica degli *ex* coniugi, sul piano personale corrispondente ad un valore di libertà individuale che può tradursi nella scelta esistenziale libera e consapevole di creare una nuova famiglia anche di fatto, scelta molto spesso preclusa dai residui obblighi fondati su una troppo gravosa solidarietà post coniugale.<sup>4</sup>

Il risultato di polarizzazione che è derivato da questa pronuncia ne ha definito a più voci il tono di una 'svolta', di una 'rottura con il passato': giudizi in gran parte veri, ma non completamente corrispondenti alla realtà della giurisprudenza (di merito e di legittimità) che sotto l'ombrello dello sperimentatissimo criterio del 'tenore di vita' già percorreva vie di adeguamento alla mutata realtà sociale ed economica, al diverso ruolo conquistato dalla parte femminile del rapporto coniugale, alla più breve durata dei matrimoni.

Ne è conferma il fatto che la pronuncia in esame sia stata emessa dalla prima sezione civile della Suprema Corte ai sensi dell'art. 384 ult. comma c.c., rigettando il ricorso per cassazione dopo due gradi di merito ad esito conforme, modificandone soltanto il principio di diritto.

Infatti, i giudici di merito e di legittimità avevano saputo utilizzare i requisiti di duttilità del canone del 'tenore di vita' per adeguare le loro decisioni ai mutamenti delle relazioni familiari, conseguenti prevalentemente al diverso ruolo della donna nella società. Come registra la pronuncia della Corte costituzionale n. 11/2015, "L'esistenza ...di un diritto vivente, secondo cui l'assegno divorzile deve garantire al coniuge divorziato il medesimo tenore di vita garantito in costanza di matrimonio non trova riscontro nella giurisprudenza della nomofiliachia, dove il tenore di vita va bilanciato con gli altri criteri indicati nello stesso art. 5...'", rifiutando in tal modo un'interpretazione "criptoindissolubilista" del vincolo coniugale come categoria fondante l'assegno di divorzio<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> '*... (un) parametro di riferimento (siffatto) – cui rapportare il giudizio sull'adeguatezza – inadeguatezza dei "mezzi" dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio e sulla "possibilità-imp-ossibilità per ragioni oggettive" dello stesso di procurarsi – vada individuato nel raggiungimento "dell'indipendenza economica" del richiedente: se è accertato che quest'ultimo è "economicamente indipendente" o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il relativo diritto*' (Cass., n. 11504/2017 cit.).

<sup>5</sup> Secondo la definizione dell'ordinanza di rimessione (Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2013, n. 239 in *Fam. e dir.*, 2014, 687

I dati statistici diffusi a livello nazionale già riferivano, infatti, che soltanto nel 20% dei casi di divorzio, la sentenza dispone l'attribuzione di un assegno divorzile e che l'ammontare di tali assegni, nella media, si assesta attorno a € 500,00 mensili. Dunque, se il revirement della Cassazione voleva colpire ingiustificate locupletazioni o rendite di posizione di clamorosa entità, la realtà ci consegna un numero ben più limitato di casi di assegni mensili molto cospicui.

Tradotti in termini più schiettamente processuali, questi principi hanno portato la I sezione civile della Cassazione a ribadire e rafforzare il canone di rigorosa distinzione del giudizio attributivo dell'assegno, fondato sull'accertamento della non autosufficienza economica del coniuge richiedente, indefettibile filtro (*an*) per il passaggio alla fase, logicamente successiva, di determinazione del *quantum* dell'assegno, i cui criteri sono elencati nell'art. 5, comma 6 e la cui utilizzazione anche a fini di attribuzione dell'assegno periodico rappresenterebbe una indebita 'commistione' di giudizi e di valutazioni.<sup>6</sup>

La previsione del filtro costituito dalla preliminare valutazione sull'*an* può dare luogo a conclusioni di palese iniquità, se non si ancorano gli indici rivelatori dell'autosufficienza economica a canoni di ragionevolezza.

Di esemplare evidenza l'effetto irragionevole di tale criterio, nel caso della coniuge priva di occupazione e di titoli di studio, titolare di un assegno di separazione per sé e per il figlio minorene erogato dal coniuge benestante e unico produttore di reddito durante il matrimonio, che per migliorare la sua condizione economica si adatti nel corso della separazione a occupazioni anche umili (badante), le quali le consentono di reperire un reddito pari all'ammontare dell'assegno di separazione erogato dal coniuge, e che, per tale sua condotta, a differenza della coniuge che si sia astenuta da qualsiasi occupazione non confacente allo status precedente, si veda negare un assegno divorzile, senza accedere

---

<sup>6</sup> *'Va preliminarmente osservato al riguardo, in coerenza con le premesse e con la stessa nozione di "indipendenza" economica, che: a) il relativo accertamento nella fase dell'an debeatur attiene esclusivamente alla persona dell'ex coniuge richiedente l'assegno come singolo individuo, cioè senza alcun riferimento al preesistente rapporto matrimoniale; b) soltanto nella fase del quantum debeatur è legittimo procedere ad un "giudizio comparativo" tra le rispettive "posizioni" (lato sensu intese) personali ed economico-patrimoniali degli ex coniugi, secondo gli specifici criteri dettati dall'art. 5, comma 6 della l. n. 898 del 1970 per tale fase di giudizio'.*

Posta tale premessa di principio, il Collegio enumera i principali indici per accertare nella fase di giudizio sull'*an debeatur*, la sussistenza, o non dell'indipendenza economica dell'ex coniuge richiedente, ovvero '1) il possesso di redditi di qualsiasi specie; 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari e immobiliari, tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita del luogo di residenza della persona che richiede l'assegno; 3) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente ed autonomo; la stabile disponibilità di una casa di abitazione'.

ad un giudizio comparativo e applicativo degli ulteriori criteri; tutto ciò in forza della rigorosa applicazione del filtro.

Per converso, la previsione di un filtro preliminare schematizza oltremodo l'istruttoria, con un effetto di chiara facilitazione del giudizio attributivo dell'assegno divorzile.

Nonostante tale effetto di semplificazione, la giurisprudenza di merito di fronte alla rivoluzione operata dalla I sezione civile della Corte di Cassazione ha assunto posizioni non univoche.

Anche se si è registrata la rapida adesione di alcuni giudici di merito allo schema di decisione proposto dalla Corte di cassazione, non sono mancate anche pronunce di aperto dissenso<sup>7</sup>.

In ogni caso, rimasta orfana del criterio del 'tenore di vita', la giurisprudenza di merito non ha mancato di sottolineare la pari indeterminatezza del criterio di 'autosufficienza economica' offerto in sostituzione, diversamente efficace in una accezione meramente oggettiva e quantitativa ovvero in una accezione soggettiva, che tenga conto delle qualità personali del soggetto richiedente e del contesto nel quale essa è considerata<sup>8</sup>. In tal modo dando corso ad un orientamento evolutivo che non ponesse nel nulla gli arresti del passato, valorizzandone i profili di evidente compatibilità con le più recenti posizioni della cassazione civile.<sup>9</sup>

### 3. La pronuncia della Sezioni Unite: prospettive di ricostruzione del sistema

In una situazione siffatta un intervento chiarificatore della Corte di Cassazione era atteso e da più parti giudicato indispensabile.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 18278/2018 ha ripercorso con ricchezza di argomentazioni il progresso della giurisprudenza in materia di assegno divorzile

---

<sup>7</sup> Trib. Udine 1° luglio 2017, n. 513, D. PIANANIDA, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Fam. e dir.*, 2018, 72; App. Napoli 22 febbraio 2018, n. 911, in *Fam. e dir.*, 2018, 361 ss., con nota di F. DANOVÌ, *La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale*

<sup>8</sup> Trib. Roma, 11.9.2017 n. 16887 in *Il familiarista.it*, annotata da C. RAVERA, *Assegno divorzile: per valutare l'indipendenza economica si deve tenere conto della peculiarità del caso concreto*; Trib. Roma, 26.9.2017 n. 18109 in *Giur.it.*, 2017, 2627, annotata da A. DI MAJO, *Passato e presente nell'assegno divorzile*; Trib. Roma, 2.10.2017, n. 18520 in *Il familiarista.it*, nota redazionale, *Ex moglie dedita alla famiglia e al sostegno della carriera del marito: riconosciuto l'assegno divorzile*; Trib. Roma 16 novembre 2017 n. 21500.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza del Tribunale di Roma successiva alla sent. n. 11504/2017 F. MANGANO, *La giurisprudenza del Tribunale di Roma dopo il revirement della Corte di Cassazione sull'assegno divorzile*, in *Questione Giustizia*, 2018



e nel principio di diritto sancito ha superato tanto il criterio del tenore di vita tanto il criterio dell'autosufficienza economica, giungendo ad una conclusione che si radica nei principi costituzionali 'di uguaglianza, di pari dignità dei coniugi, di libertà di scelta, di reversibilità della decisione ed autoresponsabilità', quali principi che informano il modello di matrimonio coerente con il nostro sistema.

Una sentenza di principio che ricostruisce il fondamento costituzionale del valore di solidarietà, radicandolo nel combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, negandone il preteso significato antitetico al canone di autodeterminazione, proprio perché corroborato dal valore di eguaglianza dei coniugi all'interno del vincolo matrimoniale.

Esemplificando, questi i contenuti più salienti della progressione argomentativa della pronuncia:

- Le Sezioni Unite abbandonano la ricerca di canoni extratestuali (tenore di vita e autosufficienza), scegliendo di concentrarsi sui criteri dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898/70;
- si abbandonano, altresì, ipotesi di rigide pregiudizialità tra momento attributivo e determinativo dell'assegno;
- si nega inoltre la sussistenza di criteri gerarchici tra i criteri elencati nell'art. 5 comma 6.

L'effetto è il rifiuto di ogni automatismo o aprioristica preconfezione di criteri astratti, perseguendosi la determinazione in concreto della decisione, in aderenza alla specificità del percorso coniugale nel quale si è espressa la autodeterminazione coniugale in un rapporto di pari dignità tra le parti.

'Ne consegue che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto, ma in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente'.<sup>10</sup>

In buona sostanza, le Sezioni Unite smentendo la rigida distinzione della fase attributiva (*an*) dalla fase determinativa (*quantum*) dell'assegno di divorzio, sostenuta per evitare rendite parassitarie e assegni di elevati importi pur in

---

<sup>10</sup> Così testualmente Cass., S.U. civili 11.7.2018 n. 18287 cit.

presenza di floride situazioni economiche del coniuge richiedente, ma invero, nella più diffusa realtà del ceto medio, fonte di distorsioni inique, reintroduce la funzione perequativo-compensativa, assicurando pieno e concorrente ingresso a tutti i criteri di giudizio dell'art. 5 comma 6, con una preminenza per il criterio temporale della durata del matrimonio.

A mio giudizio, si tratta di un risultato interpretativo molto apprezzabile raggiunto dalla Sezioni Unite; probabilmente il massimo ricavabile da una norma complicata quale è l'articolo 5 comma 6 e da una evoluzione della giurisprudenza agitata negli ultimi anni da contrapposizioni di evidente sapore ideologico.

Concretezza e rifiuto di schematismi di giudizio oltre che di pregiudizialità processuali significa consegnare al giudice di merito, nell'alveo dei principi costituzionali di eguaglianza e dignità della persona, il compito di adattare la regola di principio alla soluzione del caso concreto, nel pieno rispetto delle naturali attribuzioni della funzione giurisdizionale.

#### 4. L'istruttoria dei giudizi di divorzio

Il primo e più importante effetto della pronuncia delle Sezioni Unite si riflette nella gestione dell'istruttoria dei giudizi di divorzio. Da più parti tale profilo viene indicato come una delle principali criticità della sentenza proprio nell'effetto di complicazione e di complessivo aggravamento dell'onere probatorio delle parti<sup>11</sup>. Massimamente al confronto con la facilitazione che l'utilizzo del filtro preclusivo sull'*an* indicato dalla I sezione civile della Cassazione avrebbe comportato, determinando una selezione radicale e preventiva (ma come osservato con possibili declinazioni di iniquità) tale da precludere l'accesso all'applicazione dei criteri elencati nell'art. 5, comma 6.

In buona sostanza, l'onere della prova del richiedente l'assegno divorzile sarebbe notevolmente appesantito sia sotto il profilo della allegazione sia sotto il profilo della prova.

Ritengo che tale affermazione meriti di essere precisata sia sotto il profilo dei principi sia sotto il profilo della prassi.

Cominciando dalla sistemazione dei principi ad opera della giurisprudenza di legittimità, va segnalata la sentenza n. 11178/2019 che raccoglie le fila degli argomenti sui quali si fonda la pronuncia delle Sezioni Unite, enunciandoli all'interno di una sorta di guida di gestione del processo divorzile.

---

<sup>11</sup> F. DANOVÌ, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, in Fam. e Dir., 2018, 1007; G. SERVETTI, *L'accidentato percorso del giudice di merito nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di divorzio*, in Fam. e Dir., 2018, 991.

Ribaditi i passaggi concettuali salienti – a) abbandono dei vecchi automatismi (tenore di vita e autosufficienza) b) abbandono della concezione bifasica (determinativa e attributiva) c) abbandono della mera rilevanza assistenziale della funzione dell'assegno, in vista della concezione perequativa compensativa e risarcitoria d) equiordinazione dei criteri del comma 5 e) abbandono di una concezione astratta della contrapposizione adeguatezza/inadeguatezza dei mezzi e contestualizzazione nella vicenda coniugale f) necessità della valutazione della storia coniugale e di una prognosi futura che tenga conto della condizione del richiedente (età, salute ecc.) in relazione alla durata del matrimonio g) importanza dei profili perequativo-compensativo e accertamento rigoroso della sussistenza del nesso di causalità tra scelte endofamiliari e condizioni delle parti al momento dello scioglimento del vincolo – la sentenza indica all'interprete il metodo operativo basato su tali principi.

Esso è sintetizzato in tre momenti fondamentali, in relazione ai quali potere dispositivo delle parti e potere officioso del giudice si combinano tra loro in vista del fine da raggiungere. Dunque occorre a) procedere alla comparazione della situazione patrimoniale delle parti, anche avvalendosi di poteri officiosi b) qualora risulti l'inadeguatezza accertarne rigorosamente le cause in relazione alle scelte familiari in virtù delle quali tale squilibrio sia imputabile al contributo assicurato alla formazione del patrimonio familiare c) quantificare in relazione non ad un criterio astratto quale il tenore di vita bensì in relazione alla commisurazione del sacrificio/contributo accertato in concreto.

Partendo dalla prima fase si osserva che, all'esito della comparazione, non ha rilievo qualsiasi differenza per legittimare la concessione dell'assegno. Il divario, infatti, per il Supremo Collegio deve essere «rilevante», e dunque sensibile e significativo<sup>12</sup>, permanendo di conseguenza il necessario margine di discrezionalità giudiziale che comporta la loro applicazione.

Per verificare le condizioni delle parti, in ogni caso, la Cassazione attribuisce al giudice un potere di indagine e accertamento assai ampio, in quanto la «valutazione concreta ed effettiva dell'adeguatezza dei mezzi e dell'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive» deve essere «fondata in primo luogo sulle condizioni economico-patrimoniali delle parti, da accertarsi anche utilizzando i poteri istruttori officiosi attribuiti espressamente al giudice della famiglia a questo specifico scopo».

È qui che si innesta il contributo di quella prassi giurisprudenziale di formazione pretoria che ha dato proficua applicazione alla norma contenuta nell'art. 4, 6° comma, 1. div., in forza del quale «al ricorso e alla prima memoria difensiva

---

<sup>12</sup> L'entità del divario è sottolineata come aspetto qualificante anche da Simeone, *Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite: ritorno al futuro?*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it), 2018.

sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate» corrispondente, pur se con minime variazioni lessicali all'art. 706, 3° comma, c.p.c.. Norma che va integrata e corroborata dall'art. 5, 9° comma, l. div., in forza del quale, «i coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune.».

Secondo le Sezioni Unite le disposizioni appena menzionate inducono a ritenere che l'accertamento delle condizioni economico-patrimoniali delle parti (e, con esse, dell'eventuale sproporzione) e la relativa istruttoria costituiscano «per tutte le controversie nelle quali si discuta dell'assegno di divorzio, un accertamento ineludibile rivolto ad entrambe le parti, con la conseguenza che la conoscenza comparativa di tali condizioni costituisce, secondo quanto risulta dall'esame testuale della norma, valutazione pregiudiziale a qualsiasi successiva indagine sui presupposti dell'assegno».

Una prospettiva ribaltata rispetto alla sentenza della I sezione civile n. 11504/2017 che denunciando l'indebita commistione operata dai giudici di merito dei criteri dell'art. 5, comma 6 l. div. ha ingiustificatamente misconosciuto le buone prassi istruttorie elaborate nei giudizi di divorzio e di separazione, le quali hanno orientato le decisioni di merito, confermate in sede di legittimità, contribuendo alla formazione di quel diritto vivente considerato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 11/2015.

Prima fra tutte la c.d. *discovery* anticipata, imposta con il decreto di fissazione dell'udienza presidenziale utilizzato ormai da molti Tribunali, con il quale si richiede alle parti di depositare, prima dell'udienza presidenziale, oltre ai documenti fiscali, una autodichiarazione analiticamente riferita alle proprie condizioni economico-patrimoniali; prassi cui consegue la valutazione della condotta delle parti ai sensi dell'art. 116 c.p.c. in relazione all'inadempimento del dovere di lealtà processuale, che nei giudizi separativi ha una connotazione più stringente in applicazione degli artt. 29 e 30 Cost., nei quali è declinato il più generale principio di solidarietà dell'art. 2 Cost.. O ancora, il particolare bilanciamento del diritto alla riservatezza del coniuge con l'esigenza di accertamento dei redditi e del patrimonio 'personale e comune', avallata anche dalla recente formulazione dell'art. 492 *bis* c.p.c. e 155 *sexies* disp. att. c.p.c.. Sotto tale ultimo riguardo, è ormai consolidato l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa che riconosce al coniuge l'accesso all'anagrafe tributaria, a tutela dei diritti fatti valere in causa e quale attività complementare all'esercizio del diritto di difesa<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. in questo senso ad es. Cons. Stato 14 maggio 2014, n. 2472; T.A.R. Veneto 19 gennaio 2017, n. 61; T.A.R. Puglia 3 febbraio 2017, n. 94, in *Foro it.*, 2017, III, 349 ss.; T.A.R. Campania 2 ottobre

Dunque, non concordo con la lettura della pronuncia delle Sezioni Unite in materia istruttoria che vi scorge un generale allargamento dell'impulso inquisitorio, tradizionalmente circoscritto alla sfera relativa ai figli minori, anche al tema dell'assegno di divorzio. Quanto piuttosto una giusta rivalutazione dell'equilibrio tra poteri processuali disponibili alle parti e poteri officiosi del giudice da tempo praticati dalla giurisprudenza e, in qualche modo traditi, dalla sentenza n. 11504/2017, in vista di una concezione superindividualistica della vicenda separativa che non corrisponde al quadro normativo vigente tanto costituzionale, negli artt. 2, 3, e 29 Cost., tanto ordinario con gli istituti degli artt. 9 e 12 l. div., che le Sezioni Unite recuperano e rivitalizzano.

In un sistema siffatto la dimostrazione dei presupposti che possono condurre a riconoscere ovvero negare l'assegno di divorzio viene a essere demandata a ulteriori regole processuali e istituti tipici della fase istruttoria, legati a ricostruzioni di tipo presuntivo.

Infatti, un processo che riconosce la collaborazione di poteri officiosi non potrà che dedurre elementi di convincimento da ogni eventuale mancanza della parte ad assicurare al giudizio il materiale istruttorio richiestole, o addirittura alla omessa attivazione di quegli strumenti di indagine che le sono consentiti. Si pensi, per quanto sopra esposto, alla richiesta di accesso alle informazioni circa le condizioni patrimoniali dell'ex coniuge, che se non attivata dalla controparte potrebbe essere valutato negativamente dal giudice.

Pertanto, le presunzioni possono essere invocate dal giudice per sottolineare la non verosimiglianza e attendibilità, tenuto conto della situazione complessivamente emersa e delle risultanze di causa, del mero dato delle dichiarazioni dei redditi<sup>14</sup>.

La seconda fase di accertamento dei presupposti riguarda le ragioni che in relazione alle scelte familiari hanno determinato lo squilibrio economico patrimoniale, sì da renderlo imputabile al contributo personale assicurato alla formazione del patrimonio familiare. Si legge nella sentenza che «la situazione economico-patrimoniale del richiedente costituisce il fondamento della valutazione di adeguatezza che, tuttavia, non va assunta come una premessa meramente fenomenica ed oggettiva, svincolata dalle cause che l'hanno prodotta, dovendo

---

2018, n. 5763., con la precisazione che l'attività che l'Agenzia delle Entrate è tenuta a compiere si iscrive unicamente nel più ampio settore del diritto all'accesso agli atti.

<sup>14</sup> In questo senso è l'orientamento consolidato della Suprema Corte, che precisa che le dichiarazioni dei redditi hanno valenza dal punto di vista fiscale e non possono pertanto assumere un valore vincolante per il giudice civile, in contesti diversi da quello tributario (cfr. ad es. Cass. 19 giugno 2003, n. 9806; Cass. 28 aprile 2006, n. 9876; Cass. 12 giugno 2006, n. 13592; Cass. 23 luglio 2008, n. 20352; Cass. 6 luglio 2012, n. 11414).

accertarsi se tali cause siano riconducibili agli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte dell'art. 5 c. 6, i quali, infine, assumono rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio».

La valutazione causalistica dello squilibrio reddituale esistente tra i coniugi costituisce il cuore della funzione non soltanto assistenziale bensì primariamente compensativa dell'assegno divorzile.

La prospettiva causale nell'interpretazione delle prime pronunce di merito successive alle Sezioni Unite ha sottolineato con grande evidenza la necessità di tener conto del contributo dato da ciascuno dei coniugi per tutto il corso del matrimonio anche sotto forma di tempo, energie e attenzioni dedicate alla famiglia.

È stato affermato che l'assegno di divorzio non è più diretto a restituire al coniuge economicamente più debole «la condizioni di sicurezza goduta nel corso della vita matrimoniale, ma, appunto, a compensare l'investimento compiuto nel progetto matrimoniale... e a perequare, in via peraltro del tutto tendenziale, i disagi economici che... sono nati dal divorzio»<sup>15</sup>.

Dal punto di vista istruttorio, il rigoroso accertamento probatorio del rilievo causale degli indicatori rilevanti della sperequazione determinatasi, e dunque delle ragioni che hanno condotto allo squilibrio sussistente nella situazione tra le parti, che implica una valutazione accurata del nesso di causalità sussistente tra il divario allegato o accertato e le scelte compiute dalla famiglia, le caratteristiche dei ruoli assunti dai coniugi, il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali, le opportunità colte ovvero mancate, restituisce il primato alla disponibilità delle parti, il cui onere probatorio può essere solo in parte coadiuvato dai poteri officiosi del giudice.

Dal punto di vista della concreta ripartizione degli oneri probatori, poi, incombe sul richiedente l'onere di dimostrare la sussistenza (in via tra loro se possibile cumulativa, quanto meno in parte) dei criteri indicati nell'art. 5, 6° comma, l. div., mentre deve ritenersi che l'altro coniuge, che nega di essere tenuto a erogare l'assegno, secondo la sentenza « deve fornire la prova contraria ».

Nella generale vigenza della regola dell'onere della prova, in relazione ad un insieme di criteri di non facilissima applicazione, l'ausilio dell'intervento officioso si attende essenzialmente sotto due profili.

In primo luogo, il rilievo del criterio causale può valere a definire chiare linee di demarcazione in ordine ai confini delle stesse fonti di reddito rilevanti, con l'esclusione di quelle che, in via generale non sarebbero ascrivibili al percorso comune di vita matrimoniale che ha comportato un investimento di responsabilità e di impegno che chiede di essere compensato.

---

<sup>15</sup> Cfr. Trib. Civitavecchia 14 settembre 2018, in *Foro it.* 2018, I, 3724 ss.

Un compito di definizione uniforme che non sempre è assolto con coerenza dal giudice della nomofilachia. Il caso di più visibile strabismo riguarda i redditi provenienti da patrimoni familiari o acquisizioni ereditarie, di cui è difficile negare la rilevanza in relazione all'accertamento del tenore di vita, ma che nel sistema attuale è più problematico ricondurre ad una relazione di causalità con le determinazioni di indirizzo della vita familiare assunte dai coniugi in costanza di matrimonio. Due recenti pronunce denotano tutta la problematicità di questo aspetto affermando, da un lato, la irrilevanza dei proventi familiari ed ereditari ai fini della determinazione della consistenza patrimoniale del debitore dell'assegno divorzile<sup>16</sup> e dall'altro, viceversa, il pieno rilievo di tali voci nella valutazione dei redditi della richiedente l'assegno<sup>17</sup>.

D'altra parte, nel riconoscimento e nell'attribuzione dell'assegno di divorzio, pur nella ribadita assenza di criteri gerarchici o di sovraordinazione tra i canoni di giudizio elencati nell'art. 5 comma 6, la valutazione del percorso matrimoniale e delle scelte che ne hanno condizionato l'evoluzione, un particolare rilievo assume la durata del matrimonio, che viene definita dalle Sezioni Unite come «fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, anche in relazione all'età del coniuge ed alla conformazione del mercato del lavoro».

Dalla centralità di questo criterio, oggetto di un accertamento obiettivo – a parte il dilemma di non secondario rilievo pratico tra la nozione formalistica di durata del matrimonio, intesa in senso rigoroso, come necessariamente calcolata a far tempo dalla celebrazione e sino al divorzio stesso, o all'opposto in termini più ampi ed elastici, dando rilievo alla convivenza effettiva, tanto se essa sia cessata prima di una pronuncia formale di separazione tanto, e in direzione speculare, se abbia preceduto la stessa celebrazione del matrimonio – scaturisce un sussidio di evidente facilitazione anche per l'onere probatorio delle parti, siano esse parte richiedente o parte richiesta del contributo.

Altro criterio più agevolmente obiettivabile, anch'esso connesso al fattore tempo è quello dell'età degli *ex* coniugi, che incide in relazione al futuro che segue alla sentenza di divorzio e alle aspettative che ciascuno degli *ex*-coniugi ha ancora, poiché la fine del matrimonio tra due soggetti giovani induce a ritenere più agevole la ricostruzione di una autonomia professionale ed economica in capo agli stessi, di quanto non lo sia per due persone anziane.

---

<sup>16</sup> Cass., sez. I, sent. 23.7.2020 n. 15774.

<sup>17</sup> Cass., sez. VI-1, ord. 5.6.2020 n. 10647.

Dunque, anche lo snodo più cruciale dell'accertamento dell'assegno divorzile può avvalersi di momenti di valutazione presuntiva che alleggeriscono l'onere probatorio delle parti.

La terza ed ultima fase di accertamento, dedicata alla quantificazione dell'assegno divorzile in relazione alla commisurazione del sacrificio/contributo accertato in concreto, è quella nella quale con maggiore ampiezza si esprime l'esercizio della discrezionalità giudiziale.

Ma è anche la fase nella quale si percepiscono maggiormente le carenze dello strumento normativo di cui dispone il giudice del divorzio, ossia l'obbligo di erogazione periodica e a tempo indeterminato di somme di danaro. Uno strumento poco gradito ai debitori dell'assegno e che mal si concilia con la stessa finalità compensativa ormai prevalente, manifestando, in alcuni casi la sua inadeguatezza in relazione a consistenti patrimoni formati in costanza di matrimonio e oggetto di intestazione ad uno solo dei coniugi.

La perpetuità dell'erogazione è un dato che naturalmente incide sulla stessa quantificazione dell'assegno, anche in relazione agli istituti di assistenza post divorzile di cui agli artt. 9 e 12 l. div..

È vero che il c.d. assegno divorzile a termine, istituto non conosciuto dal nostro diritto positivo, avrebbe il merito, tra l'altro, di bilanciare matrimoni non troppo lunghi, con prole, il cui fallimento ha determinato una notevole disparità reddituale, nonostante la potenzialità professionale del coniuge che si è dedicato esclusivamente alla famiglia. In tali casi, la determinazione dell'assegno andrebbe coniugata ad una valutazione prognostica della capacità del coniuge svantaggiato economicamente, ma ancora in giovane età di trovare una propria autonomia economica.

La sentenza delle Sezioni Unite, nel paragrafo 11 dedicato al panorama comparatistico europeo ed extraeuropeo in materia di effetti patrimoniali della crisi matrimoniale, si dilunga nel motivare che la mancata previsione di un istituto attribuzione temporanea di un contributo economico periodico, al pari di quanto conosciuto da altri ordinamenti, in realtà è bilanciato dalla previsione dell'istituto della revisione dell'assegno di divorzio che ne adegua l'ammontare al sopravvenire di circostanze modificative.

Tuttavia, e forse proprio per questi motivi, soltanto l'intervento del legislatore potrà dare pieno ingresso a tale istituto, che più di una proposta legislativa<sup>18</sup> presentata in parlamento ha indicato come caposaldo di una diversa regolamentazione degli effetti patrimoniali della crisi coniugale.

---

<sup>18</sup> Si veda al riguardo la proposta n. 506 – Morani – presentata nella XVII legislatura.



## 5. Le principali prospettive interpretative

Da quanto sinteticamente esposto può dedursi che la sentenza delle Sezioni Unite nel restituire l'assegno divorzile ad una funzione composita, assistenziale, risarcitoria ma soprattutto compensativa nel quadro dei principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà all'interno del matrimonio e oltre lo stesso matrimonio, all'esito del suo scioglimento, stabilisce una linea di continuità con un'apertura di credito nei confronti della giurisprudenza e dei percorsi sinora compiuti.

Le segnalate criticità applicative, in realtà, in relazione alla maggiore gravità dell'onere probatorio delle parti sono in gran parte temperate dalla gamma dei poteri officiosi del giudice, in coerenza con i principi costituzionali che fanno da cornice anche agli istituti patrimoniali del matrimonio.

Tuttavia, salvo un intervento di riforma da parte del legislatore, prevalentemente in relazione all'istituto dell'assegno divorzile temporaneo, spetta alla giurisprudenza futura di meglio definire la combinazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite con alcuni snodi salienti in materia di effetti dello scioglimento del matrimonio.

Due esempi tra gli altri.

Il primo riguarda la compatibilità della funzione compensativa dell'assegno divorzile, con la sua automatica estinzione all'instaurarsi di una convivenza di fatto da parte del coniuge richiedente. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza interlocutoria del 17.12.2020 n. 28995, la quale ha chiesto di valutare se 'instaurata la convivenza di fatto'...il diritto dell'ex coniuge, sperequato economicamente, si estingua automaticamente 'o non siano invece praticabili altre soluzioni interpretative che, orientate dalla valorizzazione del prevalente contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, stante gli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione, anche se del caso, per una modulazione da individuarsi nel particolare contesto sociale di riferimento'.<sup>19</sup>

Si evidenzia dunque il contrasto tra la consolidata giurisprudenza di legittimità che con grande rigore ha affermato la estinzione automatica dell'assegno divorzile nel caso di instaurazione di una convivenza di fatto<sup>20</sup> e la funzione compensativa dell'assegno divorzile in relazione a sacrifici e contributi allo sviluppo patrimoniale della famiglia, irreversibilmente travolta dall'esercizio di una

---

<sup>19</sup> La si legga ora annotata da M.Bianca, *Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via*, in Giustizia insieme, 2021.

<sup>20</sup> Tra le più recenti, Cass., 26.10.2020 n. 22604; Cass., 28.2.2020 n. 5606.

libera facoltà di autodeterminazione. Ancora una volta i due poli valoriali, della solidarietà post coniugale e dell'autoresponsabilità, devono trovare un punto di reciproco coordinamento, a conferma del fatto che l'equilibrio raggiunto porta a nuove e ulteriori plausibili soluzioni concrete.

Il secondo tema, relativo ai patti in vista del divorzio, ha un orizzonte ancora più ampio, poiché il principio di autodeterminazioni e l'autonomia negoziale dei coniugi, una volta abbandonato il criterio esclusivamente assistenziale dell'assegno sollecita una aggiornata rivisitazione della disciplina dei possibili accordi destinati a regolare il regime patrimoniale della crisi coniugale. È noto come la consolidata giurisprudenza di legittimità, a fronte di orientamenti in dottrina molto più articolati<sup>21</sup>, ha sempre affermato la nullità degli accordi dei coniugi, conclusi durante il matrimonio o anche al momento della separazione, essenzialmente in una prevalente prospettiva di tutela delle ragioni del coniuge più debole<sup>22</sup>.

Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile induce ad un ripensamento delle categorie tralaticciamente applicate negli anni. Infatti, il valore centrale attribuito all'accordo coniugale nella determinazione dell'organizzazione della vita matrimoniale, con la declinazione dell'art. 144 c.c. nell'ambito di principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà, non potrà che produrre i suoi effetti anche in relazione al momento conclusivo della vita matrimoniale medesima. Con la necessità di ripensare ai limiti da applicare a tali accordi, i quali inevitabilmente si smarcheranno da un crisma di nullità a priori<sup>23</sup> verificando anche in questo caso nella concretezza delle loro determinazione i possibili margini di validità.<sup>24</sup>

La spinta proviene anche dalla già registrata insoddisfazione nei confronti di una disciplina che regola gli effetti patrimoniali della conclusione del percorso matrimoniale, sulla base di un unico istituto consistente nella periodica erogazione di danaro in favore dell'ex coniuge meno abbiente, rimettendo esclusivamente all'accordo, ancorchè vagliato sulla base di un criterio di congruità, la possibilità di una erogazione capitalizzata *una tantum*.

---

<sup>21</sup> G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in Fam. E Diritto, 2012, 806.

<sup>22</sup> Cass., 14.6.2000 n. 8109 in Giur.it., 2000, 429.

<sup>23</sup> C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in Fam. e diritto, 2018, 1041.

<sup>24</sup> Si veda Cass., ord. 24.2.2021 n. 5065, che in riferimento ad una fattispecie di più limitato impetto (modalità di versamento dell'assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne) ripercorre la giurisprudenza di legittimità in materia di accordi, aprendo a una soluzione più flessibile della valutazione di validità.

D'altra parte anche l'attuale quadro normativo depone in favore di simile evoluzione interpretativa, considerata la facoltà dei conviventi di fatto di regolare gli effetti patrimoniali della loro vita in comune con un 'contratto di convivenza' (art. 1 comma 50 l. n. 76/2016), dal quale non sono esclusi gli effetti della eventuale risoluzione.<sup>25</sup>

È prevedibile, infatti, l'esportazione di analoghi principi anche per l'unione derivante dal matrimonio, in una visione di sistematica contaminazione tra i diversi istituti familiari.

---

<sup>25</sup> L. Gatt, *Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale* sub comma 50 in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di M.C. Bianca, Torino, 2017, 616, ss; A. Fusaro, sub art. 54, *ibidem*, 659 ss.

## Patti prematrimoniali: note sulla circolazione di un modello

SOMMARIO: 1. La contrattualizzazione delle relazioni familiari e la questione dei patti prematrimoniali in Italia. – 2. Lo statuto dell'autonomia privata prematrimoniale negli ordinamenti statunitense, inglese e tedesco. – 3. Le questioni. – 4. La circolazione dei patti prematrimoniali nel sistema italiano.

### 1. La contrattualizzazione delle relazioni familiari e la questione dei patti prematrimoniali in Italia

Sebbene il diritto di famiglia italiano abbia conosciuto negli ultimi anni, notevoli slittamenti verso la c.d. “contrattualizzazione” delle relazioni familiari, sanciti anche da specifici interventi normativi<sup>1</sup>, la validità dei patti prematrimoniali specificamente diretti a disciplinare le conseguenze patrimoniali del divorzio è respinta dalla giurisprudenza italiana assolutamente maggioritaria.

Gli argomenti sulla scorta dei quali la giurisprudenza nega la validità di tali pattuizioni sono noti e sostanzialmente costanti nel tempo e possono qui riassumersi nell'idea generale (ad essi sottesa) della “indisponibilità” – quantomeno in via preventiva – degli status coniugali, dei diritti e doveri dei coniugi e dei relativi aspetti patrimoniali, anche in relazione allo scioglimento del vincolo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In particolare, fra gli interventi più recenti, la legge 20 maggio 2016, n. 76, che contempla i contratti di convivenza; il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con legge 10 novembre 2014, n. 162), che introduce la c.d. negoziazione assistita ai fini del divorzio; v. in proposito, di recente, in relazione al rapporto tra “contrattualizzazione” delle relazioni familiari e patti prematrimoniali, V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2020, VI, 2, 407 ss.

<sup>2</sup> V., di recente, Cass. 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 955 ss., con commento di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*; limitate aperture sono state ravvisate nelle pronunce di Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713 in *Contr.*, 2013, 221 ss., con nota di E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*; in *Corriere Giur.*, 2013, 1563 ss., con nota di F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*; in *Famiglia e dir.*, 2013,

La questione dei patti prematrimoniali, allora, nel dibattito politico-giuridico italiano assume oggi rilievo essenzialmente in una prospettiva – di riforma – che guardi al possibile superamento, secondo varie strategie, della attuale chiusura della giurisprudenza. Tale idea viene coltivata, da un canto, da una parte della dottrina che, in particolare valorizzando il rilievo sistematico degli interventi legislativi che hanno ampliato il ruolo dell'autodeterminazione dei coniugi nella definizione dei loro rapporti anche rispetto alla crisi del rapporto, ritiene non più fondato – già sul piano dello *ius positum* – l'orientamento della giurisprudenza e ne invoca il superamento per via, per così dire, "interpretativa".

D'altro canto, emerge periodicamente nel dibattito politico-giuridico anche la prospettiva della riforma del sistema per via legislativa, mediante un espresso riconoscimento della liceità e validità di tali pattuizioni ad opera del legislatore. Questa seconda via ha dato luogo sia a proposte di riforma da parte di associazioni o ordini professionali<sup>3</sup> (nell'ultimo decennio, ad esempio, ci sono state proposte dell'Associazione degli avvocati matrimonialisti italiani e del Consiglio nazionale del notariato), sia a specifiche iniziative in sede parlamentare. In particolare, nell'attuale legislatura sono pendenti almeno due proposte di riforma, una delle quali ha acquisito un certo rilievo poiché contenuta in un disegno di legge di iniziativa del Governo, presentato al Senato il 19 marzo 2019 (d.d.l. S. 1151), nel quale si prospetta un'ampia delega al Governo per la riforma del Codice Civile in numerosi ambiti, prefigurando anche (per quanto molto sinteticamente) l'espressa contemplazione, nella disciplina codicistica, della possibilità di concludere accordi (anche) prematrimoniali "intesi a regolare ...

---

321 ss., con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*; in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 445 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*; Trib. Torino, 20 aprile 2012 (ord.), in *Famiglia e dir.*, 2012, 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*; Cass. 21 agosto 2013 n. 19304 in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract? Per un esame critico delle argomentazioni impiegate dalla giurisprudenza in relazione ai patti con i quali si negoziano anticipatamente le condizioni patrimoniali per il caso di scioglimento del vincolo*, v. V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 425 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. famiglia*, 2015, II, 207 ss.

<sup>3</sup> Ad esempio, le proposte dell'Associazione dei Matrimonialisti Italiani e del Consiglio Nazionale del Notariato, risalenti al 2011, sulle quali v. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 69 ss.

nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto ..."<sup>4</sup>.

Il favore che complessivamente le prospettive richiamate manifestano per un tale ampliamento delle competenze dell'autonomia privata, al di là degli argomenti di carattere specificamente tecnico-giuridico che nel dibattito dottrinale vengono avanzati al fine di superare la posizione della giurisprudenza che nega validità agli accordi prematrimoniali, può dirsi probabilmente fondato in generale su due ordini di considerazioni di politica del diritto<sup>5</sup>. La prima, di carattere ideale (o ideologico), attiene ai benefici che in generale e sulla scorta di una lunga tradizione si riconoscono all'esercizio dell'autonomia privata e al riconoscimento del potere dei soggetti di – per così dire – porre norme a sé stessi. L'autonomia, si dice, costituisce manifestazione della libertà dei soggetti, le parti sono i migliori giudici dei propri interessi, il giudice – peraltro – non dispone di tutte le informazioni rilevanti sulle preferenze delle parti e sulle circostanze che possono influenzarle. In definitiva, prosegue l'argomento, la contrattazione privata, purché libera e consapevole, non può che condurre ad un miglioramento del benessere di entrambe le parti e disconoscerne gli effetti significherebbe mortificare ingiustamente la libertà dei soggetti (nel caso di specie: i nubendi, che volessero definire anticipatamente in via convenzionale l'assetto dei rapporti patrimoniali per un eventuale divorzio). La seconda, di carattere funzionale, si

<sup>4</sup> Per un quadro generale della portata del d.d.l. S. 1151 v. L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice Civile. Prime riflessioni*, in *Corriere giur.*, 2019, 589 ss.; con specifico riguardo agli accordi prematrimoniali, v. l'analisi critica di R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contr.*, 2019, 609 ss. È poi pendente nell'attuale legislatura la p.d.l. C. 244 (di iniziativa parlamentare) presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018 (corrispondente alla p.d.l. n. 2669, presentata nel 2014 alla Camera dei Deputati nel corso della XVII legislatura) specificamente dedicata alla materia della contrattazione prematrimoniale e rivolta a riconoscere la validità di "accordi prematrimoniali volti a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio" sulla quale v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss. (ove anche riferimenti a precedenti proposte di riforma); E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, 291 ss.

<sup>5</sup> V, ad esempio, per alcune discussioni in proposito, R. H. MNOOKIN, L. KORHHAUSER, *Bargaining in the shadow of the law. The case of divorce*, in *Yale L.J.*, 1979, 950 ss.; M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, in *U. Toronto L.J.*, 1991, 549 ss.; per una discussione più ampia B. BIX, *Private ordering in family law*, in E. BRAKE, L. FERGUSON (a cura di), *Philosophical foundations of children's and family law*, Oxford, 2018, 257 ss

rivolge alla “utilità” che l’esercizio dell’autonomia privata in tale ambito presenterebbe in relazione alla funzione giurisdizionale: il riconoscimento degli accordi prematrimoniali avrebbe cioè una funzione (utile) di deflazione del contenzioso giudiziale.

A fronte di questo scenario italiano e della invocazione che esso rivela per un maggior ruolo dell’autonomia privata nella disciplina degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale, la considerazione di alcune esperienze straniere entro le quali i patti prematrimoniali in vista del divorzio hanno conseguito esplicito riconoscimento, consente di enucleare alcune questioni che la fenomenologia della contrattazione prematrimoniale pone e di tematizzare così in chiave problematica il ruolo dell’autonomia privata in questo ambito al fine di individuare le coordinate essenziali di un possibile trattamento giuridico. La comparazione – seppure limitata ad alcuni ordinamenti – consente infatti di ricostruire un percorso che, talvolta partendo da posizioni di netta chiusura in ordine all’ammissibilità di tali accordi sulla scorta di considerazioni di *public policy* non troppo dissimili da quelle che tuttora ispirano la giurisprudenza italiana, giunge ad attribuirvi validità, inquadrandoli tuttavia entro specifici modelli di disciplina che rivelano uno statuto dell’autonomia privata e del contratto peculiare rispetto al paradigma generale.

Tale peculiare statuto dell’autonomia privata e del contratto si articola su tre piani, che danno luogo ai tratti tipici della disciplina degli accordi prematrimoniali in confronto con il paradigma del “contratto in generale”. Si riscontra in primo luogo una peculiare procedimentalizzazione dell’accordo, la cui valida formazione richiede specifici accorgimenti volti ad assicurare piena informazione delle parti e specifica consapevolezza degli effetti giuridici, anche prevedendo, quale condizione per la validità dell’accordo, l’assistenza di un professionista indipendente per ciascuno dei coniugi. A ciò si aggiunge una certa “devalorizzazione”<sup>6</sup> dell’impegnatività dell’accordo, in considerazione delle circostanze sopravvenute, che si coglie nel maggior rilievo riconosciuto alle sopravvenienze quali elementi che possono condurre alla non vincolatività dell’accordo al momento dell’effettivo divorzio, qualora determinino uno squilibrio successivo, dipendente dallo svolgimento della vita matrimoniale. Infine, quale cornice generale e cifra caratteristica della disciplina, l’accordo delle parti rimane esposto a un penetrante controllo giudiziale in relazione alla equità (originaria e sopravvenuta) dell’assetto distributivo convenuto (la giustizia dell’accordo).

---

<sup>6</sup> L’espressione è di A. ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 226; v. poi sul punto, di recente, anche in relazione alle proposte italiane di riforma, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 645 ss.

## 2. Lo statuto dell'autonomia privata prematrimoniale negli ordinamenti statunitense, inglese e tedesco

Il diritto statunitense offre un significativo esempio di sistema entro il quale gli accordi prematrimoniali, a partire da una iniziale valutazione di illiceità da parte delle corti, hanno acquisito piena cittadinanza quale strumento di regolazione convenzionale degli effetti del divorzio e notevole rilievo sul piano operativo e simbolico<sup>7</sup>.

L'ordinamento statunitense, quindi, all'esito di un processo che parte dagli anni '70 del Novecento, assume oggi valore in qualche modo esemplare con riguardo al ruolo del c.d. *private ordering* della famiglia, in particolare rispetto alla regolazione delle conseguenze del divorzio<sup>8</sup>. I *prenuptial agreements* sono infatti regolarmente conclusi e riconosciuti dalle corti, che in certi casi adottano anche posizioni di estrema deferenza all'autonomia privata. Molto citato, a quest'ultimo proposito, il caso *Simeone v. Simeone*, deciso dalla Corte Suprema della Pennsylvania nel 1990<sup>9</sup>, riguardante, peraltro, una relazione che appare caratterizzata da rilevanti disparità di potere contrattuale e di distribuzione delle risorse tra marito e moglie, sulla scorta di un modello in qualche modo ricorrente nella fenomenologia della contrattazione prematrimoniale (e che evidenzia anche una questione di genere spesso sottesa al contenzioso in materia)<sup>10</sup>. In quell'occasione, gli stessi giudici, pur a fronte delle caratteristiche del caso, rivendicarono la piena competenza delle parti a disciplinare anticipatamente le conseguenze patrimoniali del divorzio, giungendo ad una descrizione dei nubendi quali soggetti che, in condizioni di piena parità formale, sarebbero capaci di negoziare – in modo sostanzialmente non diverso dai “contraenti del

<sup>7</sup> Cfr., per la ricostruzione del modo in cui è mutato l'atteggiamento delle corti statunitensi, B. Bix, *Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage*, in *William and Mary Law Review*, 1998, 150 ss.

<sup>8</sup> Per una descrizione (con prevalente riguardo al diritto canadese, ma secondo un modello sostanzialmente applicabile anche agli Stati Uniti) del processo che, sulla scorta di una mutata percezione sociale del ruolo e del contenuto del matrimonio, ha condotto a un ampliamento dell'area del c.d. *private ordering* della famiglia, v. M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, cit., 533 ss.

<sup>9</sup> *Simeone v. Simeone* 581 A.2d 162 (Pa. 1990).

<sup>10</sup> Si trattava infatti di un neurochirurgo, abbastanza ricco, che si accingeva a sposare un'infermiera disoccupata e molto più giovane alla quale il giorno stesso del matrimonio sottoponeva un contratto prematrimoniale, da questa sottoscritto, che le riconosceva un ammontare irrisorio in caso di divorzio, verificatosi dopo nove anni di matrimonio; v., per un'analisi di *Simeone* in chiave di discriminazione di genere, G. F. BROD, *Premarital agreements and gender justice*, in *Yale J. Law and Feminism*, 1994, 270 ss.



mercato” – l’assetto patrimoniale dei loro futuri rapporti e rimanere così vincolati alla volontà anticipatamente manifestata.

Tuttavia, a dispetto dell’esito estremo di questo caso, *case law* e *statute law* statali (ai quali la materia è affidata), hanno in realtà elaborato ed applicato peculiari cautele, riservando generalmente alle corti poteri di controllo sulla correttezza e giustizia dell’accordo dal punto di vista sia procedurale che sostanziale, nel quadro peraltro dell’ampia discrezionalità e incisività che tradizionalmente caratterizza il ruolo del giudice di *common law* nelle questioni familiari<sup>11</sup>. Si richiede tipicamente che entrambi i nubendi, oltre ad aver ricevuto piena informazione sulla situazione patrimoniale dell’altro, prima della stipulazione dell’accordo abbiano consultato un legale competente in materia o siano stati quantomeno avvisati dell’opportunità di farlo, che l’accordo sia concluso con un ragionevole anticipo rispetto al matrimonio o che sia garantito un certo periodo di riflessione tra il momento in cui l’accordo viene proposto per la prima volta e il momento della sua conclusione<sup>12</sup>.

La mancata osservanza di tali accorgimenti procedurali costituisce normalmente presupposto per l’indagine sull’equilibrio sostanziale dell’accordo e la sua eventuale disapplicazione qualora esso risulti squilibrato. Secondo l’impostazione che sembra dominante, cioè, lo squilibrio economico sostanziale assumerebbe rilievo e condurrebbe al diniego di effetti all’accordo nel caso in cui sussistano vizi di tipo procedurale che ne costituiscano il presupposto. Si segnala tuttavia, da parte di alcune Corti, anche una tendenza inversa – che conduce ad un più incisivo controllo sul merito dell’accordo – secondo la quale lo squilibrio sostanziale potrebbe essere sufficiente a far presumere l’assenza di piena informazione precontrattuale, assumendo, così, autonomo rilievo pur

---

<sup>11</sup> Cfr. I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, in J. M. SCHERPE (a cura di), *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, Oxford, 2012, 415 ss.; B. BIX, *Bargaining in the shadow of love*, cit., 153 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Famiglia e dir.*, 2005, 543 ss.

<sup>12</sup> Di tali cautele dà conto solo in parte e in modo minimale l’assetto che lo *Uniform Premarital Agreements Act* dà alla materia nella sua prima stesura del 1983, in particolare alla sec. 6 (a) e (b). Il testo è stato emendato nel 2012 (*Uniform Premarital and Marital Agreements Act*), rendendo maggiormente incisive le possibilità di controllo dell’equilibrio economico dell’accordo, ma la versione emendata ha ancora scarso rilievo applicativo, poiché risulta adottata soltanto da due Stati. Molti Stati si sono invece mostrati propensi ad esercitare controlli più incisivi (sia sulla scorta di un’interpretazione più rigorosa delle regole dell’UPAA da parte del *case law*, sia in base ad atti legislativi statali), in relazione ai requisiti procedurali per la valida formazione del consenso e al sindacato sull’equità dell’accordo anche in considerazione delle circostanze sopravvenute. Per riferimenti alle fonti statali, v. E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., pp. 550 ss.; I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy*, cit., 415 ss.; S. N. KATZ, *Family law*, Oxford-New York, 2015, 23 ss.

entro un quadro concettuale che riconosce formale primazia al controllo procedurale<sup>13</sup>.

Inoltre, si dà tipicamente rilievo, entro certi limiti, all'ingiustizia eventualmente sopravvenuta. È diffusa infatti l'idea secondo la quale le corti possano sindacare l'equità dell'accordo che, seppure astrattamente equilibrato al momento della conclusione, divenga iniquo alla luce delle circostanze sopravvenute (quindi, tipicamente, nel caso in cui lo svolgimento della vita matrimoniale abbia acuito le disparità economiche tra i coniugi, dei quali uno si sia maggiormente dedicato all'attività lavorativa, migliorando la propria capacità reddituale, mentre l'altro si sia preso cura delle incombenze familiari, l'accordo può essere disapplicato dal giudice in considerazione dell'iniquità sopravvenuta)<sup>14</sup>.

Il sistema inglese è stato invece segnato da una più lunga diffidenza nei confronti degli accordi prematrimoniali, motivata essenzialmente dall'opinione secondo la quale la loro efficacia avrebbe escluso la tipica discrezionalità della quale gode il giudice inglese nell'adozione dei provvedimenti destinati a regolare i rapporti patrimoniali tra gli sposi a seguito del divorzio<sup>15</sup>. In epoca relativamente recente, il noto caso *Radmacher v Granatino*<sup>16</sup>, nel quadro di un maggior favore per l'autonomia privata in tali materie<sup>17</sup>, ha riconosciuto per la prima vol-

<sup>13</sup> Questa tendenza è segnalata da S. N. KATZ, *Family Law*, cit., 26 che fa riferimento al caso *Arnold v. Arnold* 553 S. W.2d 255 (Ark. 1977), deciso dalla Corte Suprema dell'Arkansas.

<sup>14</sup> Cfr. S. N. KATZ, *Family Law*, cit., 25 (che fa riferimento al *case law* di Massachusetts e Minnesota); per lo Stato di New York, cfr. *Domestic Relation Law* sec. 236B, che richiede che i termini degli accordi tra coniugi siano “*fair and reasonable at the time of the making of the agreement and are not unconscionable at the time of entry of final judgment*”; per riferimenti più estesi v. I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, cit., 423 ss.

<sup>15</sup> Per un quadro della situazione inglese precedente a *Radmacher v Granatino*, v. N. LOWE, *Prenuptial agreements: the English position*, in *InDret*, 2008, 1 ss.; S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, Oxford-Portland, 2017, 14 ss.; I. GIANNACCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese: tra l'evoluzione della common law e i silenzi del legislatore*, in S. LANDINI, M. PALAZZO (a cura di), *Biblioteca della fondazione italiana del notariato. Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, 2018, 468 ss.

<sup>16</sup> [2010] UKSC 42; per la ricostruzione della vicenda giudiziaria v. S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, cit., 20 ss.; per una valutazione del rilievo della decisione anche nella prospettiva del giurista non inglese v. J. M. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 933 ss.

<sup>17</sup> “*The reason why the court should give weight to a nuptial agreement is that there should be respect for individual autonomy. The court should accord respect to the decision of a married couple as to the manner in which their financial affairs should be regulated. It would be paternalistic and patronising to override their agreement simply on the basis that the court knows best.*” *Radmacher v Granatino*, [2010] UKSC 42, § 78.

ta la (possibile) validità dell'accordo anticipato per il caso di divorzio e la sua attitudine a escludere o limitare la discrezionalità della corte. La Corte suprema inglese, cioè, nonostante una importante *dissenting opinion* di Lady Hale<sup>18</sup>, ha attribuito una tendenziale efficacia all'accordo anticipato, considerandolo *prima facie* elemento al quale il giudice deve attenersi nella definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio e tuttavia riservando al giudice il compito di valutare la piena informazione e libertà delle parti nella stipulazione dell'accordo e, inoltre, la sua equità (*fairness*) dal punto di vista sostanziale, in particolare alla luce delle circostanze sopravvenute durante la vita matrimoniale<sup>19</sup>. In particolare, l'assetto convenzionale potrà dare luogo alla valutazione di *unfairness* qualora, anche alla luce delle circostanze sopravvenute nel corso del matrimonio, non soddisfi adeguatamente i *needs* (secondo l'interpretazione ampia che caratterizza la nozione) di un coniuge o non gli garantisca adeguata *compensation* per le implicazioni patrimoniali delle rinunce derivanti dall'organizzazione della vita matrimoniale<sup>20</sup>.

Sul versante dei c.d. sistemi di *civil law*, nell'esperienza tedesca l'autonomia privata viene pacificamente ritenuta capace di estendersi – oltre che, naturalmente, alla scelta e alla modifica del regime patrimoniale – anche alla disponibilità degli obblighi di mantenimento post-divorzili. Anche con riguardo all'ordinamento tedesco, tuttavia, si segnalano cautele e controlli, anche sulla giustizia sostanziale dell'accordo, nonché la preoccupazione delle corti tedesche per la sorte del coniuge che, privato dei mezzi di sussistenza per effetto della esclusione convenzionale del mantenimento post-divorzile, sia costretto a far ricorso all'assistenza sociale (caso che per primo e in modo pacifico ha consentito il sindacato giudiziale sull'accordo)<sup>21</sup>. In particolare, le corti tede-

---

<sup>18</sup> [2010] UKSC 42, §§ 131 ss.

<sup>19</sup> “The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement”, *Radmacher v Granatino*, [2010] UKSC 42, § 75.

<sup>20</sup> Cfr. *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, §§ 77 ss.; per ragguagli sul modo in cui le indicazioni della *Supreme Court* sono state recepite nel *case law* successivo, dando luogo ad un assetto ancora non definito della materia, v. S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, cit., 27 ss.; I. GIANNACCINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese*, cit., 475 ss.

<sup>21</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 57 ss.; AN. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali*, in *Nuova giur. comm.*, 2012, II, 483 ss. (che registra convergenze, negli esiti, tra la disciplina tedesca e quella statunitense, dal punto di vista dei controlli e delle cautele con le quali vengono accolte le manifestazioni di autonomia privata dei coniugi).

sche, sulla scorta della nota e approfondita elaborazione delle clausole generali delle *gute Sitten* e di *Treu und Glauben*, possono ritenere nullo ai sensi del par. 138 (con conseguente applicazione del regime legale) il patto che conduca a un assetto eccessivamente squilibrato in conseguenza dello sfruttamento della posizione di debolezza di uno dei futuri coniugi e intervenire, ai sensi del par. 242, in considerazione delle circostanze esistenti al momento nel quale l'accordo deve avere esecuzione, per impedire ad un coniuge di avvalersi di alcune pattuizioni quando ciò possa considerarsi iniquo (esercizio abusivo delle situazioni giuridiche costituite dal patto) nei confronti dell'altro e, eventualmente, per adeguare l'assetto convenzionale alle circostanze sopravvenute, con funzione di riequilibrio.

Una nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 2001<sup>22</sup>, superando un approccio più prudente della giurisprudenza precedente, ha sancito la piena compatibilità tra il riconoscimento dell'autonomia privata in tema di convenzioni matrimoniali e conseguenze patrimoniali del divorzio e i controlli di contenuto sull'accordo. Le direttive della Corte costituzionale, così come successivamente articolate dal *Bundesgerichtshof* nel 2004<sup>23</sup>, hanno individuato, quali situazioni tipiche di debolezza contrattuale (che renderebbe rilevante ex par. 138 lo squilibrio dell'accordo), non soltanto la circostanza che l'accordo sia sottoposto da parte del futuro marito alla donna già in gravidanza, quale condizione per contrarre matrimonio, ma anche le disparità dipendenti dalla situazione patrimoniale, dalla qualificazione professionale o dalla suddivisione dei compiti tra cura della casa e attività professionale ipotizzata dalle parti. Inoltre, hanno indicato, quale parametro rispetto al quale valutare lo squilibrio in relazione alle circostanze sopravvenute nel corso dello svolgimento della vita matrimoniale (per i fini dell'adeguamento giudiziale fondato sul par. 242), il criterio secondo il quale il coniuge che abbia sostenuto un investimento prevalentemente in "capitale umano" (cura della casa e dei figli) dovrebbe partecipare alla ricchezza familiare costituita nel corso del matrimonio.

---

<sup>22</sup> *BVerfG*, 6.6.2001, in *FamRZ*, 2001, 343, e tradotta in italiano da M. G. CUBEDDU in *Familia*, 2002, II, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*; sul rilievo della pronuncia v. E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 60 ss.

<sup>23</sup> BGH 11 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, 601, sulla quale v. A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004)*, in *Familia*, 2005, 133 ss.

### 3. Le questioni

La ricognizione dei tratti essenziali dell'atteggiamento di alcuni ordinamenti<sup>24</sup> mostra dunque la tendenza a coniugare l'attribuzione all'autonomia privata della competenza a regolare gli effetti patrimoniali del divorzio con la previsione di specifici controlli e interventi giudiziali. Tali cautele e controlli rivelano come il contesto e le caratteristiche della contrattazione prematrimoniale, una volta messe da parte le obiezioni in termini di *public policy* che tagliavano del tutto fuori il contratto, siano comunque tali da determinare alcuni tipici ostacoli al pieno dispiegamento della logica e dei benefici dell'autonomia privata.

Sussiste in primo luogo una fisiologica asimmetria informativa sulle condizioni patrimoniali dell'altro coniuge, che sollecita, in particolare nei sistemi di *common law*, l'imposizione di specifici obblighi di informazione (è quindi più prudente sovrastimare il proprio patrimonio, in sede di informazione precontrattuale, al fine di ridurre le probabilità che l'accordo venga ritenuto inefficace dalle corti). Inoltre, il peculiare contesto emotivo che tipicamente caratterizza la prestazione del consenso all'accordo prematrimoniale pregiudica la serena valutazione dei termini di quel rapporto di "corrispettività" o di "condizionalità" che la stipulazione dell'accordo obiettivamente istituisce tra la prestazione del consenso al matrimonio e lo scarto rispetto al regime legale del divorzio che il regime convenzionale determina. Lo scarto che l'accordo determina rispetto al regime legale appare cioè in qualche modo come il "prezzo" pagato per l'altrui consenso al matrimonio. La congruità di tale "prezzo", secondo i paradigmi ordinari del contratto "di mercato", andrebbe valutata dal contraente, il quale, però, nel peculiare contesto della contrattazione prematrimoniale, vedrebbe sistematicamente turbata la serenità del proprio consenso.

Ancora, queste criticità sarebbero aggravate da quella generale tendenza del comportamento degli esseri umani nella contrattazione, descritta come razionalità limitata, che implica che essi siano naturalmente indotti a sottostimare la probabilità di che si verifichino eventi avversi nel futuro. Le parti, dunque, sottoscriverebbero l'accordo sulla scorta di una irrazionale sottovalutazione delle probabilità del divorzio e quindi della effettiva futura applicazione dell'assetto convenzionale<sup>25</sup>. Il rischio di tali errori cognitivi, piuttosto che rimanere a carico

---

<sup>24</sup> Che peraltro rivela una tendenza comune anche ad altri sistemi che ammettono la validità di tali accordi, v. ad esempio, con riguardo al *Código civil* catalano, V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, cit., 443 ss.

<sup>25</sup> Cfr. M. A. EISENBERG, *The limits of cognition and the limits of contract*, in *Stanford Law Review*, 1995, 211 ss.; B. BIX, *Bargaining in the Shadow of Love*, cit., 193 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti*, cit., 552 ss.; per un'analisi empirica sul punto v. L. A. BAKER, R. E. EMERY, *When Every Relationship Is Above Average*, in *Law and Human Behavior*, 1993, 439 ss.

del “contraente” che vi incorre – secondo l’astratto paradigma della vincolatività dell’impegno contrattuale – contribuisce a sollecitare l’applicazione di modelli di disciplina volti ad incrementare il flusso dell’informazione precontrattuale e a richiamare l’attenzione, anche mediante l’incentivo all’acquisizione di pareri di esperti, sulle effettive implicazioni dell’accordo, preconstituendo possibili “vie d’uscita” dall’assetto convenzionale, soprattutto nel caso in cui tali accorgimenti procedurali non vengano rispettati.

La fisiologica proiezione verso il futuro degli accordi prematrimoniali – che fa sì che essi siano per definizione rivolti a programmare anticipatamente un assetto di interessi destinato a realizzarsi in futuro e rispetto ad uno scenario incerto – alla luce degli imprevedibili assetti che la vita matrimoniale può assumere, induce poi ad assegnare alle sopravvenienze che possano rendere ex post squilibrato l’accordo un rilievo più ampio rispetto a quanto non avverrebbe entro un ordinario contesto “di mercato”<sup>26</sup>. Qualora, ad esempio, un accordo abbia stabilito un alleggerimento delle conseguenze patrimoniali del divorzio a vantaggio del coniuge poi rivelatosi più ricco, (che cioè durante il matrimonio si è dedicato all’attività lavorativa e ha prodotto reddito, mentre l’altro, dopo il matrimonio, ha abbandonato il lavoro per dedicarsi alla cura della famiglia e così ha mutato la propria posizione riducendo la propria capacità di produrre reddito) sulla scorta degli ordinari parametri del contratto “di mercato” dovrebbe pensarsi che proprio del rischio connesso a tale mutamento di circostanze (in relazione alla futura possibilità del divorzio) – in quanto “rischio tipico” della vita matrimoniale – le parti abbiano voluto disporre convenzionalmente e che quindi esse debbano in linea di principio ritenersi vincolate a quanto convenuto<sup>27</sup>. Sembra invece che proprio questo sia il tipo di caso che spesso sollecita l’attenzione delle corti con funzione di riequilibrio dell’assetto convenzionale e a situazioni di questo genere, peraltro, faceva riferimento la *dissenting opinion* di *Lady Hale*, incentrata sui molti potenziali “*futures*” della vita matrimoniale, che sconsigliano l’adozione di una logica di stretta aderenza a quanto originariamente convenuto secondo il modello tipico del contratto<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> S. N. KATZ, *Family law*, cit., 25; I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, cit., 427 ss.; viene spesso evocato il modello del *relational contract* quale modo specifico di trattare giuridicamente tale problema, cfr. ad esempio M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, cit., 565 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 233 ss.

<sup>27</sup> Per una ricostruzione dei criteri per l’individuazione delle sopravvenienze rilevanti rispetto all’assetto convenuto in sede prematrimoniale v. V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 452 ss.; v. poi, sul rilievo delle sopravvenienze, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., *passim*.

<sup>28</sup> V. *Radmacher v Granatino*, [2010] UKSC 42, § 175.

Il contesto della contrattazione prematrimoniale, dunque, rende quantomeno problematica la trasposizione nel campo della famiglia del tradizionale bagaglio concettuale del contratto quale forma giuridica della relazione economica tra soggetti assunti dal diritto quali razionali, che ad essa affidano la pianificazione dei rispettivi interessi patrimoniali, vincolandosi a rispettare in futuro quanto originariamente pattuito ed assumendosene pienamente il rischio. Ciò, come si è visto, sollecita l'applicazione di specifici modelli di procedimentalizzazione dell'accordo e di tutela della parte debole e induce a depotenziare il valore vincolante della pattuizione privata proprio sotto quel profilo – la pianificazione per il futuro della allocazione dei rischi fra le parti, anche in relazione alle circostanze sopravvenute – rispetto al quale il contratto obbligatorio “del mercato” esplica una delle sue principali funzioni economiche.

Tali caratteri della disciplina, nel loro complesso, evocano la questione fondamentale che il tema del rapporto tra regime legale e regime convenzionale delle conseguenze del divorzio in realtà pone e cioè il problema – tradizionalmente esterno al mondo del contratto secondo il paradigma classico – dell'assetto distributivo delle risorse tra gli ex coniugi e in particolare della “giustizia” di tale assetto in confronto con quello che risulterebbe dal regime legale<sup>29</sup>. Tale problema, peraltro, si pone talvolta anche in termini di questione “di genere” in considerazione di un paradigma tipico – anche se non esclusivo – e probabilmente in parte ancora attuale del contenzioso sugli accordi prematrimoniali, che vede la donna in posizione di debolezza economica allo scioglimento del matrimonio per avere principalmente dedicato alla famiglia un investimento in “capitale umano” non direttamente ripagato in termini di reddito e patrimonio propri<sup>30</sup>.

Se questa è la questione fondamentale, allora, al di là delle cautele procedurali sulla formazione dell'accordo, l'esito distributivo della contrattazione antici-

---

<sup>29</sup> Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (diretto da) *Giur. sist. Bigiavi. Separazione e divorzio*, I, Torino, 2003, 176 ss.; in generale, sulla prospettiva della “giustizia contrattuale” quale cifra del trattamento giuridico dell'autonomia privata nel campo familiare, v. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 227 ss.

<sup>30</sup> Per una nota analisi in chiave di discriminazione di genere dell'*enforcement* degli accordi prematrimoniali negli Stati Uniti v. G. F. BROD, *Premarital agreements and gender justice*, cit.; v. poi, con particolare riguardo ad alcune posizioni della giurisprudenza italiana, S. CATANOSI, *Accordi in vista del divorzio e “ottica di genere”*. *Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, 169 ss.; per un resoconto di alcune posizioni del femminismo giuridico, anche in relazione agli accordi prematrimoniali v. M. R. MARELLA, S. CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 163 ss.

pata sul divorzio si rivela, piuttosto, influenzato in misura decisiva dai c.d. *initial entitlements* che discendono dal regime legale, e cioè dalle assegnazioni, dalle attribuzioni patrimoniali che il regime legale riconosce alle parti in occasione del divorzio. Sono queste attribuzioni legali, infatti, a costituire la base di partenza della contrattazione privata e, al tempo stesso, a fornire un parametro legale sul quale misurare l'equità dell'assetto convenzionale<sup>31</sup>. La contrattazione sulle conseguenze del divorzio è cioè, come solitamente si dice con espressione divenuta ormai classica nella materia, una contrattazione che si svolge *in the shadow of the law* e cioè a partire da un dato regime legale e assume quale proprio oggetto le risorse che tale regime assegna alle parti che negoziano<sup>32</sup>. Dal modo in cui il regime legale valuta la posizione delle parti e dalle aspettative che assegna loro in termini di risorse economiche attribuite con lo scioglimento del matrimonio, dipende, allora il potere contrattuale di ciascuna parte e, soprattutto, il tipo di controllo di contenuto che l'ordinamento può svolgere sull'assetto convenzionale proprio in relazione al suo scostamento rispetto al regime legale.

Sotto il profilo distributivo, pertanto, se pure in astratto potrebbe pensarsi che la negoziazione privata tra contraenti pienamente informati possa costituire un veicolo per un miglior riconoscimento del valore economico del lavoro domestico<sup>33</sup>, proprio a fronte di un regime legale che si assuma carente sotto tale profilo, tuttavia, è probabilmente più realistico ritenere che il mero ampliamento dello spazio occupato dalla contrattazione "tra eguali" lascerebbe comunque probabilmente in gran parte intatte le disparità di potere contrattuale che proprio il regime legale, in ipotesi, istituisca. Al contrario, la disponibilità del regime legale a prendere in considerazione l'investimento in capitale umano ai fini della definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio può assumere invece rilievo determinante al fine di creare condizioni di contrattazione più favorevoli ad un assetto convenzionale equilibrato sotto il profilo distributivo, incidendo sul

<sup>31</sup> V. in particolare M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, cit., 551 ss.

<sup>32</sup> Il riferimento è naturalmente a R. H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the shadow of the law. The case of divorce*, cit., il cui modello però è riferito agli accordi in occasione del divorzio piuttosto che agli accordi prematrimoniali.

<sup>33</sup> Sul trattamento giuridico del "lavoro domestico", nel quadro della dicotomia "famiglia/mercato" v. M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e "resistenze". Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2010, 233 ss.; K. B. SILBAUGH, *Marriage contracts and the family economy*, in *Northwestern Un. L. Rev.*, 1998, 66 ss.; per il riconoscimento del rilievo giuridico ed economico del lavoro domestico, nel quadro della disciplina del regime primario della famiglia, dal punto di vista italiano, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, v. V, t. 1, Milano, 2002, 86 ss.



rispettivo potere contrattuale delle parti e soprattutto fornendo un parametro per il controllo giudiziale<sup>34</sup>.

#### 4. La circolazione dei patti prematrimoniali nel sistema italiano

Una prospettiva di “riforma” (nel duplice, lato senso, sopra illustrato) che intenda riconoscere in via di principio, anche sulla scorta delle suggestioni provenienti dai sistemi stranieri, la competenza dell’autonomia privata a regolare mediante la negoziazione prematrimoniale le conseguenze del divorzio induce dunque in primo luogo a riflettere sul significato simbolico del nesso che l’accordo anticipato istituisce tra la pattuizione del regime convenzionale e il consenso al matrimonio. Spinge cioè a interrogarsi sulla “commensurabilità” che la contrattazione prematrimoniale obiettivamente istituisce tra il consenso al matrimonio e quel “valore economico” rappresentato dallo scarto che il regime convenzionale anticipatamente istituisce rispetto al regime legale, che diviene in qualche modo il “prezzo” del matrimonio. L’ingresso della logica dell’autonomia privata e del contratto, in questo modo, rende “calcolabili”, secondo il paradigma utilitaristico, le implicazioni e le conseguenze della relazione affettiva formalizzata col matrimonio. Tale prospettiva rimanda quindi, innanzitutto, al piano della “deliberazione sociale” alla quale è rimessa la questione del significato sociale del matrimonio, della legittimazione degli sposi a disporne e dei confini da assegnare, rispettivamente al “mondo della comunità domestica” familiare e al “mondo del contratto”<sup>35</sup> e della logica utilitaristica che regge il mercato.

A valle di tale questione preliminare, l’idea del riconoscimento in via di principio degli effetti giuridici della contrattazione prematrimoniale mette invece in rilievo l’esigenza che la competenza così attribuita all’autonomia privata non si risolva in un abuso delle disparità di potere e di distribuzione delle risorse tipiche

---

<sup>34</sup> V. in proposito M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e “resistenze”*, cit., 256 ss.; E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell’assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 169 ss. e *passim*

<sup>35</sup> E cioè, secondo la dicotomia di M. A. EISENBERG, *The world of contract and the world of gift*, in *California Law Rev.*, 1997, 821 ss., al mondo degli impegni patrimoniali giuridicamente vincolanti secondo i meccanismi coercitivi tipici del contratto e retti dal calcolo utilitaristico, contrapposti al mondo della incoercibilità giuridica propria della sfera affettiva; su questi aspetti v., in Italia, M. BARCELLONA, *Della Causa*, Milanofiori-Assago, 2015, 186 ss.; in prospettiva più generale (sulla dicotomia agire affettivo/agire utilitaristico), G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale*, cit., pp. 121 ss.; sul rapporto tra contrattazione privata e significato sociale del matrimonio v. poi K. B. SILBAUGH, *Marriage contracts and the family economy*, cit., *passim*.

della relazione (pre)matrimoniale, anche in considerazione della sua dimensione “di durata”. Sul piano della disciplina, allora, una prospettiva che tenda a superare le resistenze della nostra giurisprudenza al riconoscimento degli accordi prematrimoniali richiede l’articolazione di quel peculiare statuto dell’autonomia privata “prematrimoniale”, in relazione alle specifiche posizioni di debolezza e alle esigenze di allocazione del rischio, che costituisce il tratto tipico della contrattazione prematrimoniale entro i sistemi che ne ammettono la vincolatività giuridica. Su tali profili di disciplina le proposte di riforma legislativa avanzate di recente tacciono del tutto, limitandosi a prefigurare l’assegnazione di un nuovo campo di competenze all’autonomia privata – che in questo modo si affrancherebbe dai limiti attualmente posti dalla giurisprudenza – senza ulteriori specificazioni<sup>36</sup>.

Non così, invece, le proposte che tendono al superamento della posizione giurisprudenziale per via, per così dire, “interpretativa” avanzate dalla dottrina italiana, che valorizzano alcuni spunti sistematici già presenti nell’ordinamento italiano (*de iure condito*) per sviluppare uno statuto della contrattazione in vista della crisi e dei suoi effetti che appare coerente con il campo dei problemi delineato con l’indagine di diritto comparato e fornisce risposte analoghe a quelle degli ordinamenti stranieri<sup>37</sup>.

L’introduzione del modello della negoziazione assistita ad opera del d. l. n. 132 del 2014, ha infatti probabilmente già comportato – quanto meno sul piano dei principi – un certo mutamento di scenario, con l’attribuzione ai coniugi della competenza a determinare pattiziamente lo scioglimento del matrimonio e le relative condizioni, anche patrimoniali, senza passare per il consueto controllo giudiziale (quanto meno per ciò che attiene ai rapporti tra gli ex coniugi), nonché a impegnarsi al momento della crisi, mediante “convenzione di negoziazione assistita”, a negoziare le condizioni del futuro divorzio<sup>38</sup>. Proprio la disciplina

<sup>36</sup> Si fa in particolare riferimento alle proposte menzionate *supra* alla nota 4. V., infatti, i rilievi critici di R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, cit., *passim* (con riguardo al d.d.l. S. 1151) e E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di “accordi prematrimoniali”*, cit., *passim* (con riguardo alla proposta di legge di iniziativa parlamentare n. 2669 presentata nella XVII legislatura e oggi riproposta nella legislatura attuale)

<sup>37</sup> V. in particolare la proposta di C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., *passim.*; in senso simile E. BARGELLI, *Divorzio “privato” e prospettive dell’autonomia coniugale*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 363 ss.; v. poi la compiuta articolazione di una riforma per via legislativa, sul modello della disciplina catalana, prefigurata da V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 443 ss.

<sup>38</sup> Cfr. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 270 ss., che attribuisce alla introduzione della negoziazione assistita un “effetto dirimente sul tema dell’autodeterminazione e della negoziazione

della negoziazione assistita, allora, può indicare una direttiva circa le condizioni di ammissibilità della contrattazione privata sulla crisi coniugale, sotto il profilo procedurale.

Il modello della negoziazione (ammessa proprio perché) “assistita” dal supporto di una consulenza professionale, segnala infatti un certo parallelismo con il requisito dell’*independent legal advice* tipico delle giurisdizioni di *common law*, elevando la “assistenza” del professionista a requisito sufficiente a supplire all’ordinario vaglio giudiziale sull’assetto convenuto al momento della crisi<sup>39</sup>. Dal modello introdotto dal d.l. n. 132 del 2014 si trae dunque una nuova direttiva sistematica favorevole all’ampliamento del ruolo dell’autonomia privata (esercitata però *al momento* della crisi), che ne indica anche un requisito di ammissibilità (negoziazione purché “assistita”). Il riconoscimento normativo della negoziazione assistita, quindi, fornisce alla dottrina nuovi argomenti per dubitare della solidità della attuale chiusura della giurisprudenza rispetto ai patti in vista del divorzio, e tuttavia non consente, di per sé, di affermare in termini generali la validità degli accordi con i quali i coniugi programmino gli effetti del futuro scioglimento del matrimonio in un tempo anteriore alla crisi<sup>40</sup>.

Con riguardo alla vincolatività dell’assetto convenzionale pattuito anticipatamente, qualche ulteriore indicazione si trae allora dalla norma nella quale il sistema italiano sembra aver “visto” il problema della rinuncia convenzionale da parte del coniuge ai diritti patrimoniali conseguenti al divorzio e averne articolato il trattamento giuridico. Dall’art. 5, comma 8, legge 1 dicembre 1970, n. 898 emerge infatti che l’accordo con il quale il coniuge accetti la corresponsione del mantenimento in un’unica soluzione è comunque soggetto al controllo giudiziale di equità e produce il suo effetto tipico (e cioè la preclusione di future domande da parte del coniuge beneficiario) sul presupposto – corrispondente all’attuale modello legale – che sia concluso al momento del divorzio. L’indicazione sistematica che quindi sembra se ne possa trarre, in continuità con le tendenze tipiche degli

---

come fonte per la definizione dei rapporti fra i coniugi dopo la crisi del matrimonio”, ritenendo che proprio da tale disciplina possa trarsi la definitiva conferma della validità (e non contrarietà all’art. 160 c.c.) *de iure condito* dei patti in vista del divorzio.

<sup>39</sup> Tuttavia, sul problema della derogabilità dei principi relativi alla determinazione dell’assegno divorzile ad opera della negoziazione assistita dei coniugi, v. M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e dir.*, 2015, 295 ss.

<sup>40</sup> Cfr. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., pp. 270 ss., il quale, pur argomentando in favore della validità dei patti in vista del divorzio, anche sulla scorta della nuova disciplina della negoziazione assistita, tuttavia sottolinea come essa non affermi “ovviamente ... la validità di tutti i patti in vista del divorzio e in particolare dei patti con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio”.

ordinamenti stranieri, è che l'eventuale volontà di disporre anticipatamente degli effetti patrimoniali del divorzio (e per di più in sede prematrimoniale) – anche qualora si volesse ipotizzare il superamento in via interpretativa delle obiezioni in punto di validità finora fatte proprie dalla giurisprudenza – proprio perché formatasi anteriormente al divorzio, dovrebbe rimanere comunque soggetta alla possibilità di rivalutazione *ex post* (e cioè al momento del divorzio) in relazione alle circostanze sopravvenute e non potrebbe in ogni caso sottrarsi al controllo giudiziale di equità<sup>41</sup>.

Sotto un diverso profilo, nella prospettiva italiana, un adeguato statuto della contrattazione prematrimoniale dovrebbe probabilmente anche attribuire rilievo all'intreccio tra il profilo della distribuzione post-divorzile dei beni familiari (dipendente dal regime patrimoniale prescelto) e quello degli obblighi di mantenimento, entrambi meritevoli di considerazione ai fini del controllo sulla giustizia dell'assetto convenzionale. In Italia, la sostanziale intangibilità dell'accordo di scelta del regime patrimoniale (e quindi dei relativi esiti distributivi a seguito dello scioglimento del vincolo) è sembrata, in linea di principio, compensata dalla inderogabilità degli obblighi di mantenimento post-divorzili<sup>42</sup> (pur nel quadro della nota oscillazione della giurisprudenza sulla funzione e i criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio) o comunque dalla perdurante soggezione delle soluzioni convenzionali a controllo giudiziale, peraltro già oggi obliterato nei casi di negoziazione (sia pure) “assistita”. Dal punto di vista italiano, allora, la prospettiva del pieno ingresso della autonomia privata per la pianificazione in via anticipata delle conseguenze patrimoniali del divorzio pone probabilmente – anche a fronte della constatazione del carattere recessivo della comunione quale regime legale e della struttura “leggera” dell'accordo di scelta se concluso contestualmente al matrimonio<sup>43</sup> – l'ulteriore questione del rapporto tra la contrattazione prematrimoniale sulle conseguenze del divorzio e il potere di scelta

---

<sup>41</sup> Cfr. C. RIMINI, *ibidem*; e, con particolare riguardo alle circostanze sopravvenute e rispetto alla prospettiva italiana di riforma (ma anche sulla scorta di argomentazioni *de iure condito*), U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit.

<sup>42</sup> Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 166-167.

<sup>43</sup> Si veda il dato riportato da C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 440, nota 45: “Dal Rapporto Istat “Matrimonio – Indicatori” risulta che la percentuale dei matrimoni a cui si applica il regime legale di comunione dei beni è ormai del 27,1% ed è in costante diminuzione (nel 2013 la percentuale era del 30,1%)”; nel medesimo scritto (pp. 439 ss.) l'A. segnala anche l'anomalia del sistema italiano quanto alla forma della scelta del regime patrimoniale se compiuta contestualmente al matrimonio.

del regime patrimoniale in costanza di matrimonio<sup>44</sup>. La reciproca interferenza tra i due ambiti, una volta che venissero entrambi affidati all'autonomia privata, richiama infatti, da un canto, quanto alle convenzioni matrimoniali, l'eventuale opportunità di prevedere specifici requisiti procedurali per la valida formazione del consenso<sup>45</sup>, d'altro canto, segnala comunque il possibile rilievo della combinazione tra gli esiti distributivi dei due profili ai fini del controllo giudiziale dell'equità del complessivo assetto convenzionale post-divorzile (e ciò sia nel senso che un assetto convenzionale che limiti il mantenimento post-divorzile potrebbe essere compensato dall'attribuzione di beni in forza del regime della comunione sia, al contrario, nel senso che una maggiore generosità del mantenimento convenzionale potrebbe comunque essere giudicata iniqua a fronte della separazione dei beni<sup>46</sup>).

Infine, mi sembra, dovrebbe porsi la questione del modo in cui il regime legale italiano del divorzio conforma i c.d. *initial entitlements* delle parti e delle conseguenze che tale assetto del regime legale determina rispetto allo spazio eventualmente da attribuirsi alla contrattazione prematrimoniale.

Rimane infatti probabilmente non del tutto chiaro il limite che le recenti statuizioni delle Sezioni Unite<sup>47</sup> in merito alla funzione e ai criteri di quantificazione

---

<sup>44</sup> Sul rapporto tra contrattazione prematrimoniale sulle conseguenze del divorzio e convenzioni matrimoniali v. E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 553 ss.

<sup>45</sup> Si osserva, a questo proposito, che le convenzioni matrimoniali tipiche del diritto europeo continentale nelle giurisdizioni di *common law* non sarebbero generalmente ritenute valide proprio per il difetto di quei requisiti procedurali (al di là del controllo notarile) ai quali tali sistemi subordinano la validità degli accordi destinati a incidere sull'assetto patrimoniale post-divorzile, v. ad esempio, quanto al sistema inglese, J. M. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law*, cit., 934.

<sup>46</sup> Il rilievo della distribuzione dei beni ai fini della decisione in ordine all'*an* e al *quantum* dell'assegno divorzile, del resto, sebbene non esplicitato, può argomentarsi pure dall'impianto del recente riassetto della questione da parte delle Sezioni unite (Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287), come puntualizzato da C. RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 1693 ss. e Id., *Assegno divorzile e rilievo delle pregresse attribuzioni patrimoniali*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, I, 122 ss.; per una recente discussione, anche in chiave comparatistica, del rilievo del regime patrimoniale (e dell'accordo di scelta) rispetto alle prospettive di tutela del coniuge debole all'esito del divorzio, v. Id., *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, cit., 430 ss.

<sup>47</sup> Il riferimento è naturalmente a Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, sulla quale si vedano (senza pretese di esaustività) C. BENANTI, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 1601 ss.; S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.*, 2018, 1197 ss.; E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e com-*

dell'assegno di divorzio dovrebbero porre alla contrattazione prematrimoniale ai fini della tutela sostanziale del coniuge debole.

Per un verso, la prevalenza della funzione “perequativo-compensativa” affermata dalle Sezioni Unite attribuisce rilievo alle rinunce e sacrifici di un coniuge rispetto alle proprie potenzialità reddituali, sostenuti nell'interesse della famiglia in dipendenza dei differenti “ruoli” rivestiti nella vita matrimoniale e quindi alle disparità economiche determinatesi in conseguenza dell'investimento in termini di “capitale umano” quale contributo alla vita e al patrimonio familiare e alla capacità reddituale dell'altro coniuge. In questo modo, dunque, il recente orientamento delle Sezioni Unite potrebbe delineare uno spazio per una autonomia privata prematrimoniale in senso, per così dire, “debole”, la quale cioè potrebbe legittimamente esercitarsi con funzione “determinativa” (o “esplicativa”) – piuttosto che propriamente “dispositiva” – delle assegnazioni (con funzione “perequativo-compensativa”) realizzate dal regime legale. La contrattazione prematrimoniale, in questa prospettiva, quasi alla stregua di un accordo sull'indirizzo della vita familiare, avrebbe pertanto essenzialmente la funzione di definire le concrete modalità del “contributo” e delle “rinunce” del coniuge che, in dipendenza dei ruoli prefigurati per la vita matrimoniale, si appresti ad occuparsi in misura maggiore delle incombenze familiari, e determinarne convenzionalmente il valore economico ai fini della futura eventuale compensazione al momento del divorzio o comunque offrire al giudice dei criteri convenzionali che possano orientarne la discrezionalità ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio con funzione compensativa<sup>48</sup>.

Ciò lascerebbe quindi al giudice o il compito di determinare, sulla scorta delle indicazioni convenute dalle parti, l'assegno divorzile mantenendo fermo il

---

*pensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 29 ss.; sul possibile rilievo di tale pronuncia rispetto alla questione dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali in Italia, v. AN. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1031 ss.; C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1041 ss.; più in generale, sugli interrogativi “rimasti aperti” a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, v. P. DI MARZIO, *Una conclusione, oppure un'introduzione?*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 424 ss.

<sup>48</sup> Sul collegamento tra “nuovo” assegno divorzile e accordi sull'indirizzo della vita familiare v. M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 983 ss.; sul connesso spazio per la contrattazione privata sulle conseguenze del divorzio, v. ad esempio, E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, cit., 39 ss.; M. MARTINO, *Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento del matrimonio*, in *Famiglia*, 2019, 85 ss.

criterio legale della funzione perequativo-compensativa o comunque di controllare l'effettiva efficacia perequativo-compensativa delle prestazioni post divorzili direttamente convenute dai coniugi, con la possibilità di intervenire sulle pattuizioni qualora sussista uno squilibrio tra le condizioni patrimoniali delle parti che faccia ritenere non rispettata la funzione perequativo-compensativa.

Occorre tuttavia da chiedersi dove possa tracciarsi effettivamente il limite che "l'ombra del diritto" – e cioè tale assetto del regime legale (così come risultante dalle recenti statuizioni delle Sezioni Unite) – porrebbe alla contrattazione privata. Resta infatti il dubbio, peraltro alimentato da un fugace riferimento delle Sezioni Unite<sup>49</sup>, che proprio la prevalenza della funzione "perequativo-compensativa" possa far propendere per una piena disponibilità di tale interesse alla "compensazione" in capo al coniuge che, così come può acconsentire alla definizione dei ruoli familiari che ne determinano il "sacrificio" e il tipo di "contributo" non reddituale alla vita familiare, potrebbe ritenersi al tempo stesso anche capace di rinunciare validamente alla connessa componente compensativa dell'assegno di divorzio<sup>50</sup>. A fronte di tale più incisiva funzione della contrattazione privata, pienamente "dispositiva" del regime legale (con riguardo alla componente "compensativa" dell'assegno), unico presidio alle ragioni del coniuge economicamente debole rimarrebbe quindi la protezione dell'interesse all'assistenza per il caso di non autosufficienza economica e unico caso esposto al controllo giudiziale quello nel quale l'accordo sia tale (anche alla luce delle sopravvenienze) da privare il coniuge debole dei mezzi per assicurargli un'esistenza dignitosa.

---

<sup>49</sup> "Il legislatore impone di accertare, preliminarmente, l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice, *nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*", così Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287 (enfasi aggiunta).

<sup>50</sup> Nel senso di una piena disponibilità della componente compensativa del mantenimento post-divorzile, v. C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 1042; V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*; in senso contrario E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, cit., 39 ss.

## Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine

SOMMARIO: 1. I diritti della persona nella famiglia e la particolare posizione del minore. – 2. L'evoluzione normativa a tutela del rapporto tra il minore e la famiglia. – 3. La legge sul diritto del minore alla famiglia. – 4. L'intervento della riforma sulla filiazione. – 5. L'applicazione della Cedu.

1. I diritti della persona nella famiglia e la particolare posizione del minore

Negli ultimi decenni si è assistito a una sempre più estesa affermazione dei diritti della persona nei confronti del contesto familiare in cui si colloca.

Questa evoluzione ha fatto seguito alle rinnovate articolazioni dei rapporti familiari, i quali, come noto, risentono in modo particolarmente intenso dei mutamenti sociali connessi con lo sviluppo delle libertà fondamentali.

La famiglia, d'altronde, si preserva se si rispettano i diritti inviolabili delle persone che ne fanno parte. È necessario, a tal fine, mantenere costante l'armonizzazione effettiva delle posizioni soggettive dei familiari, non essendo possibile una rigida e aprioristica prevaricazione del diritto sulla famiglia<sup>1</sup>, essendo questa un sodalizio affettivo in grado di darsi proprie regole, applicabili solo in ragione di una effettiva solidarietà al suo interno.

Nel moderno atteggiarsi del nostro ordinamento, la salvaguardia della famiglia in sé non può prescindere dalla tutela del familiare quale persona. Anzi, maggiore è la tutela personale offerta a ciascun membro della famiglia, minore è l'intangibilità della famiglia quale autonoma realtà fenomenica<sup>2</sup>.

Il quadro tracciato rivela la sostanziale causa della perdita di effettività delle norme costituzionali che hanno inteso salvaguardare la famiglia, anche nei confronti di ogni singolo individuo<sup>3</sup> che ne è membro<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 6<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2017, 5, precisa che la famiglia è «un fenomeno che si determina secondo matrici umane e sociali largamente estranee al diritto».

<sup>2</sup> Sulla autonomia della famiglia analizzata in chiave pubblicistica, cfr. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, 1914.

<sup>3</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, 1966.

<sup>4</sup> Sul tema, cfr. M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 573.



Negli equilibri del sistema costituzionale che riguarda il diritto di famiglia, è stato così attribuito un valore predominante all'art. 2 Cost., rivolto a garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali<sup>5</sup> in cui si svolge la sua personalità. Si richiama spesso, in relazione alle problematiche giuridiche familiari, anche l'art. 3 Cost., per rimarcare l'impostazione che pone al centro la persona e l'esigenza che questa non sia discriminata.

Simmetricamente si è realizzata la progressiva erosione della portata delle disposizioni destinate a tutelare in modo speciale la famiglia in quanto tale. Si fa riferimento agli artt. 29 e 30 Cost., che sono stati concepiti al fine di ammettere limitazioni all'uguaglianza tra i membri della famiglia *a garanzia dell'unità familiare* (art. 29, 2° co.) e per la salvaguardia *della famiglia legittima* (art. 30, 3° co.).

Con riferimento alla Costituzione, dunque, la valorizzazione delle norme finalizzate alla piena tutela della persona, anche nella sua qualità di membro di una famiglia, ha sostanzialmente comportato la deroga delle norme speciali rivolte direttamente alla salvaguardia della famiglia.

Da questo nuovo modello ermeneutico rivolto al diritto di famiglia ha preso le mosse il legislatore degli ultimi decenni: è stato introdotto il divorzio; sono state parificate le posizioni giuridiche soggettive del marito e della moglie; è stato unificato lo stato di figlio, col superamento della irrazionale distinzione tra figli c.d. "legittimi" e figli (apoditticamente) "non legittimi"; si è giunti a un formale riconoscimento delle convivenze di fatto e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. L'evoluzione ha, per altro, fatto seguito alle nuove prospettive offerte dalla dottrina e della giurisprudenza<sup>6</sup>.

Siffatto *iter* ha segnato la sempre più decisa rivendicazione delle esigenze personali del familiare a scapito dell'interesse all'integrità della famiglia. Si è giunti, in tal modo, alla progressiva affermazione del diritto del singolo a scegliere, concretamente, se restare o meno all'interno della propria comunità familiare.

Quanto appena affermato riguarda le persone che godono della piena autonomia, cioè della capacità di determinare da sé le proprie scelte di vita.

Con riferimento ai minorenni, il rapporto tra la loro persona e la famiglia deve essere invece letto in termini diversi. La famiglia è difatti un imprescindibile punto di riferimento per ogni persona minore d'età, i cui diritti possono realizzarsi proprio nella misura in cui gli venga salvaguardata l'essenziale sfera affettiva familiare.

Il progressivo affermarsi dei diritti della persona, che ha coinvolto in via diretta anche il minorenne (si pensi che ormai deve essere ascoltato in tutti i

---

<sup>5</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, 777 ss.

<sup>6</sup> Sull'evoluzione del diritto di famiglia, cfr. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, 1, Giuffrè, 2011, 3 ss.

procedimenti che lo riguardano: art. 336-*bis* c.c.), non può allora sfociare in una contrapposizione tra quest'ultimo e la propria famiglia, a differenza di quanto rilevato sopra con riguardo ai familiari maggiorenni.

## 2. L'evoluzione normativa a tutela del rapporto tra il minore e la famiglia

In circa dodici anni, il legislatore italiano ha consolidato le basi del diritto del minore a crescere nella propria famiglia.

Innanzitutto, nel 2001 si è indirizzata in tal senso la radicale riforma della disciplina dell'affidamento familiare e dell'adozione del minore: la l. 28 marzo 2001, n. 149, novellando la l. 4 maggio 1983, n. 184, ha sovvertito la prospettiva d'inquadramento della figura del minore, affermando la centralità degli interessi di quest'ultimo rispetto agli altri interessi presi in esame dal legislatore<sup>7</sup>.

Nel 2006 si è poi realizzata la modifica dell'affidamento del minore in caso di crisi della coppia dei genitori. Anche questa novità legislativa – si fa riferimento alla l. 8 febbraio 2006, n. 54 – si è rivolta alla tutela del rapporto tra minore e famiglia d'origine, disponendo come assolutamente prioritario, in caso di separazione personale dei genitori, l'affidamento condiviso del figlio e il mantenimento di significativi rapporti tra il minore e i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Infine, nel 2012 è intervenuta la riforma della filiazione, con l. 10 dicembre 2012, n. 219, che ha unificato lo stato di figlio, interessandosi di garantire la tutela dei diritti fondamentali del minore, tra cui quello di crescere nella propria famiglia<sup>8</sup>. Il previsto disegno di salvaguardia del minore si è successivamente ultimato col decreto che ha dato compiuta attuazione alla citata legge, il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

<sup>7</sup> Cfr., sul punto, Cass., 22 novembre 2013, n. 26204: "In tema di adozione, l'art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito dalla l. 28 marzo 2001 n. 149), attribuisce carattere prioritario all'esigenza del minore di crescere nella famiglia di origine; ne consegue che la condizione soggettiva ed oggettiva del genitore e la sua idoneità non deve essere valutata alla stregua di un giudizio comparativo con la famiglia collocataria, che rappresenta una situazione temporanea e prevedibilmente non problematica, ma esclusivamente su di un giudizio prognostico, di natura definitiva, relativo alla possibilità per il genitore di prestare al minore «assistenza materiale e morale», con riferimento alle sue condizioni personali, di salute, economiche e culturali (nell'enunciare il principio, la suprema corte ha cassato la sentenza di merito, che aveva espresso un giudizio di inidoneità del genitore tenendo conto delle migliori condizioni di vita della famiglia collocataria e sulla base di una valutazione prognostica, non positiva, fondata su modello familiare «allargato» culturalmente «non occidentale», privilegiato dalla famiglia di origine)".

<sup>8</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, Milano, 2014, 415, 423 ss.

Rilevano in modo peculiare, ai fini del presente scritto, gli artt. 315 e 315-bis c.c.<sup>9</sup>, così come formulati in seguito all'intervento della menzionata legge di riforma del 2012. Il primo proclama il principio generale per il quale tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. Il secondo precisa che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni, che ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

### **3. La legge sul diritto del minore alla famiglia**

Il diritto che viene qui analizzato trova il suo basilare riconoscimento normativo nella disciplina, rimodellata nel 2001, che riguarda l'affidamento familiare e l'adozione del minore.

Al riguardo, appare rilevante l'innovazione intervenuta già sul piano terminologico. La l. 4 maggio 1983, n. 184 era originariamente denominata "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*"; in seguito alle modifiche apportate dalla l. 28 marzo 2001, n. 149, la rubrica della legge è ormai la seguente: "*Diritto del minore ad una famiglia*".

La modifica della denominazione, riflesso di una evoluzione concettuale, è indice della peculiare *ratio* di decisa tutela del minore. È stata rinnovata la prospettiva che intende dar risposta alle esigenze sottese agli istituti disciplinati dalla legge in discorso. Sostanzialmente, viene posta al centro degli obiettivi di tutela la persona del minore: sull'interesse della coppia a ricevere un figlio in adozione prevale ormai, in modo netto, l'interesse del minore alla tutela dei propri diritti fondamentali, tra cui, innanzitutto, il diritto alla propria famiglia<sup>10</sup>. Solo in via assolutamente subordinata, se la famiglia d'origine – nonostante l'espletamento di tutte le pratiche di supporto previste dalla legge – non è in grado di prendersene cura, si può ipotizzare l'inserimento in altro contesto familiare idoneo.

---

<sup>9</sup> Sui quali, cfr. G. BALLARANI – P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12)*, in l. 10 dicembre 2012, n. 219. *Commentario sistematico*, a cura di Cesare Massimo Bianca, in *Leggi civ. comm.*, 2013, 96 ss.

<sup>10</sup> Sul tema, cfr. G. CAMPANATO, *Il principio di sussidiarietà nell'affidamento e nell'adozione, con particolare riguardo all'adozione internazionale*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2005, 23: "Non esiste, dunque, un diritto ad avere un bambino ad ogni costo attraverso l'adozione ... mentre esiste il diritto dei bambini di essere allevati dai propri genitori".

Nel primo articolo della legge sul diritto del minore alla famiglia si rinven-  
gono, in ordine gerarchico, i principi che devono ispirare l'interprete in materia.

Il primo comma rappresenta il "biglietto da visita" della legge, contemplando  
il più importante degli interessi da tutelare<sup>11</sup>: appare ivi enunciato che il mi-  
nore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. Si  
tratta di un diritto fondamentale<sup>12</sup> del minore, in quanto – come osservato da  
autorevole dottrina<sup>13</sup> – la famiglia è certamente un bene essenziale per la sua vita  
affettiva e per la sua armoniosa formazione.

A garanzia dell'effettività del precetto contemplato in siffatto esordio della  
legge, il secondo comma dell'art. 1 dispone che le condizioni di indigenza dei  
genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possono essere  
di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. La disposi-  
zione prosegue sancendo che a favore della famiglia in difficoltà sono disposti  
interventi di sostegno e di aiuto. In particolare, assume centrale importanza il  
supporto di tipo economico-finanziario, considerato che, in gran percentuale, le  
famiglie che non riescono a provvedere ai bisogni dei figli minori sono quelle  
prive di mezzi materiali adeguati. Quando la famiglia che versa in situazione di  
indigenza assicura al minore l'affetto, cioè l'assistenza morale di cui ha bisogno,

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 29 marzo 2011, n. 7115: "L'art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo novellato dalla l. 28 marzo 2001 n. 149) attribuisce al diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine un carattere prioritario – considerandola l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico – e mira a garantire tale diritto attraverso la predisposizione di interventi diretti a rimuovere situazioni di difficoltà e di disagio familiare; ne consegue che, per un verso, compito del servizio sociale non è solo quello di rilevare le insufficienze in atto del nucleo familiare, ma, soprattutto, di concorrere, con interventi di sostegno, a rimuoverle, ove possibile, e che, per altro verso, ricorre la «situazione di abbandono» sia in caso di rifiuto ostinato a collaborare con i servizi predetti, sia qualora, a prescindere dagli intendimenti dei genitori, la vita da loro offerta al figlio sia inadeguata al suo normale sviluppo psico-fisico, cosicché la rescissione del legame familiare è l'unico strumento che possa evitargli un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistere lo stato di abbandono nella persistenza di atteggiamenti violenti e aggressivi del padre e di un comportamento a lui succube della madre, incapace di rendersi autonoma dal coniuge nell'interesse dei figli, nonché nell'evidente miglioramento dei minori a seguito dell'inserimento in comunità educativa e dell'interruzione dei rapporti con i genitori)". Nello stesso senso, cfr. anche Cass., 26 gennaio 2011, n. 1837; Cass., 28 giugno 2006, n. 15011; Cass., 12 maggio 2006, n. 11019; Cass., 14 aprile 2006, n. 8877; Cass., 10 agosto 2006, n. 18113; Cass., 28 giugno 2006, n. 15011; Cass., 12 aprile 2006, n. 8527; Cass., 14 maggio 2005, n. 10126; Cass., 1 febbraio 2005, n. 1996; Cass., 9 luglio 2004, n. 12662; Cass., 28 marzo 2002, n. 4503; Cass., 15 marzo 2002, n. 3792; Cass., 7 febbraio 2002, n. 1674.

<sup>12</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 423 s.

<sup>13</sup> C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 337.

il supporto materiale che deve esserle offerto impedisce che si possa avviare il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità<sup>14</sup>.

Il terzo comma dell'art. 1 delinea, sostanzialmente, la strategia di attuazione del predetto supporto, prescrivendo che siano lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, a dover sostenere, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia<sup>15</sup>.

Le misure di sostegno possono essere di diverso tipo. Innanzitutto, vengono in considerazione quelle che intervengono direttamente al fine di arginare le carenze di tipo economico: si pensi, ad esempio, alla corresponsione di assegni periodici alle famiglie bisognose, alla concessione di abitazioni dell'edilizia pubblica<sup>16</sup>, agli interventi, rivolti alle imprese, finalizzati a incentivare l'assunzione di persone che hanno figli minori a cui provvedere<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr., per tutte, Cass., 23 aprile 1990, n. 3369: "Nella disciplina dell'adozione dettata dalla l. 4 maggio 1983 n. 184 può farsi luogo a dichiarazione di adottabilità concorrendo gli altri presupposti richiesti, solo ove sia accertato che a causa dell'omessa assistenza materiale o morale del minore, non dovuta a forza maggiore di carattere transitorio, si sia verificata un'irreversibile e grave compromissione della sua crescita; pertanto, né un'educazione non ottimale ovvero una impostazione comunque criticabile del rapporto genitoriale per carenze culturali o caratteriali o intellettive dei genitori, né una semplice povertà del tenore di vita, né tanto meno il confronto con le migliori condizioni di vita che il minore potrebbe trovare in un'eventuale famiglia adottiva e neppure l'eventuale opposizione dei genitori ad un affidamento temporaneo ai sensi dell'art. 2 della citata legge sono sufficienti ai fini della dichiarazione di adottabilità".

<sup>15</sup> Sul tema, cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, II ed., Padova 2007, 293: "Il legislatore del 2001, dopo oltre trent'anni di esperienza di adozione legittimante, sembra fare un passo indietro e rendersi conto che l'adozione rappresenta sì una soluzione per il fanciullo abbandonato, ma anche, in molti casi, una sconfitta per la società che non è stata in grado di conservargli l'ambiente familiare in cui era nato, causandogli comunque un trauma psichico non rimarginabile".

<sup>16</sup> Cfr., tra le altre, Cass., 21 novembre 2009, n. 24589, riguardante un caso in cui l'intervento è consistito nell'offerta di ricovero alla madre e ai figli presso una comunità, con l'esclusione del padre. La Suprema Corte di cassazione, nella specie, ha confermato la statuizione sullo stato di adottabilità, motivata, principalmente, sul rifiuto che risultava manifestato dai genitori nei confronti degli interventi sociali. È stato osservato come, in concreto, le misure di sostegno che sono state offerte alle famiglie bisognose, al fine di garantire il diritto dei figli minori a crescere al loro interno, si sono limitate generalmente all'offerta di ricovero presso comunità assistenziali: cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 424.

<sup>17</sup> Per fare un esempio di attuazione della norma, si può rilevare come la Regione Lombardia abbia inteso provvedervi con la l. reg. 14 dicembre 2004, n. 34, che menziona espressamente (art. 4, lett. c), tra i compiti degli enti locali, la concreta erogazione di misure di sostegno economico per favorire la permanenza del minore nella propria famiglia.

La norma in esame individua anche ulteriori modalità di intervento<sup>18</sup>, da reputarsi come “aggiuntive” rispetto a quelle appena menzionate. Secondo la formula legislativa, gli enti citati devono: *a)* promuovere iniziative di formazione dell’opinione pubblica sull’affidamento e l’adozione, e di sostegno all’attività delle comunità di tipo familiare; *b)* organizzare corsi di preparazione e aggiornamento professionale degli operatori sociali, nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività indicate.

La mancanza di maggiori specificazioni, da parte del legislatore, in relazione al concreto atteggiarsi delle misure in questione ha portato a qualificare la norma come meramente programmatica<sup>19</sup>, sebbene non siano mancate affermazioni a sostegno della immediata precettività<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Gli interventi necessari non sempre sono di carattere economico, in quanto spesso si deve far fronte a difficoltà di tipo psicologico: cfr. M. MORETTI, *Il concetto di abbandono e l’irrecuperabilità della famiglia di origine*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione – Aspetti personali, successori e processuali*, Bologna, 2013, 131. Cfr. anche A. FINESSI, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell’intervento statale e best interests of the child*, in *Leggi civ. comm.*, 2020, 1357: “L’accertamento giudiziale della inidoneità dei genitori ad occuparsi del figlio ... non comporta l’immediato e definitivo allontanamento del minore dalla famiglia d’origine, ma si traduce nell’ulteriore obbligo in capo allo Stato di adottare altre misure che, in relazione alle circostanze concrete, risultino più adeguate a tutelare l’interesse del minore ad una crescita psico-fisica serena. E poiché tale interesse si specifica innanzitutto ... nel diritto del minore di crescere nell’ambito della propria famiglia, una legittima ingerenza statale dovrebbe essere orientata in questa direzione, configurandosi in primo luogo come necessari gli interventi funzionali al reinserimento del figlio nell’ambiente familiare d’origine, in ossequio al principio di proporzionalità enunciato dall’art. 8 Cedu: la nozione di necessità implica infatti una ingerenza commisurata allo scopo perseguito, ed impone una gradualizzazione dei possibili strumenti previsti dall’ordinamento; peraltro la creazione di una sorta di struttura gerarchica tra i rimedi invocabili consente di salvaguardare il diritto (reciproco) del genitore di stare con il proprio figlio, quale elemento fondamentale della vita familiare, ovviamente nei limiti in cui il mantenimento di tale relazione non sia lesivo del *best interest of the child*.”

<sup>19</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Della famiglia*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, 10; G. SCIANCALEPORE, *Il diritto del minore alla propria famiglia*, in *Le adozioni nella nuova disciplina*, a cura di G. Autorino e P. Stanzione, Milano, 2001, 45.

<sup>20</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 settembre 2008, n. 22640, secondo la quale appare “innegabile che, nella volontà della legge, la dichiarazione dello stato di adottabilità debba essere preceduta dalla previa e rigorosa verifica delle eventuali possibilità di recupero della famiglia biologica di provenienza”. Cfr. anche Cass., 14 maggio 2005, n. 10126: “In tema di adozione, l’art. 1, l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito dalla l. 28 marzo 2001 n. 149), sancisce il diritto del minore di

Deve osservarsi, in proposito, che, per tener fede alla rinnovata *ratio* della legge sul diritto del minore alla famiglia, si dovrebbe attribuire alla norma in discorso una diretta portata applicativa. Emerge infatti, dal complessivo sistema normativo come novellato nel 2001, la necessità di dar effettività alla previsione degli anzidetti interventi.

D'altronde, può notarsi come la legge assegni all'affidamento e all'adozione un carattere residuale, di *extrema ratio*<sup>21</sup>.

---

crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia naturale, e mira a rendere effettivo questo diritto attraverso la predisposizione di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà della famiglia di origine, onde rimuovere le cause, di ordine economico o sociale, che possano precludere, in essa, una crescita serena del bambino; in questo contesto – di valorizzazione e di recupero, finché possibile, del legame di sangue, ed anche dei vincoli, come quelli con i nonni, che affondano le loro radici nella tradizione familiare, la quale trova il suo riconoscimento nella costituzione (art. 29) – si rende necessario un particolare rigore, da parte del giudice del merito, nella valutazione della situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, ad essa potendosi ricorrere solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali, da parte dei genitori e degli stretti congiunti (ed a prescindere dalla imputabilità a costoro di detta situazione), tale da pregiudicare, in modo grave e non transeunte, lo sviluppo e l'equilibrio psico-fisico del minore stesso, e sempre che detta situazione sia accertata in concreto sulla base di riscontri obiettivi, non potendo la verifica dello stato di abbandono del minore essere rimessa ad una valutazione astratta, compiuta ex ante, alla stregua di un giudizio prognostico fondato su indizi privi di valenza assoluta; da tanto consegue che – ove la madre del bambino sia impedita, a causa del suo stato di detenzione, destinato a protrarsi per un periodo di lunga durata, a prendersi cura del proprio figlio (non riconosciuto dal padre), ma si mostri sensibile alle esigenze affettive di questo, tanto da determinarsi a chiederne l'affidamento alla propria madre, già affidataria di altro figlio della donna, onde evitare di recidere definitivamente ogni legame con lui – la dichiarazione dello stato di abbandono del minore non può discendere dal mero apprezzamento negativo della personalità della nonna materna, in ipotesi anche di età avanzata, con la quale il bambino abbia convissuto instaurando significativi rapporti, ove non risultino elementi concreti realmente in grado di incidere negativamente sul processo di evoluzione, fisica ed intellettuale, del bambino, impedendone una crescita serena ed un accudimento adeguato". Sul punto, cfr. A. GORGONI, *Adozione nazionale*, in *Leggi civ. comm.*, 2002, 914.

In dottrina, sull'immediata applicabilità della norma, cfr. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, VIII ed., Torino, 2006, 291; G. CAMPANATO, *Il principio di sussidiarietà nell'affidamento e nell'adozione, con particolare riguardo all'adozione internazionale*, cit., 21, secondo la quale lo stato, le regioni e gli enti locali sono "tenuti a prevenire le situazioni di abbandono e a consentire la realizzazione del principio in base al quale il bambino deve essere educato dai propri genitori ... Solo quando la famiglia rifiuta di colmare le proprie lacune con gli interventi proposti dai servizi sociali si profila la necessità di ricorrere al giudice minorile per consentire con l'adozione di provvedimenti di tutela adeguati di porre rimedio alle limitate risorse genitoriali che pongono il minore in situazione di pregiudizio".

<sup>21</sup> Al riguardo, tra i tanti, cfr., M. DOGLIOTTI, *Adozione dei minori: presupposti oggettivi e soggettivi*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, cit., 69.

L'art. 1, al suo quarto comma, afferma infatti che quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, si applicano gli istituti di cui alla legge in esame<sup>22</sup>.

La portata applicativa del principio è stata confermata, a più riprese, in dottrina<sup>23</sup> e in giurisprudenza<sup>24</sup>.

La legge prevede, inoltre, speciali regole indirizzate alla tutela dell'identità personale del minore, intesa quale appartenenza a uno specifico nucleo familiare, anche nell'eventualità di un suo allontanamento dalla famiglia d'origine. Così,

---

<sup>22</sup> Quando la famiglia non dà al minore l'affetto di cui ha bisogno deve essere inserito in un contesto familiare che sopperisca a tale *deficit* assistenziale. Sul diritto del figlio all'amore, cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 335.

<sup>23</sup> Cfr. A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983, 15; L. ROSSI CARLEO, *La nuova legge sul diritto del minore alla propria famiglia: i traguardi mancati*, in *Famiglia*, 2001, 538. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 420 s., precisa che, qualora il minore sia abbandonato dalla propria famiglia, ha interesse "a recuperare quell'assistenza affettiva che solo il rapporto familiare può dargli integralmente, e che tanto incide sulla sua personalità". È questa la sola ragione che può giustificare l'adozione.

<sup>24</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 1 febbraio 2000, n. 1095: "Nel sistema della l. n. 184 del 1983, in armonia con il dettato costituzionale (art. 30), l'istituto adottivo si configura come *extrema ratio*, attribuendosi preminente rilievo al diritto del minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia di origine; in tale prospettiva, la mancanza di assistenza morale e materiale del minore, e la indisponibilità ad avviarsi, quali condizioni per la dichiarazione dello stato di adottabilità, vanno valutate anche con riguardo ai parenti entro il quarto grado (nella specie, zii) che non abbiano avuto rapporti significativi con il minore, a nulla rilevando che l'art. 12, ultimo comma, citata l. n. 184 del 1983 limita la partecipazione al procedimento di cui si tratta a coloro, tra detti parenti, che abbiano mantenuto tali rapporti; ciò avuto riguardo al carattere meramente processuale della menzionata disposizione, dalla quale non può trarsi un principio di diritto sostanziale che imponga di dichiarare lo stato di adottabilità pur quando sia dimostrata la seria disponibilità apprestare assistenza materiale e morale al minore da parte di parenti entro il quarto grado che con il medesimo non abbiano avuto per il passato significative relazioni materiali ed affettive; ne consegue che tale disponibilità va presa in considerazione anche in sede di opposizione al decreto, o di appello, ed anche con riferimento a fatti sopravvenuti all'originario provvedimento". Cfr. anche Cass., 31 marzo 2010, n. 7961; Cass., 30 dicembre 2003, n. 19862; Cass., 7 maggio 1998, n. 4643; Cass., 29 marzo 1991, n. 3405. Significativa, in materia, la massima di Cass., 23 luglio 2003, n. 11426: "Per la sussistenza dello stato di abbandono del minore – in omaggio al diritto primario dello stesso di crescere ed essere educato nella propria famiglia (articolo 1 della legge n. 184 del 1983) – non basta la mera inadeguatezza dei genitori (o di parenti entro il quarto grado aventi rapporti significativi con il minore) a garantire al minore una sia pur minima possibilità di equilibrato e sano sviluppo psicofisico, ma occorre la sussistenza di carenze materiali, psicologiche e affettive inemendabili, non dipendenti da cause transitorie, e di tale rilevanza da integrare una situazione di rischio grave e irreversibile, suscettibile d'impedire detto sviluppo; situazione indicante la rescissione del legame familiare come unico mezzo adatto a evitare maggiori pregiudizi al minore".



secondo l'art. 6, 7° co., l. dir. min. fam. costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione l'aver già adottato un fratello dell'adottando o il fare richiesta di adottare più fratelli<sup>25</sup>.

Risulta opportuno fare anche un cenno alle solide basi sovranazionali che reggono ormai il principio di tutela del rapporto tra il minore e la famiglia d'origine. Esso riflette difatti quanto disposto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176: l'art. 7 prevede che il fanciullo ha diritto a essere allevato dai propri genitori e l'art. 9 che gli Stati devono vigilare affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà<sup>26</sup>. Nell'ultimo paragrafo si analizzeranno, per altro, le applicazioni, in questa particolare direzione, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

#### 4. L'intervento della riforma sulla filiazione

Un decisivo segnale, nel senso dell'attuazione del diritto del minore alla propria famiglia d'origine, è stato fornito dalla riforma della filiazione, con cui è stata posta la base per l'avvio, in concreto, di un procedimento finalizzato alla attuazione delle misure di sostegno a favore delle famiglie che rischiano, specialmente per cause materiali, di non poter adeguatamente provvedere al mantenimento e all'educazione dei figli minori.

La riforma ha introdotto nella legge sul diritto del minore alla famiglia l'art. 79-*bis*, che dà facoltà agli interessati di manifestare – nell'ambito del giudizio di verifica della situazione, eventualmente di abbandono, del minore – la richiesta di interventi di sostegno che possano consentire al figlio di crescere ed essere educato nel proprio nucleo familiare d'origine. Si prevede, a tal proposito, che il giudice deve segnalare al comune le situazioni di indigenza dei richiedenti, affinché vi si ponga rimedio, con gli strumenti sopra delineati<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> In seguito alla riforma che ha unificato lo stato di figlio, sono giuridicamente fratelli anche i figli di genitori non uniti in matrimonio tra loro (la riforma ha eliminato l'illogica discriminazione tra le diverse tipologie di parenti di sangue, da sempre confutata dalla dottrina più attenta alla tutela dei diritti della persona umana. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, IV ed., Milano, 2005, 20: "In quanto la parentela ha riguardo al fatto della discendenza, essa sussiste a prescindere dalla circostanza che i discendenti siano stati generati in costanza di matrimonio, e cioè da genitori coniugati".

<sup>26</sup> Cfr. M. ORLANDI, *L'adeguamento della normativa interna alla Convenzione sui diritti del fanciullo ed il meccanismo dell'ordine di esecuzione*, in *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, a cura di A. Beghè Loreti, Padova, 1995.

<sup>27</sup> Cfr. M. RENNA, *Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1365: "il legislatore del 2013, con l'introduzione dell'art. 79-*bis* l. ad., ha voluto conferire centralità

Si può notare, a livello sistematico, come alla previsione di interventi di sostegno delle famiglie, volti a permettere di mantenere saldo il rapporto con i figli minori, debba essere data una preminenza gerarchica, rispetto alle altre misure assistenziali indicate dalla stessa legge e indirizzate ad altre finalità.

Così, l'art. 80, 4° co., l. dir. min. fam., che prevede che le regioni determinano le condizioni e modalità di sostegno alle famiglie, persone e comunità di tipo familiare che hanno minori in affidamento, affinché tale affidamento si possa fondare sulla disponibilità e l'idoneità all'accoglienza, indipendentemente dalle condizioni economiche<sup>28</sup>, deve assumere valore subordinato rispetto alle disposizioni rivolte direttamente a fornire aiuti a favore delle famiglie d'origine onde evitare il distacco del minore.

In altri termini, in un ordinamento come il nostro, che privilegia il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia, non può essere assegnata maggiore effettività alle norme concernenti la concessione di aiuti economici agli affidatari (si può giungere a simili conclusioni anche con riferimento all'art. 6, 8° co., l. dir. min. fam.). Gli aiuti di stampo pubblicistico assistenziale devono dunque essere offerti primariamente affinché si eviti l'allontanamento del minore dalla propria famiglia; solo in via subordinata, e solo se non può effettivamente realizzarsi, nonostante il supporto offerto dagli enti su indicati, l'obiettivo di mantenere il minore nella famiglia d'origine, gli interventi di sostegno possono dirigersi a chi ha minori in affidamento.

Questa conclusione trova conforto, per altro, nei risvolti di ordine economico di una gestione degli interventi di sostegno diretta a rispecchiare la scala di valori indicata dal legislatore.

È semplice rilevare, a tal riguardo, come, già in astratto, a un intervento di sostegno a favore di una famiglia affidataria non può attribuirsi un minor costo rispetto a quello da sostenere per consentire alla famiglia di origine di mantenere il minore presso di sé. Se si rivolge poi l'attenzione agli interventi a favore delle comunità di tipo familiare, ad essi deve attribuirsi un peso economico incisivamente più ampio rispetto a quelli sufficienti per evitare il distacco del minore dal nucleo familiare d'origine. In entrambi i casi, dunque, sarebbe assolutamente

---

al rapporto tra i figli e la famiglia naturale, svincolando lo stato d'abbandono dal rilievo della mera debolezza finanziaria o dell'inadeguatezza patrimoniale".

<sup>28</sup> Sul tema, cfr. Cass., Sez. Un., 23 novembre 2000, n. 1201: In tema di affidamento temporaneo di minori ai sensi dell'art. 4 l. 4 maggio 1983 n. 184, la l. reg. Sard. 25 gennaio 1988 n. 4 prevede, senza margine di apprezzamento, l'obbligo del comune di provvedere alla assistenza economica degli affidatari i quali, pertanto, vantano, nei confronti del comune, una situazione di diritto soggettivo, tutelabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

ingiustificato (nel primo caso, per ragioni sociali e in virtù delle scelte legislative volte alla tutela prioritaria del rapporto del minore con la propria famiglia, nel secondo caso per l'enorme svantaggio economico che ne deriverebbe all'ente deputato all'assistenza) disporre materialmente la misura di sostegno a favore di un soggetto affidatario piuttosto che a favore della famiglia d'origine del minore.

A queste ragioni, che depongono per l'indirizzamento delle misure nei confronti del nucleo familiare originario, si aggiungono quelle di economia processuale. L'intervento diretto alla famiglia d'origine è in grado di evitare, infatti, l'attivazione, o la prosecuzione, dell'*iter* giudiziale previsto dalla legge per il caso in cui venga segnalata una situazione di abbandono di un minore.

Sotto altro profilo, occorre poi evidenziare come le suddette osservazioni siano in linea con il fondamento costituzionale del diritto del minore alla propria famiglia.

La legge di riforma della filiazione del 2012 e il successivo decreto attuativo si collocano in contiguità con quanto stabilito dall'art. 30 Cost., per il quale è dovere e diritto dei genitori quello di mantenere, istruire ed educare i figli. Secondo la norma qui citata, nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. È quindi riconosciuto costituzionalmente il diritto a misure di sostegno che consentano ai genitori di assolvere i propri compiti nei confronti dei figli, sopperendo all'eventuale indisponibilità di mezzi materiali adeguati.

Alla luce dei principi sopra riferiti, per evitare che i minori siano sottratti alle proprie famiglie a causa di difficoltà economico-finanziarie che rendano impossibile provvedere al loro mantenimento, la riforma della filiazione ha inteso dare effettivo avvio a un procedimento indirizzato a sollecitare interventi di supporto ai nuclei familiari che versino in stato di bisogno.

Nell'occasione è stato modificato anche l'art. 8 della legge sul diritto del minore alla famiglia, che dispone che sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni coloro di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio. In seguito all'intervento di riforma, il terzo comma prevede adesso che non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti indicati rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali, anche all'esito della segnalazione di cui all'art. 79-bis.

Dunque, il giudice può dare avvio, istituzionalmente, al procedimento amministrativo che deve giungere a dar riscontro alla famiglia dopo che i membri di questa abbiano richiesto un aiuto concreto per poter mantenere il rapporto con i figli minori.

Con l'art. 79-*bis* si instaura un collegamento tra tribunali e comuni<sup>29</sup>, i quali sono tenuti a predisporre apposite modalità di risposta effettiva alla richiesta di interventi di sostegno<sup>30</sup>. Il minore, rappresentato in giudizio dal proprio difensore, e i familiari interessati hanno infatti diritto a ricevere una risposta da parte del comune: si tratta di una posizione pretensiva nei confronti dell'ente locale<sup>31</sup>.

Si può notare come la segnalazione effettuata dal giudice nei confronti del comune faccia partire un procedimento che si contrappone, dovendo considerarsi assiologicamente preminente (in ragione della gerarchia di valori stabilita dal legislatore)<sup>32</sup>, a quello che prende le mosse dalla segnalazione di una situazione di abbandono di un minore (art. 9 l. dir. min. fam.)<sup>33</sup>.

Appare degna di menzione e certamente condivisibile, considerata la *ratio* della norma, l'avvenuta applicazione dell'art. 79-*bis* in ambito diverso da quello a cui si rivolge la legge sul diritto del minore alla famiglia. In particolare, la disposizione è stata applicata, al fine di sollecitare adeguati interventi di sostegno, come espressione dei poteri di vigilanza del giudice tutelare sulle condizioni riguardanti l'affidamento di un minore al genitore<sup>34</sup>.

Si auspica che aperture di tal genere possano ispirare, progressivamente, l'attribuzione all'articolo in discorso di una portata generale, in grado di fondare una regola che istituzionalizzi la comunicazione tra uffici giudiziari e uffici co-

<sup>29</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 424.

<sup>30</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 424: "La disposizione è destinata ad avere un impatto importante perché essa varrà ad instaurare un canale di collegamento fra i tribunali e gli enti locali, attraverso il quale la segnalazione dei tribunali darà presumibilmente luogo all'apertura di un'istruttoria presso l'ente locale, intesa ad esaminare il caso segnalato e ad accertare se quella famiglia abbia diritto all'intervento di sostegno. Se l'ente locale non è in grado d'intervenire, la segnalazione varrà quanto meno a verificare questa impossibilità e a mettere in evidenza che una famiglia non ha ricevuto l'aiuto dovutole".

<sup>31</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Adozione nazionale (legge 28 marzo 2001, n. 149). Commentario*, a cura di C.M. Bianca e L. Rossi Carleo, in *Leggi. civ. comm.*, 2002, 912, sorge una responsabilità dell'Amministrazione per i danni cagionati a causa dell'omissione di intervento.

<sup>32</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Diritto di famiglia: incertezze, criticità e lacune*, in Id. (a cura di), *Diritto e crisi*, Milano, 2016, 61, il quale considera "barbarica" ogni soluzione che possa portare alla dichiarazione dello stato di adottabilità nel caso in cui l'unica "colpa" addebitabile alla famiglia, amorevole e perfettamente in grado di educare e istruire i figli, sia la situazione di povertà in cui versa.

<sup>33</sup> Il pubblico ufficiale è investito di una responsabilità al riguardo. Cfr. G. SERGIO, *La giustizia minorile. Funzioni, competenze, struttura, prospettive di riforma*, in *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, VI, Milano, 2002, 33 ss.; M. FINOCCHIARO, *Il rispetto della personalità del minore è un obbligo*, in *Guida al dir.*, 2014, 6, 41.

<sup>34</sup> Cfr. Trib. Trapani, uff. G. T., 19 febbraio 2021, ined.

munali quando ciò possa garantire, attraverso misure di supporto alle famiglie, la tutela dei diritti fondamentali dei minorenni.

## 5. L'applicazione della Cedu

In conclusione, è opportuno segnalare il rilievo che, in questa materia, ha progressivamente assunto, negli ultimi anni, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Si fa riferimento all'art. 8 Cedu, che prevede che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine ed alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte di Strasburgo ha inteso dare stringente applicazione alla norma citata, escludendo che si possa recidere il rapporto di filiazione in mancanza di un rigoroso accertamento dei presupposti indicati. In particolare, la Corte ha ribadito che la dichiarazione di adottabilità dei minori è una sicura ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare. Si è precisato che, secondo il menzionato art. 8, essa è possibile solo se è prevista dalla legge, persegue uno scopo legittimo e risulta necessaria in una società democratica. E tale ultima condizione si verifica se l'ingerenza è fondata su un *bisogno sociale imperioso* e se è *proporzionata*. La norma, d'altronde, va considerata anche in senso positivo, come base per il sorgere di obblighi diretti a salvaguardare l'effettivo rispetto della vita privata e familiare: lo Stato deve quindi attivarsi per consentire lo sviluppo del legame tra il minore e la famiglia<sup>35</sup>.

Secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo, quindi, l'interruzione del rapporto tra il minore e la famiglia d'origine è la soluzione estrema, da adottare in via assolutamente residuale quando i genitori sono particolarmente indegni<sup>36</sup>, oppure quando sia necessaria per rispondere alla primaria esigenza di tutela del

---

<sup>35</sup> Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia; Corte Edu, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia; Corte Edu, 3 novembre 2011, S.H. c. Austria; Corte Edu, 2 novembre 2010, Piazzi c. Italia; Corte Edu, 21 ottobre 2008, Clemeno c. Italia; Corte Edu, 10 gennaio 2008, Kearns c. Francia; Corte Edu, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia.

<sup>36</sup> Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 21 ottobre 2008, Clemeno c. Italia.

superiore interesse del minore<sup>37</sup>. In ogni caso, la misura adottata è da considerare adeguata a seconda della rapidità con cui lo Stato si attiva: il passar del tempo può infatti comportare conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il minore e la famiglia da cui venga eventualmente separato<sup>38</sup>. È noto, a tal proposito, che ogni ritardo relativo ai provvedimenti da adottare porta con sé il rischio che la controversia si risolva in un *fatto compiuto*, in violazione dell'obbligo di rispetto della vita familiare<sup>39</sup>.

Nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di legittimità<sup>40</sup> ha dato seguito alle statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui valorizzazione è stata posta in stretta relazione sia con i principi affermati dalla Consulta con riferimento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia<sup>41</sup> sia con le applicazioni, da parte della Corte di Giustizia, dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>42</sup>.

Ne risulta un quadro complessivo che lascia finalmente prospettare una sempre maggior effettività della tutela del primario diritto del minore a restare all'interno del proprio nucleo familiare d'origine<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 10 aprile 2012, Pontes c. Portogallo; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia; Corte Edu, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia; Corte Edu, 6 dicembre 2007, Maumousseau e Washington c. Francia.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Edu, 24 febbraio 2009, Errico c. Italia.

<sup>40</sup> Cass., ord., 22 agosto 2018, n. 20954: "È illegittima – in coerenza con la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo – la dichiarazione di adottabilità di una bambina quando gli elementi adottati a sostegno sono inadeguati a darne adeguata giustificazione, perché vaghi e generici, tali da poter essere riscontrati, in tutto o in parte, in molte coppie genitoriali, senza per questo integrare lo stato di abbandono; ciò tanto più quando sono unicamente frutto di accertamenti dei servizi sociali risalenti nel tempo, quindi non più attuali al momento della decisione; e a maggior ragione se non risulta alcun sostegno alla famiglia da parte dei servizi".

<sup>41</sup> Cfr Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28; Corte cost., 26 giugno 1997, n. 203; Corte cost., 27 luglio 2000, n. 376; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31.

<sup>42</sup> Si precisa che "occorre attribuire all'art. 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'art. 8, n. 1, della CEDU": cfr. Corte giustizia, 15 novembre 2011, C-256/11.

<sup>43</sup> Il Prof. Cesare Massimo Bianca, Presidente della Commissione che ha elaborato la Riforma della filiazione, durante le sue lezioni universitarie di Diritto di famiglia insisteva spesso su quanto fosse importante l'introduzione di disposizioni di salvaguardia dei soggetti più indifesi, affermando che riuscire a salvaguardare anche un solo minore deve considerarsi comunque un successo per ogni nuova norma.



## La kafalah di diritto coranico: presupposti di validità ai fini di riconoscimento e di tutela del minore

SOMMARIO: 1. – Funzione e fondamento della kafalah negli ordinamenti islamici. – 2. – Le tipologie. 3. – Il riconoscimento di diritto interno a tutela del minore immigrato. 4. – Le iniziali diffidenze della Cassazione. 5. – L’apertura verso la kafalah da parte delle Sezioni unite e la giurisprudenza successiva. 6. – Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria. 7. – Conclusioni.

### 1. Funzione e fondamento della kafalah negli ordinamenti islamici

Negli ordinamenti di diritto islamico l’istituto della kafalah (o kafala) nasce come affidamento di un soggetto alla cura di un altro; segnatamente come affidamento a una persona adulta (il kafil) di un minore da curare, educare e mantenere (il makful), fino al raggiungimento della maggiore età di questo; e ciò come se fosse un figlio proprio, ma senza inserimento giuridicamente rilevante in una ipotetica famiglia di adozione<sup>1</sup>.

In questa prospettiva l’espressione kafalah indica, in arabo, l’assunzione di una garanzia di tipo fideiussorio: garanzia di cura, educazione e mantenimento (appunto) discendente dalla tradizionale compresenza, negli ordinamenti di matrice islamica, di opposte esigenze. Il diritto coranico, se da un lato vieta l’adozione, perché la famiglia si dice originata dal solo rapporto di filiazione biologica, espressione della volontà divina, dall’altro contiene l’essenziale precetto di aiutare i bisognosi e gli orfani; per modo che nella compresenza di simili obblighi giuridici, oltre che morali, la kafalah finisce col rappresentare in effetti l’unico strumento di protezione dei minori in stato di bisogno o, addirittura, di abbandono.

Tale essendo la *ratio* dell’istituto nel diritto (islamico) di origine, è fondamentale chiarirne innanzi tutto sinteticamente le caratteristiche.

---

<sup>1</sup> Gli studi sulla kafalah sono molto numerosi.

Per riferimenti Carobene, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafalah islamica*, Napoli 2017; Piccinelli, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, Napoli 2005, 131 e ss.



Negli ordinamenti di matrice islamica l'affidato (il makful) non entra a far parte della famiglia dell'affidatario ma resta legato giuridicamente alla famiglia biologica.

Per tale ragione la pubblica autorità rimane titolare di un potere di vigilanza in ordine all'adempimento degli obblighi gravanti sull'affidatario (il kafil) – volta che invece un eguale potere di vigilanza e ingerenza non esiste in rapporto alla famiglia in senso proprio.

In sostanza tutta la tradizione in materia di kafalah è avvalorata dalla previa considerazione relativa al rapporto di filiazione; il quale rapporto è suscettibile di sorgere e svilupparsi solo all'interno di un legame legittimo e formale tra i genitori, essendo al diritto sconosciuta anche la nozione di filiazione illegittima.

Per modo che, non essendo in alcun modo associabile a un rapporto di filiazione purchessia, la kafalah non può avere neppure una durata illimitata. Essa è destinata a cessare al compimento della maggiore età dell'affidato, salva l'anteriorità di una revoca per atto della pubblica autorità.

Essendo espressione di principi coranici, è altresì ovvio che alla kafalah possano accedere solo le persone appartenenti alla religione musulmana, come tali ritenute capaci di impartire al minore affidato le necessarie attività di cura e di istruzione, oltre che di semplice mantenimento.

## 2. Le tipologie

Deve precisarsi che, per quanto accomunandole nella caratteristica funzionale e nel presupposto negativo di non determinare l'insorgere di vincoli parentali tra il minore e l'affidatario, gli ordinamenti di matrice coranica distinguono due tipologie di kafalah<sup>2</sup>, l'una di ordine pubblicistico, l'altra di ordine privatistico-convenzionale.

Su questo punto è necessario brevemente soffermare l'attenzione, perché a esso è correlabile il più attuale dibattito giurisprudenziale a proposito dei requisiti di riconoscimento in ambito nazionale<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Per una sintetica ricostruzione cfr. Tomeo, *La Kafala*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), maggio 2013.

<sup>3</sup> Per analisi comparatistiche, Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 208; Cilardo, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea, Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, E.S.I., 2011, 219 ss.; Long, *La kafalah come banco di prova per un diritto "interculturale"*, in *Minori e giustizia*, 2012, 254 ss.; Samperi, *La tutela dei minori di cultura islamica nell'Unione europea: l'istituto della kafalah in una prospettiva comparata*, in *rivista.camminodiritto.it*, 2019.

Schematicamente può dirsi che la kafalah propriamente intesa è un istituto di tipo pubblicistico, nel quale l'affido è conferito con provvedimento della pubblica autorità all'esito di un procedimento di natura giurisdizionale (o paragiurisdizionale) finalizzato ad accertarne i presupposti.

Il provvedimento stabilisce l'esistenza della condizione di abbandono nella quale si trova il minore bisognoso, nonché l'idoneità dell'adulto a fungere da kafil.

A questa tipologia di kafalah gli ordinamenti coranici consegnano la maggiore rilevanza.

Tuttavia a essa si affianca anche una seconda tipologia di kafalah, di carattere convenzionale, incentrata sull'accordo tra la famiglia del minore e l'affidatario.

Questa seconda tipologia è normalmente considerata di ordine privatistico, ma la considerazione può prestarsi a equivoci poiché (almeno d'ordinario) al centro della relativa efficacia è posta l'omologazione dell'accordo a opera dell'autorità giudiziaria. Cosicché parlare di una forma di kafalah interamente privatistica non è appropriato, o per lo meno non lo è se si guarda al versante degli ordinamenti di origine.

Il motivo per cui codesto aspetto viene in rilievo nella più attuale giurisprudenza della Cassazione è in ciò: che nella kafalah consensuale l'omologazione giudiziale è tuttavia facoltativa, e può essere richiesta successivamente al sorgere del vincolo e comunque dalle sole coppie sposate da tre anni, di religione musulmana, socialmente e moralmente idonee; le coppie straniere, invece, hanno tutt'altro onere, che è quello di sottoporsi alla prova della confessione islamica.

Ne consegue che in ipotesi di kafalah convenzionale può mancare, di fatto, l'omologazione, senza tuttavia che ciò implichi il venire meno anche dell'ipotetica funzione di strumento di protezione dei minori in stato di bisogno (quando non di vero e proprio abbandono).

### 3. Il riconoscimento di diritto interno a tutela del minore immigrato.

Nel diritto italiano l'attenzione all'istituto della kafalah nasce per la necessità di stabilirne il margine di idoneità a fungere da titolo per i ricongiungimenti familiari<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Anche in tal caso i contributi dottrinali sono molteplici.

Indicativamente e per tutti, Carbone, *Minore extracomunitario affidato in kafalah a cittadino italiano*, in *Corr. Giur.* 2013, 1464 e ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 208 e ss.; Gelli, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini*

Nella sostanza il problema si pone perché l'art. 29 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, (cd. t.u. imm.) dispone che lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute.

Dopodiché la norma (al secondo comma) chiarisce pure che “i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli”.

Che la norma abbia come fondamento il diritto all'unità familiare e l'annessa tutela del minore è cosa ovvia, dal momento che così è intestato finanche il titolo IV nel quale è inserita.

Il punto attiene al significato da attribuire all'espressione “affidati”, per via di una possibile interpretazione restrittiva o estensiva del lessico, in questo secondo caso finalizzata ad attribuire maggior tutela a tutte le possibili situazioni di interferenza con l'interesse del minore<sup>5</sup>.

Questa cosa è resa tuttavia problematica dal fatto che il concetto stesso di interesse del minore, per quanto individuato come oggetto di tutela prevalente rispetto a quella di interessi eventualmente confliggenti in base a fonti interne e internazionali, resta (in prospettiva) oltre che generico anche intrinsecamente ambiguo.

Esattamente è stato osservato che non è mai certo se esso debba essere apprezzato in astratto, con inevitabile proiezione su di esso delle soggettive impostazioni culturali dell'adulto che di volta in volta è chiamato a utilizzare tale concetto, ovvero in concreto, con rilievo dell'interesse specifico del singolo minore, e dunque con l'inevitabile conseguenza di doverlo poi apprezzare all'interno di un quadro familiare e culturale<sup>6</sup>.

---

*del ricongiungimento familiare*, in *Fam. dir.*, 2012, 472 e ss., Gelli, *La kafalab tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, ivi, 2008, 677 e ss.; Gelli, *La kafalab di diritto islamico: prospettive di riconoscimento dell'ordinamento italiano*, ivi, 2005, 62 e ss.; Pizzolante, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 947 e ss.

<sup>5</sup> Cfr. Salmè, *L'interesse del minore nelle società multietniche*, in *Questione giustizia*, 2014, 120 e ss.

<sup>6</sup> Salmè, *Op. loc. cit.*

#### 4. Le iniziali diffidenze della Cassazione

L'atteggiamento della Cassazione a proposito del riconoscimento di efficacia dell'affidamento in kafalah nel diritto interno è stato per tale ragione, almeno all'inizio, molto prudente, quando non per certi versi manifestamente diffidente.

Una prima sentenza ha stabilito che i soggetti che in base all'istituto della kafalah proprio del diritto islamico (in quel caso si trattava del Regno del Marocco) hanno in custodia in Italia un minore cittadino del Paese soggetto a quel diritto non sono legittimati a proporre opposizione avverso la dichiarazione dello stato di adottabilità del medesimo minore pronunciata in Italia dal tribunale per i minorenni<sup>7</sup>.

Questo perché – si disse – la legittimazione ad agire, in quanto istituto di carattere processuale, è regolata dalla legge italiana (art. 12 della legge 31 maggio 1995, n. 218), e dunque dall'art. 17 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (nel testo originario, nella specie applicabile *ratione temporis*<sup>8</sup>).

È parso decisivo osservare, così, che gli affidatari in base a kafalah non rientrano in alcuna delle categorie di soggetti (privati) legittimati secondo detta norma, non essendo né genitori, né parenti e nemmeno equiparabili al tutore – in quanto la kafalah attribuisce agli affidatari (per l'appunto) un semplice potere-dovere di custodia, ma non attribuisce la tutela, né la rappresentanza legale del minore.

Nell'occasione la Suprema Corte ha aggiunto che finanche l'interpretazione del richiamato art. 17 della legge n. 184 del 1983 resta inidonea allo scopo, nel senso che tale norma non consente la legittimazione attiva di soggetti diversi da quelli ivi indicati, e in tal guisa non contrasta con i principi di cui agli artt. 24, primo comma, 30, secondo comma, 31, secondo comma, e 10, secondo comma, Cost., in relazione alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione.

Tale assunto, criticato ben vero più sul versante della tutela della libertà religiosa che su quello della preminenza dell'interesse del minore, si è rivelato,

<sup>7</sup> Cass. Sez. 1, Sentenza n. 21395 del 04/11/2005.

<sup>8</sup> È bene rammentare che l'efficacia della modifica di esso – introdotta dall'art. 16 della legge 28 marzo 2001, n. 149 – è stata sospesa sino al 30 giugno 2002 dall'art. 1 d.l. 24 aprile 2001, n. 150, conv., con modif., nella legge 23 giugno 2001, n. 240, termine successivamente prorogato al 30 giugno 2003 dal d.l. 1° luglio 2002, n. 126, conv., con modif., nella legge 2 agosto 2002, n. 175, quindi al 30 giugno 2004 dal d.l. 24 giugno 2003, n. 147, conv., con modif., nella legge 1° agosto 2003, n. 200, poi al 30 giugno 2005 dal d.l. 24 giugno 2004, n. 158, conv., con modif., nella legge 27 luglio 2004, n. 188 e, da ultimo, al 30 giugno 2006 dal d.l. 30 giugno 2005, n. 115, conv., con modif., nella legge 17 agosto 2005, n. 168.

nel tempo, non rispondente alla necessità di protezione che rileva nell'alveo dei ricongiungimenti.

Questo perché la materia dei ricongiungimenti richiede – diremmo per sua intrinseca natura – di operare su basi esegetiche evolutive, in considerazione dei nessi che possono determinarsi tra istituti di matrice (anche culturale) diversa.

Sulla scorta di simile constatazione qualche anno dopo è iniziato in Cassazione un lento cammino sotteso dalla presa d'atto dei punti di comunanza funzionale tra la kafalah e gli istituti interni a tutela del minore.

E in effetti non è seriamente discutibile che tra gli istituti della kafalah di diritto islamico e dell'affidamento nazionale di un minore prevalgano i punti in comune sulle differenze, per lo meno in proiezione dell'esigenza di tutela del minore affidato.

Codesto approccio, sicuramente più appropriato, è stato tuttavia circoscritto nell'alveo della kafalah in senso stretto, quella che cioè connotata in senso pubblicistico, mercé il rilievo che “quando non abbia natura esclusivamente negoziabile” codesta finisce col rappresentare l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati.

Da ciò l'inferenza che esso (istituto) può fungere, come tale, da presupposto per il ricongiungimento familiare, e finanche dare titolo allo stesso ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998<sup>9</sup>.

Anche così circoscritto quell'approccio non è parso, tuttavia, espressione di una linea di tendenza totalmente condivisa, tanto da essere smentito dalla stessa Corte Suprema a distanza di un paio d'anni, con la considerazione che il vincolo di protezione materiale e affettiva derivante dalla kafalah non costituisce presupposto idoneo a giustificare l'ingresso in Italia di un minore straniero affidato a un cittadino italiano in virtù del predetto istituto, non essendo applicabile la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata a beneficio del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, ma quella di cui al d.lgs. n. 30 del 2007, emanato in attuazione della direttiva 2004/38-CE, riguardante l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari (anche stranieri) nel territorio degli Stati membri. La quale, tuttavia, include nella nozione di “familiare”, oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori che fanno ingresso in Italia ai fini dell'adozione internazionale.

Su questo concetto torneremo a breve.

Qui interessa dire che, nell'occasione, la Corte non ha ritenuto di poter interpretare estensivamente neppure l'art. 29 citato, ai sensi dell'art. 28, comma

---

<sup>9</sup> Cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7472 del 20/03/2008.

secondo, del d.lgs. n. 286 del 1998, poiché questo, nel consentire l'applicazione delle norme più favorevoli, si riferisce (tale l'argomentazione) esclusivamente a quelle che disciplinano le modalità del ricongiungimento<sup>10</sup>.

## 5. L'apertura verso la kafalah da parte delle Sezioni unite e la giurisprudenza successiva

La marcata differenza tra le possibili visioni in materia – l'una aperturista, l'altra decisamente più restrittiva e diffidente – ha trovato una chiave di volta allorché la kafalah è giunta all'attenzione delle Sezioni unite della Corte.

Con una pronuncia ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ. la Cassazione è giunta all'affermazione che non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di kafalah pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito<sup>11</sup>.

Nella motivazione è stato precisato<sup>12</sup> che in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti – principio, codesto, espressamente affermato nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989 (“In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”) e ribadito con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (che, ai sensi dell'art. 6 del trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati).

Ciò vuol significare che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino (di quel bambino al quale concretamente ci si riferisce) deve essere considerato sempre preminente.

---

<sup>10</sup> Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4868 del 01/03/2010.

<sup>11</sup> Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013.

<sup>12</sup> In linea ben vero con quanto già indicato dalla citata sentenza della prima sezione n. 7472 del 2008.

Cosa d'altronde desumibile anche dagli artt. 2 e 30 cost., e soprattutto dall'art. 2, che invero è applicabile, per consolidato orientamento, anche agli stranieri maggiorenni o minorenni<sup>13</sup>.

Questa posizione di più ampio respiro è parsa chiaramente applicabile anche alla materia oggetto di disciplina interna dell'immigrazione, ciò essendo la risultante proprio del citato art. 28 t.u. imm., secondo il terzo comma del quale in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori deve essere preso in considerazione, con carattere di priorità, il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della l. 27 maggio 1991, n. 176.

In questa prospettiva il corredo argomentativo della sentenza delle Sezioni unite si è incentrato sulla ammissibilità dell'interpretazione estensiva (sebbene ovviamente non di quella analogica) dell'art. 29 del t.u. imm., con conseguente smentita delle distinte tesi avutesi invece in precedenza, replicate nella sede governativa.

Ed è appena il caso di ricordare che nell'interpretazione delle norme primarie il giudice deve sempre preferire quella conforme a Costituzione, cosa ribadita dalla richiamata sentenza delle Sezioni unite a petto del rilievo che la definizione normativa dei familiari stranieri per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento non consente l'applicazione analogica a casi non previsti<sup>14</sup>, ma consente, in mancanza di regole di ermeneutica di diverso segno, l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente ammissibile e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie o provenienti da fonti dell'Unione Europea.

Nondimeno in tal guisa confermando quanto stabilito dalla citata Cass. n. 7472-08 anche le Sezioni unite si sono poste nell'ottica limitativa della kafalah pubblicitica, quella cioè non avente "natura esclusivamente negoziale", lasciando impregiudicato l'interrogativo più delicato avente a oggetto la sorte di affidamenti in kafalah per atto di diritto privato.

In altre parole, l'indirizzo risalente alla citata pronuncia delle Sezioni unite ha lasciato aperta la questione relativa al limite dell'interpretazione estensiva, determinato dall'inciso "quando questa [la kafalah] non abbia natura esclusivamente negoziale".

Sicché il progressivo affinamento della linea interpretativa attestata sull'esegesi estensiva ha conseguentemente richiesto, alla giurisprudenza successiva,

---

<sup>13</sup> In particolare v. C. cost. n. 199 del 1986, C. cost. n. 203 del 1997, C. cost. n. 376 del 2000.

<sup>14</sup> Come del resto aveva puntualizzato Cass. Sez. 1 n. 25661-10, cit.

di stabilire se il confine dell'interpretazione dovesse porsi all'interno o all'esterno della matrice considerata: vale a dire in rapporto ai soli istituti pubblicistici (come la "kafalah" tradizionale) eventualmente presenti nei diversi ambiti degli ordinamenti coranici, oppure anche oltre tali istituti, e in questo caso con quale limite, visto il fine di dare tutela a situazioni nelle quali l'interesse del minore al ricongiungimento risulti tradotto in atti di affidamento puro e semplice a una persona maggiorenne.

Codesta evenienza è stata considerata da due decisive pronunce, entrambe concordi nel rispondere affermativamente al dettato dalla seconda possibile alternativa.

Una pronuncia ha ritenuto che la kafalah convenzionale, istituto di affidamento familiare proprio di alcuni ordinamenti giuridici che si ispirano all'insegnamento del corano, non ha quale presupposto una situazione di abbandono del minore bensì di semplice difficoltà o inadeguatezza dell'ambiente familiare originario, sicché non cancella il rapporto di filiazione, ma si propone di assicurare al minore l'opportunità di vivere in una situazione più favorevole alla sua crescita. Pertanto, la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l'ingresso in Italia e il ricongiungimento con l'affidatario, anche se cittadino italiano, che non può essere esclusa in considerazione della natura e della finalità dell'istituto della kafalah negoziale, deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore<sup>15</sup>.

La seconda ha considerato che, in tema di visto per ricongiungimento familiare, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche alla luce dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell'art. 24 della Carta di Nizza, impone di non escludere che la norma possa essere estesa anche ai minori affidati mediante kafalah di tipo negoziale, dovendosi comunque valutare la rispondenza del provvedimento al preminente interesse del minore, atteso che quella convenzionale, pur non equiparabile alla kafalah di natura pubblicistica, mira pur sempre a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori. E nella specie ha cassato il provvedimento della corte d'appello – che aveva confermato l'annullamento del diniego del visto per ricongiungimento familiare, richiesto da un cittadino straniero in favore del fratello minore, a lui affidato dalla madre mediante atto notarile – poiché, ritenendo erroneamente non pertinente l'istituto islamico della kafalah, quel provvedimento si era limitato a equiparare il caso in esame all'ipotesi di cui all'art. 9, comma 4, l. n. 184 del 1983, ritenendolo quindi non in contrasto con l'ordinamento nazionale, senza avere accertato la ragione pratico-giuridica dello spe-

---

<sup>15</sup> Cass. Sez. 1 – Sentenza n. 1843 del 02/02/2015.



cifico affidamento e la sua compatibilità con l'ordinamento di provenienza e senza avere valutato se esso fosse, alla luce della concreta situazione personale e familiare del minore, coerente con il suo superiore interesse<sup>16</sup>.

## **6. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria.**

L'approccio di codeste due decisioni sembra confortato dalla giurisprudenza comunitaria, e in particolare dalla sentenza 26 marzo 2019 della Corte di giustizia (causa C-129/2018).

Il quadro di sintesi è il seguente.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'articolo 2, punto 2, lettera c), nonché degli artt. 27 e 35, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>17</sup>.

Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra una cittadina algerina e l'Entry Clearance Officer, UK Visa Section (agente incaricato di esaminare le domande di permesso di ingresso, sezione dei visti, nel Regno Unito), in merito al rifiuto di quest'ultimo di concedere all'interessata un permesso di ingresso nel territorio del Regno Unito in qualità di figlia adottiva di un cittadino dello Spazio economico europeo.

Era dunque in questione la kafalah algerina.

Naturalmente non è possibile dar conto, in questa sede, dell'intera problematica agitata dal rinvio pregiudiziale.

È sufficiente sottolineare i seguenti passaggi, che nella decisione della Corte di giustizia hanno assunto funzione caratterizzante.

Innanzitutto la Corte ha rilevato che la nozione di "discendente diretto", che viene in considerazione in casi simili, rinvia all'esistenza di un legame di filiazione, in linea diretta, che unisce la persona interessata a un'altra persona; cosicché in mancanza di qualsiasi legame di filiazione tra il cittadino dell'Unione e il minore interessato, quest'ultimo non può essere qualificato come "discendente diretto" del primo, ai sensi della direttiva 2004/38-CE.

Tuttavia, pur se tale nozione riguarda l'esistenza di un legame di filiazione biologica, occorre nondimeno ricordare che, conformemente a una giurispru-

---

<sup>16</sup> Cass. Sez. 1 – Sentenza n. 25310 del 11/11/2020.

<sup>17</sup> La Direttiva citata – si rammenta – ha inciso modificandolo sul regolamento (CEE) n. 1612/68 e ha abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

denza costante, la direttiva citata mira a facilitare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, del TFUE.

E ha l'obiettivo di rafforzare il suddetto diritto.

Ne segue che, secondo la Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva 2004/38-CE, ivi compreso il suo articolo 2, punto 2, devono essere interpretate estensivamente, all'opposto di quanto invece ritenuto dal più restrittivo orientamento della Corte di cassazione.

La conseguenza è determinante.

La nozione di legame di filiazione va intesa sempre in senso ampio, così da ricomprendere qualsiasi legame di filiazione, sia esso di natura biologica o giuridica. E di riflesso la nozione di discendente diretto di un cittadino dell'Unione deve essere intesa nel senso di comprendere tanto il figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino, allorché è dimostrato che l'adozione crea un legame di filiazione giuridica tra il minore e il cittadino dell'Unione interessati.

La stessa esigenza di interpretazione estensiva non può giustificare un'interpretazione eguale ove si tratti di minore sottoposto a tutela legale di un cittadino dell'Unione. E quindi astrattamente il fatto che un minore sia posto sotto il regime della kafalah algerina non crei un legame di filiazione tra il minore e il suo tutore fa sì che quel minore non possa essere considerato un discendente diretto di un cittadino dell'Unione nel senso indicato.

Egli rientra però nella nozione di "altro familiare" di cui all'art. 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38-CE.

E ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri, conformemente alla loro legislazione nazionale, debbono comunque agevolare l'ingresso e il soggiorno di «ogni altro familiare, (...), se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale».

Ne segue che anche i termini utilizzati nella suddetta disposizione sono, secondo la Corte di giustizia, idonei a comprendere la situazione di un minore che è stato posto, presso cittadini dell'Unione, sotto un regime di tutela legale quale la kafalah algerina e del quale tali cittadini si sobbarcano il mantenimento, l'istruzione e la protezione in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del paese d'origine del minore stesso.

Difatti l'obiettivo dichiarato dell'art. 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva citata consiste, come risulta dal Considerando 6 della medesima, nel «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», agevolando l'ingresso e il soggiorno delle persone non rientranti nella definizione di «familiare» di un cittadino dell'Unione ma che tuttavia presentano vincoli familiari stretti e stabili con un cittadino

dell'Unione in ragione di circostanze di fatto specifiche, quali una dipendenza economica, un'appartenenza al nucleo familiare o gravi motivi di salute<sup>18</sup>.

A sua volta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge che le relazioni affettive che un minore in regime di kafalah intrattiene con il suo tutore possono rientrare nella nozione di vita familiare<sup>19</sup>, considerato il tempo trascorso insieme, la qualità delle relazioni e il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del minore<sup>20</sup>.

Secondo tale giurisprudenza, l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali mette l'individuo al riparo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e impone a questi ultimi, allorché sia accertata l'esistenza di un vincolo familiare, di consentire a tale vincolo di svilupparsi e di accordare una tutela giuridica che renda possibile l'integrazione del minore nella sua famiglia.

Poiché dunque l'art. 7 della Carta deve essere inteso congiuntamente all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore<sup>21</sup>, la giurisprudenza formatasi in sede europea induce a una conclusione non più confutabile.

La conclusione è che per rispettare tali disposizioni incombe alle autorità nazionali competenti, in sede di attuazione dell'obbligo di agevolare l'ingresso e il soggiorno degli altri familiari, di procedere a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, tenendo conto di tutti gli interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore interessato.

E tanto si impone sia alle autorità politiche, in sede di normazione primaria, sia anche al giudice in sede di interpretazione delle norme interne associabili al fine.

Detto altrimenti: la nozione di discendente diretto di un cittadino dell'Unione contenuta all'art. 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38-CE, deve essere interpretata nel senso che essa non ricomprende un minore posto sotto la tutela

---

<sup>18</sup> È il caso di ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte, l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 impone agli Stati membri l'obbligo di concedere un certo vantaggio alle domande presentate dai cittadini di Stati terzi indicati da tale disposizione rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi: v., in tal senso, le sentenze 5 settembre 2012, Rahman e a., C-83/11, e 12 luglio 2018, Banger, C-89/17.

<sup>19</sup> Cfr. in tema Di Pietro, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 91 e ss.

<sup>20</sup> Così Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio

<sup>21</sup> In tal senso le sentenze del 27 giugno 2006, Parlamento/Consiglio, C-540/03; 23 dicembre 2009, Detiček; 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15.

legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo di kafalah (nella specie algerina), in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra loro; ma è pur sempre compito delle autorità nazionali competenti agevolare l'ingresso e il soggiorno di un minore siffatto in quanto altro familiare di un cittadino dell'Unione, procedendo a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore in questione; e nell'ipotesi in cui, in esito a tale valutazione, sia stabilito che il minore e il suo tutore, cittadino dell'Unione, sono destinati a condurre una vita familiare effettiva e che tale minore dipende dal suo tutore, i requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, considerati congiuntamente all'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, esigono che sia concesso al suddetto minore un diritto di ingresso e di soggiorno al fine di consentirgli di vivere con il suo tutore nello Stato membro ospitante di quest'ultimo.

## 7. Conclusioni

Il tracciato fin qui compiuto consente di declinare un quadro conclusivo sufficientemente chiaro.

Benché frutto di un cammino giurisprudenziale lento e in parte tortuoso l'attribuzione di rilevanza della kafalah nell'ordinamento interno – e finanche nell'alveo del diritto dell'Unione Europea – è oggi un fatto.

Per non contraddire gli artt. 2 e 3 cost., la tutela di un minore affidato in kafalah a un cittadino dell'Unione non può essere diversa dalla tutela del medesimo minore affidato in kafalah a un cittadino extraeuropeo.

Non deve tradire l'equiparazione delle tipologie di kafalah, poiché anche la kafalah privatistica, sulla quale maggiori sono statisticamente le discordanze di vedute, è negli ordinamenti di derivazione islamica un istituto soggetto a controllo pubblico, identificabile, per lo più, nella necessità di omologazione.

È così formalmente, ma non sempre lo è anche effettivamente, vale a dire in base a ciò che effettivamente accade rispetto alle possibili deviazioni concesse dagli ordinamenti coranici a chi non intenda richiedere l'omologazione dell'accordo.

Ciò in qualche misura ridimensiona l'ambito delle divergenze, ma comporta anche e necessariamente questo: che l'accertamento del giudice chiamato a decidere sul diritto al ricongiungimento non può esser limitato dal riscontro di elementi di rango formale.

Il giudice deve orientarsi ricostruendo la effettiva ragione pratico-giuridica dell'affido in kafalah, ove lo strumento impiegato sia di tipo latamente privatisti-

co, giacché un atto consimile è potenzialmente utilizzabile anche a fine elusivo delle norme del Paese ospitante. E quindi deve fornire giustificazione della decisione assunta considerando, per un verso, le norme di diritto interno dello Stato di provenienza, onde verificare se il ricorso a un istituto del genere sia in quello Stato ammesso e con quale finalità; e per altro i principi enucleati nel diritto del minore di condurre una vita familiare effettiva e nei requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, considerati congiuntamente all'obbligo di tener conto dell'interesse concreto (superiore) del minore medesimo.

## Nuove frontiere della scienza e del diritto. Lo status del figlio concepito dopo la morte del genitore

Sommario: 1. La decisione della Cassazione n. 13000 del 2019 nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale anteriore e successivo alla legge n. 40 del 2004: inquadramento della problematica. – 2. La comune esistenza in vita dei richiedenti l'accesso alle pratiche di P.M.A. – 3. Lo status del soggetto generato da P.A.R. – 4. La giurisprudenza in materia di status del nato in seguito a P.M.A. di tipo omologo. – 5. La vicenda trattata da Corte di cassazione n. 13000 del 2019. – 6. Le questioni di fondo. – 7. Il sindacato giurisdizionale previsto dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000. – 8. Caratteri e limiti del potere di rifiuto dell'ufficiale dello stato civile. – 9. L'oggetto del giudizio di rettificazione nel caso di specie. – 10. *Status filiationis* e fecondazione artificiale omologa *post mortem*. – 11. Sintesi della decisione. – 12. Fecondazione *post mortem* e diritto successorio. – 13. Le questioni ancora aperte. – 14. Considerazioni finali.

### 1. La decisione della Cassazione n. 13000 del 2019 nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale anteriore e successivo alla legge n. 40 del 2004: inquadramento della problematica

La presente relazione ha per oggetto principale il delicato tema della c.d. P.A.R. (*post mortem assisted reproduction*) di tipo omologo, espressione con la quale si fa riferimento all'applicazione sulla donna delle tecniche di procreazione medicalmente assistita omologa in un tempo successivo alla morte del partner<sup>1</sup>.

Essa ricomprende varie situazioni.

Come afferma la stessa Corte di cassazione, vi rientrano:

- a) il prelievo del seme da cadavere;
- b) l'impianto in utero di embrione formato in vitro quando entrambi i membri della coppia erano in vita;

---

<sup>1</sup> F. NADDEO, *Accesso alle tecniche, in Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORA (a cura di), Milano, 2004, 74.

- c) l'inseminazione artificiale della donna con gamete del partner prelevato in epoca precedente al decesso di questi;
- d) l'ipotesi, qui ricorrente, di procreazione *post mortem* in vitro, vale a dire attraverso l'utilizzo, dopo la morte dell'uomo, del seme da questi estratto e crioconservato.

Come noto, l'art. 5 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, nel delineare i confini soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita (da ora P.M.A.), vieta implicitamente (ma non espressamente) la fecondazione successiva al decesso di uno dei due richiedenti, nella parte in cui dispone che «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni [...] entrambi viventi».

Il fondamento di una simile prescrizione risiede, ragionevolmente, nella necessità di garantire al nascituro la doppia figura genitoriale.

Peraltro, autorevole e recente dottrina<sup>2</sup> ha sottolineato come, in realtà, sia «rimasta senza regole, almeno sul piano legislativo, una parte consistente del fenomeno della procreazione assistita».

Innanzitutto, non è stata disciplinata la procreazione (assistita) in violazione dei requisiti soggettivi, ovvero quella:

- da coppia anziana;
- *post mortem*;
- riconducibile a coppia dello stesso sesso;
- da coppia di minorenni;
- da persona singola.

In secondo luogo, viene in rilievo la procreazione in contrasto:

- con il requisito oggettivo dell'infertilità;
- con il divieto di maternità surrogata.

In particolare, si è fatto notare che l'attuale normativa non ha affrontato né la questione di quale sia lo strumento adeguato per assicurare la difesa dell'interesse del minore che sia nato da una fecondazione avvenuta *contra legem* né la problematica se sia consentito l'impianto di un embrione fecondato *contra legem*.

In realtà, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 erano sorti vari problemi interpretativi, persino in ordine alla stessa ammissibilità della fecondazione *post mortem*.

La tesi favorevole riteneva inammissibile ogni ingerenza dall'esterno sul diritto di procreare e sulla libertà sessuale di ogni individuo.

---

<sup>2</sup> U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 3, 570.

Quella negativa era giustificata, invece, in ragione del diritto del nato, desumibile dagli artt. 29 e 30 Cost., ad essere allevato da entrambi i genitori.

Sul versante giurisprudenziale, degno di nota è il caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Palermo nel '99, relativo al rifiuto da parte di un Centro di medicina riproduttiva di procedere all'impianto nella donna degli embrioni crio-conservati a seguito del decesso del marito.

L'autorità giudiziaria, a seguito di istanza presentata dalla donna, accolse le ragioni della stessa e, con provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., impose l'impianto degli embrioni ottenuti<sup>3</sup>.

Dopo l'approvazione della legge n. 40 del 2004, può ormai dirsi<sup>4</sup> che “Stabilendo la necessaria e contemporanea esistenza in vita dei soggetti componenti la coppia richiedente (art. 5 legge cit.), il legislatore ha inteso impedire che le tecniche di procreazione medicalmente assistita possano essere utilizzate programmando sin dall'inizio la nascita di un figlio senza padre, ossia nella consapevolezza che questi venga concepito e nasca in una famiglia priva dell'essenziale figura genitoriale maschile e ciò perché la carenza del fondamentale apporto paterno può pregiudicare, senz'altro, l'armonioso sviluppo della personalità del minore. In sostanza, l'interesse individuale della donna desiderosa di prole, il suo preteso «diritto al figlio», non può prevalere sull'interesse del nascituro ad essere allevato da due genitori viventi, sul suo «diritto alla doppia figura genitoriale»”.

Questa lettura, però, è stata criticata da chi ha sottolineato il mancato riconoscimento, a livello costituzionale, di un diritto alla bigenitorialità<sup>5</sup> e, soprattutto, fin dagli anni '90, da coloro per i quali “è sicuramente indicazione sociologica che il minore stia generalmente meglio in una famiglia in cui sono presenti l'apporto materno e paterno. Ma il riferimento sociologico è sempre rischioso: perché su questa strada si potrebbe dire che, in alcuni casi, un unico genitore idoneo e affettuoso gestirebbe il rapporto con il figlio in modo assai più accettabile rispetto a due genitori, magari in conflitto”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Tribunale Palermo, 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 1,235 ss., con note di A. MIRANDA, «Tragic choice» in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita, e di G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*.

<sup>4</sup> A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 143.

<sup>5</sup> A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 6, 526.

<sup>6</sup> M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam. e diritto*, 1999, 1, 56.



Ciò premesso, deve rilevarsi che la disposizione di cui al menzionato art. 5 si presta ad una serie di questioni interpretative di non facile e immediata soluzione, quali:

- l'individuazione dell'esatto momento temporale nel quale collocare la comune esistenza in vita dei richiedenti l'accesso alle pratiche di P.M.A.;
- la definizione dello status del nato da tali tecniche allorché sia vivente un solo genitore.

## **2. La comune esistenza in vita dei richiedenti l'accesso alle pratiche di P.M.A.**

Risulta difficile dare una soluzione al problema del momento nel quale i soggetti interessati dalla P.M.A. devono essere in vita, potendo ciò verificarsi (o non verificarsi) in più casi.

È nota la scansione del trattamento medico in disamina in tre diverse fasi, in virtù dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 e, più esattamente, in:

una prima fase (c.d. informativa), nella quale i richiedenti sono resi edotti in ordine agli aspetti medici;

una seconda fase, in cui essi sono invitati a prestare il consenso per iscritto all'applicazione delle tecniche di P.M.A.;

una terza e ultima fase, nella quale origina l'inizio del trattamento medico e ove è possibile discernere le tre sottofasi della iper-stimolazione (tesa alla formazione degli ovociti), del prelievamento del materiale genetico e, infine, della formazione dell'embrione con il successivo impianto in utero.

I primi due momenti prospettati, quello informativo e quello di prestazione del consenso, non sono tali da porre alcun dubbio interpretativo, data la necessaria contemporanea esistenza in vita di entrambi i soggetti costituenti l'unica parte negoziale complessa richiedente la P.M.A.

Diversamente avviene per la terza fase, ovvero per quella della concreta applicazione delle tecniche.

Possibile risulta la prospettazione di diversi scenari relativi a casi di decesso di uno dei richiedenti (qui, dell'aspirante padre) subito dopo avere prestato il consenso.

Infatti, l'evento morte può verificarsi prima dell'inizio dell'intervento medico propriamente inteso ovvero durante o successivamente allo stesso, conducendo a differenti esiti a seconda della fase presa in considerazione.

Nella prima ipotesi, non essendosi ancora formato l'embrione, non sarà ammessa la prosecuzione della procedura, sicché debbono considerarsi illecite, ex art. 5, della legge n. 40 del 2004, oltre al prelievo del seme da cadavere, la fe-

condazione *post mortem in vivo*, cioè mediante l'inseminazione della donna, e la procreazione *post mortem in vitro*, vale a dire attraverso l'utilizzo, dopo la morte dell'uomo, del gamete da lui prelevato e crioconservato, sebbene la coppia abbia espresso un valido consenso al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.).

D'altronde, dovendo persistere la volontà di entrambi gli aspiranti genitori fino al completamento della procedura di P.M.A. o, quantomeno, sino alla fecondazione dell'ovulo, momento dopo il quale detta procedura non è più nella disponibilità degli interessati (art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004), si è affermato che la morte, precedente a questa data, del padre ne renderebbe irrilevante il consenso<sup>7</sup>.

Diversa, invece, è la situazione qualora l'embrione, benché non ancora impiantato in utero, si sia già formato, alla luce delle disposizioni della legge n. 40 del 2004, di cui agli artt. 5 e 12, che vietano l'accesso e l'applicazione delle tecniche di P.M.A. a coppie in cui uno dei membri non sia più in vita, e 1 e 14, che, al fine di garantirne la tutela, proibiscono la soppressione di embrioni già formati.

Autorevole dottrina sostiene che tale ultima ipotesi debba considerarsi "lecita, dovendo prevalere l'interesse dell'embrione a nascere" anche in considerazione dell'art. 6, della legge n. 40 del 2004 che "sembra porre il principio secondo il quale il venire meno della volontà del membro maschile della coppia (conseguente alla revoca) diviene irrilevante, una volta fecondato l'ovulo, di fronte alla necessità, a quel punto ormai prioritaria, di tutelare l'embrione: lo stesso varrà nell'ipotesi di decesso". In altri termini, escluso che la morte dell'uomo, dopo la fecondazione dell'ovulo, possa valere quale revoca della volontà di dare corso alle tecniche (con l'effetto che, dunque, l'embrione potrà essere legittimamente impiantato), in questa situazione, all'interruzione delle procedure di fecondazione artificiale potrà eventualmente condurre soltanto l'eventuale revoca della volontà da parte della donna, causata dalla scomparsa del suo compagno<sup>8</sup>.

Infatti, verrebbe in rilievo un contrasto tra i due principi della necessaria esistenza in vita dei richiedenti la P.M.A. e della salvaguardia della vita dell'embrione.

Si ritiene diffusamente, quindi, che, nella specie, non si possa parlare di un divieto di fecondazione *post mortem*, anche alla luce del disposto dell'art. 12, comma 8, della legge n. 40 del 2004, per il quale non sono punibili coloro ai quali sono applicate le tecniche di P.M.A. in assenza del requisito della comune permanenza in vita, e, inoltre, delle "Linee guida contenenti le indicazioni delle

<sup>7</sup> I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 10, 949 ss.

<sup>8</sup> A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 6, 523 ss.

procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”<sup>9</sup> per cui “la donna ha sempre il diritto al trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati”.

Queste ricostruzioni, quindi, tendono a distinguere fra impianto *post mortem*, consentito, e fecondazione *post mortem*, vietata.

Significativa, al riguardo, risulta la recente pronuncia del Tribunale di Lecce, 24 giugno 2019, che, sulla base delle menzionate “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, ha rinvenuto i presupposti di legge per consentire ad una donna il trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati, provenienti dalla stessa e dal di lei marito, ormai deceduto, il quale aveva, in questo senso, orientato il proprio consenso, senza mai revocarlo<sup>10</sup>.

Nella stessa ottica possono essere lette due recenti ordinanze emesse in sede cautelare l’11 ottobre 2020 e il 27 gennaio 2021<sup>11</sup> (la seconda è quella che ha respinto il reclamo contro la prima) dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con le quali è stato accolto il ricorso di una donna, la quale voleva essere autorizzata a procedere all’impianto dei suoi ovuli fecondati con il seme del coniuge e, poi, crioconservati, sempre con il consenso del marito. Quest’ultimo, infatti, essendo ormai la coppia in fase di separazione, si era opposto al detto impianto, affermando la prevalenza del suo diritto all’autodeterminazione rispetto alla scelta di diventare o meno padre.

Alla base dei due provvedimenti è l’affermazione che il consenso dell’uomo alla fecondazione in vitro non è più revocabile, una volta che questa è avvenuta.

### 3. Lo status del soggetto generato da P.A.R.

La menzionata clausola di non punibilità di cui all’art. 12, comma 8, della legge n. 40 del 2004 impone all’interprete di interrogarsi sullo status del soggetto generato da P.A.R., anche dopo trecento giorni dalla morte di uno dei due genitori, occorrendo distinguere tra la disciplina dell’accesso alle tecniche di P.M.A. e la preminente tutela giuridica del nato «non solo in relazione ai diritti ed ai doveri previsti per la sua formazione (ai sensi degli artt. 29 e 30 Cost.), ma ancor prima in base ai suoi diritti di persona (di cui all’art. 2 Cost.), verso chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene la responsabilità».

---

<sup>9</sup> In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it). 14 luglio 2015, 117.

<sup>10</sup> Trib. Lecce, (ord.) 24 giugno 2019, in [diritto24.ilsole240re.com](http://diritto24.ilsole240re.com), 29 agosto 2019.

<sup>11</sup> Rinvenibile in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/03/09/procreazione-medicalmente-assistita-consenso-irrevocabile-le-ordinanze-del-tribunale-di-s-m-capua-vetere>.

Al riguardo, un primo orientamento interpretativo propende per attribuire a tale nato lo stato di figlio, sulla base dell'art. 8 della citata legge n. 40 del 2004, in ragione dell'applicabilità della stessa disposizione anche all'ipotesi di procreazione assistita eterologa, rispetto alla quale, parimenti, il consenso prestato, anche per *facta concludentia*, sarebbe di per sé sufficiente all'assegnazione del detto status<sup>12</sup>.

A favore di questa conclusione militano, quanto all'uomo, l'impossibilità di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, affermata dalla S.C.<sup>13</sup>, in tema di fecondazione assistita eterologa, con riferimento al bambino nato in esito a tale inseminazione, per il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto e, per la donna, la preclusione della dichiarazione di non volere essere nominata (art. 9, legge n. 40 del 2004).

L'accoglimento della tesi che applica l'art. 8 ai nati da P.A.R. importerebbe, pertanto, il riconoscimento di un sistema alternativo, rispetto a quello di cui agli artt. 231, 232, 462, co. 2, c.c., in virtù del quale il conferimento dello stato di figlio sarebbe conseguenza di quel consenso, manifestato a monte dai richiedenti la P.M.A. e poi reiterato dall'uomo (una volta appresa la compromissione della sua capacità di generare), nonché di quello successivo, proteso all'utilizzo del proprio seme crioconservato.

In pratica, nella presente materia andrebbe privilegiato il principio volontaristico rispetto a quello genetico.

Il consenso dato dal coniuge (che non risulti revocato fino al momento della fecondazione artificiale) avrebbe un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla nozione di consenso informato al trattamento medico e governerebbe lo status, identificando la maternità e la paternità del nato nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà<sup>14</sup>.

Così ragionando, emergerebbe come il panorama attuale della genitorialità sia percorso sempre più dalla scomposizione del processo generativo, con la conseguenza che occorrerebbe ratificare l'orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza di merito, per cui il consenso è il fondamento della genitorialità

---

<sup>12</sup> T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 5, 405 ss., per il quale "La genitorialità sembra allora dipendere dall'espressione di un valido consenso da parte di chi ha generato (...). Il fatto della generazione passa, anzi, in secondo piano rispetto al consenso alla fecondazione artificiale, tanto che non è ammesso a contestare il rapporto genitoriale il marito o il convivente che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa".

<sup>13</sup> Cass., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315.

<sup>14</sup> D. BERLOCO, *Fecondazione omologa post mortem. Presunzione di paternità. Pronuncia della Cassazione del 15 maggio 2019*, in *St. civ. it.*, 2019, 7-8, 8 (nota a Cass. civ., n. 13000 del 2019).

da P.M.A., costituente ormai un sistema normativo, quanto all'attribuzione dello status, autonomo e alternativo rispetto alla genitorialità tradizionale biologica<sup>15</sup>.

Questa impostazione che, come meglio si vedrà, è alla base della decisione della Corte di cassazione n. 13000 del 2019, ha condotto ad accogliere, nel nostro ordinamento, la paternità anagrafica del morto (da epoca antecedente al concepimento), e si ricollega a quanto già affermato dalla giurisprudenza di merito<sup>16</sup>.

Con specifico riferimento al figlio nato (con P.M.A.) da soggetti conviventi, si è affermato, altresì, che sussisterebbe un dovere dei genitori di dichiararsi tali all'ufficiale dello stato civile chiamato a redigere l'atto di nascita oppure che vi sarebbe la possibilità di ottenere la formazione di siffatto atto mostrando solo il documento di consenso alle tecniche<sup>17</sup>, da equiparare ad un riconoscimento anticipato, non consistendo in un mero assenso ai trattamenti medici necessari.

Altri autori, invece, ritengono occorra sempre un atto di riconoscimento soggetto alla disciplina degli artt. 250 ss. c.c.<sup>18</sup>.

Quest'ultima ricostruzione si ricollega alla tesi per la quale la disciplina della legge n. 40 del 2004, in generale e, per quanto qui rileva, in tema di attribuzione dello stato di figlio, non sarebbe l'unica fonte regolatrice, ma sarebbe integrata dalla normativa codicistica<sup>19</sup>.

Autorevole dottrina, in particolare, sostiene che la disciplina codicistica andrebbe integrata con le regole speciali che si propongono di anticipare e rafforzare la tutela del nato da procreazione assistita<sup>20</sup>.

Su di un altro versante, si colloca la tesi per la quale, anche per il nato da P.A.R., troverebbe applicazione il sistema di presunzioni delineato dal codice civile, attesa l'inidoneità del consenso ex art. 6 della legge n. 40 del 2004 a costituire valido supporto all'attribuzione dello stato di figlio, alla luce della sua anteriorità al concepimento (art. 250, comma 1, c.c.) e del difetto di forma scritta richiesto dall'art. 254 c.c.

---

<sup>15</sup> G. CASABURI, *La genitorialità da p.m.a. si fonda sul consenso: lo svolta della Cassazione*, in *Foro it.*, 2019, 6, I, c. 1951 ss. (nota a Cass. civ., n. 13000 del 2019).

<sup>16</sup> Tribunale Roma, 8 maggio 2019, che autorizza la vedova (comunque la partner superstite) a conseguire la consegna del seme crioconservato del defunto marito (o compagno), all'evidente fine di ricorrere alla P.M.A. *post mortem* all'estero.

<sup>17</sup> P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 36.

<sup>18</sup> M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2019, 416 ss.

<sup>19</sup> D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*, in *Fam. e dir.*, 2020, 1, 45.

<sup>20</sup> U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Della famiglia. Leggi complementari*, a cura di G. DI ROSA, in *Commentario Gabrielli*, Torino, 2018, 1739-1740.

Ciò comporta che, per il nato entro i trecento giorni dalla morte del padre, troverà applicazione la presunzione dell'art. 232 c.c., mentre diversamente dovrebbe essere per il soggetto nato successivamente.

In quest'ultima evenienza, ex art. 234 c.c., sarà comunque possibile provare il concepimento in costanza di matrimonio, sicché fondamentali risultano l'accezione che di tale termine si intende accogliere, ovvero se sia inscindibilmente collegata all'inizio dello stato di gravidanza<sup>21</sup> ovvero alla fecondazione dell'ovulo a seguito dell'unione dei gameti maschile e femminile<sup>22</sup>, e l'esatto momento temporale in cui collocare il decesso del genitore (vale a dire se prima della creazione dell'embrione o dell'inserimento di esso nell'utero della donna).

A seconda dell'interpretazione che si vuole adottare del termine concepimento, il nato da fecondazione *post mortem* sarà, rispettivamente, considerato figlio non matrimoniale, essendo stato concepito in un momento successivo alla cessazione del matrimonio<sup>23</sup>, ovvero matrimoniale, in quanto concepito durante l'unione coniugale<sup>24</sup>.

#### 4. La giurisprudenza in materia di status del nato in seguito a P.M.A. di tipo omologo

A livello giurisprudenziale si rileva che la questione relativa allo stato giuridico del nato in virtù dell'esperimento di pratiche di fecondazione artificiale di tipo omologo era stata vagliata, fino al giudizio che ha condotto alla pronuncia n. 13000 del 2019, essenzialmente con riferimento ad ipotesi nelle quali il decesso dell'uomo era intervenuto dopo la formazione dell'embrione, ma prima del suo impianto.

Con riguardo al periodo antecedente alla legge n. 40 del 2004, può menzionarsi il già citato provvedimento del Tribunale di Palermo, 8 gennaio 1999, che ha imposto ad un Centro di medicina riproduttiva di procedere all'impianto nella donna degli embrioni crio-conservati a seguito del decesso del marito.

Nella stessa direzione, va ricordata la decisione del Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015<sup>25</sup>, che ha riconosciuto (in una procedura di fecondazione assistita

---

<sup>21</sup> A. MARCHESI (21 settembre 2018), *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, 229, disponibile su <http://www.diritticomparati.it/>.

<sup>22</sup> R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 186 ss.

<sup>23</sup> A. MARCHESI (21 settembre 2018), *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, 229, disponibile su <http://www.diritticomparati.it/>.

<sup>24</sup> R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 187.

<sup>25</sup> In *Fam. dir.*, 2015, 488 ss., con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*.

iniziata prima del 2004) alla vedova il diritto a detto impianto valorizzando il contenuto delle linee guida alla legge n. 40 del 2004 adottate nel 2004 e nel 2008, per le quali la donna ha sempre diritto all'impianto degli embrioni crioconservati e non abbandonati.

Inoltre, assume rilievo, Tribunale Bologna, 25 agosto 2018<sup>26</sup>, concernente una fattispecie successiva all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, nella quale, però, gli ovociti provenivano da una donatrice ed i gameti dal marito della donna che aveva agito in giudizio e si è data importanza alla valenza costituzionale del diritto a divenire genitori ed alle menzionate linee guida (questa volta del 2015), alle quali è stata pure attribuita forza primaria e non sublegislativa.

Ad occuparsi, invece, di casi nei quali il decesso dell'uomo aveva preceduto la formazione degli embrioni è stato, in primo luogo, Tribunale di Messina, 28 settembre 2017, che ha affermato l'illegittimità del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile alla formazione dell'atto di nascita di una bambina con l'attribuzione della paternità al marito della madre, defunto da oltre 300 giorni al momento di detta nascita, derivata da pratiche di procreazione medicalmente assistita all'estero. Ciò in ragione della necessità di tutelare il superiore interesse della minore alla sua identità personale e del riconoscimento della paternità biologica espresso dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004.

Una fattispecie simile, invece, è stata decisa in senso opposto dalla Corte di appello di Ancona, 12 marzo 2018.

Invece, deve sottolinearsi che la giurisprudenza italiana è sempre stata molto severa qualora, al momento della morte dell'uomo, sia disponibile il solo seme crioconservato e non l'embrione.

Pertanto, per Tribunale Roma, 19 novembre 2018<sup>27</sup>, possono accedere alla procreazione medicalmente assistita solo le coppie i cui membri siano entrambi viventi, sicché non è possibile l'utilizzo, a fini procreativi, del liquido seminale crioconservato successivamente alla morte del donatore, con la conseguenza che è infondato e va rigettato il ricorso d'urgenza proposto dalla vedova per conseguire la consegna del seme crioconservato del marito premorto da parte dei centri medici presso i quali era stato depositato, per potere accedere, all'estero, alla P.M.A., non rilevando al riguardo, anche perché in contrasto sia con la legge n. 40 del 2004 sia con le obbligazioni contrattuali intercorse con i centri medici, le dichiarazioni scritte dell'uomo (un atto di delega e una disposizione testamentaria), peraltro non univoche, addotte a fondamento della richiesta.

---

<sup>26</sup> In *Foro it.*, 2019, I, 1430.

<sup>27</sup> In *Foro it.*, 2019, I, 692.

Nell'ambito di tale dibattito è sopraggiunta la decisione della Corte di cassazione n. 13000 del 2019, che ha deciso sull'impugnazione relativa al provvedimento summenzionato della Corte di appello di Ancona.

## 5. La vicenda trattata da Corte di cassazione n. 13000 del 2019

Una coppia di coniugi italiani, a causa di alcune difficoltà riscontrate nel concepimento di un figlio, decide di ricorrere a tecniche di P.M.A., esprimendo per iscritto il consenso a tale trattamento.

Nel corso della terapia, il marito apprende di essere gravemente malato. Dovendo procedere all'assunzione di farmaci che compromettono la capacità di generare, reitera il consenso alla fecondazione artificiale e, consapevole della sua imminente fine, autorizza la moglie all'utilizzo *post mortem* del proprio seme crioconservato. Per realizzare il comune desiderio di procreazione, la moglie, dopo meno di un anno dalla morte del marito, si sottopone, all'estero<sup>28</sup>, a trattamento di fecondazione assistita, dando alla luce, in Italia, una bambina. Dopo la nascita della figlia, la donna rende la corrispondente dichiarazione all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza, allegando la documentazione a corredo dei fatti appena descritti, ma quest'ultimo rifiuta di indicare nell'atto di nascita la paternità del defunto, morto più di 300 giorni prima della nascita della bambina, escludendo la presunzione di concepimento durante il matrimonio, in applicazione del combinato disposto degli artt. 149 e 232 c.c.

In proprio e in qualità di esercente la responsabilità genitoriale sulla figlia appena nata, la stessa donna propone quindi ricorso ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396 del 3 novembre 2000 perché, previa dichiarazione dell'illegittimità del rifiuto, venga ordinato all'ufficiale dello stato civile di provvedere alla rettifica dell'atto di nascita della minore, indicando la paternità del marito defunto.

Il ricorso è rigettato dai giudici di merito, ma la Corte di cassazione (Cass., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000) cassa con rinvio la decisione adottata in sede di reclamo, disponendo il riesame della vertenza alla luce dei principi dettati in motivazione.

---

<sup>28</sup> Per l'esattezza, in Spagna, paese ove è escluso che possa insorgere un rapporto di filiazione tra il figlio e il marito deceduto, salvo che l'ovulo non sia stato impiantato nell'utero materno alla data della sua morte. Tuttavia, è previsto che il marito possa prestare in anticipo il consenso, che deve risultare da atto pubblico, testamento o documento dal quale si desume il consenso libero ed informato dell'uomo, affinché il suo seme sia utilizzato dalla moglie nei dodici mesi successivi al decesso. Siffatta procreazione produce, secondo la normativa vigente, i medesimi effetti derivanti dalla filiazione matrimoniale.



## 6. Le questioni di fondo

Tre sono le questioni di fondo esaminate nella pronuncia di legittimità appena richiamata.

La prima affronta un tema già trattato dalla Corte di cassazione, ma che, nella sentenza *de qua*, viene approfondito alla luce delle nuove norme sull'ordinamento dello stato civile, introdotte dal d.P.R. n. 396 del 2000.

Essa concerne la corretta individuazione dell'ambito entro il quale opera il sindacato giurisdizionale nei procedimenti disciplinati dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000.

La seconda riguarda la delimitazione dei poteri attribuiti all'ufficiale dello stato civile nel ricevere le dichiarazioni a lui rese, con particolare riferimento alle ipotesi in cui rifiuti di formare in tutto o in parte un determinato atto.

La terza, quella di maggiore interesse, si occupa di un argomento del tutto nuovo, che attiene all'incidenza delle norme in tema di procreazione medicalmente assistita sulla disciplina relativa all'acquisto dello stato di figlio in capo al soggetto nato a seguito di fecondazione omologa *post mortem*.

Le questioni appena menzionate sono di seguito illustrate, seguendo lo stesso ordine con il quale sono state indicate, tenuto conto che la soluzione dell'una è propedeutica all'altra.

## 7. Il sindacato giurisdizionale previsto dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000

Come precisato nella sentenza *de qua*, il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile, regolato dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000 (e prima, senza rilevanti differenze, dagli artt. 165 e ss. r.d. n. 1238 del 1939), non è esperibile solo per correggere gli errori materiali nei quali è incorso l'ufficiale dello stato civile<sup>29</sup>.

Esso comprende i casi in cui è richiesto di procedere alla rettificazione di un atto dello stato civile, alla ricostruzione di un atto distrutto o smarrito, alla formazione di un atto omesso, oltre che alla cancellazione di un atto indebitamente registrato; riguarda, altresì, le ipotesi nelle quali è fatta opposizione al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere una dichiarazione, di eseguire una trascrizione o un'annotazione o un qualsiasi altro adempimento di sua spettanza.

L'ambito operativo di tale categoria di giudizi non si estende fino a comprendere le controversie di stato<sup>30</sup> perché la funzione svolta, riconducibile a tutte le

---

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, sentenza n. 4922 del 1978 e Cass., Sez. I, sentenza n. 7530 del 1986.

<sup>30</sup> Cass., Sez. I, 27 marzo 1996, n. 2776.

ipotesi sopra indicate, è quella di ripristinare la corrispondenza tra la situazione di fatto – quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione della legge – e la sua riproduzione nell'atto dello stato civile, senza che assumano rilievo le cause della discordanza<sup>31</sup>.

Il giudice che deve statuire sulla legittimità del rifiuto di registrare le dichiarazioni, rese ai fini della formazione di un atto dello stato civile, è, dunque, chiamato ad accertare la corrispondenza tra quanto richiesto e la realtà dei fatti così come risultano in base alla legge.

In particolare, se, come nella specie, deve valutare il rifiuto di attribuire al neonato il cognome paterno nella formazione dell'atto di nascita, egli è investito dell'accertamento in ordine alla corrispondenza di quanto richiesto alla realtà dei fatti, riferita alle condizioni generative e di discendenza (genetica e biologica), che l'ordinamento ritiene rilevanti.

A questo fine, egli può avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitegli, come pure si ricava dal disposto dell'art. 96 d.P.R. n. 396 del 2000, che consente al giudice, senza particolari formalità, di assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile, dovendo comunque, prima di decidere, sentire sempre il Procuratore della Repubblica e gli interessati e richiedere, se del caso, il parere al giudice tutelare.

## 8. Caratteri e limiti del potere di rifiuto dell'ufficiale dello stato civile

La Corte di cassazione ha chiaramente affermato che, in alcuni casi, l'ufficiale dello stato civile ha il potere di valutare e sindacare le dichiarazioni a lui rese, ai fini della formazione degli atti di sua competenza, potendo conseguentemente rifiutarsi di riportarle, in tutto o in parte, negli atti da lui redatti.

In particolare, la Corte ha rilevato che alcune dichiarazioni che si rendono all'ufficiale dello stato civile hanno la funzione esclusiva di dare pubblica notizia ad eventi, come la nascita e la morte, che assumono rilievo nell'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati. Da tali eventi, come documentati nei registri dello stato civile, possono derivare diritti e doveri per effetto di norme particolari, che sono estranee, tuttavia, alla disciplina propria degli atti dello stato civile (ad esempio, il diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato del soggetto di cui è dichiarata la nascita).

In queste ipotesi, ha spiegato la S.C., grava sull'ufficiale dello stato civile l'obbligo di ricevere quanto riferito dal dichiarante e di formare il processo verbale

---

<sup>31</sup> Cass., Sez. I, 2 ottobre 2009, n. 21094.

nei suoi registri, senza che a lui competa stabilire se gli eventi riportati possano essere compatibili con l'ordinamento italiano e se per questo abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e di doveri.

Spetta, infatti, al giudice pronunciarsi su tali ultime questioni, ove su di esse sorga controversia.

Diversamente, altre dichiarazioni, pure rese dinanzi al medesimo ufficiale, non si limitano a fornire la notizia di eventi che si sono verificati, ma sono, di per sé stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona a cui si riferiscono, come accade per le dichiarazioni di riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio o per quelle relative alla cittadinanza italiana. In simili eventualità, proprio per la immediatezza degli effetti derivanti da tali dichiarazioni, l'ufficiale deve rifiutare di riceverle, ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento giuridico vigente o con l'ordine pubblico interno, come consentito dall'art. 7 d.P.R. n. 396 del 2000.

Sulla scorta di tali premesse, e con riferimento al caso di specie, la Corte ha così affermato che, quando la ricorrente ha dichiarato all'ufficiale dello stato civile la nascita della figlia, richiedendo che, nella redazione del corrispondente atto, fosse indicata la paternità del defunto marito (con attribuzione alla bambina del cognome di quest'ultimo), per le ragioni sopra descritte, la medesima ha reso due diverse dichiarazioni: una riguardante l'evento nascita e l'altra afferente alla paternità della neonata.

Secondo la S.C., nel redigere l'atto di nascita, l'ufficiale dello stato civile non poteva obiettare nulla solo con riferimento alla dichiarazione di nascita, perché, quanto all'attribuzione della paternità, che ingenera essa stessa effetti giuridici sullo stato giuridico della persona nata, il medesimo ufficiale poteva, ed anzi doveva, rifiutare di riceverla, ove l'avesse ritenuta contraria all'ordinamento giuridico vigente.

## **9. L'oggetto del giudizio di rettificazione nel caso di specie**

Una volta accertato, in via generale e astratta, il potere dell'ufficiale dello stato civile di rifiutare l'indicazione della paternità della bambina, nel formare l'atto di nascita, il giudice di legittimità ha dovuto verificare se, nella specie, il diniego opposto dal detto ufficiale abbia determinato o meno una discrasia tra la realtà e la riproduzione che di essa è stata fatta nell'atto dello stato civile.

Tale verifica ha assunto un connotato speciale perché, come già spiegato, la nascita della bambina è avvenuta per effetto di fecondazione artificiale omologa, eseguita dopo la morte del padre, mediante utilizzo del seme crioconservato di quest'ultimo.

Si è trattato, quindi, di accertare quale sia, in queste ipotesi, la realtà dei fatti secondo il nostro ordinamento e, quindi, quale sia lo *status filiationis* del soggetto nato a seguito della sopra descritta pratica di fecondazione artificiale.

Nella sentenza è stata, peraltro, evidenziata l'estraneità al giudizio di ogni valutazione inerente alla liceità o meno, in Italia, della fecondazione artificiale omologa *post mortem*.

In particolare, la circostanza che si sia fatto ricorso, all'estero, a tale forma di fecondazione (dai più ritenuta vietata nel nostro ordinamento, in virtù del combinato disposto degli artt. 5 e 12 della legge n. 40 del 2004 che, però, sanziona solo i sanitari che la praticano e non le persone che ad essa si sottopongono) non esclude, per la S.C., che, nel preminente interesse del soggetto nato, si debba dare applicazione alle disposizioni che riguardano lo stato giuridico di quest'ultimo, come pure affermato dalla Corte EDU nelle due sentenze "gemelle" *Menesson c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e *Labassee c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11) ed anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 347 del 1998, ove è stata sottolineata la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la preminente, tutela giuridica del soggetto nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso<sup>32</sup>.

## 10. *Status filiationis* e fecondazione artificiale omologa *post mortem*

Nell'esaminare la questione appena indicata, la Corte di cassazione ha evidenziato che, secondo una prima opinione interpretativa, la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico e che lo stato di figlio del nato da P.M.A. non deriva dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale (diverse a seconda che il figlio sia nato nel matrimonio o fuori di esso), perché detto status viene attribuito direttamente dalla legge e, in particolare, dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004, ove è stabilito che "i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia" (a seconda che si tratti di coniugi o di conviventi) che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6 della legge citata.

In questi casi, ad avviso dei sostenitori di tale tesi, il consenso dato dal coniuge o dal convivente alla fecondazione artificiale (non revocato fino al momento

<sup>32</sup> Nel medesimo senso, sia pure con riferimento a fattispecie diverse, anche Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, e Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878.

della fecondazione dell'ovulo) assume un significato diverso e ulteriore rispetto alla mera prestazione del "consenso informato" al trattamento medico e governa lo status del nato, identificandone la maternità e la paternità nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà.

Per un'altra opinione, invece, pure richiamata dalla medesima Corte, al nato da P.M.A. si applicano i medesimi principi in tema di filiazione biologica naturale, perché il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale non incide direttamente sull'attribuzione dello status del figlio, ma ha solo la funzione di consentire al figlio di identificare il proprio genitore. Ovviamente, siffatta diversità di soluzioni produce i suoi effetti sullo status del figlio anche nel caso di fecondazione medicalmente assistita *post mortem*.

In proposito, la S.C. ha rilevato che pure coloro per i quali, anche in caso di procreazione medicalmente assistita, trovano applicazione i principi generali stabiliti nel codice civile in tema di filiazione biologica naturale, si dividono tra chi sostiene che la nascita di un figlio da fecondazione artificiale omologa *post mortem*, avvenuta in un periodo che non consente più l'operatività della presunzione di concepimento in costanza di matrimonio (art. 232 c.c.), può solo giustificare la proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità (art. 269 c.c.), essendo privo di effetti il preventivo riconoscimento del marito (effettuato quando è ancora in vita), e chi, invece, ritiene che la suddetta situazione non è di ostacolo all'operatività della presunzione di paternità tutte le volte in cui possa essere provato il concepimento in costanza di matrimonio (art. 234 c.c.).

Tale requisito, attraverso una interpretazione estensiva della norma, viene poi ritenuto soddisfatto con la dimostrazione che la fecondazione dell'ovulo (cioè, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio, purché la moglie non sia passata a nuove nozze.

La Corte di cassazione ha subito evidenziato che quest'ultima tesi, oltre a fondarsi su un'interpretazione del concepimento sensibilmente distante rispetto alla sua accezione tradizionale, che lo identifica con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, finisce con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita che sia stata eseguita, essendo possibile congelare e conservare a lungo non solo l'embrione, ma anche il liquido seminale, con la conseguenza, pertanto, che si potrebbe ipotizzare che la stessa fecondazione dell'ovulo avvenga, come peraltro accaduto nel caso in esame, solo dopo la morte del marito.

La diversa impostazione, per la quale, in fattispecie come quella *de qua*, ai fini della disciplina dello stato giuridico del nato, si può applicare l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, muove, invece, dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della disposizione alle sole ipotesi di procreazione

medicalmente assistita espressamente disciplinata (e lecita) e ha, anzi, esplicitamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio (cfr. art. 9 della legge n. 40 del 2004).

Secondo tale opinione, qualora si sia proceduto, dopo la morte del marito, e con il consenso di quest'ultimo, alla formazione di embrioni con il seme crioconservato dello stesso e gli ovociti della moglie, impiantati nell'utero di quest'ultima, prevale la tutela legislativa del nato da fecondazione omologa, posto che il sicuro legame genetico consente comunque l'instaurazione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori genetici.

La Corte ha aderito a quest'ultima ricostruzione e ha applicato la disciplina dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004 alla fattispecie esaminata, ritenendo del tutto ragionevole la conclusione che il nato a seguito di fecondazione artificiale omologa *post mortem* venga considerato figlio della coppia che ha espresso il consenso alla P.M.A. prima dello scioglimento del vincolo nuziale per effetto del decesso del marito, avendo egli anche autorizzato l'utilizzazione, dopo la morte, del suo seme crioconservato.

Colui che ha espresso il consenso ex art. 6 della legge citata, senza mai revocarlo, è stato ritenuto padre del nato, avendo manifestato, con tale consenso, la consapevole scelta della genitorialità.

La soluzione interpretativa operata dalla S.C. si fonda sulla rilevanza attribuita alla discendenza biologica tra il nato e colui che ha formalizzato il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, autorizzando, altresì, l'utilizzazione del suo seme precedentemente prelevato e crioconservato, e prescinde da ogni considerazione del tempo in cui sono avvenuti il concepimento e la nascita.

Proprio perché la fecondazione artificiale rende possibile il differimento del momento della nascita, senza per questo incidere sulla certezza della paternità biologica, si rivelano inapplicabili, in materia, quei principi, dettati dal codice civile, basati su un sistema di presunzioni della paternità naturale, tramite i quali si cerca di stabilire quella certezza.

L'interpretazione adottata è stata quella secondo la quale la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale rispetto a quella del codice civile, che non lascia spazio all'applicazione dei meccanismi di prova presuntiva, ivi previsti, riferibili alla generazione biologica naturale.

La Corte di cassazione ha pure tenuto conto che alcuni interpreti hanno ritenuto che, nella procreazione medicalmente assistita, debbano applicarsi le

presunzioni previste dal codice civile in materia di procreazione biologica naturale, in quanto non espressamente derogate dagli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, ma gli argomenti utilizzati non sono stati ritenuti persuasivi. In particolare, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che le previsioni contenute nell'art. 9, commi 2 (divieto dell'anonimato materno nella fecondazione medicalmente assistita) e 3 (esclusione di ogni relazione giuridica parentale tra donatore di gameti e nato nella fecondazione artificiale eterologa), della legge citata dimostrano che in esse vi sono deroghe alla ordinaria disciplina comune della filiazione, da ritenersi, pertanto, applicabile in via generale.

La Corte ha rilevato, tuttavia, che il divieto di anonimato materno, lungi dal presupporre l'operatività dei principi generali, può essere inteso come espressione delle differenze esistenti tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita, proprio con riferimento alla determinazione dello status del nato, fondate sul fatto che il consenso dato alla pratica della procreazione assistita determina una responsabilità riguardo alla filiazione, che esclude la stessa facoltà per la donna di non essere nominata.

D'altronde, ha affermato la stessa Corte, risulta condivisibile e tutt'altro che illogica l'osservazione che, in un'ottica di tutela del nato, il legislatore abbia riconosciuto al consenso prestato dai genitori per l'accesso alle tecniche di P.M.A. anche il riconoscimento del figlio e che tale ipotesi sia stata, dunque, differenziata da quella di procreazione naturale, pure sotto il profilo delle possibili conseguenze. Ciò emerge in maniera evidente nella fecondazione eterologa, ove l'interesse del minore costituisce un vero e proprio limite al principio della verità biologica, tanto che il legislatore, per perseguire siffatto interesse, ha attribuito precipuo rilievo al consenso prestato dai coniugi o conviventi al ricorso a tecniche di procreazione assistita, ma è confermato, altresì, nella fecondazione omologa *post mortem*, con riferimento alla quale non è in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra *favor veritatis* e *favor minoris*, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità, e il consenso prestato dai coniugi o conviventi appare elemento qualificante ai fini dell'accertamento della filiazione, in vista di una effettiva tutela della personalità del minore.

Con riferimento alla procreazione medicalmente assistita *post mortem*, la Corte ha evidenziato che le regole codicistiche non si mostrano adeguate in quanto, sebbene vi sia la certezza che la fecondazione sia avvenuta dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso, è altrettanto sicuro, tuttavia, che tra il nato e questo stesso soggetto ricorra quel rapporto di consanguineità che si pone a fondamento del sistema generale della filiazione.

È stata così preferita, di fronte ad un dato testuale sostanzialmente neutro, un'interpretazione della norma in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità la quale, come sottolineato dalla

Corte EDU (nelle già richiamate sentenze “gemelle” Mennesson c. Francia, del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, e Labassee c. Francia, del 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), comprende l'identificazione del proprio status di figlio di determinati genitori.

A sostegno della decisione della S.C. è addotta, quindi, l'importanza della discendenza biologica della nata dal defunto padre, a nulla rilevando il momento temporale del concepimento e della nascita, atteso che le tecniche in parola si distinguono per il differimento dell'evento nascita, senza incidere, pertanto, sulla sicurezza della paternità biologica.

Si rivelano inapplicabili, allora, *in subiecta materia*, quei principi dettati nel codice civile (artt. 232, 234 e 462, comma 2, c.c.) e basati su un sistema di presunzioni tramite le quali si cerca di stabilire la detta certezza.

A tale conclusione non osta il riconoscimento alla minore della garanzia della c.d. bigenitorialità perché, nello scenario prospettato, rilevando due interessi contrapposti, ovvero il nascere e crescere con un solo genitore, da un lato, e il non nascere, dall'altro, deve giocoforza concludersi per il primo, posto che l'esigenza del nato si identifica nella rapida acquisizione della certezza della propria discendenza bigenitoriale, che funge da elemento di primaria importanza nella costruzione della sua identità, ancorché nell'ambito di una famiglia unigenitoriale<sup>33</sup>.

## 11. Sintesi della decisione

Nella pronuncia in esame, la Corte di cassazione ha stabilito che l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, recante la disciplina dello status giuridico del nato a seguito dell'esecuzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si applica anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem*, operata mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, abbia autorizzato, prima di morire, l'impiego del proprio seme a tal fine, nonostante la nascita avvenga oltre il termine di 300 giorni di cui all'art. 232 c.c.

A fondamento della statuizione vi è l'affermazione secondo la quale la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico, posto che lo stato di figlio del nato da P.M.A., anche nelle ipotesi non espressamente disci-

---

<sup>33</sup> A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, 2, 905 ss.



plinate, non deriva dalle regole applicabili alla procreazione biologica naturale, ma viene attribuito direttamente dalla legge (e in particolare dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004).

Da tutto ciò si evince un chiaro invito della S.C. ad evitare una indiscriminata applicazione delle disposizioni del codice civile a fattispecie che, seppure dirette verso il medesimo risultato, presentano profili di unicità che non ne consentono una integrale uniformazione ad altre.

La fecondazione medicalmente assistita, infatti, quantunque finalizzata a regalare, al pari di quella naturale, un progetto di maternità e paternità, si arricchisce, a differenza di quella naturale, di ulteriori e imprescindibili presupposti che ne fanno una *species* del genere fecondazione.

La sua natura di trattamento sanitario impone la tracciabilità di un percorso umano, medico e giuridico scandito da diverse fasi in cui il consenso, matrice anche della fecondazione naturale, si pone quale punto di contatto tra le due fattispecie. È proprio muovendo da tale dato, tuttavia, che si intuisce la profonda specialità della P.M.A., in quanto il consenso qui non è direzionato, come nella procreazione naturale, alla sola scelta della genitorialità, ma, altresì, esteso al proposito di sottoporsi a una terapia medica l'effetto favorevole della quale non è del tutto scontato, né è immediato ed immune da ulteriori implicazioni<sup>34</sup>.

L'indirizzo della Corte di cassazione si oppone al perseguimento di un intento sanzionatorio e punitivo del comportamento *contra legem* dei genitori, che provocherebbe pregiudizi in capo al nato che, senza sua colpa, sia stato generato tramite procedure vietate.

D'altronde, non deve dimenticarsi che reale finalità della legge n. 40 del 2004 è, ai sensi dell'art. 1, la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, tanto che il medesimo legislatore ha previsto, forse contraddicendosi, nel testo normativo originario, da un lato, il divieto di fecondazione eterologa e, dall'altro, l'art. 8, per il quale, in via generale, "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6"<sup>35</sup>.

La prospettiva adottata si pone in continuità con la tendenza di certa giurisprudenza di merito e di legittimità tesa a garantire, in nome del superiore interesse del minore, tutela e riconoscimento ai rapporti di filiazione venuti in essere a seguito di pratiche riproduttive vietate dall'ordinamento italiano.

---

<sup>34</sup> A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita post mortem*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 4, 1614 ss.

<sup>35</sup> A. PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*, in *Juscivile*, 2020, 2, 552.

Questo insegnamento sembra essere stato adottato anche dal recente intervento delle Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sulla delicata questione della trascrivibilità dell'atto di nascita formatosi all'estero del figlio nato da maternità surrogata.

In questa sede, la Corte di cassazione<sup>36</sup>, nella sua composizione plenaria, ribadisce la profonda ostilità nei confronti della pratica della gestazione per altri, ma, ciononostante, ritiene che l'interesse del figlio a mantenere inalterato il proprio *status filiationis* nonché i propri rapporti affettivi non debba subire compressioni e pregiudizi dal comportamento *contra legem* dei genitori.

La Corte, dunque, propone una restaurazione del principio del *favor veritatis* in forza del quale venga riconosciuta la genitorialità del padre genetico, mentre permette l'accesso alla procedura adottiva ex art. 44, lett. d), legge n. 184 del 4 maggio 1983 al secondo padre non genetico.

Si deve tenere presente, però, che l'attribuzione dello *status filiationis* garantirà solo una condizione formale, priva dell'insorgenza dell'obbligo socio educativo a carico del genitore premorto, ma, al tempo stesso, permetterà il pieno inserimento della figlia nel nucleo familiare paterno, oltretutto a conferirle una qualifica idonea a rivendicare i diritti successori.

Al riguardo, si osserva che l'ordinamento contempla già alcune norme che apportano una tutela al figlio concepito, ma ancora non nato al momento dell'apertura della successione, quali l'attribuzione della capacità a succedere all'erede concepito all'apertura della successione (art. 462, comma 2, c.c.) e l'istituto della revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (art. 687 c.c.), i quali potrebbero, in via di prima approssimazione, essere passibili di interpretazione estensiva al caso di specie<sup>37</sup>.

Ciò postula, chiaramente, una equiparazione fra soggetto concepito ed embrione (quando non fra feto ed embrione ancora non formato)<sup>38</sup>, in contrasto, almeno apparentemente, con la ricostruzione prospettata dalla decisione della Corte di cassazione n. 13000 del 2019.

La dottrina che ha avuto, al momento, l'opportunità di affrontare la questione alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale è arrivata a sostenere che, in presenza di una volontà del padre deceduto di procedere alla fecondazio-

<sup>36</sup> Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>37</sup> Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, continuato da SCHLESINGER, II ed., 2013, 57-59, ove, ripercorrendo in sintesi il percorso che porta alla formazione dell'embrione, afferma che dal momento della fecondazione saremmo in presenza di un individuo.

<sup>38</sup> D. GIUNCHEDI, *Nota a Trib. Lecce, 24 giugno 2019, ord.*, in *giustiziacivile.com*.

ne, l'art. 687 c.c. andrebbe applicato, in ragione del fatto che, nella specie, il legislatore presume una volontà in questo senso del testatore. Per contro, qualora detta fecondazione sia avvenuta senza il consenso del genitore morto, mancando ogni forma di partecipazione sia fisica sia spirituale del *de cuius* all'atto procreativo, le conclusioni dovrebbero essere opposte<sup>39</sup>.

## 12. Fecondazione *post mortem* e diritto successorio

Un profilo che è stato poco esaminato in giurisprudenza, ma che meriterebbe attenzione, è quello concernente la questione se i gameti di un uomo deceduto e non ancora utilizzati per fecondare un ovulo possano essere oggetto di successione legittima o testamentaria.

La tematica è di interesse perché, nel nostro ordinamento, la fecondazione *post mortem* deve ritenersi, in linea generale, vietata.

Sul punto è intervenuta, di recente, una sentenza del Tribunale di Modena dell'8 maggio 2020<sup>40</sup>.

Nel caso in esame, il decesso dell'uomo era intervenuto prima della fecondazione dell'ovulo per cui, non essendovi alcun embrione formato, la fattispecie ricadeva nel divieto normativo di fecondazione *post mortem*.

La moglie del defunto, consapevole di non poter continuare il procedimento avviato in Italia, ha chiesto il rilascio degli spermatozoi crioconservati in forza della propria qualità di erede e della volontà espressa dal defunto marito.

Il Tribunale di Modena si è posto, allora, l'interrogativo se ed in quali limiti sia ammissibile, nel nostro ordinamento, la successione *mortis causa* dei gameti umani crioconservati e che rilevanza abbia la finalità per cui il rilascio viene richiesto. In effetti, secondo una tesi<sup>41</sup>, sarebbe ammissibile tale forma di successione, sia testamentaria sia legittima, dei gameti umani in quanto gli stessi andrebbero qualificati come beni, sottratti al commercio, ma pur sempre appartenenti ad un titolare e, quindi, trasmissibili anche agli eredi nei limiti di salvaguardia dell'integrità fisica (art. 5 c.c.) e purché non se ne faccia un uso a scopo di lucro.

Per questa impostazione, ai fini della trasmissibilità per via ereditaria, nessuna rilevanza assumerebbe l'utilizzo dei detti gameti e l'eventuale finalità vietata perché "il diritto alla restituzione non è impedito dall'obbligo di utilizzare la cosa ereditata per usi non consentiti, che saranno vietati quando e se posti in essere".

---

<sup>39</sup> G. MUSOLINO, *Revoca testamentaria per sopravvenienza di figli*, in *Rivista del notariato*, 2019, 838.

<sup>40</sup> Rinvenibile in <http://www.studiolegalejaccheri.it/2020/09/08/illegittima-la-consegna-dei-gameti-crioconservati-alla-vedova/>.

<sup>41</sup> Tribunale di Roma, sez. II, 28 giugno 2013 n. 14146, in *Nuovo Diritto Civile*, n. 1, 2016.

Un diverso indirizzo valorizza, invece, le peculiarità dei menzionati gameti e la loro attitudine riproduttiva, tali da distinguerli dalle altre categorie di campioni biologici.

Per esso la successione *mortis causa* dei gameti sarebbe inammissibile, essendo in contrasto con il divieto di fecondazione *post mortem*.

L'univoca finalità riproduttiva che tale materiale possiede comporta che il profilo giuridico della sua circolazione non possa essere ricondotto *sic et simpliciter* al paradigma della proprietà, con l'effetto che non entra a fare parte del patrimonio degli eredi in virtù delle regole della successione *mortis causa*.

Ne deriva che una eventuale disposizione testamentaria di segno opposto non possa superare il divieto di legge<sup>42</sup>.

Una terza tesi sostiene<sup>43</sup>, poi, che il gamete umano non sarebbe assimilabile ad una qualsiasi altra *res*, senza tenere conto delle sue peculiarità e dello speciale statuto giuridico. In particolare, pur condividendo la qualificazione giuridica dei gameti come beni *extra commercium*, allo stesso tempo ne valorizza il legame con il corpo dal quale derivano, pure dopo la separazione, “in quanto portatori di informazioni personali di carattere sanitario, biologico e genetico, riferibili alla persona a cui appartengono” e “capaci di generare una nuova vita avente uno stretto legame biologico con tale persona”. Ne conseguirebbe che il diritto di proprietà sul corpo e sulle parti staccate perderebbe una parte delle sue caratteristiche tipiche di illimitata disponibilità e trasmissibilità ed acquisterebbe una dimensione di inviolabilità, attraverso la centralità del consenso informato dell'avente diritto e la sua revocabilità sostanzialmente illimitata. Pertanto, i gameti non potrebbero trasmettersi sulla base dei meccanismi tipici del diritto successorio, come nella successione legittima, nella quale si prescinde totalmente dalla volontà del *de cuius*, in contrasto con l'essenzialità del consenso informato.

Il defunto manterrebbe, però, la facoltà di disporre liberamente e, quindi, anche *mortis causa*, purché mediante un'espressa manifestazione di volontà che integri gli estremi di una revoca del consenso informato precedentemente espresso, con il quale era stata autorizzata la distruzione in caso di decesso.

Secondo tale ultimo orientamento sarebbe irrilevante il possibile futuro uso che il soggetto designato potrebbe fare del materiale biologico, atteso che i divieti posti dall'ordinamento potranno assumere rilievo se e quando la parte vorrà servirsi dei gameti a fini riproduttivi.

Ne consegue che, a fronte di una richiesta di condotta neutra – quale la mera consegna degli spermatozoi crioconservati – in forza di un atto di ultima volontà del *de cuius*, non si potrebbe indagare l'utilizzo che il soggetto beneficiario farà

---

<sup>42</sup> Tribunale di Roma, ord. 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 692.

<sup>43</sup> Tribunale di Roma, ord. 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1952.

di tali gameti, essendo questo irrilevante ai fini della validità dell'atto negoziale.

La decisione del Tribunale di Modena del 2020, invece, si concentra, principalmente, sull'individuazione dello statuto giuridico dei campioni biologici e dei gameti umani, valorizzandone l'indissolubile relazione con il soggetto da cui provengono, in quanto estrinsecano il suo patrimonio genetico mantenendo, così, "una dimensione identitaria ed informativa".

Dalla normativa in materia di trapianti, trasfusioni, sperimentazione e P.M.A. si può osservare come l'intero sistema sia ispirato al principio del consenso informato, il quale assume un ruolo fondamentale in tutti gli atti dispositivi che riguardano l'identità personale del soggetto e costituisce un "principio fondamentale in materia di tutela della salute".

Poiché il consenso dell'interessato è necessario per chiedere la crioconservazione, parimenti sarebbe necessario per mantenerla, mutarla e farla cessare e per compiere – nei limiti previsti dalla legge – atti dispositivi.

Inoltre, dovrebbe tenersi conto che il regime di circolazione dei campioni biologici è ispirato al principio di finalità, per il quale il consenso che ne legittima l'utilizzo e la disposizione dispiega efficacia limitatamente all'utilizzo del quale il soggetto sia stato reso edotto e per il quale abbia espresso la propria autorizzazione. Proprio in ragione dell'esistenza dei menzionati principi, il quadro normativo in materia di campioni biologici sarebbe caratterizzato dall'adozione di procedure che impongono requisiti di forma, autorizzazioni preventive ed un controllo dell'autorità giudiziaria o di altri organi tecnici, con il fine di dare pubblica garanzia alla tutela di beni rilevanti (come la salute) o di accertare la presenza di tutte le condizioni richieste dalla legge, compresa la libertà e la spontaneità della determinazione volitiva.

La decisione del Tribunale di Modena, quindi, alla luce dei citati principi informativi della materia, ha escluso la trasferibilità *mortis causa* dei gameti crioconservati agli eredi in forza delle norme in materia di successione legittima, in assenza di testamento. Inoltre, qualora sussista un testamento contenente un consenso consapevole, ha precisato che il principio di finalità imporrebbe, comunque, di valutare la ragione per la quale il consenso, libero e consapevole, è stato espresso. Ciò perché il consenso informato prestato dall'interessato non è un mero consenso all'atto traslativo, ma, altresì, alla destinazione dei gameti e, in quanto tale, ne legittima uno specifico utilizzo in conformità alle norme imperative in materia. Il principio di finalità rappresenterebbe, allora, un limite all'autonomia privata ed alle norme codicistiche in materia di proprietà e successioni, in quanto la finalità del trasferimento conforma il potere dispositivo e di godimento.

Ne consegue che, nel caso di gameti crioconservati nell'ambito di una procedura di P.M.A., il consenso espresso a fini procreativi non consentirebbe la consegna dei campioni dopo il decesso, atteso che il fine della procreazione non

è più configurabile dopo la morte dell'interessato, stante il divieto normativo di fecondazione *post mortem* posto dall'articolo 5 della legge n. 40 del 2004.

La sentenza del Tribunale di Modena esclude, altresì, che il soggetto designato possa comunque ottenere il campione per farne un diverso utilizzo (come destinare i gameti alla ricerca, o quale ricordo del defunto *et similia*), pur se lecito, in assenza di un ulteriore e specifico consenso da parte dell'interessato, trattandosi di fini diversi da quelli per i quali i gameti sono stati crioconservati.

### 13. Le questioni ancora aperte

Il dibattito relativo alla procreazione assistita è concentrato, al momento, sulle conseguenze della formazione dell'embrione dopo il decesso del padre e prima dell'impianto nella madre.

Le conclusioni espresse, almeno dalla Corte di cassazione, danno massima importanza alla volontà del genitore, che è considerata elemento fondante del rapporto con il nato, a prescindere dal dato genetico.

Viene da chiedersi, quindi, se dette conclusioni non possano trovare applicazione pure nei casi summenzionati, oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza, i quali concernono, con riferimento alla P.M.A., il figlio:

- di coppia anziana;
- di coppia dello stesso sesso;
- di coppia di minorenni;
- di persona singola.
- di soggetto fertile;
- di madre surrogata.

In generale, è lecito domandarsi se la soluzione della S.C. sia lo strumento da adottare per la difesa dell'interesse del minore che sia nato da una fecondazione avvenuta *contra legem*.

Inoltre, tutta la giurisprudenza citata in tema di impianto dell'embrione induce a porsi la questione se il detto embrione abbia, ormai, un chiaro stato giuridico riconosciuto, non essendosi mai concluso il dibattito se si tratti già di una persona, di un soggetto di diritto o di qualcos'altro.

Ulteriore profilo riguarda la problematica degli embrioni in stato di abbandono e la possibilità della loro adozione da parte di altre coppie o di singoli<sup>44</sup>.

In effetti, è singolare un sistema, come quello vigente, che, inevitabilmente, favorisce la produzione di embrioni per, poi, ostacolarne la distruzione, con l'ef-

<sup>44</sup> In *Foro it.*, 2019, I, 1448.

fetto, pratico, che tali embrioni sono spesso destinati ad essere conservati per lungo tempo, quando non *sine die*.

Pertanto, una normativa che permettesse, dopo un certo tempo e nel rispetto della volontà dei genitori naturali, di autorizzare soggetti terzi ad utilizzarli potrebbe essere valutata positivamente.

Ci si è chiesti, poi, se l'ultima pronuncia della S.C. non possa giustificare, alla fine, il riconoscimento del diritto della donna a proseguire la fecondazione assistita, in caso di decesso del marito, e prima della formazione dell'embrione anche in Italia, alla luce, peraltro, della circostanza che il trattamento sanzionatorio (solo amministrativo) comminato in ipotesi di violazione del divieto di procreazione *post mortem* è meno gravoso di quello previsto per la violazione di altri divieti (ad esempio, la maternità surrogata).

Un aspetto che è stato evidenziato in dottrina, inoltre, attiene al fatto che la decisione n. 13000 del 2019 della S.C. non potrebbe forse applicarsi nell'eventualità che la coppia che si è sottoposta alla P.M.A. non sia coniugata. Ciò perché, in materia di filiazione extraconiugale, la regola generale è quella che richiede, per l'attribuzione dello stato di figlio, il riconoscimento ex art. 250 c.c.

L'unica soluzione è affermare l'efficacia anticipatoria del riconoscimento del consenso alla P.M.A.<sup>45</sup>.

Al contrario, l'attribuzione *ex lege* dello stato di figlio nato fuori dal matrimonio in seguito a P.M.A. potrebbe realizzare una discriminazione in danno dei figli non matrimoniali nati da procreazione naturale, per i quali il ricorso all'art. 250 c.c. resta imprescindibile.

Ulteriore problematica di non poco conto attiene alla prova della volontà del defunto.

La Corte di cassazione del 2019, infatti, precisa che, per l'indicazione della paternità, in una fattispecie come quella portata alla sua attenzione, devono constare all'ufficiale dello stato civile, oltre alla dimostrazione delle circostanze dianzi menzionate, due fatti ulteriori, ovvero il consenso del marito all'impiego del proprio seme anche con riferimento al tempo successivo alla sua dipartita e la mancata revoca, sino al decesso, di quello stesso consenso.

L'affermazione della necessità che ricorrano tali due elementi aggiuntivi, oltre ad esporsi a qualche considerazione critica, rende poco agevole l'applicazione pratica, da parte degli operatori del servizio dello stato civile, della complessiva *regula iuris* affidata al principio di diritto rivolto al giudice del rinvio.

In primo luogo, quanto alla mancata revoca del consenso da parte del marito,

---

<sup>45</sup> D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*, in *Fam. e dir.*, 2020, 1, 44 ss.

si osserva che questa, se avvenuta, impedirebbe di registrarne la paternità o, se ciò fosse comunque avvenuto, consentirebbe di agire per il “disconoscimento” sulla base, appunto, dell’assenza di consenso<sup>46</sup>.

Questa soluzione è il corollario dell’idea per cui è la volontà il fondamento del legame di filiazione.

Pertanto, in caso di P.M.A. eseguita in difetto ovvero proseguita dopo la revoca, ex art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, del consenso stesso, non si potrebbe stabilire la paternità del nato nei confronti dell’uomo (convivente o marito della donna).

Questa tesi, tuttavia, appare estremamente penalizzante per la posizione del nato, segnatamente nell’ambito di una fecondazione omologa, avendo questi un legame di carattere genetico con l’uomo cui pertengono i gameti e tenuto conto, peraltro, del fatto che negare al figlio il diritto di agire per ottenere (o, se l’atto di nascita si fosse già formato con l’indicazione della paternità, quello di mantenere) uno *status filiationis* conforme alla verità biologica equivarrebbe a lasciare il medesimo privo, in assoluto, della possibilità di avere una figura paterna.

Quale che sia la risposta che si ritenga di dare alla questione, preme sottolineare come sia estremamente difficile per l’ufficiale di stato civile indagare sulla circostanza che il consenso è stato mantenuto fermo sino all’ultimo momento in cui poteva essere validamente revocato, ovvero, secondo la legge italiana, quello della fecondazione dell’ovulo (art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004), trattandosi di un fatto negativo e, inoltre, poiché la revoca potrebbe avvenire anche in forma non scritta.

Pure con riferimento all’affermata necessità che il marito abbia espressamente autorizzato l’uso del proprio seme per il tempo successivo alla morte sono state formulate alcune osservazioni critiche.

Occorre chiedersi, allora, se dall’eventuale assenza di una autorizzazione esplicita si debba giungere alla soluzione deducibile, a contrario, dalla pronuncia della S.C., ovvero se il sopraggiungere della morte (senza che il defunto si sia espresso sul punto) possa equipararsi *quoad effectum* – secondo una valutazione legal-tipica, non suscettibile di essere disattesa in concreto – ad un atto di ritrat-tazione dell’originaria volontà.

Non è dubbio che richiedere un’estensione, quale quella in discussione, del contenuto del consenso presenta il pregio di evitare che il prelievo e l’uso del seme avvengano – in assoluto – contro la volontà del defunto (come nel caso emblematico dell’asportazione non autorizzata del seme dal cadavere).

---

<sup>46</sup> D.M. LOCATELLO, *L’attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*, in *Corr. giur.*, 2020, 6, 764 ss.



Per rimanere, però, nello stesso solco volontaristico della decisione di legittimità in esame, non si comprende su quale base si possa sancire in termini generali che un certo soggetto abbia voluto limitare al tempo della propria vita l'applicazione delle tecniche *de quibus*, qualora l'iniziale volontà procreativa non sia mai stata ritrattata e per qualsiasi ragione le pratiche siano proseguite ad onta dell'evento morte (ad esempio, perché la struttura sanitaria ne era all'oscuro).

Tanto più se si considera che la legge ha inteso dare rilievo pure ad un consenso manifestato per atti concludenti (art. 9, della legge n. 40 del 2004) e che, quindi, non sembra eccessiva la possibilità di dare ingresso, onde risolvere nella situazione concreta il problema, ad un giudizio di concludenza in ordine al significato da attribuire al contegno tenuto dall'interessato anteriormente al decesso.

Sotto il diverso profilo della documentazione dello status, poi, richiedere all'ufficiale di stato civile di appurare la sussistenza del consenso del defunto solleva ulteriori, delicati interrogativi che la pronuncia in epigrafe non vale a risolvere compiutamente. Segnatamente, viene spontaneo ed immediato domandarsi quale forma debba rivestire detto consenso e, allora, se sia necessario un atto pubblico oppure se sia sufficiente una, qualsiasi, scrittura privata proveniente dal defunto o, ancora, in assenza di un'evidenza documentale, se possano considerarsi prove idonee della volontà del defunto le dichiarazioni rese dai suoi familiari<sup>47</sup>.

Ulteriore aspetto che ha destato perplessità in dottrina attiene alla definizione dell'oggetto del giudizio di rettificazione.

Infatti, secondo Cass. n. 13000 del 2019, il *thema decidendum* di detto giudizio non è tanto il diritto ad una documentazione che corrisponda alla situazione reale, quanto la realtà generativa del nato; da ciò deriva l'estrema difficoltà di distinguere la procedura in esame dal comune giudizio di stato<sup>48</sup>.

#### 14. Considerazioni finali

La tutela delle nuove forme di genitorialità, che seguono all'evoluzione scientifico-tecnologica (in primo luogo, la procreazione medicalmente assistita o P.M.A.) e all'evoluzione dei costumi, è al centro della decisione della Corte di cassazione n. 13000 del 2019, la quale prende atto che il panorama attuale della genitorialità è percorso sempre più «dalla scomposizione del processo generativo».

---

<sup>47</sup> D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*, in *Corr. giur.*, 2020, 6, 766.

<sup>48</sup> D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*, in *Corr. giur.*, 2020, 6, 769-770.

Da qui il riconoscimento del consenso come fondamento della genitorialità da P.M.A., costituente ormai un sistema normativo, quanto all'attribuzione dello status, autonomo e alternativo rispetto alla genitorialità «tradizionale», biologica.

Questa pronuncia è espressione di un movimento molto più vasto, che si ricollega pure al concetto di genitorialità “sociale”, anche omosessuale.

Così, l'esistenza di un progetto di famiglia, anche se poi non attuato o fallito, può giustificare, all'esito di un giudizio di separazione, l'affidamento del figlio non alla madre biologica, ma all'altro genitore, solo “sociale”, come deciso da Tribunale Como, 18 aprile 2019.

In quest'ultimo caso, la moglie aveva rivelato che la figlia era nata da una relazione adulterina ed aveva ottenuto il disconoscimento della paternità con sentenza passata in giudicato.

Il marito, quindi, non era il padre della minore, che, in astratto, doveva essere affidata alla sola moglie, unico genitore noto. Peraltro, durante il processo era emerso che la madre era inadeguata ad occuparsi della bambina, con la conseguenza che essa è stata affidata ai servizi sociali e collocata presso l'uomo.

Ciò perché fra l'uomo e la minore si era ormai instaurato uno stretto legame.

Ecco che, quindi, il rapporto affettivo, unito alla volontà di portare avanti un progetto di famiglia (benché fallito), è stato *ritenuto* sufficiente a giustificare la tutela della paternità c.d. “affettiva”.

Peraltro, la decisione n. 13000 del 2019 della Corte di cassazione si pone forse in potenziale contrasto con quella n. 12193 del 2019 della stessa Corte di cassazione, resa a Sezioni Unite, con la quale è stato affermato che il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero, mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore “intenzionale” munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983.

Restano, così, dei limiti, quanto allo status, per i figli nati da pratiche di maternità surrogata all'estero, ma la decisione della Corte di cassazione n. 12193 del 2019 ha, perlomeno, sancito la legittimità del ricorso, da parte del genitore “sociale”, all'adozione speciale, ex art. 44, comma 1, lett. d), legge adozioni n. 184 del 1983.

In questa ottica, con riguardo alla giurisprudenza di merito, può menzionarsi la pronuncia della Corte di appello di Napoli, 4 luglio 2018, per la quale l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), legge n. 184 del 1983, può essere disposta anche in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, concepito a mezzo di procreazione medicalmente assistita in quanto tale statuizione:

- a) non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando, ma solo l'impossibilità, anche di diritto, dell'affidamento preadottivo, sempre che, al riguardo, sussista in concreto l'interesse del minore, secondo quanto enunciato da Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, e Cass., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 9373;
- b) costituisce una forma di tutela minimale e inderogabile del minore stesso, consentendogli l'acquisizione di uno stabile status, pur se occorre al riguardo specifica domanda dell'adottante, e il consenso dell'altro genitore, in quanto il rapporto genitoriale, anche omosessuale, in caso di nascita da P.M.A., nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, trova fondamento nelle disposizioni della legge n. 40 del 2004 e, quindi, sul consenso irrevocabile espresso da entrambi i componenti della coppia;
- c) resta fermo che la responsabilità genitoriale, una volta disposta l'adozione, è esercitata sia dal genitore biologico che dall'adottante, alla stregua delle generali e inderogabili previsioni degli artt. 315 *bis* ss. c.c.

Rimane confermata, alla fine, la possibilità, riconosciuta dalla sentenza della Corte di cassazione n. 19599 del 2016, di dichiarare l'efficacia degli atti di nascita stranieri che indichino una doppia genitorialità omosessuale femminile, pure se solo una delle donne sia madre biologica del minore.

In questo senso va menzionata pure la decisione del Tribunale di Bologna, 6 luglio 2018, per il quale va disposta la rettifica dell'atto di nascita di un bambino, nato da P.M.A. eterologa, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa da due donne – nella specie, civilmente unite – con l'indicazione come genitori sia della madre biologica, che l'ha partorito, sia della partner di quest'ultima, che pure non ha con il nato alcun legame biologico – genetico, con attribuzione, inoltre, del doppio cognome di entrambe le donne.

Ne segue allora che – a fronte di una nascita da P.M.A. programmata da due persone dello stesso sesso, nell'ambito di un progetto di genitorialità condiviso (con assunzione *ab origine* della relativa responsabilità), entrambe vanno considerate genitori e, in tal senso, vanno interpretate le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile e ciò sia se la nascita è avvenuta in Italia sia se, comunque, si chieda di formare ex novo un atto di nascita nel nostro Paese (sembra questa la direzione seguita dalla recente Tribunale di Brescia, 11 novembre 2020).

Si ha, allora, una tutela parziale dell'omogenitorialità, sostanzialmente con il limite del divieto di maternità surrogata, la quale è protetta riconoscendo al genitore "intenzionale" di avvalersi dell'adozione ex art. 44 della legge n. 184 del 1983.

Detta adozione va inquadrata, quindi, fra gli strumenti di tutela dei minori nati da P.M.A., conformemente ad un progetto di genitorialità condivisa dagli adulti di riferimento (siano coniugati o meno, omosessuali o meno).

Essa, in presenza di un genitore "sociale", costituisce la forma minimale di tutela per il minore.

Sembra muoversi nella direzione della protezione massima dell'interesse del medesimo minore, con il solo limite del divieto di maternità surrogata, la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 9006 del 31 marzo 2021, per la quale *"Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione"*.

Le Sezioni Unite da ultimo menzionate evidenziano la differenza del caso trattato dalle ipotesi dello *status filiationis* connesso a pratiche di procreazione o di surrogazione, e, quindi, procedono alla delimitazione del concetto di ordine pubblico internazionale al fine di compiere la valutazione di compatibilità o meno ad esso degli effetti dell'atto in esame.

In particolare, ribadiscono che per ordine pubblico internazionale deve intendersi quell'insieme di principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea e dalle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie che ne interpretano i valori.

Soprattutto, nella materia della filiazione, l'ordine pubblico è definito, per la pronuncia delle Sezioni Unite n. 9006 del 2021:

- 1) dall'autodeterminazione e dalle scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori;
- 2) dal preminente interesse del minore;
- 3) dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento, *in primis*, al diritto all'identità ed a crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico e relazionale, sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente;

4) dal principio solidaristico, che è alla base della genitorialità “sociale”.

Indubbiamente, l'eterosessualità della coppia rileva ancora all'interno del nostro ordinamento, ad esempio, in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, e, quindi, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti di rilievo nella materia in esame.

Tale limite, però, non costituisce, per le Sezioni Unite appena citate, principio di ordine pubblico internazionale, come si evince dalle pronunce n. 221 e n. 237 del 2019 e n. 230 del 2020 della Corte costituzionale, con le quali è stato escluso che l'esclusione delle coppie eterosessuali dall'accesso alla P.M.A. possa essere espressione di un valore fondante l'ordinamento, condiviso ed irrinunciabile, risultando, invece, il frutto di una scelta di politica legislativa contingente, contestualizzata e dunque modificabile, in quanto ancorata ad un quadro di riferimento storico e ad opzioni culturali ( e conseguentemente giuridiche) legittime, ma non universalmente condivise.

Peraltro, non può non tenersi conto pure di quanto affermato dalle recenti decisioni della I sezione della Corte di cassazione, n. 7668 del 3 aprile 2020, per la quale non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre “intenzionale” accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestatato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva, e n. 8029 del 22 aprile 2020, per cui, nel caso di minore concepito mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nato all'estero, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre del bambino, accanto a quella che l'ha partorito, anche della donna a costei legata in unione civile, poiché in contrasto con l'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto.

Tali ultime pronunce sembrano particolarmente rispettose dell'impostazione di base seguita dalle menzionate Sezioni Unite n. 12193 del 2019, le quali hanno prospettato un concetto di ordine pubblico non più circoscritto “ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale”, comuni anche ad altri ordinamenti, ma esteso anche a quelle norme che sono esercizio di discrezionalità legislativa, “che pur non trovando in essa [Costituzione] collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione

si traduce in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell'intero assetto ordinamentale”, con la conseguenza, quindi, di giungere a considerare la legge n. 40 del 2004, ed i divieti ivi contenuti, una legge “costituzionalmente necessaria”.

Non può contestarsi che, ad esempio, la decisione della Corte di cassazione n. 8029 del 22 aprile 2020 neghi esplicitamente che possano trovare applicazione, nel caso al suo esame, i principi espressi da Cass., SU, n. 12193 del 2019, non venendo in questione un atto di nascita formato all'estero, ma una vicenda esclusivamente nazionale.

Peraltro, neppure può disconoscersi che *la ratio* della pronuncia n. 12193 del 2019 consista nel valorizzare, ai fini dell'applicazione della clausola dell'ordine pubblico internazionale, il contrasto con la normativa interna della condotta tenuta all'estero.

Nella situazione decisa dalla pronuncia della Corte di cassazione n. 13000 del 2019 la tecnica utilizzata era vietata dalla legge n. 40 del 2004 e la principale differenza di fondo, rispetto alle vicende affrontate nel 2020, sembrerebbe il fatto che, nel primo giudizio, i genitori della bambina, un uomo ed una donna, erano stati uniti in matrimonio prima della formazione dell'embrione mentre, nei procedimenti successivi, gli adulti interessati erano dello stesso sesso ed erano parti di una unione civile.

Sembra potersi affermare, quindi, come minimo, che il più recente orientamento di legittimità non consentirebbe di estendere il *decisum* di Cass., n. 13000 del 2019, ai casi di fecondazione eterologa che vedano coinvolte coppie del medesimo sesso (ovviamente, con riguardo ad atti di nascita di formazione italiana).

La presenza di un potenziale conflitto di impostazioni all'interno della S.C. sembra valorizzato dall'ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020, per la quale «Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, degli artt. 18, d.P.R. n. 396/2000, 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con la modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore dell'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 CEDU, 2, 3, 7, 9, 18 Convenzione ONU di New York, sui diritti dei fanciulli 20 novembre 1989, ratificata con l. n. 176/1991, art. 24, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea».

Al riguardo, si rileva che la Corte costituzionale, con decisione n. 230 del 4 novembre 2020, ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Venezia con riferimento “all'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone

dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176".

Tale questione concerneva un giudizio per rettifica di atto di nascita – proposto da due donne, le quali, premesso di essere unite civilmente e di avere, una di esse con il consenso dell'altra, avviato (all'estero) pratica di fecondazione medicalmente assistita dalla quale era nato un bambino, chiedevano dichiararsi l'illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla loro richiesta congiunta di indicare il minore come figlio di entrambe e non della sola partoriente.

Nel decidere nel modo soprariportato, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 30 Cost. «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» e «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] non implica che [...] possa esplicarsi senza limiti».

Ciò perché tale libertà deve essere bilanciata «con altri interessi costituzionalmente protetti: [...] particolarmente quando si discute della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico».

Quanto, poi, al prospettato *vulnus* all'art. 3 Cost., è pur vero che la giurisprudenza, anche di legittimità (Corte di cassazione, sentenze n. 14878 del 2017 e n. 19599 del 2016), ammette il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di “due madri”, ma, come è stato già rilevato, «[l]a circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia».

Né diversamente rilevano, infine, le richiamate fonti europee, poiché sia la Carta di Nizza sia la CEDU, in materia di famiglia, rinviano in modo esplicito alle singole legislazioni nazionali e al rispetto dei principi ivi affermati.

Nello stesso senso la Corte EDU ha recentemente chiarito che gli Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata: l'adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione, purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell'interesse superiore del minore (grande camera, parere 10 aprile 2019).

Neanche può prospettarsi un'offesa all'interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne civilmente unite abbia (sia pure in violazione del divieto sub art. 5 della legge n. 40 del 2004), con il consenso dell'altra, portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 4 maggio 1983 (Diritto del minore ad una famiglia). In questa chiave, «si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, n. 12962 del 22 giugno 2016)».

Sempre la Corte costituzionale, con sentenza n. 33 del 9 marzo 2021, in risposta alla summenzionata ordinanza di rimessione della Corte di cassazione del 29 aprile 2021, ha dichiarato inammissibile la relativa questione, affermando che “Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”.



In questa ottica va letta pure la coeva sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dal Tribunale di Padova, con riferimento agli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e dell'art. 250 del codice civile.

La Corte ha affermato che spetta prioritariamente al legislatore individuare il “ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana” per fornire, in maniera organica, adeguata tutela ai diritti del minore “alla cura, all’educazione, all’istruzione, al mantenimento, alla successione e, più in generale, alla continuità e al conforto di abitudini condivise”, evitando di generare disarmonie nel sistema.

Il Tribunale di Padova aveva denunciato la presenza di un vuoto di tutela, poiché le norme citate non consentivano ai nati da un progetto condiviso di P.M.A., praticata all’estero da due donne, l’attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche alla madre “intenzionale”, quando non vi siano le condizioni per procedere all’“adozione in casi particolari” e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore.

Nella vicenda all’esame dei giudici veneti, infatti, a seguito di una situazione conflittuale creatasi nella coppia dopo anni di convivenza e di cura congiunta di due bambine nate in Italia, alla madre “intenzionale” era stato precluso l’esercizio della responsabilità genitoriale, nonostante i tentativi di ristabilire un normale rapporto affettivo con le stesse.

Il vuoto di tutela avrebbe potuto essere colmato, ad avviso del giudice rimettente, solo nel modo dallo stesso indicato, estendendo altresì ai nati nell’ambito di un progetto di P.M.A., praticata da una coppia di donne, quel che già le disposizioni censurate garantiscono agli altri nati da fecondazione assistita, ossia l’attribuzione dello status di figlio e il riconoscimento della responsabilità genitoriale di ambedue i genitori, che siano tali per avere preso parte ed avere consentito in condivisione al progetto di procreazione, quando sia accertato l’interesse del minore.

Ciò in considerazione dei limiti specifici derivanti dalla disciplina dell’adozione in casi particolari, per cui è necessario l’assenso dei genitori biologici dell’adottando, perché l’adottante – che abbia instaurato un rapporto di coniugio o di convivenza con il genitore biologico – è soggetto terzo che tipicamente subentra in una fase successiva al concepimento e alla nascita. Nel caso di conflittualità, l’impossibilità di superare il dissenso del genitore biologico, ai sensi dell’art. 46 della legge sull’adozione, rivelerebbe la necessità di applicare direttamente la disciplina generale di costituzione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio, unico strumento di tutela dell’interesse del minore.

Nella controversia in questione era emersa, quindi, proprio la questione della valorizzazione della genitorialità “sociale”, se non coincidente con quella biologica, poiché il dato genetico non sarebbe stato requisito imprescindibile della famiglia.

La Corte costituzionale ha indicato, comunque, in via esemplificativa, gli ambiti entro cui potrebbe svolgersi l'intervento del legislatore per assicurare adeguata tutela ai minori, quali la riscrittura delle previsioni sullo *status filiationis* o una nuova tipologia di adozione che garantisca tempestivamente la pienezza dei diritti dei nati.

Viene da chiedersi, però, alla luce delle caratteristiche del caso affrontato, se davvero qualunque progetto di genitorialità, persino se non accompagnato da una istituzionalizzazione della relazione di coppia fra i genitori e ormai chiaramente fallito, meriti una effettiva tutela.

Infatti, nella vicenda appena descritta, viene dato quasi per scontato che sia interesse del minore avere rapporti con entrambi i membri della coppia (qui composta da due donne) esistente al momento della nascita, senza valutare se detto interesse sia davvero protetto coinvolgendo il menzionato minore in una situazione di crisi irreversibile della medesima coppia.

In particolare, è lecito domandarsi cosa potrebbe accadere se, in seguito, uno dei genitori *de quibus* instaurasse una relazione solida con un'altra persona (dello stesso o di diverso sesso) e il minore sviluppasse un forte legame con quest'ultima.

Non sarebbe ancora interesse del minore vedere reso ufficiale, ad esempio tramite adozione, tale nuovo ulteriore legame? Non rappresenterebbe quello costruito in precedenza con il genitore “sociale” un ingiusto ostacolo a siffatta relazione successiva?

I dubbi prospettati, comunque, non sembrano risolvibili perché conseguenza della necessità per la magistratura, nell'inerzia del legislatore, di realizzare un difficile bilanciamento tra i tanti interessi in gioco, al fine di riconoscere una tutela, e una disciplina, a situazioni familiari e personali di emersione recente.



## Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)

SOMMARIO: 1. Quale ruolo per le legge nel diritto di famiglia? – 2. L'interesse del minore e la rilevanza del *case law*. – 3. Un confronto tra formanti. – 4. Appunti per le conclusioni.

### 1. Quale ruolo per le legge nel diritto di famiglia?

Vorrei partire dalla bella riflessione di Alberto Benedetti, il quale, in un recente dibattito a più voci sul futuro del diritto di famiglia<sup>1</sup>, ha messo in dubbio l'opportunità di ulteriori riforme legislative, invocando la centralità del ruolo della magistratura<sup>2</sup>.

Il ruolo del formante legale, secondo Benedetti, è posto in crisi dalla sopravvenuta centralità dell'interesse individuale, che in materia familiare connota il rapporto tra ordinamento e società: i fenomeni della vita affettiva tendono, infatti, ad autoregolarsi, attratti dal modello dell'autonomia privata, intesa “*nella sua dimensione più pura di libertà*”. Il giudice, in questa prospettiva, è considerato “*l'unico fattore di ordine in un contesto difficile e complesso*”, al quale si richiede di valorizzare, accanto al valore della libertà, quella dimensione altruistica senza la quale verrebbe meno il senso del diritto di famiglia.

Non è una novità che il diritto di famiglia sia scosso e forse travolto dall'emersione della visione individualistica dei rapporti affettivi, come già denunciato dalla dottrina più sensibile. Il tentativo che emerge con forza dal pensiero di Benedetti è di imbrigliare il soggettivismo che rende frammentaria la nostra società, utilizzando lo strumento più duttile con il quale si può esprimere l'ordinante, individuato nel potere regolativo della giurisprudenza. La proposta di Benedetti deve essere inserita, pertanto, in quel dialogo serrato, sul quale è impegnata

---

<sup>1</sup> Dibattito raccolto nel volume *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di U. SALANITRO, Pacini, Pisa, 2020.

<sup>2</sup> A. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 403 ss. e in *DSF*, 2020, 393 ss.

illustre dottrina, che ha quale oggetto la rilevanza dei formanti e che segna, in una visione più ampia, l'ennesimo momento di crisi del positivismo e del potere legislativo<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, le domande possono essere articolate in modo da ricondurle al dibattito corrente. È ragionevole mantenere un ruolo predominante al formante legislativo sul diritto di famiglia nell'attuale momento storico, caratterizzato da una società che non è soltanto portatrice di valori plurali, ma che appare frammentata e caratterizzata da un ruolo dominante del soggettivismo individualista? Non sarebbe auspicabile promuovere un maggiore protagonismo del formante giurisprudenziale, quale organo tecnico volto a mediare e a bilanciare i diversi interessi, non più classificabili *a priori* secondo il modello fattispecie\disciplina, ma da articolare di volta in volta in considerazione del concreto conflitto di interessi?

La lettura di Benedetti, tuttavia, non intende lasciare libero il formante giurisprudenziale di pervenire alla soluzione più adatta, perché si prefigge di limitarne l'autonomia, vincolando il giudice ai valori solidaristici costituzionali. In questo senso non sarebbe in contrasto con la proposta di Benedetti mantenere al formante legislativo un ruolo di indirizzo, secondo una legislazione per principi e per clausole generali, che troverebbe già nel dettato costituzionale la sua matrice e il suo orizzonte di senso, da collocare nel bivio tra solidarietà e individualismo<sup>4</sup>.

La questione è stata sollevata, tuttavia, e va perciò assunta, nella sua portata specialistica: ossia chiedersi se ci siano ragioni particolari per sostenere che proprio il diritto di famiglia sia caratterizzato dalla necessità di un potenziamento del ruolo del formante giudiziale<sup>5</sup>. Ruolo di formante della giurisprudenza che è certamente condivisibile, perché risponde al modello che è considerato corretto sul piano normativo, già per ampie aree del diritto di famiglia, con particolare riguardo al controllo dell'esercizio della responsabilità genitoriale e alle questioni legate all'affidamento dei minori, dove occorre un bilanciamento in concreto.

---

<sup>3</sup> Per un'esposizione equilibrata si veda: M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *ODC*, 2018, 2, 30 ss., dove ampi rinvii al dibattito dottrinale.

<sup>4</sup> Si può dubitare, pertanto, che la posizione di Benedetti debba essere assimilata a quella di chi ritiene che il formante giurisprudenziale, attraverso il principio di ragionevolezza, sia interprete diretto dei principi di giustizia condivisi dalla collettività e, conseguentemente, dei criteri valutativi dei destinatari della decisione, secondo la tesi sostenuta, tra gli altri, da N. Lipari, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 489 ss.

<sup>5</sup> Al riguardo, nell'ottica che stiamo esaminando, non può prescindere da molte delle considerazioni contenute nella riflessione di N. Lipari, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.

Mi chiedo tuttavia se il modello possa o debba avere una portata pervasiva ed essere risolutivo anche nell'intera materia del diritto di famiglia e perciò anche in quegli altri ambiti, in cui le scelte giudiziali non attengono soltanto alla gestione di rapporti, proponendo soluzioni valide *rebus sic stantibus*, ma intervengono per la definizione di conflitti che investono assetti non solo personali, ma anche patrimoniali, e la cui soluzione è suscettibile di stabilizzarsi nel tempo, con autorità di giudicato, coinvolgendo direttamente anche interessi e aspettative di terzi. Mi riferisco, in primo luogo, alle regole sull'acquisizione e sulla perdita degli *status* (intesi in senso ampio: parentele, affinità, *partnership*, filiazioni), dove si sono registrati i più intensi movimenti del formante legislativo e in cui si avvertono maggiormente le pressioni divergenti dell'opinione pubblica.

## 2. L'interesse del minore e la rilevanza del *case law*

Al riguardo, nell'attuale momento storico, la tensione tra potere giudiziale e potere legislativo emerge in particolare nella valutazione dell'interesse del minore, il quale deve essere assunto in tutte le controversie che lo riguardano, secondo il canone di prevalenza sancito dalla Convenzione di New York.

L'interesse del minore, in effetti, non è stato preso in considerazione soltanto quale criterio per deciderne l'affidamento in caso di crisi familiare, né per valutare in concreto l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma ha anche tradizionalmente rivestito un ruolo importante nei giudizi di stato<sup>6</sup>. In tal senso, le esigenze del minore sono state prese in considerazione ogni qualvolta occorre decidere in concreto se proporre in nome del minore un'azione giudiziale in materia di stato (ad es. nelle procedure ex artt. 244, 264, 273 c.c.). In questi casi, non potendo essere rimessa al minore la valutazione dell'interesse, deve essere affidata agli organi competenti in sede di nomina del curatore: ma la valutazione si riferisce alla fase, esterna al processo, in cui si deve decidere se promuovere un giudizio o resistere all'azione altrui. L'interesse del minore non incide quindi sul risultato del giudizio, come invece avviene in altri casi in cui costituisce il parametro per decidere il conflitto tra le posizioni di soggetti terzi, diversi dal minore: situazione che ricorre quando la legge sottopone a cautele la costituzione del rapporto (riconoscimento

---

<sup>6</sup> Come dimostrano le belle relazioni di L. Lenti, *La costituzione del rapporto di stato e l'interesse del minore*, e di M. Mantovani, *Azioni di stato e l'interesse del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, Pacini, Pisa, 2019, 347 ss., 373 ss.; e si aggiunga ora M. Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, *passim*.

della filiazione incestuosa, opposizione dell'altro genitore), non potendone stabilire *a priori* la positività.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, sembra spingere oltre la rilevanza del potere assegnato all'organo giudiziale, aderendo all'idea per cui, ogni qualvolta il giudizio coinvolga il minore, bisogna valutare in concreto il suo interesse al fine di risolvere il conflitto, anche in quelle fattispecie in cui il bilanciamento sia già stato considerato in astratto dal legislatore<sup>7</sup>.

Si può tuttavia dubitare della persuasività di tale lettura. In realtà, l'orientamento giurisprudenziale richiamato, che ha trovato anche condivisione nella Corte costituzionale, si limita ad attribuire direttamente a chi decide nel giudizio di stato – e non al giudice della volontaria giurisdizione che ha nominato il curatore – la valutazione della persistenza dell'interesse del minore a coltivare (o per resistere al) l'azione per l'acquisizione o la perdita dello *status*<sup>8</sup>. La valutazione in concreto dell'interesse del minore, in questa prospettiva, avrebbe il ruolo limitato di consentire al giudice di respingere le domande o le eccezioni formulate dal minore, ancorché astrattamente meritevoli di accoglimento, perché poste o perseguite dal curatore in contrasto con l'interesse concreto dello stesso minore.

Non sembra perciò che dall'accoglimento di siffatto orientamento giurisprudenziale consegua l'affermazione di un ruolo preminente del giudice nelle azioni di stato, volto a sottoporre tutti i processi in cui sia coinvolto un minore a una soluzione che corrisponda sempre alla valutazione in concreto del suo interesse<sup>9</sup>.

Né tale lettura è considerata in contrasto con il principio convenzionale. Innanzitutto, perché l'interesse del minore è stato valutato in astratto in sede

---

<sup>7</sup> In tal senso potrebbe leggersi Corte cost., 18 dicembre 2017 n. 272, in *Corr. giur.* 2018, 446 ss., con nota di Ferrando. La tesi della rilevanza in concreto dell'interesse del minore è ripresa dalla prima sezione della Cassazione nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale dell'interpretazione, fatta propria dalle Sezioni unite, secondo la quale contrasta con l'ordine pubblico internazionale il riconoscimento in Italia di un provvedimento amministrativo o giudiziale di riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali in caso di maternità surrogata: Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 902 ss., con nota di U. Salanitro.

<sup>8</sup> Mi sembra sia questo il senso che si possa attribuire alla giurisprudenza di legittimità, di cui si ricorda Cass., 24 febbraio 2020, n. 4791, in *Fam. e dir.*, 2020, 346 ss., con nota di F. Tommaseo; Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, e Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, entrambe in *Foro it.*, 2017, I, 119 ss., con nota di G. Casaburi.

<sup>9</sup> Andrebbe riconosciuto, piuttosto, un ruolo limitato alla valutazione giudiziale in tutti quei casi in cui la sussistenza di un legame sociale consolidato imponga, nell'interesse del minore, un percorso di formalizzazione del rapporto, restando poi da decidere se la scelta di tale rapporto debba essere rimessa al legislatore o lasciata alla discrezionalità giudiziaria: al momento l'indicazione della Corte costituzionale è nel senso che la decisione spetti al formante legislativo (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33).

legislativa, rendendo imprescrittibile il diritto del minore all'accertamento della verità e ponendo limiti temporali a iniziative altrui che attentassero alla stabilità di rapporti consolidati. In ogni caso, perché le azioni di stato difendono anche interessi patrimoniali, ad esempio di tipo successorio, che non sono intrinsecamente connessi con la minore età e per i quali si giustifica un bilanciamento più articolato rispetto a quello che potrebbe discendere dalla mera applicazione della convenzione internazionale<sup>10</sup>.

### 3. Un confronto tra formanti

Il formante legislativo è reputato inidoneo a risolvere in maniera appropriata i conflitti di un'organizzazione sociale caratterizzata da mutamenti troppo veloci e quasi inafferrabili, per cui – chiosa Benedetti – il legislatore o non arriva o arriva tardi; le soluzioni, inoltre, si rivelano spesso distanti dai bisogni della società (si portano ad esempio il regime legale della comunione, minato dal suo abbandono, o la disciplina del contratto di convivenza, disertata perché ritenuta poco appetibile) ovvero forniscono risposte troppo prudenti e suscettibili di superamento (si pone l'esempio delle unioni civili).

Per affrontare i dubbi sollevati da Alberto Benedetti, è necessario fare un passo indietro e chiedersi come sia strutturato, quantomeno in questo momento storico, il rapporto tra ordinante e società. È forte il dubbio che i difetti, imputati al legislatore, scontino un eccesso di fiducia nella giurisprudenza: per contro, mi sembra che emerga una costante nel modo con il quale i diversi formanti dell'ordinamento, legislativo e giudiziale (un discorso a parte vale, come vedremo, per il formante dottrinale), si siano rapportati a quelle esigenze, di natura familiare, che emergono (o che riemergono) e chiedano spazio nella società, ponendosi a volte in conflitto con gli assetti consolidati.

Non è possibile dare una risposta definitiva, anche per la frammentarietà degli studi sociologici e di storia della famiglia<sup>11</sup>. Si percepisce tuttavia che l'intervento normativo – che provenga dal legislatore o da un orientamento giurisprudenziale condiviso – tende a riconoscere e regolare gli interessi emergenti soltanto

---

<sup>10</sup> Per una disarticolazione dei criteri di soluzione dei conflitti nelle azioni di stato, si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Famiglia*, 2019, 525 ss.

<sup>11</sup> Per un tentativo in questa direzione, si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 13 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.; si veda ora il brillante *excursus* di M. Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss.



quando questi siano già consolidati nella società, ancorché minoritari. A differenza della dottrina che, in certe sue frange più sensibili, richiede tutela anche per interessi di nicchia o socialmente marginali, il legislatore e la giurisprudenza maggioritaria sembrano caratterizzare l'espressione del loro potere normativo al rispetto di quel frammento del dettato costituzionale per cui la famiglia è da tutelare perché "società naturale": frammento che, in questa prospettiva, è inteso nel senso che gli interessi familiari assumono rilevanza, sul piano della necessità di regolamentazione giuridica, nella misura in cui si siano preventivamente e spontaneamente consolidati nel contesto sociale. In questa sede, appare evidente, si utilizza il termine "società naturale" in un senso che può sembrare lontano da un certo pensiero giusnaturalista: si tratta tuttavia di un significato che, anche alla luce dei lavori preparatori, non sembra così diverso da quello condiviso in seno alla Costituente nel compromesso tra la componente laica e quella cattolica<sup>12</sup>.

Gli esempi sono molteplici. Le istanze dottrinali per riconoscere i rapporti di parentela ai figli nati fuori dal matrimonio risalgono almeno alla riforma del diritto di famiglia nel 1975; ma i nati fuori dal matrimonio sono stati registrati come numeri importanti soltanto con il censimento del 2010 e non deve quindi sorprendere che la giurisprudenza non abbia anticipato l'intervento del legislatore del 2012<sup>13</sup>. Le proposte di modifica degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in tema di assegno divorzile sono risalenti, ma hanno trovato accoglimento<sup>14</sup> soltanto quando il modello familiare di diversificazione dei ruoli, che si era imposto (o meglio reimposto) negli anni del dopo guerra e del boom economico, ha perso la sua pervasività e, di fronte alla pluralità degli equilibri coniugali, si è rivelata la necessità di attribuire al giudice un più ampio potere di adattare la regola al caso concreto<sup>15</sup>: non dobbiamo però dimenticare che la garanzia del mantenimento del tenore di vita per il coniuge più debole ha consentito storicamente di bilanciare la fuga convenzionale dal regime legale della

---

<sup>12</sup> Rilevanti sono le parti dei lavori preparatori riportate già da V. Barba, *Patti prematrimoniali in previsione della crisi familiare*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 212, nota 2.

<sup>13</sup> Si cfr. U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 18.

<sup>14</sup> Prima con la sentenza della prima sezione della Cassazione, 10 maggio 2017 n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, 2715 ss., con nota di M. Bianca, poi con la sentenza delle Sezioni Unite 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, I, 2018, 2673 ss., con note di G. Casaburi e di M. Bianca. Sulla decisione delle Sezioni Unite, spunti di interesse in P. Di Marzio, *Una conclusione, ovvero una introduzione?*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 424 ss.

<sup>15</sup> Così Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 30 s.; nello stesso senso Benanti, *Dal sistema alle riforme: l'assegno di divorzio*, e C. Rimini, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 65 ss., 77 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2020, 422 ss.

comunione dei beni e ha quindi offerto alla coppia un quadro ordinamentale in cui consentire scelte che, in quel contesto sociale, si sarebbero altrimenti rivelate fortemente squilibrato<sup>16</sup>.

È vero che ci sono stati interventi legislativi che si sono rivelati inadeguati. Non mi riferisco tanto alla scelta del regime legale della comunione, che in realtà è stato confermato da un numero sempre amplissimo di coppie<sup>17</sup>: anche perché, come spiega bene Andrea Zoppini in un intervento rimasto inedito, si tratta di una disciplina residuale, che impone a chi intende derogarla uno sforzo negoziale<sup>18</sup>. Né mi riferisco al contratto di convivenza, il cui insuccesso sociale si può spiegare alla luce della compressione che questo strumento regolativo subisce da un lato dalla presenza di istituti sempre meno vincolanti – quale è diventato il matrimonio dopo la riforma del divorzio breve o come sono state configurate le unioni civili – e dall'altro lato dalla scelta di libertà sottesa alla volontà della coppia convivente<sup>19</sup>.

L'esempio più evidente di regola incongrua è stato quello sulla procreazione assistita, disciplinato da una legge considerata frutto di scelte ideologiche oltranziste. Si può però dubitare che anche in questo caso la colpa non sia tanto del formante legislativo, che aveva predisposto le c.d. “passerelle” (silenzi, ambiguità) per consentire interpretazioni costituzionalmente orientate<sup>20</sup>, quanto piuttosto degli interpreti, fortemente polarizzati, che hanno accolto quasi all'unanimità le tesi più restrittive, gli uni per intestarsi una disciplina da cui aggredire gli assetti

<sup>16</sup> Il collegamento tra la disciplina dell'assegno divorzile e la derogabilità del regime patrimoniale della famiglia è segnalato, ancora di recente, da E. Quadri, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, da C. Benanti, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, e da T. Auletta, *Riforme ed evoluzioni del diritto di famiglia: riflessioni di un percorso di mezzo secolo*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 469 ss., 588 ss., 627 ss.

<sup>17</sup> Ma cfr. per una valutazione negativa, seppure in un'ottica propositiva di riforma, G. Oberto, *Attualità del regime legale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 491 ss.

<sup>18</sup> Ne ho dato conto in U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 31 s, testo e nota 73.

<sup>19</sup> Di grande interesse è la lettura di G. Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319 ss. (anche Id., *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189 ss.), per il quale la tipizzazione è strettamente funzionale all'opponibilità del regime nei confronti dei terzi e legittima indirettamente l'autonomia privata dei conviventi. Ma proprio sull'efficacia del regime dell'opponibilità si segnalano molti interventi critici: E. Quadri, *“Convivenze” e “contratto di convivenza”*, in *Jus civile*, 2017, 2, 106 ss.; G. Di Rosa, *I contratti di convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 694 ss.; G. Oberto, *Attualità del regime legale*, e M. Cavallaro, *Ratio e tipo nella convenzione matrimoniale e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 501 ss., 553 ss.

<sup>20</sup> È la prospettiva accolta nei miei scritti in argomento: da ultimo si consenta il rinvio a U. Salanitro, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.

normativi più liberali in tema di interruzione di gravidanza, gli altri per lamentarne l'incongruità e perorarne prima l'abrogazione referendaria e poi lo smantellamento da parte della Corte costituzionale<sup>21</sup>.

Proprio in tema di procreazione assistita, appare interessante illustrare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla costituzione del rapporto filiale in quei casi in cui l'accesso alle tecniche sarebbe vietato per la mancanza di requisiti soggettivi: mentre nel caso di procreazione *post mortem* la Cassazione ha accolto l'idea che, in caso di consenso del defunto, il rapporto si costituisca ugualmente, raccogliendo le sollecitazioni della dottrina<sup>22</sup>, nel caso della filiazione da coppia dello stesso sesso la costituzione del rapporto non è stata sinora ammessa<sup>23</sup> e si è preferito rimettere la questione alla Corte costituzionale, accettando il rischio di un successivo rinvio al legislatore<sup>24</sup>. Prospettiva analoga è stata seguita nel caso di filiazione da maternità surrogata solidale: anche qui la giurisprudenza ha tenuto ferma l'estensione analogica al partner del genitore genetico della disciplina dell'adozione in casi particolari<sup>25</sup>, adottando un modello di filiazione che non è stato considerato costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, la quale a sua volta ha auspicato l'intervento del legislatore<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Quest'ultima strategia, in larga misura vincente, è stata interpretata in modo esemplare, nei tanti interventi sul tema, da G. Ferrando, di cui si legga almeno: *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 165 ss.,

<sup>22</sup> Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, con nota di M. Faccioli, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282 ss.

<sup>23</sup> Si cfr., per le diverse posizioni, A. Nicolussi, *Paradigmi della filiazione*, e M. C. Venuti, *La genitorialità della coppia omoaffettiva*, entrambi in *Quale diritto di famiglia*, cit., 269 ss., 292 ss.

<sup>24</sup> La vicenda, sollevata dal Tribunale di Padova con riferimento a due donne che avevano avviato una esperienza genitoriale comune, interrotta dalla crisi del loro rapporto, ha avuto un epilogo nella sentenza della Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, con la quale la Corte ha lanciato un "forte monito" al legislatore per individuare una soluzione adeguata alla tutela del minore a mantenere il rapporto con entrambe le donne.

<sup>25</sup> Nel senso che si tratti di un'integrazione di lacuna sopravvenuta (c.d. interpretazione evolutiva), si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 22.

<sup>26</sup> Il caso è stato sollevato dalla prima sezione della Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., che ha considerato in contrasto con la Costituzione l'interpretazione, accolta anche dalle Sezioni Unite con la sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 ss., con nota di U. Salanitro, secondo la quale il genitore intenzionale in caso di maternità surrogata all'estero può accedere all'adozione in casi particolari: contrasto non risolto da Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, che ha sollecitato l'intervento del legislatore. Sulle questioni di ordine pubblico internazionale e maternità surrogata, si vedano almeno: V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. sez. un., n. 12193\2019*, in *Genius*, 2020, 19 ss.; G. Perlingieri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, ESI, 2019. Propone interpretazioni costituzionalmente orientate del divieto di maternità surrogata: A.C. Grasso, *Maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020.

Ricorrendo questioni etiche delicate<sup>27</sup>, il giudice ordinario non si è sentito legittimato a proporre scelte di piena equiparazione, ma ha preferito aderire a soluzioni che, proprio perché diverse da quelle degli altri soggetti generati da procreazione assistita, si sono rivelate col passare del tempo in contrasto con il dato costituzionale<sup>28</sup>.

#### 4. Appunti per le conclusioni

Se si condivide questa sommaria analisi, emerge che i difetti imputati al legislatore, di essere tardivo e inadeguato, sono in realtà ricorrenti anche per il formante giurisprudenziale, ed anche in quei casi in cui esso adotta soluzioni che non sono vincolate dal dato normativo.

A questo punto occorre tornare sulla questione sollevata da Alberto Benedetti, per chiedersi se il bilanciamento tra soggettivismo e solidarietà non possa trovare una risposta, quantomeno di ultima istanza, proprio nel formante legislativo. La circostanza che il legislatore offra una pluralità di strumenti che vengono incontro alle esigenze di individui e formazioni sociali, ancorché alcuni di essi non trovino riscontro nella prassi, non deve essere considerato necessariamente un fallimento del regolatore: il *surplus* di tutele può essere giustificato proprio dall'esigenza di dare una risposta adeguata alla moltiplicazione degli interessi da tutelare. Lo strumento legislativo non deve essere considerato superfluo o ineffettuale, anche quando non incida direttamente sugli specifici rapporti, poiché resta rilevante quale indicatore degli assetti valoriali e degli equilibri normativi<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. ancora P. Di Marzio, *Una conclusione*, cit., 426 ss.

<sup>28</sup> Nel merito si rinvia, tra gli altri, ad A. Federico, *Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 317 ss.

<sup>29</sup> Tornando al tema del contratto di convivenza, si ricorda che è stato ripetutamente criticato il legislatore della novella per non avere previsto quale oggetto del contratto la disciplina della crisi nella coppia convivente; critica che deve, tuttavia, tenere conto dell'atteggiamento ostativo della giurisprudenza sui patti prematrimoniali in vista della crisi, nonostante l'opinione più aperta della dottrina e la tendenziale assenza di espresse preclusioni legali. In questa prospettiva si potrebbe considerare l'omissione legislativa espressione della medesima valutazione fatta propria dalla giurisprudenza, tendente a evitare che le decisioni patrimoniali sulla crisi del rapporto siano assunte in un tempo in cui la coppia non sia grado di valutarne adeguatamente la portata. Non è detto che tale valutazione debba essere tenuta ferma, anche perché non appare coerente con la progressiva patrimonializzazione dei rapporti personali in ampi settori del nostro ordinamento. Sul tema dei patti prematrimoniali in vista della crisi si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 645 ss., dove numerosi riferimenti; ai quali si aggiungano M.L. Cenni, *Crisi familiare, autonomia privata e regimi patrimoniali della famiglia*. Il

L'idea che la soggettività degli interessi possa trovare una migliore gestione attraverso la duttilità – direi quasi, la frammentarietà – della giurisprudenza non appare convincente, se questa la si intende come insieme di decisioni casistiche: il valore ordinante della certezza del diritto, che trova riconoscimento anche nei sistemi di *common law* in base alla vincolatività del precedente, non sembra possa essere trascurato. L'assunto che la flessibilità della giurisprudenza, espressione di decisionismo equitativo, si ponga come strumento adeguato all'articolazione degli interessi, tramite una moltiplicazione dei bilanciamenti in concreto, pone il problema della legittimazione del processo di soluzione del conflitto, che perderebbe il riferimento al sistema o quantomeno alla coerenza sapienziale<sup>30</sup>.

Il tema della legittimazione delle scelte valoriali si contrappone al potenziamento del ruolo dei giudici negli ordinamenti di *civil law* anche ove tale ruolo sia inteso nel senso più elevato di “dottrina delle corti”, in cui si riconosca il compito di esprimere principi e regole alla giurisprudenza, inteso quale corpo sociale dotato di superiore cultura giuridica e di quella consapevolezza dei valori costituzionali e sociali, sì da esprimere una generale capacità di mediare direttamente, in questa epoca di complessità, i conflitti tra interessi divergenti<sup>31</sup>.

Difficoltà che emerge in particolare nella disciplina del diritto di famiglia, anche per chi sia convinto dell'opportunità di sottrarre al formante legislativo la selezione delle scelte regolative, per evitare che gli assetti della vita familiare siano condizionati o compressi da valori maggioritari, populisti o addirittura reazionari: scelte che non siano semplicemente tardive o inadeguate, ma che si rivelino in contrasto con le acquisizioni di civiltà che caratterizzano il mondo occidentale contemporaneo e siano foriere di assetti tradizionali o reputati non

---

*ruolo del notaio*; A. Las Casas, *Autonomia privata e contrattazione prematrimoniale*; E. Bivona, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*; V. Barba, *Patti patrimoniali*, cit.; E. Bargelli, *Diritto “privato” e prospettive dell'autonomia coniugale*, tutti in *Quale diritto di famiglia*, cit., 99 ss., 363 ss.; M. C. Nanna, *Accordi in vista del divorzio. Validità e legittimità degli atti dispositivi del patrimonio familiare*, Pacini, Pisa, 2020, *passim*.

<sup>30</sup> Si colloca su un altro versante la critica di G. Christandl, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 43 ss., 70, per il quale “*L'arbitrarietà della decisione del caso singolo, celata dietro giustificazioni apparenti, priva l'applicazione della legge del suo metodo e conseguentemente della sua scientificità*”, in quanto “*la scientificità richiede metodo e il metodo richiede a sua volta un percorso orientato alla legge e guidato da regole che siano almeno formalmente verificabili*”.

<sup>31</sup> È il senso in cui il formante giurisprudenziale quale motore dell'evoluzione normativa è apprezzato – e distinto dal decisionismo equitativo del caso concreto – da M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 18 ss., 30 ss., 33, il quale tuttavia osserva che “*la giurisprudenza affronta i problemi sociali soltanto nel prisma della lite, che è una parte importante della realtà, ma fornisce anche una visione parziale e talora distorta dei fenomeni sociali in cui le liti nascono*”.

corrispondenti all'articolazione dei valori e dei modelli sociali della modernità. Le polemiche legate al d.d.l. Pillon, a tal proposito, si caratterizzavano nel senso che sembrava messa in dubbio la stessa legittimazione del legislatore ad intervenire sulla materia – indirizzando la giurisprudenza verso una soluzione di maggiore equilibrio tra i genitori nella scelta delle modalità di affidamento del minore – ancor prima di criticare una soluzione che, per la sua estrema rigidità, si sarebbe posta in contrasto con la convenzione di New York<sup>32</sup>.

È parte di uno scenario più ampio, infatti, la tentazione di affidare una materia così delicata alla giurisprudenza: il tema attraversa questioni fondamentali di politica del diritto, che si collocano al centro dell'odierno dibattito sulle tecniche di governo e che attengono alla crisi dei modelli democratici e all'attrattività dello schema tecnocratico, quale struttura organizzativa idonea a competere nello scenario internazionale.

Si tratta di uno scenario la cui soluzione non mi convince, né in termini generali, né con riferimento al tema della famiglia<sup>33</sup>.

In termini generali, per ragioni che sono in parte legate a processi di pre-comprensione e a una tendenziale diffidenza, storicamente giustificata per chi è cresciuto in un certo clima culturale della seconda metà del Novecento, sulle effettive capacità di una élite tecnocratica di individuare e perseguire il bene comune<sup>34</sup>.

Diffidenza che si moltiplica nella misura in cui l'opzione giudiziaria o tecnocratica andrebbe a coinvolgere i temi della famiglia, soprattutto per le implicazioni connesse con le scelte di rilevanza etica: non perché sia convinto che le decisioni parlamentari siano esenti da errori o non possano produrre soluzioni che siano fonte di ingiustizie e che ledano il benessere di gruppi ed individui; né perché sia affezionato all'idea, la quale ha in effetti caratterizzato il nostro tempo, che il processo legislativo o le consultazioni referendarie producano prevalentemente risultati più avanzati e progressisti di quelli che potrebbero scaturire da un organismo dotato di *expertise* e cultura giuridica.

---

<sup>32</sup> Diverse prospettive critiche emergono da U. Salanitro, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. Pillon*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 333 ss. e da M.R. Marella, *Tra pulsioni punitive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del d.d.l. Pillon*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 109 ss.

<sup>33</sup> Evoca addirittura il dubbio sulla legittimazione degli *overruling* giurisprudenziali nel diritto di famiglia S. Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 459.

<sup>34</sup> Tanto più che – come suggerisce M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 34 – con la perdita di centralità del formante legislativo, è difficile che il ruolo di decisore politico di ultima istanza possa essere assunto dalla magistratura e non piuttosto da un potere di governo accentrato.

Il dubbio sulla scelta del formante da preferire si gioca tutto sulla legittimazione delle politiche in una materia così vicina alla sensibilità collettiva, in cui il rischio di scollamento tra ordinamento e società potrebbe sollecitare scenari imprevedibili: sono convinto che sia preferibile sopportare il rischio dell'approvazione di una regola "ingiusta" o "errata" di matrice parlamentare – che troverebbe la censura degli organi costituzionali o una correzione degli interpreti<sup>35</sup> – piuttosto che sottrarre queste materie al dibattito politico più ampio e alla partecipazione popolare, aumentando la sensazione di impotenza che caratterizza i corpi elettorali delle democrazie mature nell'era della globalizzazione.

È un invito alla cautela, nella consapevolezza dell'imperfezione di qualsiasi soluzione, ma nella convinzione che la crisi di legittimazione del sistema democratico sia il problema centrale al quale dovrebbero dedicarsi gli sforzi delle menti, anche giuridiche, più raffinate di questo tempo: non dimenticando che un sistema democratico ben bilanciato, per quanto in equilibrio precario, sembra essere ancora, nell'attuale momento storico, lo strumento più adeguato per fare fronte alle difficili sfide del pluralismo e della frammentarietà etica e sociale.

---

<sup>35</sup> L'adesione all'idea che l'interprete debba essere fedele al formante legislativo, non impone – anzi può prescindere – dal rispetto del testo, ogni qualvolta gli elementi di contesto suggeriscano un *défaillance* del regolatore; né pretende il rispetto delle scelte valoriali del legislatore storico ogni qualvolta i mutamenti degli equilibri normativi e/o dell'assetto sociale abbiano provocato il sopravvenire di una lacuna e l'esigenza di intervenire con il meccanismo correntemente noto come "interpretazione evolutiva": al riguardo cfr., persuasivamente, A. Belfiore, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 421 ss.

## Le sfide attuali del diritto di famiglia e dei minori: problemi emergenti, riforme attuate da riformare, riforme ancora da attuare

SOMMARIO: 1. La grande riforma del 1975. – 2. Le molte questioni non risolte. – 3. Conclusioni.

### 1. La grande riforma del 1975

La legge 19 maggio 1975, n. 151 ha realizzato una riforma di ampio respiro e di grande apertura sul piano dei diritti: dando risposta ai numerosi inviti della Corte Costituzionale ad adeguare il sistema famiglia ai principi costituzionali essa ha operato una profonda trasformazione di questo settore del diritto, abbandonando la concezione della famiglia come *istituzione* in favore del modello di *famiglia-comunità*, luogo non più di compressione, ma di crescita dei diritti fondamentali di ciascuno dei suoi componenti, con l'affermazione dei principi di autonomia, dignità e rispetto reciproco, di parità ed eguaglianza tra i coniugi, con l'importante modifica della disciplina sui figli naturali verso una tendenziale ( ma non completa) equiparazione tra legittimi e nati fuori del matrimonio, con il riconoscimento del valore economico dell'attività di cura all'interno del nucleo.

Non è stato difficile per la giurisprudenza formatasi negli anni successivi sviluppare da tale quadro normativo un sistema armonico di regole e di misure di tutela che ne esaltasse lo spirito innovatore: per tale via la giurisprudenza – ed il mio riferimento è in particolare a quella formatasi all'interno della prima sezione civile della Corte di Cassazione – ha elaborato nuovi orientamenti destinati a divenire nel tempo indirizzi assolutamente consolidati.

Si trattava di abbandonare, nel segno di quella riforma, schemi culturali ancorati a valori non più rispondenti al sentire della collettività, oltre che non più conformi al sistema normativo, di rendere effettivo il principio di parità all'interno della famiglia, quale specificazione del principio di eguaglianza, di assumere come fondamentale criterio di riferimento la dignità di ciascuno dei componenti del consorzio familiare, di autolimitare i poteri del giudice ed il suo spazio di valutazione, nella convinzione che non spettasse allo Stato, attraverso i suoi giudici, indagare nella sfera degli stati d'animo e dei sentimenti o formulare giudizi di



valore tesi ad imporre un certo modello di famiglia, ma che occorresse assumere una visione laica degli istituti ed un approccio leggero al controllo giurisdizionale, quanto meno nelle ipotesi in cui non venissero in gioco gli interessi di minori, tenuto conto del tasso di arbitrarietà dell'intervento giudiziale in un ambito così delicato e sfuggente rispetto al regime delle prove.

Il sistema delineato dalla legge di riforma del diritto di famiglia è stato nel tempo ampliato e in parte modificato da alcune leggi successive, ed in particolare dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita, dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili, e per quanto riguarda i figli prima dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'affido condiviso e successivamente dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219 e dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che in modo organico hanno completato il processo di parificazione tra figli nati nel matrimonio e fuori, attribuendo a tutti un unico *status*, con uguali diritti e doveri. Vanno inoltre richiamate la legge 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza, la legge 14 aprile 1982, n. 164 sul divorzio automatico a seguito della rettificazione di sesso da parte di uno dei componenti della coppia coniugata e la legge 4 maggio 1983, n. 184 di riforma dell'adozione.

L'entrata in vigore di tali leggi, destinate ad interferire sotto vari profili con il quadro tracciato dalla riforma del 1975, ha reso certamente più impervio il lavoro dell'interprete, chiamato a confrontarsi con nuove istanze di tutela sollecitate dalle scoperte della biomedicina, con i nuovi diritti riconosciuti o da riconoscere alle coppie omosessuali, con l'emergere di nuovi modelli familiari, con la necessità di delineare lo *status* dei figli nati da maternità surrogata, con la problematica relativa al riconoscimento nel nostro ordinamento di pronunce straniere non in linea con il sistema italiano, anche sulla base della normativa sovranazionale e in una stretta interlocuzione con le Corti europee.

## **2. Le molte questioni non risolte**

Avviare una riflessione sulle riforme attuate da riformare e su quelle ancora da attuare – come il titolo della tavola rotonda sollecita a fare – vuol dire darsi carico della complessità di tale quadro di riferimento, segnato dalla mancanza di un unico disegno ispiratore.

Dal punto di vista sostanziale è tempo di chiedersi se sia ancora opportuno conservare l'istituto della separazione personale dei coniugi, quale passaggio necessario per il divorzio, tenuto conto che la presenza dei due istituti vale a prostrarre la definizione delle questioni di stato ed a mantenere vivo il conflitto tra le parti, nonostante la forte riduzione dei tempi operata dalla legge 6 maggio 2015, n. 55. Va inoltre considerato che la disciplina relativa a separazione e

divorzio è allo stato in buona parte sovrapponibile, mentre la difformità della normativa concernente l'assegno di separazione e di divorzio non appare più del tutto giustificabile, tenuto conto della possibilità che la separazione si risolva in una condizione definitiva liberamente scelta dalle parti.

Va ancora considerato che in quasi tutti gli ordinamenti europei è possibile sciogliere il matrimonio senza passare per la separazione, ovvero scegliere in via alternativa tra separazione e divorzio.

Sul piano processuale permane l'esigenza di una unificazione delle competenze e di una uniformazione dei riti. La riforma della filiazione ha sostanzialmente modificato il riparto di competenza tra il tribunale per i minorenni ed il tribunale ordinario, riducendo significativamente l'ambito di cognizione del primo; è noto altresì che la nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. ha dato luogo a molti dubbi interpretativi. Si pone pertanto l'annosa questione – sulla quale non posso in questa sede soffermarmi – della individuazione di un unico ufficio giudiziario presso il quale concentrare tutti i procedimenti che hanno a che fare con la famiglia e con la tutela dei minori.

Ma è soprattutto il frequente intervento della Corte Costituzionale su specifici istituti del diritto di famiglia con sentenze generalmente classificabili come additive di principio che ha posto in evidenza le criticità del sistema e determinato la messa in mora del legislatore, tenuto a completare la disciplina della materia a seguito della pronuncia demolitoria. Ed è in particolare su queste tematiche che si profila con nettezza l'inerzia del Parlamento, nonostante i forti richiami del giudice delle leggi.

Il pensiero va in primo luogo alla disciplina del cognome dei figli, una disciplina che si profila ormai come la più arretrata tra quelle degli ordinamenti europei e che integra una delle più evidenti violazioni del principio di parità tra uomo e donna. A ben vedere il tema non coinvolge soltanto il principio di parità, ma anche la tutela dell'identità personale e del diritto ad essere se stessi, venendo in gioco anche la riconoscibile appartenenza del figlio ad una determinata famiglia, composta da entrambi i genitori, nella trama delle sue relazioni personali e sociali.

Ricordo al riguardo che con sentenza del 16 febbraio 2006, n. 61 la Corte Costituzionale (che in precedenza con ordinanze dell'11 febbraio 1988, n.176 e del 19 maggio 1988, n. 586 si era espressa per la *manifesta inammissibilità*) aveva dichiarato inammissibile la questione proposta dalla Corte di Cassazione, rilevando che l'intervento invocato con l'ordinanza di rimessione richiedeva un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte, lasciando aperta una serie di opzioni. Dieci anni più tardi, con sentenza 21 dicembre 2016, n. 286 la medesima Corte, accogliendo l'eccezione sollevata dalla Corte di Appello di Genova, ha ravvisato l'incostituzionalità della norma, non espressamente enunciata

ma implicita nel sistema, nella parte in cui *non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno*. In via consequenziale ha esteso la declaratoria di incostituzionalità alla normativa relativa al figlio nato da genitori non coniugati ed al figlio adottivo.

La pronuncia della Corte Costituzionale ha comportato il venir meno della norma nella parte ritenuta incostituzionale, ma non ha eliminato la necessità di un intervento del legislatore – dalla stessa Corte sollecitato e definito come *in-differibile* – attesa l'esigenza di regolare la materia in modo coerente ed organico in tutti gli aspetti non coperti dalla dichiarazione di illegittimità, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità. Ne consegue che la disciplina applicabile in caso di mancato accordo tra i genitori, così come la possibilità di dare al figlio il solo cognome della madre, ed anche le questioni relative al cognome da dare ai figli nati dopo il primo, o quelle attinenti al cognome trasmissibile alla generazione successiva, dovranno essere disciplinate con una nuova normativa.

Attualmente sono all'esame della Camera dei Deputati e del Senato varie proposte e disegni di legge, fondati prevalentemente, seguendo il modello francese, sul criterio prioritario della scelta dei genitori ed anche del figlio maggiorenne e su quello subordinato dell'attribuzione del cognome di entrambi in ordine alfabetico ove difetti l'accordo.

Segnalo da ultimo che lo scorso 13 gennaio è tornata all'esame della Corte Costituzionale la questione dell'attribuzione del cognome, a seguito dell'eccezione proposta dal Tribunale di Bolzano di incostituzionalità dell'art. 262, primo comma, c.c. nella parte in cui non consente ai genitori al momento della nascita, di comune accordo, di trasmettere al figlio nato fuori del matrimonio il solo cognome materno, per contrasto con gli artt. 2, 3, 11, 117, primo comma, Cost., 8 e 14 CEDU, 7 e 21 della Carta dei Diritti: con ordinanza dell'11 febbraio 2021, n. 18 la Consulta ha sollevato dinanzi a sé la diversa questione di costituzionalità del primo comma dell'art. 262 c.c. nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori, in quanto questione logicamente pregiudiziale e strumentale rispetto a quella sollevata dal giudice remittente. Nella suindicata ordinanza la Corte delle leggi ha prospettato la non manifesta infondatezza di detta questione pregiudiziale, atteso il possibile contrasto della disciplina impositiva di un solo cognome e ricognitiva di un solo ramo genitoriale con la necessità, costituzionalmente imposta dagli artt. 2 e 3 Cost., di garantire l'effettiva parità dei genitori e la pienezza dell'identità personale del figlio, nonché di salvaguardare l'unità della famiglia. Non può in questa sede non essere sottolineata l'importanza di tale decisione, che attraverso lo strumento non frequente della autoinvestitura apre nuovi scenari in direzione dell'attribuzione del cognome ai figli, nel convincimento che neppure il consenso, sul quale fa leva la limitata possibilità

di deroga alla generale disciplina del patronimico, costituisce espressione di un'effettiva parità tra le parti, *posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far valere il doppio cognome*, e che pertanto, nella perdurante vigenza del sistema che fa prevalere il cognome paterno, lo stesso meccanismo consensuale non porrebbe rimedio allo squilibrio e alla disparità tra i genitori.

Va inoltre considerata sul punto la necessità di intervenire con legge sull'art. 143 bis c.c., secondo il quale *la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito*, che pur costituendo una disposizione ampiamente disapplicata nella prassi concretizza una residua forma di sopravvivenza della potestà maritale.

È poi da richiamare la necessità di una riscrittura della legge 19 febbraio 2004, n. 40, una legge che per effetto di reiterati interventi della Corte Costituzionale si profila ora come un mero contenitore di pochi residui divieti, mentre lascia i giudici a confrontarsi con le innovazioni scientifiche e tecnologiche in materia di procreazione assistita e ad affrontare delicate questioni che hanno a che fare con la dignità e l'autodeterminazione della donna, oltre che con il criterio dell'interesse superiore del minore: occorre pertanto un nuovo intervento del legislatore che rielabori l'intera normativa in modo coerente ed organico, nel rispetto dei principi costituzionali in precedenza violati.

Mi riferisco in particolare alla necessità di stabilire per legge se due donne unite civilmente possono essere registrate entrambe come madri di un figlio nato in Italia da una di loro e concepito all'estero facendo ricorso a procreazione medicalmente assistita, dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale del 4 novembre 2020, n. 230 che ha ritenuto che la questione implicasse una serie di opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore<sup>1</sup>, e dopo la più recente sentenza della stessa Corte del 2021, n. 32, che ha analogamente dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 c.c., là dove, sistematicamente interpretati, non consentono al nato, nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita condiviso da una coppia di donne, l'attribuzione dello *status* di figlio anche nei confronti della donna che insieme alla madre biologica abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa. Quest'ultima decisione ha con particolare vigore richiamato il legislatore a disciplinare quanto prima in modo organico le condizioni dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, così colmando il vuoto di tutela a fronte di diritti incompressibili dei minori, non potendo la stessa Corte porvi rimedio e non essendo *più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato*.

---

<sup>1</sup> Per un commento a tale decisione v. M. Bianca, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Giustizia Insieme*, 17 novembre 2020.

L'esigenza di un immediato intervento del Parlamento si segnala inoltre per la definizione dello *status* dei bambini nati all'estero da maternità surrogata. Come è noto, l'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sanziona penalmente il ricorso a tale pratica; è altrettanto noto che con sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, e quindi non trascrivibile in Italia, il provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso a surrogazione ed il genitore di intenzione italiano, ferma la possibilità di tutelare detto rapporto mediante il ricorso ad altri istituti, come l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, primo comma, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Ho avuto più volte occasione<sup>2</sup> di esprimere la mia totale adesione alla pronuncia delle Sezioni Unite, per la fondamentale ragione che la pratica surrogatoria offende la dignità della donna, ridotta a mero contenitore di una vita destinata a non appartenere mai, ed anche quella del bambino, il soggetto più debole del rapporto, ferito nel momento in cui lo si vende o lo si dona, in quanto lo si rende strumento per soddisfare il desiderio di genitorialità degli adulti. Non è possibile tuttavia non porsi il problema dello *status* da attribuire al soggetto comunque venuto al mondo in forza di tale pratica, legittimamente nei Paesi in cui è consentita o anche illegittimamente in Italia, considerando pure l'opportunità di una ratifica per via normativa della soluzione individuata in sede giurisprudenziale dell'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184.

Esistono in Parlamento alcune proposte e disegni di legge (richiamo per tutti il disegno di legge n. 280 del Senato) volti a sanzionare penalmente i cittadini italiani che ricorrono alla surrogazione all'estero: si tratta chiaramente di iniziative tendenti a fronteggiare, attraverso la configurazione di una sorta di reato universale, quel fiorente turismo procreativo che si avvale di mercati aperti per raggiungere obiettivi vietati in Italia. È tuttavia evidente che tali proposte non offrono alcuna indicazione in ordine alla definizione dello *status* dei figli nati da gestazione per altri.

Anche su tale tematica è intervenuta di recente la Corte Costituzionale, che con sentenza n. 33 del 2021 ha dichiarato inammissibile la proposta questione di costituzionalità degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1,

---

<sup>2</sup> V. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta on line*, 2017, p. 325; ID., *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Foro it.* 2019, I, c.4027; ID., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *Genius*, 2020,1; ID., *Maternità surrogata e status dei figli*, in *Giustizia Insieme*, 30 ottobre 2020.

lett. g) della legge n. 218 del 1995, 18 del d.p.r. n. 396 del 2000, ricordando ancora una volta<sup>3</sup> che la pratica della maternità surrogata *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*, ma segnalando la necessità di un intervento del legislatore, tenuto conto che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che abbia condiviso la decisione di farlo venire al mondo in un paese estero attraverso la pratica della gestazione per altri è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia. È importante in tale decisione la puntualizzazione che l'interesse del minore non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni controinteresse in gioco, ma deve essere bilanciato, secondo il criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla pratica della surrogazione, penalmente sanzionata in Italia.

Ancora un breve richiamo alla questione del diritto delle persone alla conoscenza delle proprie origini, affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 22 novembre 2013, n. 278. Come è noto, il giudice delle leggi, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di interpellare la madre che avesse dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, in adesione ai principi espressi nella sentenza della Corte Edu del 25 settembre 2012 Godelli c/Italia, ha emesso una sentenza additiva di principio, lasciando al giudice investito della controversia di individuare da subito la regola del caso concreto applicabile, nel rispetto del principio stabilito nella pronuncia di accoglimento, demandando al legislatore il compito di introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, al tempo stesso, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato. È altresì noto che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza 25 gennaio 2017, n. 1946 hanno affermato che la perdurante inerzia del legislatore nella regolazione del procedimento di interpello non esonera gli organi giurisdizionali dall'applicazione diretta del principio enunciato, ma impone loro di reperire nel sistema le regole più idonee alla soluzione del singolo caso, adottando modalità procedurali idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna.

Nonostante l'iniziativa legislativa sia stata attivata già nella scorsa legislatura ed ora riproposta (v. in particolare AS n. 922), va registrata la perdurante assenza di una normativa che concretizzi le modalità del meccanismo procedimentale

---

<sup>3</sup> Come in precedenza nella sentenza n. 272 del 2017.

aggiunto dalla Consulta, dandosi eventualmente carico anche della opportunità di abbassare la soglia dei 25 annui di età, della estensibilità del diritto in discorso anche alla conoscenza delle generalità di fratelli e sorelle biologici, della possibilità di conoscere le proprie origini nell'ipotesi in cui la madre biologica sia defunta: problemi ai quali è stata in gran parte data soluzione in via giurisprudenziale, ma che dovrebbero trovare una puntuale regolamentazione in una legge diretta a disciplinare compiutamente la materia.

Si impone infine un richiamo al diritto all'adozione delle coppie omosessuali. La legge 20 maggio 2016, n. 76 fornisce un esempio significativo della criticità del rapporto tra legislazione e giurisdizione: in sede di discussione parlamentare sul disegno di legge sulle unioni civili si decise, al termine di un estenuante braccio di ferro tra le forze politiche nella stesura del maxiemendamento approvato infine con voto di fiducia dal Senato, di stralciare il famigerato art. 5, che estendeva alle parti di una unione civile la possibilità di adottare il figlio biologico o adottivo del *partner*, con l'intesa che la questione dell'adozione da parte di componenti di coppie omosessuali sarebbe stata affrontata in sede di revisione della legge generale sulle adozioni. E tuttavia si associò a tale soppressione la precisazione, contenuta nel comma 20 dell'art. 1, che *resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*. Tale soluzione, che chiaramente costituiva il prezzo politico necessario per giungere all'approvazione della legge, ha fissato un originale punto di equilibrio tra legislazione e giurisdizione, atteso che l'evidente vaghezza ed ambiguità del richiamo a quanto previsto e consentito ha permesso ai giudici di tener ferme quelle aperture interpretative fino ad allora operate in tema di applicazione dell'art. 44, comma primo, lett. *d*), della legge 4 maggio 1983, n. 184 ai figli di genitori omosessuali. Come si è osservato in dottrina, il legislatore ha omesso di prevedere l'adozione particolare del figlio del *partner* sulla considerazione che questa è comunque ammessa dalla giurisprudenza, così fornendo un esempio eclatante della tendenza a trasferire altrove la responsabilità politica di scelte controverse.

A distanza di cinque anni dall'approvazione della legge Cirinnà rimane ancora da porre mano a quella revisione della legge generale sulle adozioni che aveva giustificato la decisione di non decidere.

### 3. Conclusioni

Mi avvio alla conclusione. Come è evidente, i silenzi e i ritardi del Parlamento non consentono al giudice di eludere le domande di tutela e lo impegnano ad affrontare situazioni sempre nuove e sempre più complesse inquadrando in una cornice di legalità, dando attuazione ai precetti dettati dalla Costituzione e

dalle Convenzioni internazionali, per tale via adeguando il sistema agli sviluppi velocissimi e incessanti della ricerca scientifica e della biomedicina.

In questo impegno, che richiede al giudice prudenza istituzionale, un forte affinamento della sua professionalità ed un costante aggiornamento sulle fonti, vanno però evitate fughe in avanti e spinte disallineanti non sorrette da solide basi normative e argomentative, così come vanno rifiutate soluzioni innovative che siano espressione di pura ideologia e destinate ad alimentare il contenzioso (il riferimento è alla nota ordinanza del 14 agosto 2020, n. 17183 in materia di assegno di mantenimento in favore del figlio maggiorenne di coniugi separati, confermata dalla recente ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 29779).<sup>4</sup> Vanno parimenti a mio avviso evitate improprie eccezioni di incostituzionalità, non tanto fondate sul dubbio di illegittimità delle norme denunciate, quanto dettate dal proposito di prendere le distanze da orientamenti giurisprudenziali consolidati e non condivisi.

Il ruolo del giudice di garante dei diritti fondamentali della persona, anche se non espressamente disciplinati dal legislatore, chiama in causa il suo coraggio, ma al tempo stesso gli impone di non abbandonare mai la bussola che indirizza a quel nucleo forte di principi che esaltano la dignità della persona, nella sua dimensione individuale e sociale, e che consentono di inserire ogni pronuncia in un sistema coerente ed armonico, senza pericolose deviazioni: seguendo la direzione della bussola l'interpretazione giudiziale evita il rischio di trasformarsi in arbitrio ed i limiti della creatività della giurisprudenza sono rispettati.

L'esigenza di certezza del diritto richiede infatti che mutamenti repentini di giurisprudenza trovino giustificazione in ragioni così pregnanti da prevalere sulla conferma delle acquisizioni in precedenza raggiunte: e se pure è vero che l'approccio dinamico ed evolutivo dell'esperienza giurisprudenziale costituisce uno strumento di arricchimento e una prova della vitalità della giurisprudenza, non va dimenticato che la libera autodeterminazione di chi giudica non può risolversi in un mero esercizio accademico<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Per una serrata critica a tale pronuncia v.G. DE MARZO, *Figli maggiorenni e diritto al mantenimento. Le ragioni del dissenso dalla recente pronuncia della S.C.*, in *Foro it.*, 2020, I, 24 agosto 2020; G. GILARDI, *Ancora su figli maggiorenni e diritto al mantenimento*, in *Giustizia Insieme*, 16 settembre 2020; S. GOVERNATORI, *Con voce di donna? Una riflessione a margine dell'ordinanza n. 17183/2020*, in *giudicedonna.it*, n.3/4 2020; R. RUSSO, *Figli maggiorenni e mantenimento: la Casazione cambia orientamento?* in *Giustizia insieme*, 3 settembre 2020.

<sup>5</sup> V. su questa tematica, di recente, F. DE STEFANO, *Giudice e precedente: per una nomofilachia sostenibile*, in *Giustizia Insieme*, 2 marzo 2021; R. RORDORF, *Magistratura Giustizia Società*, Bari, 2020, Parte II, cap. 10.





---

# I QUADERNI DELLA SSM

*nella stessa collana*

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:  
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione  
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



Finito di stampare nel mese di ottobre 2022  
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.





