

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA
Editrice

*La famiglia ‘tradizionale’ e non:
nuovi modelli familiari e di gestione della
crisi alla luce delle recenti riforme del
2014-2016*

eBook

Alessandra MEI

LaNuova**ProceduraCivile** LIBRI - 2016

Le statistiche in materia familiare rilevano, ormai da diversi anni, la tendenza degli individui verso la costruzione di modelli familiari diversi da quello tradizionale fondato sul matrimonio che, sino alla introduzione in Italia della legge sul divorzio, costituiva l'unico modo per uscire dalla famiglia di origine per formarne una propria. Tale fenomeno, come rilevato dall'Istat, è conseguenza di una molteplicità di fattori che, con riferimento ai matrimoni tra cittadini italiani, possono riassumersi in:

- 1) la prolungata diminuzione delle nascite¹ che interessa il nostro paese dalla metà degli anni 1970;
- 2) la diffusione delle convivenze di fatto²;
- 3) il ritardato ingresso alle prime nozze³ causato sia dall'aumento diffuso della scolarizzazione, sia dalle difficoltà ad inserirsi stabilmente nel mondo del lavoro;
- 4) l'introduzione nel nostro ordinamento della legge sul divorzio e della cd. riforma del diritto di famiglia del 1975 le quali hanno comportato un uso sempre più diffuso delle tutele accordate, portando con sé la naturale conseguenza di costruire altre famiglie.

Invero, le sopraelencate cause hanno contribuito in modo significativo alla creazione di ulteriori modelli familiari che si sono andati affiancando a quello tradizionale⁴, che i sociologi hanno denominato “monoparentale”⁵, “ricomposto”⁶, “combinato”⁷, “di fatto”⁸ e “omosessuale”. Quest'ultimo, prima della entrata in

¹A tal proposito i dati statistici pubblicati il 12.11.2015 riferiti al 2014 evidenziano che i giovani di cittadinanza italiana tra i 16 e i 34 anni sono poco meno di 11.000.000 con una diminuzione rispetto al 2008 di oltre 1.300.000, pari all'11,8%

²I dati statistici pubblicati il 12.11.2015, riferiti al 2014, rilevano che le unioni tra celibi e nubili nel 2013-2014 ammontano a 641 mila con un incremento di oltre 10 volte rispetto al 1993-1994. Tale scelta si riflette anche sui dati della natalità in quanto 1 nato su 4 nel 2014 è figlio di genitori non coniugati

³L'età media degli uomini alle prime nozze è di 34 anni mentre quella delle donne è di 31 anni.

⁴Rif. quello fondato sul matrimonio ex art. 29 Cost

⁵Per tale intendendosi la famiglia composta da un'unica figura genitoriale e da uno o più figli

⁶Per tale intendendosi il modello costituito da quelle famiglie che vengono a comporsi progressivamente dopo la separazione e il divorzio, quando ciascun genitore separato costituisce un altro nucleo familiare.

⁷Per tale intendendosi quello in cui la famiglia è impegnata soprattutto nella moltiplicazione delle attività lavorative e, di riflesso, nell'aggregazione di una pluralità di redditi di lavoro. In questo modello,

vigore della legge n. 76 del 20.5.2016⁹, recante disposizioni sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle “convivenze di fatto”¹⁰, rientrava in quello delle famiglie di fatto, poiché, alle coppie omosessuali, sino al 5.6.2016¹¹, era preclusa la possibilità di costituire una famiglia, riconosciuta dallo Stato e parificata a quella tradizionale¹², dalla cui costituzione ciascuna parte acquisisce gli stessi diritti e soggiace agli stessi doveri (derivanti dalla suddetta unione) ad eccezione, come vedremo meglio in seguito, di quello alla reciproca fedeltà che, invece, resta imposto solo ai coniugi. Peraltro, sul diritto delle coppie omosessuali ad avere il riconoscimento giuridico di famiglie si è pronunciata, in tempi relativamente recenti, la Suprema Corte Costituzionale, la quale con due storiche sentenze¹³ ha affermato che le famiglie omosessuali rientrano tra le “formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell’individuo” di cui all’art. 2 Cost e, pertanto, lo Stato deve riconoscere loro, ex art 3 Cost, gli stessi diritti che conseguono chi si sposa seppur nei modi che il legislatore ritenga più opportuni per il raggiungimento del predetto scopo e dunque o mediante estensione dell’ambito di applicazione del matrimonio anche alle coppie aventi lo stesso sesso ovvero, come ha poi suggerito la Suprema Corte nella seconda pronuncia¹⁴, introducendo un diverso strumento che riconosca, nella sostanza, gli stessi diritti spettanti ai coniugi anche alle famiglie omosessuali. Con la sentenza 170/14, la stessa Corte, infatti, sollecitava altresì il legislatore a colmare una lacuna¹⁵ introducendo una norma che consentisse ai coniugi – che, a seguito dell’attribuzione con sentenza della

diversamente da quello patriarcale in cui lavorava solo il pater familias e la donna si occupava solo dell’allevamento dei figli e delle cure della casa, in questo entrambi i coniugi cercano di contribuire per accrescere la capacità complessiva di spesa e di risparmio: si ricorre al doppio lavoro, all’impiego sempre più massiccio e frequente delle donne, ai lavoretti stagionali etc.

⁸Per tale intendendosi quello in cui due persone decidono di non sposarsi, preferendo convivere prestando spontaneamente la solidarietà e l’assistenza morale e materiale tra i conviventi

⁹ Pubblicata in G. U. n. 118 il 21.5.2016, in vigore dal 15° giorno successivo dalla sua pubblicazione e dunque dal 5.6.2016. Tale norma d’ora innanzi verrà denominata legge Cirinnà oppure legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso nonché sulla disciplina delle convivenze di fatto registrate

¹⁰ Possibili sia tra persone dello stesso sesso che tra individui eterosessuali

¹¹ Giorno di entrata in vigore della legge n. 76 del 20.5.2016

¹² Rif. a quella fondata sul matrimonio ex art. 29 Cost

¹³ Rif. alle sentenze n. 138 del 2010 e 170 del 2014

¹⁴ Rif. sent 170 del 2014

¹⁵ preesistente alla legge Cirinnà

rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due, si vedano, per volontà del legislatore e non anche delle parti, l'automatico scioglimento del matrimonio - la possibilità di conservare il loro rapporto di coppia regolandolo con altra forma di convivenza registrata che tuteli i diritti e doveri della stessa con i modi che il legislatore ritenga più opportuni. In sostanza, sebbene la Suprema Corte ha lasciato alla discrezionalità dell'organo legislativo le modalità di attuazione dei suddetti principi, è stata chiara nell'affermare i diritti degli uni¹⁶ alla costituzione e al riconoscimento delle formazioni sociali composte da persone dello stesso sesso le tutele delle 'famiglie omosessuali' ex art. 2-3 Cost e degli altri¹⁷ alla conservazione del loro rapporto di coppia con altre forme che consentano loro il riconoscimento dei diritti e doveri matrimoniali anche in caso di scioglimento del matrimonio sopraggiunto a causa della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei due, per il venir meno del presupposto soggettivo della diversità di sesso legittimante sia la costituzione che la conservazione del matrimonio. Invero mentre la sentenza n. 138 del 2010 dei giudici di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge ammette in astratto la conformità ai principi costituzionali, a discrezionalità del legislatore, sia in caso di eventuale introduzione del cd. matrimonio egualitario (mediante ampliamento dei soggetti ammessi al matrimonio anche alle coppie aventi lo stesso sesso), sia nella ipotesi in cui si crei un diverso strumento (che comunque riconosca alle parti gli stessi diritti e doveri scaturenti dal matrimonio); in una successiva pronuncia¹⁸, invece, sembra che la stessa, pur lasciando libero il legislatore nelle modalità attuative dei principi, prediliga l'introduzione di un diverso strumento che garantisca la possibilità, anche per coloro che si vedono attribuire con sentenza la rettificazione anagrafica del sesso e che non vogliono lasciarsi, di conservare il loro rapporto di coppia riconoscendolo giuridicamente e regolandolo con altra forma di convivenza registrata che tuteli i

¹⁶Rif. alle coppie omosessuali alle quali (prima della entrata in vigore della legge Cirinnà) era impedito il riconoscimento giuridico di famiglia.

¹⁷Rif. ai coniugi che, a seguito del procedimento di rettificazione del sesso di uno dei due si veda per ciò solo e anche contro la volontà delle parti sciogliere il loro matrimonio senza la possibilità, fino all'introduzione della legge Cirinnà, si vedevano sciogliere il loro rapporto

¹⁸ Rif. sent. Corte Cost 170 del 2014

diritti e gli obblighi della stessa. Le motivazioni addotte dal giudice in quest'ultima decisione¹⁹ risiedono nel fatto che tale situazione²⁰, essendo sopraggiunta in un tempo successivo rispetto alla costituzione (legittima) del matrimonio, ad avviso della Corte, non può essere equiparata a quella della illegittimità del matrimonio celebrato tra persone prive del requisito della diversità di sesso sin dalla sua origine giacché nel primo caso, a differenza di quest'ultimo, l'unione dei due coniugi in marito e moglie è stata disposta legittimamente tra due persone di diverso sesso le quali, soltanto dopo il loro matrimonio, sono divenute prive di tale requisito; mentre nel secondo²¹ vi sarebbe una nullità del vincolo ex tunc per contrarietà al buon costume e alle disposizioni legislative regolanti la sua costituzione che pretendono che i nubendi siano di diverso sesso. Pertanto, la prima ipotesi è stata ritenuta costituzionalmente illegittima nella parte in cui (prima della legge Cirinnà) non consentiva a chi versasse in tale situazione la possibilità di conservare il loro rapporto nelle forme più opportune al raggiungimento del predetto scopo, demandate alla discrezionalità del legislatore.

Come vedremo nel prosieguo dei lavori, quest'ultimo, nel recepire i principi costituzionali richiamati dalle suddette pronunce, ha introdotto un diverso strumento, quello delle "unioni civili tra persone dello stesso sesso"²², lasciando così immutato l'istituto del matrimonio il quale, anche dopo l'introduzione della legge Cirinnà, resta riservato alle sole coppie eterosessuali. Tale strumento²³ consente alle persone aventi lo stesso sesso di potersi unire civilmente mediante una dichiarazione resa dall'Ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, con la quale le parti vengono dichiarate "civilmente unite l'una all'altra". Sebbene non siano mancati dei tentativi di introdurre la cd obiezione di coscienza²⁴ del Sindaco (o di un Suo delegato) alla celebrazione di detta unione; fortunatamente,

¹⁹Rif. alla sentenza della Corte Cost. n. 170/2014

²⁰Rif. allo scioglimento immediato del matrimonio per sopraggiunto difetto della diversità di sesso dei coniugi rispetto al tempo della unione di questi ultimi

²¹Rif. al caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso

²²Rif. art. 1 co 1-35 legge 76 del 20.5.2016, in vigore dal 5.6.16

²³Rif. alle unioni civili tra persone dello stesso sesso

²⁴Consistente nel legittimo rifiuto(per ragioni etiche) del ministrante ad unire civilmente due persone omosessuali

tale previsione non ha sortito l'esito auspicato in quanto il legislatore ha avuto il buon senso di ricordarsi che il nostro Stato è laico e che nessuno può essere discriminato nel riconoscimento dei propri diritti per ragioni di sesso, religione etc essendo la legge uguale per tutti. Invero, all'ufficiale dello stato civile è stato attribuito non soltanto il potere di unire (e sciogliere) civilmente due persone dello stesso sesso nei modi e nelle forme dettate dalla legge Cirinnà²⁵ ma anche il dovere di farlo secondo i limiti²⁶ contenuti nella stessa. Pertanto, gli unici motivi - che legittimano l'impedimento alla unione civile tra persone dello stesso sesso, ovvero che costituiscono cause di nullità della stessa - sono pressoché gli stessi del matrimonio e pertanto verranno trattati soltanto con riferimento al matrimonio, limitandosi con riferimento alle unioni civili same sex a rimarcare le diversità esistenti tra gli uni²⁷ e le altre²⁸. Invero, affinché l'unione sia valida, quest'ultima deve essere contratta da persone maggiorenni, capaci di intendere e di volere, non condannate con sentenza passata in giudicato per delitto di omicidio tentato o consumato del coniuge o unito civilmente con l'altro contraente ed entrambi devono possedere lo status di nubile/celibe o liberi per potersi unire.

Quanto allo scioglimento della suddetta unione civile, a differenza delle coppie sposate che vogliono mettere fine al loro rapporto di coniugio per le quali la separazione, anche dopo l'introduzione della legge sul cd *divorzio breve*, è rimasta una fase obbligatoria, le coppie omosessuali civilmente unite, invece, potranno dirsi subito addio mediante ricorso all'Ufficiale dello stato civile il quale, decorsi 3 mesi dalla dichiarazione di volontà (anche disgiunta) delle parti di sciogliere l'unione, disporrà lo scioglimento del suddetto vincolo. Nonostante, in sede di approvazione della legge Cirinnà al Senato, siano state stralciate le disposizioni relative al *dovere di fedeltà* e alla cd *stepchild adoption*, con riferimento a queste ultime è stato espressamente previsto che restano salve (con le conseguenze che saranno spiegate

²⁵approvata definitivamente l'11/5/2016 dalla Camera dei deputati e promulgata dal presidente della Repubblica in data 20.5.2016 con legge n. 76

²⁶Rif. alle cause ostative alla dichiarazione di unione civile e alla nullità della stessa qualora sia stata celebrata in assenza delle condizioni richieste dalla legge

²⁷Rif. ai matrimoni civili

²⁸Rif. alle unioni civili same sex

meglio nel prosieguo dei lavori) le disposizioni legislative attualmente vigenti in materia di adozione del figliastro nei casi particolari previsti dalla legge sulle adozioni (art. 44 let. b) che di fatto, già prima della approvazione definitiva della legge Cirinnà, consentivano anche alle coppie omosessuali di poter adottare il figlio biologico, naturale o adottivo del proprio partner in favore dell'altro genitore. Infatti, ai sensi dell'art. 44 let. b) della legge sulle adozioni, il Tribunale per i minorenni, territorialmente competente sulle suddette domande, deve decidere nell'esclusivo supremo interesse del figlio adottando a rimanere nella propria famiglia.

Per quanto attiene alla ricezione dei principi costituzionali contenuti nella sentenza n. 170/14, il legislatore, nell'ambito della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, mentre ha previsto che le ipotesi di scioglimento del matrimonio contro la volontà dei coniugi (per il venir meno della diversità di sesso a causa di una sentenza che attribuisca ad uno dei due la rettificazione del sesso) possano essere accolte e quindi registrate tra le iscrizioni delle unioni civili, la stessa cosa non è stata prevista nelle ipotesi contraria e cioè nei casi in cui a venire sciolta è un'unione civile per lo stesso motivo²⁹. Invero, l'unione civile, sebbene non soggiace al dovere di reciproca fedeltà, si fonda sullo stesso presupposto e cioè l'esistenza di un sentimento vero e profondo che le unisce e sul quale entrambi i rapporti si fondano. Pertanto, anche le parti civilmente unite che si vedano sciogliere il loro vincolo contro la loro volontà dovrebbero avere, come i coniugi, la possibilità di conservare il loro rapporto affettivo giuridicamente riconosciuto in una diversa forma che potrebbe essere proprio quella del matrimonio civile. Dunque, a parere della sottoscritta, è auspicabile che venga introdotto dal Governo, in sede di emanazione dei decreti delegati, entro i successivi sei mesi alla pubblicazione della predetta legge, ai sensi del co 28 let. a), un meccanismo 'emigratorio' delle ipotesi di scioglimento di unione civile ex co. 26³⁰ della legge Cirinnà nelle iscrizioni dei

²⁹ Rif. al venir meno della uguaglianza di sesso che le parti devono avere per poter costituire e mantenere il loro status di civilmente uniti l'uno all'altro

³⁰ che dispone lo scioglimento delle unioni civili in presenza di una sentenza di rettificazione dell'attribuzione anagrafica di sesso di una delle parti giacché in tali fattispecie verrebbe meno il presupposto soggettivo per la costituzione e per il mantenimento dell'unione civile tra le parti perché devono essere di egual sesso.

matrimoni civili offrendo anche a tali soggetti la possibilità di diventare ‘marito e moglie’, in luogo della precedente unione civile.

Accanto a tali fenomeni ve ne è un altro ancor più evidente: l’aumento delle convivenze di fatto e del conseguente incremento dei figli nati fuori dal matrimonio. Tali “formazioni sociali” hanno imposto al legislatore di prenderne atto e, per l’effetto, intervenire (con diversi provvedimenti legislativi) al fine di riconoscere ai figli nati fuori dal matrimonio, grazie alla legge 219/12 e al d.lgs 154/13³¹, gli stessi diritti dei figli nati nel matrimonio, pervenendo così ad una sostanziale equiparazione di tutti i figli. Recentemente, con la legge Cirinnà, oltre alle disposizioni istitutive e regolatorie delle unioni civili tra le persone aventi lo stesso sesso, nella seconda parte della stessa, il legislatore ha altresì disciplinato le cd convivenze di fatto, definendo i caratteri che queste devono avere per essere così denominate e rimandando all’autonomia negoziale delle parti, mediante la stipula di un contratto di convivenza, possibile sia per le coppie eterosessuali che omosessuali, nelle forme dettate dalla legge Cirinnà (art. 1 co 50) contenente taluni elementi essenziali³² e altri facoltativi (art. 1 co 53).

Quanto alla riforma della filiazione, ben lungi dal voler essere un mero formalismo, tale normativa, completando il percorso iniziato dal legislatore nel 2006 nella legge recante disposizioni sull’affido condiviso³³, dal 1.1.2013 ha devoluto al giudice ordinario del luogo di residenza abituale del minore le sorti dei figli di coppie non sposate che cessino di convivere, sottraendole al Tribunale per i Minorenni. Se, come vedremo nel prosieguo dei lavori, la riforma sulla filiazione ha cercato di rimuovere le ingiuste differenze, anche sul piano processuale, tra i figli nati da coppie sposate e quelli nati da genitori conviventi, trasferendo (dal 1.1.13) al Giudice ordinario la competenza a decidere sull’affidamento e sul mantenimento

³¹recante disposizioni sulla unicità di status di figlio e sulla uguaglianza morale e giuridica di tutti i figli prima distinti in legittimi e naturali a seconda che questi fossero figli di letto nuziale o meno. Oggi le predette denominazioni sono state rispettivamente sostituite ovunque presenti con le espressioni “figli nati nel matrimonio” e figli nati fuori dal matrimonio”

³²Rif al dovere per ciascun contraente di eleggere domicilio in cui desidera ricevere le comunicazioni relative al contratto stesso

³³applicabile anche sulle questioni riguardanti figli di coppie non sposate che cessassero di convivere prima di competenza del Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza abituale del minore mentre le questioni economiche erano devolute al giudice ordinario con oneri ben più pesanti

anche dei figli nati fuori dal matrimonio; con il successivo intervento legislativo³⁴, introduttivo delle cd. misure di degiurisdizionalizzazione del processo civile, si sono create delle nuove ingiuste diversità tra gli uni³⁵ e gli altri³⁶ in quanto *“la convenzione di negoziazione assistita in materia familiare può essere conclusa tra i coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di **separazione personale, di cessazione degli affetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio**”*³⁷, cui la legge Cirinnà ha aggiunto la possibilità di estendere l'applicazione dei predetti istituti anche alle ipotesi di scioglimento delle unioni civili ma non anche a quelle di cessazione delle convivenze di fatto, salvo che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, abbiano previsto tale possibilità mediante una apposita clausola contrattuale in seno al contratto di convivenza. Come vedremo meglio in seguito, questi ultimi³⁸ non possono essere conclusi da chiunque bensì soltanto da quelle coppie omosessuali o eterosessuali che siano in possesso dei requisiti soggettivi dettati dal co. 36 della legge Cirinnà.

Invero, prima della introduzione delle disposizioni regolanti la convivenza di fatto, la risoluzione delle liti in presenza di figli comuni che cessassero di convivere risultavano escluse dalla possibilità di risolverle, mediante l'ausilio dei legali, nell'ambito dell'art 6 legge 162/14. Come evidenziato da un'attenta giurisprudenza di merito³⁹, sull'affidamento e sul mantenimento dei figli dei conviventi di fatto, i genitori non potevano ricorrere alla negoziazione assistita ex art. 6 legge 162/14 in quanto il dettato normativo escludeva, poiché non ammetteva espressamente, l'applicabilità dell'istituto anche in tali casi. Con la legge Cirinnà, tale vuoto non è stato colmato in quanto soltanto se (e nei limiti⁴⁰ in cui le parti possano stipulare un

³⁴ Rif. art. 6 della legge 162/14 di conversione del d.l. 132/14

³⁵ Rif. ai figli nati nel matrimonio

³⁶ Rif. ai figli nati fuori dal matrimonio

³⁷ Rif. art. 6 co. 1 l. 162/14

³⁸ Rif. ai contratti di convivenza

³⁹ Rif. Tribunale di Como, decreto del 13.1.16 pubblicato su www.lanuovaproceduracivile.com il 23.3.2016

⁴⁰ Rif alla libertà di status necessaria per la redazione di un contratto di convivenza

contratto di convivenza) quest'ultimo⁴¹ contiene una clausola che disponga l'applicabilità dell'art. 6 della legge 162/14 alle ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, le liti tra i conviventi di fatto potranno essere risolte con tale strumento non avendo il legislatore previsto tale misura applicabile a qualsiasi cessazione della convivenza di fatto. Al riguardo, è auspicabile (oltre che doveroso) un intervento correttivo del legislatore, al fine di rimuovere queste ingiuste nuove discriminazioni tra le disposizioni relative all'affidamento e al mantenimento dei figli dei coniugi e quelli dei conviventi giacché soltanto i figli di coppie sposate e quelli adottati ex art. 44 co. 1 let. b) l. 184/1983 dalle famiglie omosessuali potranno essere risolte con l'aiuto dei rispettivi legali con la negoziazione assistita ex art. 6 l. 162/14 e non anche i figli delle famiglie di fatto che cessino di convivere. Tale situazione discriminatoria di questi ultimi⁴² impone al legislatore un doveroso intervento riparatorio che ripristini quella uguaglianza di tutti i figli tanto voluta dallo stesso legislatore nel 2012-2013, consentendo anche a questi genitori di poter addivenire alla formazione di un accordo, regolatorio della responsabilità genitoriale dopo la cessazione della loro convivenza, in sede stragiudiziale evitando quello stress e quella maggiore conflittualità che un giudizio comporta sia per le parti emotivamente coinvolte che per i loro figli sui quali sovente viene scaricata.

Quanto alle novelle introdotte dalla legge Cirinnà si evidenzia, per i motivi che verranno illustrati più avanti, una condivisibilità di intenti del legislatore di adeguare il nostro diritto interno a quello europeo oltre che mondiale nel riconoscere una pari dignità anche alle famiglie formate da persone dello stesso sesso, ancorché discutibile è il modo⁴³ in cui si è giunti ad un simile risultato nonchè i contenuti che, in più punti della legge, a parere di chi scrive, sono incostituzionali.

Accanto al fenomeno della diminuzione del numero dei matrimoni, i dati statistici⁴⁴ relativi alla (in)stabilità coniugale non sono certo più confortanti anche se si evidenziano delle diversità di soggetti più propensi al fallimento del rapporto di

⁴¹ Rif al contratto di convivenza di fatto

⁴² Rif. ai figli di genitori di coppie di fatto che cessino di convivere

⁴³ Rif. alla fiducia imposta dal governo sulla legge

⁴⁴ Rif. alle statistiche report pubblicate dall'Istat il 12.11.2015, riferite al 2014

coniugio. Invero, le statistiche relative alle separazioni e ai divorzi sebbene evidenzino un pressoché assestamento del fenomeno tra il 2013 e il 2014⁴⁵, in termini percentuali, tuttavia, si rileva che le coppie maggiormente interessate dal fenomeno della interruzione provvisoria o definitiva del rapporto sono quelle che hanno figli minorenni. Invero 1 coppia su 2 di queste⁴⁶ si separano mentre più di 1 su 3 divorzia! Un'altra peculiarità dei dati relativi alle separazioni del 2014 è che sono aumentate del 7,4% quelle in cui uno dei due coniugi è ultrasessantenni. A tal ultimo proposito, infatti, mentre nel 1995 ad essere maggiormente colpite da tale fenomeno erano i novelli sposi⁴⁷ mentre quelli di 'lunga durata' erano notevolmente inferiori, i dati relativi al 2014 evidenziano un inversione di tendenza in quanto questi ultimi hanno subito un incremento pari al 9% rispetto ai dati del 1995, mentre i primi⁴⁸ risultano essere fortemente diminuiti di circa la metà nello stesso periodo di osservazione. Invero si è passati dal 24,4% di separazioni aventi una durata inferiore al quinquennio nel 1995 al 13,3% nel 2014.

Per quanto riguarda le separazioni e i divorzi con almeno un figlio minorenne, le statistiche mostrano che si sono chiuse in modo consensuale rispettivamente l'84% delle prime e il 75,9% dei secondi. Tuttavia la litigiosità tra le coppie che decidono di mettere fine al rapporto di coniugio è diversa nel territorio italiano. Al riguardo, infatti, i dati Istat del 12.11.2015 relativi alle separazioni e ai divorzi con figli del 2014 evidenziano che, mentre al centro e al nord le separazioni e i divorzi si chiudono con una decisione del Tribunale solo nel 13% , tale dato nelle isole arriva sino al 21,4% dei casi e nel mezzogiorno più di 1 su 3 dei divorzi sono definiti da provvedimenti giudiziali.

Le riforme succedutesi in questi ultimi anni hanno cambiato, con le differenze che vedremo nel prosieguo dei lavori, il modo di poter mettere provvisoriamente e/o definitivamente fine al rapporto coniugale, premiando con un notevole risparmio temporale chi si separa consensualmente ovvero chi pervenga ad una soluzione

⁴⁵ nel 2014 si sono registrate 89.303 separazioni e 52.335 divorzi, le prime con un incremento dello 0,5% rispetto all'anno precedente mentre i secondi con un calo di circa lo 0,6% rispetto al 2013.

⁴⁶ Rif. alle coppie coniugate con figli minori

⁴⁷ Per tali intendendosi i matrimoni con una durata non superiore ai 5 anni di unione.

⁴⁸ Rif. ai matrimoni di durata inferiore ai 5 anni

stragiudiziale della separazione ricorrendo alle misure di degiurisdizionalizzazione introdotte con il d.l. 132/14 convertito con modifiche dalla legge 162/14, quali: la negoziazione assistita dagli avvocati dei coniugi e il cd. ricorso fai da te innanzi al Sindaco. Con la legge 55/2015, infatti, è stato significativamente ridotto il termine per poter sciogliere il matrimonio ovvero cessare gli effetti civili derivanti da quest'ultimo dai 3 anni previgenti ad 1 anno per chi si sia separato con rito giudiziale e a 6 mesi per chi si sia separato consensualmente.

Il testo, pertanto, si propone di esaminare, seppur sinteticamente, nella prima parte, quali sono i modi costituzione delle famiglie nonché i diritti e doveri conseguenti a ciascuna di esse alla luce delle novità introdotte dalla legge⁴⁹ sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto evidenziandone i profili di somiglianze e differenze di queste “nuove famiglie” con quella “tradizionale”⁵⁰ e le ingiuste disuguaglianze tra le unioni omosessuali e i matrimoni eterosessuali. Nella seconda parte, invece, si illustreranno i diversi modi⁵¹ in cui può essere gestita la crisi familiare e perché è opportuno ricorrere alle soluzioni stragiudiziali delle vicende separative, ricorrendo ove necessario, altresì alla mediazione familiare quale strumento ottimo per riaprire i canali della comunicazione in una coppia che si sia determinata a separarsi o a dirsi definitivamente addio. La mediazione familiare, infatti, è un percorso che consente alle coppie che intendano mettere provvisoriamente o definitivamente fine al loro rapporto di trovare un accordo amichevole che tenga conto del supremo diritto del minore alla bigenitorialità e al dovere dei suoi genitori di continuare ad essere entrambi presenti, affettuosi e premurosi nei confronti dei figli in ossequio alla “responsabilità genitoriale” introdotta dal legislatore con il d.lgs. 154 del 28.12.13 in attuazione della legge delega 219 del 7.12.12 che si è sostituita alla “potestà genitoriale” previgente.

⁴⁹Rif. legge n. 76 del 20.5.2016, in vigore dal 5.6.2016

⁵⁰Fondata sul matrimonio ex art. 29 Cost

⁵¹Rif. a quelli giurisdizionali e stragiudiziali di recente introduzione (d.l. 132/14 e l 162/14)

Indice

	pag.
Introduzione	1
PRIMA PARTE: LA FAMIGLIA TRADIZIONALE E LE NUOVE FAMIGLIE NELLA SOCIETA' E NEL DIRITTO	22
1. L'evoluzione nel tempo del concetto di 'famiglia' nella società e nel diritto	23
2. Il matrimonio nella società e nel diritto italiano	31
2.1 Il matrimonio e la famiglia	31
2.2. Diritti e doveri derivanti dal matrimonio	32
2.3. I rapporti sessuali nella società e nel diritto	33
2.4. Restrizioni al matrimonio	36
2.5. Il riconoscimento del matrimonio	39
2.6 Costituzione del rapporto di coniugio e cause ostantive al matrimonio	43
2.7 Atto di matrimonio	45
2.7.1 La prova del matrimonio in mancanza dell'atto attestante il possesso di status e gli effetti ad esso scaturenti	46
2.8 Evoluzione nel tempo della scelta del rito matrimoniale. Matrimoni civili e concordatari in 'numeri assoluti e percentuali' nel tempo	46
2.9 Scioglimento del matrimonio	47
2.10 Il matrimonio nell'ordinamento italiano	49
2.11 Matrimonio combinato	51
2.12 Matrimonio e patrimonio	53
2.13 Il matrimonio ai giorni nostri	54
3. Le unioni civili anche tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto ai sensi della legge Cirinna'	57
3.1 Premessa	57
3.2 Analogie e differenze delle unioni civili con il matrimonio civile	62

	pag.
3.3 La disciplina delle unioni civili:	66
3.3.1 a) Costituzione, cause impeditive alla dichiarazione di civilmente uniti (o motivi di nullità del rapporto), diritti e doveri reciproci	66
3.3.2 b) I diritti e i doveri patrimoniali delle unioni civili	66
3.3.3 c) Lo scioglimento della comunione legale dei beni	67
3.3.4 d) diritti e doveri successori del coniuge superstite e del partner superstite	68
3.3.5 e) La reversibilità della pensione: soggetti e requisiti che questi devono avere	70
3.4 La filiazione naturale e adottiva delle vecchie e nuove famiglie	71
3.4.1 Il diritto dei minori nei casi particolari ex art. 44 co. 1 l. 184/1983 a rimanere nella famiglia parentale o a favorire rapporti con i partner stabilmente uniti affettivamente ad uno dei suoi genitori e conviventi con esso	71
3.4.2 Riflessioni personali sul diritto del minore in stato di abbandono e non a vivere rispettivamente in una famiglia, ancorché adottiva e nella famiglia parentale favorendo i rapporti con le persone stabilmente unite ad uno dei propri genitori e sui soggetti degni e capaci di adottare	73
3.4.3 Il divieto della maternità surrogata in Italia e i motivi per cui non sarebbe opportuna una loro ammissione	75
3.4.4 La procreazione medicalmente assistita in Italia tra normativa vigente e opportune modifiche	76
3.4.5 La stepchild adoption nella normativa attuale e nel testo originario (art 5 del ddl. Cirinnà) stralciato dal Senato il 25.2.2016	77
3.5 I contratti di convivenza	79
3.5.1 I contratti di convivenza more uxorio: costituzione, regolazione ed estinzione dei rapporti personali e patrimoniali tra i conviventi	79
3.5.2 Confronti tra unioni civili, matrimoni e convivenze: riflessioni	85
SECONDA PARTE: MODI DI RISOLUZIONE DELLE SEPARAZIONI, DIVORZI, MODIFICHE DEI PREDETTI, DELLA CESSAZIONE DELLE CONVIVENZE MORE UXORIO E DELLO SCIoglimento DELLE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO	89

	pag.	
4	La crisi familiare	90
5	I diversi modi per addivenire alla separazione, al divorzio, allo scioglimento di un'unione civile tra persone dello stesso sesso ovvero della cessazione della "convivenza di fatto" e i loro rispettivi effetti giuridici conseguenti	104
5.1	I figli nelle separazioni dei loro genitori	104
5.2	La ratio dell'affido condiviso	106
5.3	Il procedimento di separazione consensuale	110
5.4	La separazione di fatto	111
5.5	Gli accordi separativi conclusi in sede stragiudiziale:	111
5.5.1	a) la negoziazione assistita dagli avvocati	111
5.5.2	b) ...il contenuto dell'accordo delle controversie in materia di separazioni, divorzi e modifiche consensuali in presenza o in assenza di figli minori, maggiorenni non autosufficienti economicamente ovvero maggiorenni con grave handicap	114
5.6	Aspetti patrimoniali della separazione	116
5.7	Mantenimento del coniuge separato	119
5.8	L'assegnazione della casa familiare	120
5.9.	L'affidamento dei figli	121
5.10	L'ascolto del minore	124
5.11	Il divorzio	126
5.11.1.	L'istituzione del divorzio in Italia	126
5.11.2.	Condizioni	128
5.11.3.	Effetti personali e patrimoniali	129
5.12.	Diritto canonico	131
5.13.	L'affidamento condiviso	132
5.14	L'affidamento condiviso nei procedimenti di separazione e divorzio prima e dopo l'entrata in vigore della legge 54/06: alcuni dati	136
6.	Aspetti psico-sociali della crisi familiare	138
6.1.	La separazione: effetti psicologici sui coniugi	138
6.2.	La sindrome dell'ex moglie	140
6.3	Il femminicidio	141
6.4	Gli effetti psicosociali della separazione conflittuale (o divorzio) sui	143

	pag.
figli	
6.5 Separazioni conflittuali e costi sociali	144
6.5.1 La salute delle coppie divorziate	144
6.5.2 Alcuni dati	146
6.6 Costi socio-economici e statali derivanti dai procedimenti penali scaturiti dalle false denunce	148
7. La risoluzione del conflitto preventiva e con i sistemi ADR, facendo ricorso, ove necessario, anche alla mediazione familiare	153
7.1. Prevenire il conflitto con l'ascolto e il dialogo endofamiliare	153
7.2. La mediazione familiare: una soluzione intelligente per la composizione bonaria del conflitto	156
Bibliografia	159

Prima di entrare nel vivo della materia, vorrei ringraziare la mia famiglia, in particolare mia madre e mio marito, per avermi supportato moralmente ed economicamente permettendomi di acquisire, nel corso degli anni, tante conoscenze e molteplici esperienze che mi hanno condotta ad essere ciò che sono oggi: un Avvocato Stabilito e un mediatore professionale. Una sincera gratitudine la estendo anche a coloro⁵² che mi hanno sostenuto e aiutato, offrendomi parte del loro prezioso tempo ogni qualvolta ne abbia avuto necessità, anche solo per avere un confronto sulle possibili interpretazioni giuridiche delle disposizioni contenute nella legge Cirinnà ancorché ciascuno abbia distinte opinioni⁵³. Da ultimo e non per ultimo un particolare ringraziamento lo rivolgo al magnifico Prof. Avv. Luigi Viola, direttore scientifico della prestigiosissima rivista *La Nuova Procedura Civile*, per avermi accolto nello splendido comitato redazionale, sin da quando ero una praticante, dandomi la possibilità di crescere personalmente e professionalmente; nonché per avermi aiutato nella pubblicazione di questo scritto che vuole essere anzitutto un messaggio rivolto a tutti: operatori⁵⁴ del settore e non. Nei confronti dei primi mi scuso sin d'ora per la semplicità dei contenuti e del linguaggio utilizzato, talora ripetitivo, onde cercare di arrivare nei cuori e nelle menti di ogni lettore. Peraltro, ho troppo da imparare per poter essere degna di insegnare qualcosa a chi, per esperienza, ne sa ben più di me, soprattutto negli ambiti applicativi del diritto. Ciò che, invece, mi ha spinto a scrivere questo libro, mettendo da parte ogni timore di esser giudicata per ciò che dirò, è la speranza che le riflessioni ivi contenute possano in qualche modo contribuire a favorire un cambiamento culturale della società⁵⁵ volta all'accoglienza, all'ascolto e all'accompagnamento di tutti senza discriminazioni per le scelte 'diverse' da alcuni compiute in ossequio al dovere che tutti abbiamo di rispettarci gli uni gli altri. Infatti, il rispetto è figlio della

⁵²Rif. agli amici e maestri Prof. Avv. Luigi Viola e Avv. Gianluca Ludovici

⁵³Al riguardo si precisa che sono condivise anche dal Prof. Avv. Luigi Viola i profili di incostituzionalità delle disposizioni relative alla costituzione delle unioni civili con rif. agli artt. 2 e 3 Cost. nella parte in cui non ammettono l'estensione applicativa dell'istituto anche alle coppie eterosessuali

⁵⁴Rif. a tutti coloro che, con funzioni diverse, svolgono un servizio con professionalità e diligenza nell'ambito giudiziario

⁵⁵Inclusa la comunità cristiana di cui anch'essa è parte e che, peraltro, a un dovere di accoglienza fraterna ancora più forte, avendo una funzione anzitutto educativa che passa non soltanto con gli insegnamenti teorici ma con gli esempi di vita quotidiana

accettazione di chi vive la propria vita in modo diverso dai nostri canoni senza farlo sentire perciò solo discriminato o indegno di ricevere stima e rispetto; nonché a far sì che i genitori che intendano porre fine al loro rapporto⁵⁶, in nome dell'amore che ciascuno di essi vuole ai figli, possano farlo 'in modo intelligente' e più salutare⁵⁷ per tutti i membri facenti parte della famiglia e soprattutto per i loro figli. Infatti, soltanto mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, facendo sì che i figli continuino a sentirsi amati da entrambi, nonostante le vicende separative che hanno colpito i loro genitori, costoro potranno divenire a loro volta, crescendo, delle persone capaci di amare responsabilmente e di costruire e mantenere delle buone relazioni interpersonali.

Un invito a tal fine è rivolto anche agli operatori del settore affinché non dimentichino che, nei giudizi separativi, il vero interesse che tanto i legali quanto gli organi giudicanti devono tutelare è quello dei figli. Se tutti gli avvocati, nella redazione dei loro scritti difensivi del marito o della moglie, considerassero compiutamente se le condizioni prospettate corrispondono all'interesse morale e materiale dei figli, rifiutandosi di svilire l'attività dell'avvocato ad un mero strumento esecutivo delle assurde richieste del cliente 'formale'⁵⁸, ricordando al proprio assistito ad esempio che le vicende separative non fanno venire meno tutti i doveri che nascono dal matrimonio in quanto, per esempio, sopravvivono alla crisi familiare quelli nei riguardi dei figli. Infatti, a differenza di taluni doveri⁵⁹ di reciprocità derivanti dal matrimonio, quelli relativi alla cd. responsabilità genitoriale non sono soggetti ad alcuna interruzione, in quanto ciascun genitore ha il diritto-dovere di continuare ad educarli, istruirli, crescerli, amarli e mantenerli, ciascuno in proporzione alle proprie capacità, finché non raggiungano una indipendenza

⁵⁶ di coniugio o di convivenza *more uxorio*

⁵⁷ ovverosia senza arrecare ulteriori danni a questi ultimi oltre al dispiacere immenso che di per sé la separazione comporta

⁵⁸ Rif. a colui che conferisce il mandato professionale al legale

⁵⁹ Rif. a quelli di coabitazione e fedeltà che vengono sospesi sin dalla data di comparizione personale dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nei giudizi di separazione ovvero dagli accordi conclusivi certificati dai legali al termine del procedimento di negoziazione assistita purché autorizzati dal Tribunale ex art. 6 l. 162/14 ovvero, in assenza di figli comuni e di patrimoni da dividere, dalle dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento ex art. 12 l. 162/14 all'ufficiale dello stato civile del Comune di residenza di uno dei coniugi ovvero di iscrizione o trascrizione dell'atto di matrimonio.

economica. Infatti, il giudice, nell'emanare i provvedimenti opportuni⁶⁰ regolanti le condizioni personali ed economiche della separazione, del divorzio o della cessazione della convivenza more uxorio, nonché nel valutare la rispondenza delle disposizioni concordate dalle parti nell'ambito del ricorso di separazione consensuale, di divorzio congiunto o di modifiche concordate dei predetti, ovvero delle statuizioni contenute negli accordi conclusivi delle negoziazioni assistite sottoscritte dalle parti e certificati dai rispettivi legali ex art. 6 legge 162/14⁶¹, deve tenere in considerazione il supremo interesse morale e materiale del minore. Come rilevato dalla dottrina, a seguito della introduzione della legge 54/06, al diritto potestativo dei genitori di porre provvisoriamente o definitivamente fine ad un rapporto di coniugio o di cessazione della convivenza more uxorio, si è affiancato il supremo diritto del minore a mantenere inalterato il rapporto con ciascun genitore nonché, con riferimento ai figli di coppie sposate che si separino o divorzino, significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale. Tale ultimo diritto⁶² è stato esteso con la legge 219/12 e con il d.lgs.154/13 anche ai figli nati fuori dal matrimonio prima denominati "naturali" in quanto, in precedenza, la filiazione naturale non acquisiva (ingiustamente) la parentela, con ricadute pregiudizievoli anche in ambito successorio giacché i figli naturali venivano esclusi dalla successione legittima dei parenti dei loro genitori. Infatti, prima della riforma della filiazione, questi⁶³ potevano divenire eredi soltanto per successione cd testamentaria e con i limiti⁶⁴ di questa e dunque soltanto se e nei limiti in cui il de cuius li avesse istituiti eredi o legatari nel testamento redatto nelle forme previste dal c.c. quando ancora era in vita

⁶⁰Rif. a quelli regolanti provvisoriamente gli aspetti personali ed economici della separazione o del divorzio sino alla pubblicazione della sentenza nonché nelle decisioni conclusive dei giudizi.

⁶¹Ad eccezione dei casi di cessazione della convivenza more uxorio ai quali detta procedura stragiudiziale non è applicabile

⁶²Rif. al diritto del minore di mantenere significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale

⁶³Rif. ai figli naturali

⁶⁴ Rif. alla inviolabilità delle cd quote legittime riservate ai cd. legittimari che, se lese, possono essere ridotte dal Tribunale civile con sentenza in caso di accoglimento della domanda di uno o più eredi legittimari nei limiti della cd quota cd. disponibile, restituendo pienezza ai diritti successori dei soggetti tutelati dalla legge e dunque dichiarando la nullità delle disposizioni testamentarie per il valore pari alla eccedenza della quota di cui il testatore poteva disporre.

Peraltro, la legge 54/06 ha introdotto il diritto del minore ad essere ascoltato dal giudice nei procedimenti che lo riguardano anche se, ovviamente, non è parte processuale dei procedimenti separativi dei suoi genitori. Invero, grazie alla introduzione della predetta normativa, in caso di separazioni e/o divorzi, i figli vengono affidati ad entrambi i genitori e non più esclusivamente al genitore convivente con la prole come in precedenza accadeva.

Nella seconda parte del testo, l'autrice si propone di spiegare quali sono i vantaggi di una gestione della crisi familiare fuori dalle aule di giustizia mediante i sistemi adr connotati da: celerità, economicità e serenità finalizzati al raggiungimento di un accordo condiviso e sostenibile al fine di tenere quanto più indenni possibili i figli dalla fine di un rapporto coniugale, di convivenza o di unione civile⁶⁵.

Il tempo, come vedremo, ha un rilievo importantissimo, in quanto una situazione che viene per troppo tempo trascinata, senza la reale comune volontà di provare a ricucire un rapporto, non giova né alla coppia né tantomeno ai figli e alle rispettive famiglie. Purtroppo, non sempre il tempo è un buon consigliere poiché, se da un lato è opportuno che le decisioni importanti non siano prese in preda alle emozioni del momento, soprattutto quando si è arrabbiati, poiché in tali circostanze non si è lucidi e il più delle volte si pongono in essere comportamenti sbagliati che, se ci fossimo fermati un istante prima, forse non li avremmo compiuti. Al contempo, anche trascinare un amore finito non è giovevole per nessuno. Infatti, quando un coniuge trascina per le lunghe un rapporto, arrivando a non sopportare più l'altro, quello stato esasperante finirà molto probabilmente per trasformare l'amore in odio

⁶⁵ Con riguardo a queste ultime, l'autrice si riferisce alle ipotesi di scioglimento delle unioni civili di quelle coppie alle quali ex art 44 co. 1 let b) della l 184/1983, il Tribunale per i minorenni abbia riconosciuto il diritto del compagno (poi divenuto civilmente unito tra le stesse parti ai sensi della legge Cirinnà) di un genitore biologico o adottivo alla adozione del figlio di quest'ultimo, divenendo così il secondo genitore del figliastro. In tali ipotesi trovano applicazione, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel capo 2° del cc. relative alla cd responsabilità genitoriale e ai diritti-doveri derivanti dalla unione anche dopo lo scioglimento del matrimonio (o dell'unione) nei riguardi dei figli. L'applicabilità delle disposizioni contenute nel capo 2° del c.c., peraltro, è espressamente sancita al co 21 della legge Cirinnà, sicché non può neanche eccipirsi il principio generale della non applicazione delle disposizioni contenute nel c.c. giacché quest'ultimo vale soltanto per quelle non espressamente ritenute applicabili ai sensi della legge Cirinnà.

e, accecato da quest'ultimo, si porranno in essere comportamenti volti a distruggere la vita dell'altro. Se anche voi ritenete che arrivare a tanto non sia giovevole né alla coppia né tantomeno ai figli è opportuno evitare il trascinarsi di amori finiti che permette a sentimenti negativi e distruttivi come il rancore di alimentare e crescere in noi arrivando a non sopportare più chi abbiamo accanto.

PRIMA PARTE:

**LA FAMIGLIA TRADIZIONALE E LE NUOVE FAMIGLIE NELLA
SOCIETA' E NEL DIRITTO⁶⁶**

⁶⁶ Introdotta dalla legge n. 76 del 20.5.2016

1. L'evoluzione nel tempo del concetto di famiglia nella società e nel diritto

Il significato del termine “famiglia”, nel corso degli anni, ha subito profondi cambiamenti. Di questo fenomeno doveva esserne consapevole già lo stesso legislatore nel momento in cui scriveva la nostra Carta Costituzionale in quanto, tra le altre disposizioni inerenti la famiglia⁶⁷, tra i principi generali all'art. 2, sanciva che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che come formazione sociale in cui si svolge la sua personalità”, ivi comprendendo dunque, come rilevato dalla dottrina⁶⁸ e dalla giurisprudenza⁶⁹, la cd. *convivenza more uxorio*. Invero, l'orientamento prevalente ritiene che la distinzione tra la famiglia legittima e quella naturale⁷⁰ risieda, rispettivamente, nelle disposizioni di cui agli artt. 29 e 2 Cost. in quanto la prima⁷¹ definisce la cd. famiglia “legittima” come una società naturale fondata sul matrimonio, mentre l'art. 2 Cost. tutela le cd. coppie di fatto⁷² e, a seguito della legge Cirinnà⁷³, anche quelle omosessuali, riconoscendo ad entrambe la dignità di famiglia quale espressione del diritto inviolabile dell'uomo come “formazione sociale in cui si svolge la sua personalità”⁷⁴. Prima della entrata in vigore della predetta legge, nelle coppie di fatto rientravano anche quelle formate da persone omosessuali mentre, con l'entrata in vigore della predetta legge, tali persone⁷⁵ hanno visto riconoscersi i diritti prima

⁶⁷ Rif. artt. 2, 3, 29 e 30 Cost

⁶⁸ Rif. Torrente-Shlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2010; Gazzoni, *diritto privato*, Cedam, 2008; Autorino, *la famiglia non fondata sul matrimonio*, Studi Rescigno 1998.

⁶⁹ Rif. Corte cost., sent. n. 138 del 23.3.2010, pubblicata in G.U. il 21.4.2010; Corte Cost. sent. n. 170 dell'11.6.2014, pubblicata in G.U. il 18.6.2014

⁷⁰ Tale accezione è stata introdotta a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 in sostituzione del precedente aggettivo qualificativo “illegittima”, in attuazione del dettato di cui all'art. 30 co. 3 Cost. secondo cui “la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale”.

⁷¹ Rif. art. 29 Cost

⁷² L'orientamento prevalente della giurisprudenza, ormai da moltissimi anni, ha ricompreso all'interno delle convivenze di fatto non soltanto quelle formate da coppie eterosessuali ma anche quelle di formazione omosessuale. Al riguardo, si ricorda Trib. Roma, sent. n. 13445 del 20/11/1982, la quale già da allora affermava che la convivenza *more uxorio* derivi da “cum cubar” che vuol dire “giacere insieme” e che, pertanto, può essere applicabile anche alle convivenze omosessuali; conf. Trib. Firenze, sent. del 11.8.1986, in *Dir. Eccl.*, 1989, II, pag. 367.

⁷³ Questa legge è entrata in vigore il 15° giorno successivo alla pubblicazione della stessa (21.5.2016) e dunque dal 5.6.2016

⁷⁴ Rif. Prosperi, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino, 1980; D'Angeli, *la tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995; De Luca, *La famiglia non coniugale*, Padova, 1996.

⁷⁵ Rif coppie omosessuali

spettanti soltanto alle coppie coniugate, ad eccezione di quelli contenuti nel c.c. non espressamente richiamati dalla predetta legge e di quelli sanciti nella legge sulle adozioni salvi quei “casi particolari” previgenti (art. 44 co. 1 let b) che erano e rimangono riconoscibili dalla giurisprudenza anche in favore delle coppie omosessuali; nonché il dovere di fedeltà che resta una peculiarità di chi si sposa.

Tra le disposizioni costituzionali in materia familiare, inoltre, non scarsa importanza, assume il dettato dell'art. 30 Cost. che, invece, tutela i figli nati da genitori non coniugati. A seguito delle modifiche legislative, introdotte dalla legge delega n. 219/12 e dal d.lgs. 154/13, si è pervenuti ad una unicità di status di figlio eliminando le precedenti distinzioni di quest'ultimo in “legittimo” e “naturale” e sostituendole rispettivamente con le espressioni “nato nel matrimonio” e “nato fuori dal matrimonio”. Ben lungi dal voler essere una mera formalità linguistica, come rilevato da alcuni commentatori⁷⁶ della riforma sulla filiazione, il legislatore ha cercato di eliminare le differenze sostanziali e processuali pervenendo ad una maggiore eguaglianza tra situazioni giuridiche di fatto analoghe. Invero, prima della entrata in vigore della riforma della filiazione degli anni 2012-2013, tra le discriminazioni tra ‘figli’⁷⁷ e ‘figliastri’⁷⁸, come rilevato da taluni⁷⁹, quella più importante consisteva nella impossibilità per questi ultimi di acquisire la parentela (a differenza dei primi) con ingiuste disuguaglianze anche sul piano successorio. Infatti, i figli naturali potevano divenire eredi soltanto per espressa volontà del de cuius nel testamento ma non anche per successione legittima. Peraltro, anche a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 - con la quale si era giunti ad

⁷⁶ Rif. Ciriello Maria Francesca in “La filiazione dopo la legge 10 dicembre 2012 n.219” pubblicato su <http://www.diritto.it/docs/35338-la-filiazione-dopo-la-legge-10-dicembre-2012-n-219> il 1.8.2013; Tessa Onida in “La legge 219/2012 e il decreto legislativo 154/2013” pubblicato su https://www.minori.it/sites/default/files/Fapprofondimento_la_legge_219_e_il_dlgs_154.pdf&usg=AFQjCNECMDn3bszLjsTaZ1TptzeNFzkbw; nonché Alessandra Mei, “la riforma della filiazione: riflessioni sul d.lgs 154/13” pubblicato in La nuova procedura civile 2/2014 del 19.2.2014.

⁷⁷ Per tali intendendosi quelli legittimi, oggi denominati “nati nel matrimonio”

⁷⁸ Per tali intendendosi quelli naturali, oggi denominati “nati fuori dal matrimonio”

⁷⁹ Rif. M. Finocchiaro, art. 537 c.c. in A.Finocchiaro-M. Finocchiaro in “diritto di famiglia” del 1984 pag 2274; V. Costanza, in commento all'art. 546, in Comm. Cian, Oppo, Trabucchi, V ed del 1992 pag. 99 e seg.

una parificazione⁸⁰ dei figli legittimi e naturali che tuttavia operava soltanto all'interno del nucleo familiare di appartenenza ma non anche nei riguardi delle famiglie legittime di origine dei loro genitori – l'ammissione o l'esclusione nel patrimonio ereditario del de cuius con i cd 'parenti naturali' (ma che allora non lo erano), erano rimessi alle espresse volontà testamentarie del de cuius. Dunque, se il defunto moriva senza aver lasciato le sue ultime volontà (nonché qualora le predette non li menzionava tra gli eredi a lui successibili), questi non diventavano eredi legittimi del de cuius poiché, come detto, erano esclusi dalla successione ex lege degli ascendenti e parenti dei suoi genitori naturali.

La legge delega contenuta nella legge 219/12 e il decreto delegato attuativo della predetta, come rilevato da un'attenta dottrina⁸¹, hanno completato il percorso iniziato dal legislatore con la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, rimuovendo quelle residue diversità tra figli di letto nuziale e non e dunque facendo acquisire la parentela a tutti i figli (e non, come prima ai soli figli legittimi) i quali, a decorrere dal 1.1.13⁸², subentrano tutti in modo eguale anche nella successione legittima (oltre che in quella testamentaria come in precedenza) degli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale. Inoltre, mentre sino alla entrata in vigore della riforma della filiazione del 2012-2013, i figli legittimi avevano il cd diritto di commutazione che consentiva loro la possibilità di liquidare in denaro le quote del patrimonio familiare spettanti ai figli naturali; con l'entrata in vigore del d.lgs 154/13 il legislatore ha altresì soppresso tale privilegio. Invero, al di là delle apparenze, la riforma della filiazione⁸³ non ha soltanto cambiato denominazione ai figli legittimi e naturali ma aveva quantomeno cercato di rimuovere quelle arcaiche e ingiuste disuguaglianze tra i figli riconoscendo loro pari dignità giuridica. Con riferimento alle differenze processuali, invece, mentre prima della riforma, il

⁸⁰ seppur con qualche privilegio per i figli legittimi

⁸¹ Maria Dossetti, "i diritti successori dei figli" in "Trattato di diritto di famiglia", vol IV, cap XX, sez. I, pag 4407.

⁸² Per approfondimenti sulla decorrenza del termine per la acquisizione della nuova parentela si vedano: Dossetti-M. Moretti-C. Moretti in "la riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali della legge 10.12.2012 n. 219", del 2013, pag. 119; Velletti in la nozione di parentela in La riforma della filiazione (a cura di C.M. Bianca) in Leggi civ. comm., 2013, pag. 441 e seg.

⁸³ Recante disposizioni sulla unicità di status di figlio e sulla uguaglianza di tutti i figli.

vecchio art. 38 disp. att. c.c. prevedeva che, quando due genitori non sposati cessassero di convivere, sull'affidamento dei loro figli era competente il tribunale per i minorenni mentre per i provvedimenti economici⁸⁴ la competenza era attribuita al giudice ordinario; l'affidamento e il mantenimento dei figli "legittimi"⁸⁵, invece, era di competenza di quest'ultimo⁸⁶; dal 1.1.2013⁸⁷ i provvedimenti aventi ad oggetto l'affidamento e il mantenimento dei figli di coppie di fatto che cessino di convivere sono state sottratte al Tribunale per i minorenni e devolute al Tribunale civile ordinario del luogo di residenza abituale del minore.

In entrambi i casi, quando una coppia smette di amarsi, a farne le spese sono sempre i figli i quali, spesso, subiscono un rallentamento della frequentazione con uno dei genitori e ascendenti di questo, il più delle volte coincidente con la figura del genitore non convivente con i figli che talvolta viene denigrata⁸⁸ agli occhi del minore dal genitore con cui questo abita prevalentemente il quale, spesso, cerca di impedire ovvero ostacolare la frequentazione tra il genitore non convivente e i figli.

Secondo taluni⁸⁹, l'unica disposizione costituzionale che parli di famiglia e matrimonio, ancorando la prima al secondo, è l'art. 29 Cost.

Secondo l'orientamento prevalente⁹⁰, condiviso anche dalla sottoscritta, invece, la famiglia considerata dal predetto articolo legislativo⁹¹ è sempre "una formazione sociale", ancorché denominata "società naturale", cui è stato dato riconoscimento ed evidenza in modo esplicito, ma non può certamente ritenersi

⁸⁴ Rif. al mantenimento

⁸⁵ Per tali intendendosi i figli di coppie coniugate

⁸⁶ Rif. al giudice ordinario, in persona del giudice della separazione o del divorzio

⁸⁷ Giorno di entrata in vigore della legge 219/12

⁸⁸ Sulla denigrazione del genitore non convivente con la prole ad opera del genitore collocatario prevalente della stessa nonché sulle ingiusti e dannosi escamotage del genitore abitante con i figli si consiglia la lettura del libro di Gian Ettore Gassani "Vi dichiaro divorziati" che con maestranza, chiarezza e semplicità spiega quali sono gli effetti anche psicologici sui minori e perché andrebbero evitati.

⁸⁹ Rif. A.C. Jemolo in "La famiglia e il diritto" in annuali della facoltà di giurisprudenza di Catania, vol. III, 1949, pag. 45 nonché C. Grassetti in "i principi costituzionali relativi al diritto familiare" in Commentario sistematico alla Costituzione italiana, Firenze, 1990 pag 293 e seg.

⁹⁰ Rif. C. Esposito in "Famiglia e figli nella costituzione italiana" in "Saggi", Padova, 1954, pag. 148; Dott. Bruno De Filippis in "La famiglia non matrimoniale nella storia del diritto" pag. 34-35 di "la separazione nella famiglia di fatto; cfr. Kelsen, "la dottrina pura del diritto", 1960 trad.it Losano, Torino, 1966, 'la Grundnorm' è definita da quest'ultimo come la "regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico".

⁹¹ Rif. art. 29 Cost.

l'unica disposizione costituzionale in materia. Peraltro, lo stesso collocamento dell'art. 2⁹² Cost. è un ulteriore rafforzativo della valenza della tesi maggioritaria, in quanto nell'espressione "riconosce e garantisce ogni formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo" è evidente come quella prevista dall'art. 29 Cost. sia soltanto una delle forme in cui può costituirsi una famiglia. Certamente, però, non può ritenersi che l'unica forma di famiglia concepibile e tutelabile dal nostro ordinamento sia soltanto quella fondata sul matrimonio.

Peraltro, come già ricordato in precedenza, nell'ambito degli artt. 2 e 3 Cost è stata attribuita dignità di famiglia a tutte le coppie omosessuali grazie alla sentenza 138/2010 della Suprema Corte Costituzionale, la quale, pur lasciando discrezionalità al Parlamento sulla attuazione dei principi sanciti nelle predette sentenze⁹³, lo esortava ad emanare una legge che riconoscesse pari dignità giuridica anche alle famiglie omosessuali consentendo loro di potersi sposare nei modi lasciati alle valutazioni politiche e alle scelte discrezionali dell'organo legislativo.

A seguito della introduzione nel nostro ordinamento della *legge sul divorzio*⁹⁴ e della cd. *riforma del diritto di famiglia* del 1975⁹⁵ si sono registrati un aumento esponenziale tanto delle separazioni quanto dei divorzi e, per l'effetto, sono andati delineandosi sempre più nuovi⁹⁶ modelli di famiglia che si sono affiancati, prima come fenomeno sociale poi con pieno riconoscimento giuridico delle stesse⁹⁷, a quello tradizionale della "famiglia nucleare"⁹⁸. Tra questi: il modello

⁹²che è posto tra i principi-libertà fondamentali

⁹³Vd. nota 62

⁹⁴Rif. legge 898 del 1970 che ha riconosciuto ai coniugi il diritto di ottenere lo scioglimento del cd. matrimonio civile ovvero la cessazione degli effetti civili derivanti da quello cd concordatario. Per approfondimenti sul tema vd. Cipriani, "La nuova legge sul divorzio. Presupposti, profili personali e processuali", Jovene, 1988; Cipriani, "Le modifiche al codice di procedura civile dalla legge 80 del 2005 ai procedimenti di separazione e divorzio" nonché Tommaseo, "Commento all'art. 4 L. 898/1970" in Commentario al diritto italiano della famiglia, Cian- Oppo-Trabucchi, VI, Padova, 1993.

⁹⁵ L. 151/1975 che, tra le altre modifiche legislative, ha riconosciuto ai coniugi l'uguaglianza morale e materiale attribuendo ad entrambi gli stessi diritti e i medesimi doveri derivanti dal vincolo matrimoniale, nonché il diritto potestativo di separarsi svincolando la separazione dalla sussistenza della "colpa" alla quale prima era subordinata, essendo sufficiente il venir meno della cd. *affectio coniugalis*

⁹⁶Rif. ai modelli monoparentale, ricomposto, ricostituito, combinatorio e di fatto

⁹⁷Rif alle famiglie di fatto e omosessuali istituite con la legge Cirinnà

⁹⁸che a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 si è sostituita a quella "patriarcale"

“monoparentale”⁹⁹, quello “ricomposto”¹⁰⁰, il “ricostituito”¹⁰¹ il “combinatorio”¹⁰² e quello “di fatto”¹⁰³ ai quali recentemente si è aggiunto quello “omosessuale”

Inoltre a decorrere dalla entrata in vigore del d.lgs. 154/13, l'espressione “potestà genitoriale” è stata sostituita con l'accezione “responsabilità genitoriale”¹⁰⁴.

Se la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 ha avuto il pregio di pervenire ad una uguaglianza morale e sostanziale dei coniugi (che, a decorrere dalla entrata in vigore della suddetta, con il matrimonio assumono i medesimi obblighi e divengono titolari di eguali diritti abrogando la soggezione della moglie alla potestà esercitata su costei dal marito); la riforma della filiazione¹⁰⁵ ha avuto anche il merito di aver soppresso l'istituto della “potestà” anche riguardo ai figli minorenni, apparentemente cambiando semplicemente nome al predetto istituto con l'espressione “responsabilità genitoriale” ovunque presente ma, sostanzialmente, spostando il focus dal potere al dovere che i genitori hanno di essere responsabili e presenti nella vita dei loro figli, anche quando subentra la cd. crisi della coppia che porti alla separazione¹⁰⁶, allo scioglimento del matrimonio¹⁰⁷ ovvero alla cessazione

⁹⁹Per tale intendendosi quelle famiglie composte da un'unica figura genitoriale e i figli

¹⁰⁰Per tale intendendosi il modello costituito da quelle famiglie che vengono a comporsi progressivamente dopo la separazione e il divorzio, quando ciascun genitore separato costituisce un altro nucleo familiare.

¹⁰¹Per tale intendendosi quello in cui uno o entrambi i partner che formano il nuovo nucleo familiare hanno figli derivanti da unioni precedenti

¹⁰²Per tale intendendosi quello in cui la famiglia è impegnata soprattutto nella moltiplicazione delle attività lavorative e, di riflesso, nell'aggregazione di una pluralità di redditi di lavoro. In questo modello, diversamente da quello patriarcale in cui lavorava solo il pater familias e la donna si occupava solo dell'allevamento dei figli e delle cure della casa, in questo entrambi i coniugi cercano di contribuire per accrescere la capacità complessiva di spesa e di risparmio: si ricorre al doppio lavoro, all'impiego sempre più massiccio e frequente delle donne, ai lavoretti stagionali etc.

¹⁰³Per tale intendendosi quello in cui due persone decidono di non sposarsi, preferendo convivere prestando spontaneamente la solidarietà e l'assistenza morale e materiale tra i conviventi

¹⁰⁴Vd. anche Bianca, *La nuova disciplina in materia di affidamento condiviso: prime riflessioni*, Diritto e famiglia, 2006; Cavalieri-Predazza-Gorleo-Sciullo, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare. Autonomia del minore tra famiglia e società* a cura di Rescigno, 1980.

¹⁰⁵Rif. alla legge 219/12 e al d.lgs.154/13

¹⁰⁶Rif. alle coppie sposate che, in virtù del venir meno del presupposto quale è l'affectio coniugalis, mettano provvisoriamente fine al rapporto coniugale mediante ricorso alla separazione consensuale omologata dal Tribunale del luogo di residenza dei coniugi ovvero mediante ricorso alla separazione giudiziale in cui, all'udienza di comparizione personale dei coniugi in cui, il Presidente dopo aver esperito il tentativo di riconciliazione tra i coniugi, li autorizza a vivere separatamente con sospensione dei doveri di fedeltà e convivenza derivanti dal matrimonio ed emette i provvedimenti provvisori in ordine alla

degli effetti civili derivanti da quest'ultimo¹⁰⁸ o alla cessazione della convivenza more uxorio¹⁰⁹; alla legge Cirinnà, invece, deve riconoscersi i pregi: di aver quantomeno cercato di pervenire ad una pressoché uguaglianza di diritti tra le famiglie tradizionali (coniugate) e quelle omosessuali (civilmente unite); di aver riconosciuto valenza giuridica ai “conviventi di fatto” dando anche a queste ultime ‘formazioni sociali’ la dignità di famiglia; nonché di avere esteso la responsabilità genitoriale e il diritto del minore adottato dal convivente (omosessuale) del proprio genitore ex art. 44 co. 1 l. 184/1983 alla conservazione inalterata del rapporto con entrambi i genitori¹¹⁰, anche quando subentra lo scioglimento della unione civile dei predetti genitori. A quest'ultima novella legislativa, tuttavia, deve riconoscersi anche il difetto di non aver ampliato l'applicabilità della misura di degiurisdizionalizzazione ex art. 6 legge 162/14 anche alle liti insorte tra genitori che cessino la loro convivenza di fatto anche se questi ultimi non siano stati prudenti, in sede di stipula del contratto di convivenza, prevedendo, nell'ambito della loro autonomia negoziale, la possibilità di invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita finalizzata alla composizione bonaria della controversia mediante un accordo stragiudiziale. Quest'ultimo, come rilevato da taluni¹¹¹, dovrà essere poi autorizzato dal Procuratore della Repubblica presso il

regolazione dei rapporti personali e patrimoniali della separazione. A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 132/14, convertito con modifiche dalla legge 162/14, chi intende addivenire ad una separazione, a d un divorzio ovvero alla modifica delle condizioni dei predetti può, in alternativa ai rimedi giurisdizionali suddetti ricorrere alla misure di degiurisdizionalizzazione introdotte dagli artt. 6 e 12 l. 162/14 in materia di negoziazione assistita e ricorso fai da te innanzi al Sindaco del luogo di residenza di uno dei coniugi o del luogo in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto

¹⁰⁷ Rif. a quello contratto con rito civile

¹⁰⁸ Con rif. ai matrimoni celebrati con rito concordatari

¹⁰⁹ Rif. alle coppie che abbiano optato per il regime libertino della coppia ma che in presenza di figli comuni devono ricorrere al giudice per i provvedimenti regolanti i rapporti personali ed economici dei genitori nei confronti dei figli non diversamente dalle coppie coniugate che decidano di mettere provvisoriamente o definitivamente fine al loro rapporto di coniugio

¹¹⁰ Rif a quello biologico e a quello nei confronti del quale in Tribunale abbia riconosciuto il diritto all'adozione del figlio del proprio partner ex art. 44 co. 1 let b) l. 184/83

¹¹¹ Rif. Domenico De Rito nelle Sue riflessioni sulla negoziazione assistita contenute nell'ebook “*L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*” (redatto insieme a Gianluca Ludovici sebbene quest'ultimo si sia occupato dell'arbitrato di prosecuzione delle liti) pubblicato il 17.12.2014 su www.lanuovaproceduracivile.com e nel saggio (anch'esso redatto con l'Avv. Gianluca Ludovici sebbene quest'ultimo si sia occupato del divorzio breve e del collegamento del predetto con le misure di degiurisdizionalizzazione) “*Alternative dispute revolution: le questioni familiari alla prova delle più*

Tribunale territorialmente competente ai sensi dell'art. 6 della legge 162/14.

Tale lacuna è lesiva del diritto di eguaglianza dei minori e delle famiglie in cui essi vivono in quanto discriminano nuovamente i figli dei conviventi e pertanto necessita di essere aggiustata¹¹² poiché a costoro è impedito (a differenza di chi si separa, divorzi ovvero agli omosessuali che sciolgano la loro unione) il ricorso alla formazione di un accordo separativo stragiudiziale¹¹³ dell'affidamento e del mantenimento dei figli dei conviventi che cessino di convivere. Sarebbe opportuno (oltre che doveroso) che tale strumento ADR potesse trovare applicazione anche in tutte le cessazioni delle convivenze di fatto giacché questo è un modo senz'altro più civile, più celere, più economico e più salutare per tutta la famiglia in quanto consente di contenere gli effetti collaterali tipici delle liti giudiziarie in cui i figli sovente, divengono 'vittime di una carneficina giudiziaria'.

recenti riforme processuali e sostanziali dalla disciplina della negoziazione assistita per le ipotesi di separazione e divorzio consensuali alla recente normativa sul cosiddetto "divorzio breve" pubblicato il 6.7.2015 in La nuova procedura civile n 2/2015 nonché Alessandra Mei nell'articolo "diversi modi per separarsi, divorziare e/o modificare le condizioni dei predetti: negoziazione assistita dagli avvocati, mediazione familiare, innanzi al Sindaco e il cd. divorzio breve" pubblicato il 20.10.2015 in La nuova procedura civile 3/2015

¹¹² Rif. De Flippis B., *Affidamento condiviso nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2° ed, 2007.

¹¹³ Rif alla negoziazione assistita

2. IL MATRIMONIO NELLA SOCIETÀ E NEL DIRITTO.

2.1 Il matrimonio e la famiglia

In Italia **il matrimonio** è un negozio giuridico con il quale **due persone di sesso diverso** costituiscono un **nucleo familiare** formato dai due coniugi e dalla eventuale filiazione. Fino a circa 30 anni fa, tale strumento costituiva l'unico modo con il quale due persone di diverso sesso potevano costituire una loro famiglia con i diritti e doveri ad esso scaturenti per legge. Mentre prima della cd. riforma del diritto di famiglia del 1975, il regime patrimoniale della famiglia stabilito dalla legge era quello della separazione dei beni; con l'entrata in vigore della suddetta riforma, esso¹¹⁴ è divenuto quello della comunione dei beni. A tal ultimo proposito si precisa che è tuttavia prevista la possibilità per le parti di derogare a tale previsione, scegliendo espressamente, al momento della sottoscrizione dell'atto di matrimonio, il regime della separazione dei beni, ovvero mediante la stipula di una convenzione matrimoniale ai sensi degli artt. 162 e seg. c.c.. In entrambi i casi, i rapporti patrimoniali, diversi da quello della comunione legale, affinché siano opponibili nei confronti di terzi, dovranno risultare dai pubblici registri.

Il matrimonio, infatti, 'tutela' non solo gli interessi dei due soggetti ma anche quelli dei loro figli con effetti giuridici¹¹⁵ che si riflettono nella società di cui essi fanno parte. Infatti è previsto un regime di pubblicità notizia del regime patrimoniale dei coniugi consistente nella annotazione nei pubblici registri dello stato civile accanto allo status di coniugato della persona.

Nell'Occidente la famiglia nucleare, intesa come comunità in cui vivono i due sposi con i loro figli, è sempre stata la forma più comune, riconosciuta già nel diritto romano. La maggior parte delle società non occidentali, invece, riconosce una definizione più ampia di famiglia, che comprende una rete familiare estesa.

¹¹⁴ Rif. il nuovo regime patrimoniale legale della famiglia

¹¹⁵ Si pensi al regime delle trascrizioni nei pubblici registri dello stato patrimoniale prescelto dai "promessi sposi" che producono effetti di pubblicità-notizia nei confronti dei terzi creditori dei coniugi. Si ricorda che, in caso di mancata espressione del regime patrimoniale della famiglia si presume quello della comunione legale.

2.2 Diritti e doveri derivanti dal matrimonio in Italia

Nell'ordinamento giuridico italiano con il matrimonio gli sposi divengono titolari di reciproci diritti e doveri. Tra questi ultimi si ricordano: il dovere di coabitazione, di fedeltà, di collaborazione nell'interesse della famiglia e di assistenza morale e materiale. Accanto ai predetti, il matrimonio impone ad ambedue i coniugi il dovere di mantenere, istruire, educare e amare i figli secondo quanto previsto dall'art. 315 bis c.c., nonché stabilisce una relazione tra le famiglie di origine rispettivamente del marito e della moglie¹¹⁶.

Mentre taluni diritti /doveri¹¹⁷ coniugali aventi un carattere di reciprocità possono sospendersi con la separazione personale dei coniugi a decorrere dalla udienza di comparizione personale delle parti innanzi al Presidente del Tribunale, autorizzativa a vivere separatamente; quelli afferenti la cd responsabilità genitoriale¹¹⁸, al contrario dei primi, non devono subire alcuna interruzione anche nel caso in cui tra i genitori insorga una separazione e/o divorzio. A comprova di ciò, infatti, il legislatore con la introduzione della legge¹¹⁹ sull'affido condiviso, ha posto al centro della coppia che intende separarsi, sciogliere il matrimonio o farne cessare gli effetti civili da esso scaturenti ovvero cessare la convivenza more uxorio, il diritto del minore alla conservazione della bigenitorialità anche dopo la crisi del rapporto di coppia tra i suoi genitori. Come già accennato, infatti, i figli hanno diritto a mantenere inalterato il rapporto affettivo con ciascun genitore¹²⁰ nonché a

¹¹⁶ Vd. Zatti, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in Trattato di diritto privato, Rescigno (diretto da), 3, II, 2° ed., Utet, 1996; Villa, *Gli effetti del matrimonio in il diritto di famiglia*, Bonilini-Cattaneo (trattato diretto da), I, Utet, 1997.

¹¹⁷ Rif alla coabitazione e alla fedeltà

¹¹⁸ Per approfondimenti sui diritti e doveri dei genitori si veda G.F. Basini in Trattato di diritto di famiglia volume IV, parte III cap. XII pag. 4045 e seg.

Al riguardo si precisa che, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge Cirinnà sulle unioni civili (co. 1-35), qualora queste ultime dovessero sciogliersi, se le parti in virtù di una sentenza del Tribunale per i Minorenni (precedente alla crisi familiare) abbia riconosciuto il diritto del convivente ad adottare il figliastro del partner, il genitore adottante soggiace insieme a quello biologico o naturale ai doveri di educazione, istruzione, cure e mantenimento in proporzione alle proprie sostanze e alle capacità lavorative professionali e casalinghe finché l'adottato non divenga autosufficiente.

¹¹⁹ Rfi legge 54/06

¹²⁰ Tale diritto è stato esteso, come vedremo, anche ai figli adottivi ai sensi dell'art. 44 co. 1 let. b) della legge sulle adozioni in quanto, sebbene limitati esclusivamente a tali ipotesi (che restano ferme anche dopo la legge istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso), in caso di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, i loro figli dovranno rimanere quanto più indenni possibili

conservare significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale nonostante tra i loro genitori sia insorta la crisi del rapporto di coniugio o di convivenza¹²¹.

2.3 I rapporti sessuali nella società e nel diritto

Secondo la religione cristiano-cattolica, ma anche in altre società con diverse matrici culturali e religiose¹²², il matrimonio è tradizionalmente un prerequisito per i rapporti sessuali, finalizzati comunque alla legittimazione di una prole in grado di ereditare il patrimonio familiare. Secondo tali insegnamenti i rapporti sessuali tra persone non sposate non sono ammessi sebbene tale pratica costituisca un'ipotesi tutt'altro che infrequente. Ben lungi dal voler esaminare in questa sede i motivi religiosi su cui si fonda l'assurdo divieto di avere rapporti prematrimoniali, tuttavia, è quantomeno doveroso fermarsi a riflettere sulla importanza della "prima volta" e sulle ricadute psicologiche e le conseguenze derivanti da un rapporto incosciente¹²³ e/o irresponsabile¹²⁴. Come rilevato da un giornalista¹²⁵, un'indagine dell'Osservatorio Nazionale sulla Salute dell'Infanzia e della Adolescenza, condotta nel 2013 su 1400 giovani appartenenti a 7 scuole diverse, ha evidenziato che il 19% di essi ha rapporti sessuali prima dei 14 anni. Tale dato, se confrontato con quelli

dalle vicende divorzili e ad essi si estenderanno il diritto (già previsto per quelli nati nel matrimonio e fuori da quest'ultimo) alla bigenitorialità

¹²¹ Con riferimento al diritto del minore figlio di coppie non sposate che cessino di convivere si precisa che, prima della entrata in vigore della riforma della filiazione, i figli naturali non acquisivano la parentela. Tale situazione aveva delle ricadute anche in ambito successorio in quanto, in assenza di disposizioni testamentarie non divenivano ex lege eredi. Tale situazione è cambiata grazie alla legge 219/12 e al d.lgs. 154/13 grazie ai quali con l'unicità di status di figlio e l'eguaglianza morale e giuridica di tutti i figli, anche quelli oggi denominati "nati fuori dal matrimonio" acquisiscono la parentela e con essa il diritto del figlio nato fuori dal matrimonio alla frequentazione di ascendenti di ciascun ramo genitoriale.

¹²² Rif. alla religione ebraica e musulmana

¹²³ Per tale intendo quello consumato senza la consapevolezza di ciò che si fa e delle sue eventuali conseguenze a causa della mancata lucidità o volontà di farlo

¹²⁴ Rif. ai troppi rapporti non protetti ad alto rischio di gravidanze indesiderate nonché al possibile contagio di malattie sessualmente trasmissibili

¹²⁵ Rif. Sandro Jannicone in "Sessualità ed adolescenza, ecco qualche dato" pubblicato su <http://www.wired.it/lifestyle/salute/2014/03/10/sexualita-adolescenti-dati/> il 10.3.2014; nonché "Una gravidanza su 5 è indesiderata. Boom di mamme a 14 anni" pubblicato su http://www.ilmessaggero.it/primopiano/sanitu00e0/gravidanza_minorenne_mamma_italia-309947.html il 27.2.2014

dell'anno precedente, risulta cresciuto di circa il doppio. Se questo dato è già di per sé un po' triste, esso assume il carattere della gravità se si considera che il 73% di coloro che hanno avuto rapporti sessuali sono totalmente ignari delle malattie sessualmente trasmissibili e il 33%, invece, pensa che la loro incidenza sia trascurabile.

Accanto a questo fenomeno ve ne è un altro non meno importante, rilevato da un sondaggio condotto nel 2012 dalla Società Italiana di Ginecologia e Ostetricia¹²⁶ : il mancato utilizzo di contraccettivi nel primo rapporto, specie da parte delle infraventicinquenni in cui il tasso di non utilizzo arriva sino al 42% dei casi. Tale fenomeno ne ha prodotto altri due:

- l'aumento delle mamme giovanissime per lo più quattordicenni e comunque minorenni che restano incinte non perché lo vogliano ma perché c'è una scarsa cultura del sesso sicuro;

- l'interruzione volontaria della gravidanza.

Un altro dato preoccupante è che, spesso, alla prima volta le teenagers ci arrivano a causa di un trascinarsi dei comportamenti del gruppo della pari e da un desiderio di dimostrare a costoro di essere pronte anche quando, in realtà, non lo sono affatto.

Invero, l'amore in età adolescenziale, se fatto senza la reale volontà e consapevolezza da parte di entrambi, può portare una serie di conseguenze tutt'altro che irrilevanti sul piano psico-fisico. In primis sul piano fisico, se fatto senza una reale profonda conoscenza dell'altro, può essere causa di contrazione di malattie sessualmente trasmissibili oltre che di nascite indesiderate. Invero in tale ultimo caso, una ragazzina si troverebbe a dover scegliere se portare avanti una gravidanza o, peggio ancora, se interromperla volontariamente entro il 3° mese dal concepimento. In entrambi i casi, ma peggio ancora in quest'ultimo, pagherà sulla sua pelle e con la sua coscienza il prezzo di un amore immaturo, irresponsabile e sbagliato. Purtroppo, tale prezzo è troppo alto per poterlo soltanto curare dopo che il danno è ormai compiuto. E' invece necessario che si prevenga anzitutto informando

¹²⁶ Detta anche S.I.G.O.

in modo chiaro e completo come fare per farlo in modo ‘sicuro’ e responsabile non soltanto usando il cervello ma anche facendolo con il cuore. Insomma dovremmo insegnare ai ragazzi cos’è l’amore, come riconoscerlo dalla semplice cotta e accompagnarli (senza sostituirci a loro nelle scelte) nel cammino della vita innanzitutto trasmettendo loro la sicurezza in sé stessi valorizzandoli e insegnando loro che ‘chi ti ama aspetta i tuoi tempi’. Infatti se l’educatore si limitasse ad insegnare al figlio/a di farlo con le dovute precauzioni conterremmo soltanto gli effetti da nascite indesiderate e da contrazione di malattie sessualmente trasmissibile ma non anche i traumi psicologici derivanti da un pessimo ricordo della prima volta. Infatti è altresì importante che quando decideranno di avere il loro primo rapporto sessuale siano loro a scegliere con chi farlo, dove e quando e non a farsi trascinare dagli eventi o dalle persone. Soltanto infondendo una forte autostima e una giusta dose di sicurezza di sé e di amor proprio nei nostri figli questi ultimi potranno a loro volta, crescendo, intessere e mantenere in modo sano e responsabile delle relazioni affettive, rispettando anche l’altro. Soltanto in tal modo a mio parere potremmo arrivare ad una maturità affettiva tale da trovare in seno al sentimento che unisce due persone il vero rispetto della fiducia che l’altra pone nelle nostre mani e di cui dovremmo essere degni custodi dandone prova quotidiana perché è ciò che vogliamo e non perché se non lo si fa vi sono delle conseguenze giuridiche (addebito della separazione purché sia provato il nesso di causalità tra l’inosservanza del dovere coniugale e la crisi familiare).

In alcune culture il concetto di *dovere coniugale* stabilisce che è diritto di entrambi i coniugi avere rapporti sessuali con il proprio consorte, e che quindi è dovere di ciascuno avere rapporti sessuali con l’altro. Nella maggior parte degli Stati occidentali, buona parte della popolazione accetta (da tempi relativamente recenti) che si possa praticare sesso o formare famiglie senza la necessità di contrarre matrimonio e, dunque, sono andati formandosi sempre di più nuovi modelli familiari, quali ad esempio le *famiglie cd ricomposte* e - cioè quelle di coloro che a seguito della crisi familiare, decidano di risposarsi - ovvero di *convivere more uxorio* con la possibilità di mettere al mondo altri figli con il partner convivente e

dunque dei “figli nati fuori dal matrimonio”¹²⁷.

Fare sesso con una persona diversa dal coniuge integrava un illecito penale: l’adulterio. Invero, nella maggior parte delle società, tali comportamenti erano contrari al buon costume e pertanto biasimati e talora criminalizzati. In Italia il reato di adulterio è stato abrogato a seguito della storica pronuncia¹²⁸ della Corte Costituzionale del 1968, quando i giudici hanno dichiarato incostituzionale il previgente articolo legislativo che sanzionava l’adulterio in quanto soggetto attivo del reato era la sola donna, non costituendo invece reato il tradimento eventuale dell’uomo sposato, in violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Successivamente, nel 1975, la legge di riforma del diritto di famiglia, tra le altre disposizioni, ha attuato il principio contenuto nell’art. 29 comma 2 Cost. secondo cui “il matrimonio è ordinato alla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare” attribuendo ad entrambi gli stessi diritti e i medesimi doveri scaturenti dal matrimonio contenuti negli artt. 143-147¹²⁹ c.c.

2.4 Restrizioni al matrimonio e introduzione del diritto per le persone dello stesso sesso di unirsi civilmente

Molte società nel mondo hanno tradizionalmente posto restrizioni al matrimonio tra consanguinei, con più persone¹³⁰ nello stesso periodo, oltre che tra persone dello stesso sesso. In particolare, quest’ultimo tema è divenuto estremamente sentito dalla collettività ed è sempre più attuale, essendo stata recentemente approvata e promulgata la legge Cirinnà recante disposizioni sulla costituzione, regolazione ed estinzione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso oltre che disciplinata la convivenza di fatto sia tra persone eterosessuali che ‘same sex’ (stesso sesso) che entrerà in vigore il 5.6.2016. Invero, il Senato in data

¹²⁷ così denominati dal legislatore a seguito della entrata in vigore della legge 219/12 e del d.lgs. 154/13 in sostituzione del termine “naturali” riferito ai figli

¹²⁸ Rif. alla sentenza corte Cost. n. 126 del 1968

¹²⁹ Per approfondimenti sul tema si vedano: Tommaso Bonamini in “Trattato di diritto di famiglia” (diretto da Giovanni Bonilini) vol. 1°, parte II, cap. 10.

¹³⁰ Rif. ai cd matrimoni poligamici

25.2.2016 approvava l'allora ddl Cirinnà¹³¹ seppur con qualche modifica rispetto al testo originario che possono schematicamente così riassumersi:

- eliminazione delle disposizioni relative al dovere di fedeltà degli uniti civili,
- eliminazione delle disposizioni relative alla *stepchild adoption*¹³².

Quanto ai doveri derivanti dalle unioni civili tra persone dello stesso sesso è rimasto "l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione" mentre è stato espunto quello di fedeltà tra i contraenti per marcare le differenze con il matrimonio che invece è e rimane una prerogativa esclusiva delle coppie eterosessuali che si sposano.

Due persone dello stesso sesso, per poter essere civilmente unite dall'Ufficiale dello stato civile è necessario che entrambe le persone siano maggiorenni e che la stipula della convenzione avvenga, come per il matrimonio, davanti a due testimoni. Quanto alle restrizioni soggettive, analogamente a quanto previsto con riferimento al matrimonio, non possono essere civilmente unite: persone già sposate o che abbiano già contratto un'unione civile con altro soggetto. Ovviamente lo status di divorziato non osta, come per il matrimonio, alla contrazione di un'unione civile.

Sebbene la scrivente non ami l'idea di 'definire' matrimonio l'unione tra persone dello stesso sesso, a fronte di un riassetto sociale il legislatore ha dovuto riconoscere che il fenomeno suddetto è una realtà socialmente diffusa e, conseguentemente, ben ha fatto a consentire anche alle persone aventi lo stesso sesso la possibilità di unirle civilmente secondo i principi di cui agli artt. 2 e 3 della nostra Carta Costituzionale prevedendo per costoro uno strumento diverso da quello tradizionale che invece è rimasto ancorato al requisito imprescindibile della diversità di sesso degli sposi; mentre male ha fatto a svilire le unioni civili ad una 'brutta copia del matrimonio' dal quale si distingue oltre che per l'impossibilità di adottare

¹³¹La cui bozza è stata poi definitivamente approvata anche dalla Camera dei deputati l'11.5.2016 e divenuta legge dello stato n. 76 del 20.5.2016 a seguito della promulgazione ad opera del Presidente della Repubblica pubblicata sulla G.U. n. 118 il 21.5.2016

¹³²Fermo restando quanto previsto e consentito dalle disposizioni vigenti in materia di adozione (art 44). Al riguardo si evidenzia che in due mesi dalla approvazione dal senato della bozza del ddl Cirinnà, oggi legge, ci sono stati 5 casi in cui i giudici di merito hanno disposto nell'interesse del minore l'adozione del figlio naturale o adottivo del proprio partner a coppie omosessuali

bambini in stato di abbandono anche per l'assenza del dovere di reciproca fedeltà. Se ciò potrebbe, ad onor del vero anche costituire una maturità del rapporto affettivo che non dovrebbe necessitare neanche per noi eterosessuali un dovere (giuridico) imposto dall'esterno della coppia, bensì dovrebbe costituire un'obbligazione naturale in cui le parti vogliono essere fedeli dandone reciproca dimostrazione quotidiana concreta di amore e devozione totale all'altro, è vergognoso, oltre che costituzionalmente illegittimo¹³³, che un'unione civile, anch'essa figlia dello stesso sentimento (l'amore), non soggiace agli stessi doveri, incluso quello di fedeltà, dettati per le coppie eterosessuali che si sposino.

Invero, prima della definitiva approvazione delle disposizioni contenute nella legge Cirinnà¹³⁴, il diritto a unirsi civilmente tra persone dello stesso sesso era dei pochi economicamente benestanti che oltralpe potevano coronare il loro sogno, che nel nostro Paese era di fatto negato solo a chi non aveva la forza economica di risolvere, in altro modo, un problema che per l'Italia è stato molto difficile affrontare. Ciò significava ledere il diritto di uguaglianza costituzionalmente garantito per una vigliaccheria che per anni ha dimenticato che lo Stato italiano in teoria è laico ma in pratica no. Personalmente, non ho trovato mai giusto che si imponessero delle restrizioni che operavano solo per i comuni mortali non benestanti se 'la legge è uguale per tutti'¹³⁵.

Ciò che ha impedito al nostro paese (solo apparentemente) di estendere la *stepchild adoption* (adozione del figliastro) anche alle coppie omosessuali civilmente unite e dunque di consentire ad una coppia di omosessuali in cui uno è genitore biologico o adottivo di un figlio di far diventare quest'ultimo figlio adottivo da parte dell'altro che, di fatto, già poteva divenire il secondo genitore ex art. 44 co. 1 let. b legge sulle adozioni, è stato il timore che tale riconoscimento potesse

¹³³ Con rif. all'art. 3 Cost.

¹³⁴ avente ad oggetto la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto

¹³⁵ Sul tema vd. anche Oberto G., *i diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cap. 10, Cedam 2012; Aa.Vv., *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato* a cura di Bilotta, Milano-Udine, 2008.

costituire l'escamotage per ricorrere alle pratiche dell'utero in affitto¹³⁶ per gli uomini e della fecondazione eterologa per le donne, entrambe vietate¹³⁷ dal nostro ordinamento e non previste nell'art 5 ddl Cirinnà originario.

2.5 Il riconoscimento del matrimonio

Lungi dal limitarsi a questione privata fra i coniugi, il matrimonio è storicamente sempre registrato come atto pubblico, momento di formalizzazione pubblica verso i terzi e verso le istituzioni dell'unione coniugale. Diverso è ovviamente il tipo di riconoscimento, di registrazione, di presa d'atto da parte degli ordinamenti giuridici e delle comunità religiose, originandosi in questa differenza una sostanziale diversità di considerazione. Le coppie, solitamente, attraverso il matrimonio, cercano il riconoscimento sociale della loro unione, e molte società richiedono l'approvazione ufficiale da parte di un ente religioso o civile.

I sociologi distinguono così la cerimonia religiosa del matrimonio dal *matrimonio civile*¹³⁸, sancito dallo Stato e dunque dagli effetti giuridici derivanti da quest'ultimo. Infatti, secondo la religione cattolica, il matrimonio è un sacramento e dunque un'unione indissolubile se non nei casi di nullità essendo, in tali ultimi casi, intaccato il presupposto della libertà di autodeterminazione nella scelta e dunque viziato sin dall'inizio il consenso.

Per "matrimonio civile", invece, si intende il rito celebrato ai soli fini giuridici, mentre con l'espressione "matrimonio religioso o confessionale" ci si riferisce alle unioni celebrate da un ministro del culto. In alcuni ordinamenti giuridici, come quello italiano, è previsto il riconoscimento (talvolta meramente ricettizio) del rito religioso, cui possono farsi discendere gli effetti civili (spesso a condizione che sia richiesto). Il modo in cui un matrimonio viene sancito è cambiato nel tempo, così come l'istituzione stessa del matrimonio. Nella maggior parte degli stati occidentali (tra i quali quello italiano), il matrimonio può essere celebrato da un sacerdote,

¹³⁶ Da altri denominate surrogazione di maternità

¹³⁷ Rif legge 40/04

¹³⁸ Per approfondimenti sul tema si veda Andrea Natale in "il matrimonio civile" in Trattato di diritto di Famiglia (a cura di Giovanni Bonilini), vol. 1°, pag. 151 e seg.

ministro o autorità religiosa; in tal caso questo¹³⁹ agisce simultaneamente come autorità religiosa e come ufficiale dello stato. Invero, in Italia ciò è possibile mediante la celebrazione del “matrimonio con rito concordatario”¹⁴⁰, per cui la semplice celebrazione cattolica può avere anche gli effetti civili (attraverso la sua trascrizione).

Alcuni stati ammettono i matrimoni tra persone dello stesso sesso o le unioni civili e il matrimonio può essere anche non formalmente celebrato ma sancito per legge come nei matrimoni di fatto (*common-law marriage*) in cui è previsto un riconoscimento formale degli effetti del matrimonio per le coppie che vivono insieme anche senza la celebrazione effettiva del rito¹⁴¹. Nei tempi moderni, il termine *matrimonio* viene generalmente riservato ad un'unione approvata dallo Stato. La locuzione *legalmente coniugato/a* è usata per dare maggior risalto a questo aspetto in quanto il matrimonio, anche se celebrato soltanto con rito civile, è lo strumento giuridico mediante il quale due persone, aventi i requisiti¹⁴², possono acquisire lo status di coniuge a seguito della comune volontà espressa dai nubendi all'Ufficiale dello Stato civile alla presenza di 2 testimoni. Infatti, la dichiarazione di “marito e moglie” resa dall'Ufficiale dello stato civile o dall'autorità religiosa celebrante – riassume e presuppone il consenso prestato dai promessi sposi a prendersi in marito e moglie e dunque ad emigrare, a seguito della iscrizione o trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile di “coniuge” in luogo di quello di “celibe”, “nubile” o “libero”. Lo status di “libero”¹⁴³ si acquista con la sentenza che attesta lo scioglimento del matrimonio ovvero la cessazione degli effetti civili derivanti da quest'ultimo. Con la legge n. 76 del 20.5.2016 il legislatore ha affermato che tale status si acquista anche a seguito dello scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ex art. 1 co. 22-25. Con riferimento

¹³⁹Rif. al ministro di culto cattolico

¹⁴⁰Per approfondimenti si veda Raffaele Botta in *trattato di diritto di famiglia* (a cura di Giovanni Bonilini), vol. 1°, cap. 7 pag. 535 e seg.

¹⁴¹Per maggiori approfondimenti vd. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam 2012.

¹⁴²Sanciti agli artt. 84, 85,86,87, 88 e 89 c.c.

¹⁴³A seguito della entrata in vigore della legge Cirinnà, dal 5.6.2016 lo status di libero potrà estendersi anche alle ipotesi di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso

ai matrimoni, prima della entrata in vigore della legge 55/15 sul cd. divorzio breve, potevano domandare il cd. *divorzio*¹⁴⁴ coloro che fossero separati legalmente da almeno tre anni che decorrevano dalla data di udienza presidenziale della separazione con la quale il giudice autorizzava i coniugi a vivere separatamente ovvero dalla data di comparizione degli stessi innanzi al presidente confermativa della volontà delle parti di separarsi consensualmente alle condizioni stabilite nell'accordo allegato al verbale di udienza. Invero, secondo la dottrina¹⁴⁵ a giurisprudenza¹⁴⁶, il termine legale per domandare ed ottenere la 'liberazione definitiva dal vincolo matrimoniale' decorre dalla cd. udienza presidenziale della separazione personale dei coniugi anche quando questa, iniziata come contenziosa ex art. 708 c.p.c., si sia trasformata in consensuale ai sensi dell'art. 711 c.p.c.. I sostenitori di tale tesi, infatti, con riferimento alle separazioni introdotte con rito giudiziale e successivamente trasformate in consensuale, evidenziano che la coabitazione e il dovere di fedeltà sono sospesi anche in queste ultime dalla udienza presidenziale e che pertanto il termine deve decorrere dal giorno in cui i coniugi sono autorizzati dal Tribunale a vivere separatamente e dispensati dall'obbligo di fedeltà reciproca. Infatti, se successivamente a quella udienza e prima della definizione del giudizio contenzioso i coniugi intrattengono una relazione extraconiugale con terze persone, tali comportamenti non sono illegittimi e pertanto non potranno costituire motivo di addebitabilità della separazione salvo che si provi che la relazione preesisteva all'autorizzazione del giudice a vivere separatamente e che tali violazioni siano state causa della crisi familiare. Invero, nella "udienza presidenziale", denominata anche di "comparizione personale delle parti", il Presidente del Tribunale dopo aver esperito il 'tentativo di conciliazione tra i coniugi'- appurata la volontà degli stessi di volersi separare – li autorizza a vivere separatamente ed emette i provvedimenti "provvisori" contenenti le disposizioni vigenti nelle more della pubblicazione della sentenza inerenti i rapporti personali ed

¹⁴⁴Rif. alle ipotesi di scioglimento del matrimonio cd civile ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito concordatario

¹⁴⁵Rif. Gazzoni, *diritto privato*, 2008.

¹⁴⁶Rif. sent. Tribunale di Milano n. 37959 del 9.7.2015 pubblicata su www.lanuovaproceduracivile.it in data 12.11.2015

economico-patrimoniali della separazione. Come rilevato da alcuni¹⁴⁷, a seguito della pubblicazione della legge 55/15 il termine triennale per la proponibilità della domanda di scioglimento del matrimonio civile ovvero della cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con rito concordatario è stato ridotto ad un anno per le separazioni concluse con rito giudiziale e a 6 mesi per le separazioni consensuali incluse quelle che, ancorché siano state introdotte con rito giudiziale, si siano trasformate in consensuali. Peraltro, la legge 55/15¹⁴⁸ è stato il frutto di una mediazione politica grazie alla quale è stato possibile ridurre il termine per domandare il divorzio anche per i procedimenti pendenti prima dell'entrata in vigore della predetta legge purché venissero stralciate le disposizioni relative al cd. divorzio immediato. Infatti, la separazione è rimasta un passaggio (inutilmente) obbligato. I fautori dello scioglimento immediato del matrimonio sono dovuti scendere a tale compromesso poiché la legge sul cd divorzio breve interessava un numero di persone notevolmente superiore rispetto a quelle aventi i requisiti prescritti per il cd divorzio immediato¹⁴⁹ senza passare per lo step della separazione. Infatti, se non si fossero stralciate le disposizioni sul cd. divorzio immediato quasi certamente gli oppositori della legge non avrebbero permesso l'applicazione retroattiva del minor termine per sciogliere il matrimonio o cessarne gli effetti civili anche alle separazioni pendenti alla data di entrata in vigore della legge sul cd. divorzio breve.

Quest'ultima peraltro è applicabile anche alle separazioni la cui formazione dell'accordo regolante gli aspetti personali ed economici della separazione si sia conclusa all'esito di una negoziazione assistita ex art. 6 legge 162/14 ovvero, nelle sole ipotesi in cui i coniugi non abbiano figli comuni ovvero siano totalmente indipendenti, mediante ricorso fai da te ex art. 12 l. 162/14 al Sindaco del luogo di

¹⁴⁷Sulla applicabilità del minor termine (di 1 anno o 6 mesi dalla separazione), anche a quelle pendenti alla data di entrata in vigore della legge 55/15 e sulla loro decorrenza si vedano: A. Mei in "La decorrenza del termine per il divorzio breve nella separazione personale, consensuale e nei giudizi di separazione introdotti con rito contenzioso e convertiti in corso di causa in consensuali" pubblicata su www.lanuovaproceduracivile.com il 10.12.2015; Andrea Gragnani "il divorzio breve è legge: sei mesi per dirsi addio" pubblicato 23.4.2015 su <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2015-04-23/il-divorzio-breve-e-legge-sei-mesi-dirsi-addio-111142.shtml?uuiid=ABoxF7TD>

¹⁴⁸ Recante disposizioni sul cd divorzio breve

¹⁴⁹ In quanto sarebbe stato un privilegio di chi non avesse figli e comunque previo accordo dei coniugi sulle condizioni del divorzio.

residenza di uno dei coniugi ovvero di quello del luogo in cui a suo tempo l'atto di matrimonio è stato iscritto o trascritto. Il termine nel primo caso¹⁵⁰ decorre dall'accordo conclusivo della separazione stragiudiziale certificato dai legali e successivamente omologato o autorizzato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale a seconda della presenza o assenza di figli comuni alla coppia. Nel secondo caso¹⁵¹, invece, il termine per la proposizione del divorzio breve decorre secondo alcuni¹⁵² dalla data di sottoscrizione dell'accordo separativo innanzi all'Ufficiale dello stato civile quando i coniugi si presentano innanzi a quest'ultimo per confermare la comune volontà di separarsi.

2.6 Costituzione del rapporto di coniugio e cause ostative al matrimonio

In Italia, due persone di sesso diverso, per essere unite dal vincolo del matrimonio devono possedere alcuni requisiti, sotto pena di nullità del matrimonio ovvero di impedimento alla dichiarazione di marito e moglie. Tali sono:

- 1) la diversità di sesso dei richiedenti,
- 2) il possesso di stato civile per la contrazione dei diritti e doveri legali derivanti dalla costituzione del vincolo,
- 3) la maggiore età ovvero, in sua assenza, l'autorizzazione del giudice tutelare,
- 4) la capacità di intendere e di volere,
- 5) il libero consenso dei nubendi.

La dottrina¹⁵³ è pressoché concorde nel ritenere che la costituzione del vincolo, fondandosi essenzialmente sul consenso delle parti (che ai sensi dell'art. 108 c.c. deve essere puro), è solo con la esternazione di quest'ultimo che le parti, nelle forme previste dalla legge che si costituisce il rapporto coniugale poiché, secondo costoro, la dichiarazione di marito e moglie resa dall'ufficiale dello stato civile (ovvero dall'autorità religiosa nella veste di ufficiale di stato civile) è meramente ricognitiva

¹⁵⁰Rif alla negoziazione assistita

¹⁵¹Rif. alla separazione fai da te innanzi al Sindaco

¹⁵²Rif. Ida Grimaldi cap. IV par. 71.1 in "La famiglia in crisi. Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme. Come si quantificano i profili patrimoniali. Quali le conseguenze personali e le relative tutele" a cura di G. Cassano e G. Oberto.

¹⁵³G. Bonilini, Trattato di diritto di famiglia (diretto da G. Bonilini) 2016, vol 1, cap 2, sez i, pag. 236 e seg.

delle volontà degli sposi non potendo costui obbligarle a contrarre un impegno in assenza della loro disponibilità.

2.7 Atto di matrimonio¹⁵⁴

L'atto di matrimonio, come rilevato dalla dottrina¹⁵⁵, invece, costituisce la prova della sua esistenza. Infatti non è ammessa una prova diversa del possesso di status se non nelle ipotesi di distruzione dei registri dello stato civile giacché esso deve risultare da un atto redatto dall'ufficiale rogante. Esso infatti viene formato al termine della celebrazione e cioè quando il rapporto è già venuto ad esistenza e dunque dopo la dichiarazione di marito e moglie, ricognitiva delle volontà degli sposi, resa dall'Ufficiale dello stato civile. Il contenuto dell'accordo è delineato dall'art. 64 d.p.r. 396/2000 il quale al co. 1 prevede un contenuto necessario e al comma 2 uno facoltativo. Il primo attiene ai dati anagrafici dei coniugi e dei testimoni, al giorno della pubblicazione del matrimonio, alla lettura delle disposizioni dettate dagli art. 143-147 c.c., alla dichiarazione degli sposi di volersi unire reciprocamente nel vincolo matrimoniale nonché quella dell'ufficiale celebrante che li dichiara uniti nel matrimonio. Il secondo comma, invece, consente ai coniugi di prevedere il regime della separazione dei beni che risulterà nell'atto e verrà annotato a margine del registro delle iscrizioni o trascrizioni dei matrimoni stessi. Inoltre, la stessa disposizione¹⁵⁶ consente ai coniugi medesimi di poter riconoscere, nell'atto, il figlio naturale. Al termine della redazione del suddetto, esso dovrà essere firmato sia dagli sposi che dai testimoni.

¹⁵⁴ Anche le unioni civili tra persone dello stesso sesso devono risultare da un atto redatto dall'Ufficiale dello stato civile al termine della cerimonia e dunque dopo che tra le stesse sia già sorto il vincolo. Infatti esso costituisce la prova della suddetta unione

¹⁵⁵ Rif. L. Barbiera, Commento agli artt. 106 e seg. in Comm, a cura di G. Cian, G. Oppo, A Trabucchi, II ed. 1992

¹⁵⁶ Rif. art. 64 co. 2 d.p.r. 396/2000

2.7.1 La prova del matrimonio in mancanza dell'atto attestante il possesso di status e gli effetti ad esso scaturenti¹⁵⁷

L'atto probatorio del matrimonio può mancare o perché sono andati distrutti o persi i registri dello stato civile o perché l'Ufficiale dello stato civile che avrebbe dovuto provvedere alla iscrizione o trascrizione del matrimonio non lo abbia fatto. Nel primo caso¹⁵⁸ la dottrina¹⁵⁹ ritiene che in tale ipotesi debba ricomprendersi ogni altra circostanza che giustifichi la mancanza dell'atto o del registro e dunque in tutti i predetti casi, la prova del possesso di status di coniuge potrà essere data in ogni maniera secondo quanto stabilito dall'art 452 c.c e dunque, come ritenuto dalla giurisprudenza¹⁶⁰, anche per testimoni.

L'art. 132 co. 2 c.c.¹⁶¹ invece non è altrettanto magnanimo, come il precedente, sulla possibilità di provare con qualsiasi altro mezzo la celebrazione del matrimonio. In sostanza è necessario che: vi siano indizi sulla colpa o dolo dell'ufficiale dello stato civile della mancata iscrizione o trascrizione dell'atto matrimoniale e che risulti in modo quasi certo il possesso di stato coniugale.

2.8. Evoluzione nel tempo della scelta del rito matrimoniale. Matrimoni civili e concordatari in 'numeri assoluti e percentuali' nel tempo

Da un attento esame dei dati ISTAT 2014¹⁶² si evince che nel 2014 sono stati celebrati in Italia 189.765 matrimoni, con una diminuzione di circa 4.300 matrimoni rispetto al 2013 e di oltre 57.000 tra il 2008 e il 2014. I dati più allarmanti riguardano il numero delle prime nozze tra cittadini italiani in quanto nel 2014 si sono registrati 142.754 celebrazioni, 40.000 in meno nell'ultimo quinquennio.

Cresce altresì l'età degli sposi di prime nozze, le femmine hanno 31 anni e i

¹⁵⁷ Il regime probatorio dell'unione civile soggiace agli stessi limiti previsti per il matrimonio

¹⁵⁸ Distruzione o smarrimento dei registri dello stato civile art 132 co. 1 c.c.

¹⁵⁹ Andrea Natale, Trattato di diritto di famiglia (diretto da G.Bonilini),2016, vol 1, cap 2, sez. iv pag. 256 e seg.

¹⁶⁰ Rif. Cass civ 1007/1958 in Rep. Foro it., Matrimonio, n. 123

¹⁶¹ Rif. al mancato inserimento dell'atto di matrimoni nei registri dello stato civile

¹⁶² Pubblicati sul sito www.istat.it, statistiche report del 12.11.2015 matrimoni, separazioni e divorzi del 2014

maschi 34. Il 43% dei matrimoni è celebrato con rito civile. Al nord tale percentuale sale al 55% e al centro al 51%. La diminuzione dei primi matrimoni è dovuta in primis ad un effetto strutturale legato al cambiamento della composizione della popolazione per età. Infatti, la prolungata diminuzione delle nascite da oltre 30 anni ha determinato una netta diminuzione della popolazione nella fascia di età¹⁶³ in cui le unioni sono le più frequenti. Negli ultimi 30 anni il numero dei matrimoni celebrati in Italia ha subito una forte contrazione registrando nel 2012¹⁶⁴ 204.830 celebrazioni contro le 419.000 nel 1972. A questo fenomeno ‘generale’, negli ultimi decenni si è registrato un dato non meno importante: quello della fortissima diminuzione dei matrimoni religiosi, affiancato ad una propensione per le unioni libere che, in alcuni casi, rappresentano un preludio al matrimonio, mentre per altri un modo alternativo di costituire altre famiglie. I dati sulla natalità infatti confermano che 1 nato su 4 nel 2014 è figlio di genitori non sposati. Accanto agli effetti congiunturali, i dati del 2014 attestano che il numero di matrimoni civili celebrati in Italia nel 2014 è pari a 81.711. Tale dato se confrontato con quello relativo al numero di matrimoni civili celebrati nel 2008 ha subito un decremento del 9,8%. Nel caso di coppie miste o di entrambi i partner stranieri 9 matrimoni su 10 sono celebrati con rito civile. Da un attento esame dei dati statistici relativi al numero di separazioni e divorzi che colpiscono i matrimoni civili e quelli concordatari si rileva che questi ultimi sembrano resistere meglio e più a lungo rispetto ai matrimoni civili che invece appaiono fragili come castelli di sabbia.

Infatti, in termini relativi, secondo le rilevazioni Istat pubblicate il 12.11.2015 relative al 2014, la percentuale dei matrimoni civili è passata dal 36,8% nel 2008 al 43,1% nel 2014. Tuttavia, il fenomeno sociale non è uniforme in tutta la penisola in quanto è molto più diffuso al centro e al nord che non nelle regioni del sud d’Italia.

2.9 Scioglimento del matrimonio

Alcune società¹⁶⁵ contemplano che il legame matrimoniale possa cessare anche

¹⁶³Rif. Ai 16-34 anni

¹⁶⁴Pubblicati sul sito www.istat.it, la rilevazione sui matrimoni al 30.11.2012.

¹⁶⁵come quella italiana

per ragioni diverse da quella naturale¹⁶⁶, quale ad esempio il divorzio. Con riferimento a quest'ultimo, a seconda del rito prescelto dai coniugi al tempo della celebrazione del matrimonio si distingue tra “scioglimento del matrimonio” con riferimento al cd “matrimonio civile” e “cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio” quando quest'ultimo è stato “contratto con rito concordatario”. La ragione della diversità risiede nella impossibilità secondo la legge cristiano-cattolica di sciogliere quel che Dio ha unito avendo valore di sacramento indissolubile. Pertanto, i matrimoni celebrati con rito concordatario non potranno sciogliersi ma potranno cessarne gli effetti civili ad esso scaturenti, salvo che ricorra una delle ipotesi che legittimi la dichiarazione di nullità del matrimonio tra le quali l'infertilità del coniuge, l'esistenza di una malattia pregressa di un coniuge che pur conoscendola, l'abbia sottaciuta al consorte, privando così l'altro della libera capacità di autodeterminarsi in tal senso stante la grave malattia. Insomma ogni qualvolta vi siano delle riserve mentali da parte di un coniuge che incidano sulla libera capacità di autodeterminarsi ad unirsi finché morte non li separi, in salute e in malattia, nella buona e nella cattiva sorte, le riserve mentali che incidano sulla libertà a contrarre, espone il matrimonio al rischio di nullità per difetto di un elemento essenziale: il libero consenso.

Perciò con riferimento alle altre ipotesi tali unioni potranno cessare civilmente solo gli effetti civili derivanti dal matrimonio e dunque l'osservazione dei cd. doveri coniugali come l'obbligo di coabitazione e quello di fedeltà¹⁶⁷ mentre permangono quelli tra genitori e figli. In particolare, con riferimento ai primi, cessando sin dalla udienza presidenziale di separazione, è da quest'ultima data che inizia a decorrere il termine di 1 anno ovvero di 6 mesi per poter domandare ed ottenere il divorzio nelle ipotesi di separazioni consensuali nonché in quelle che, ancorché siano state introdotte con rito giudiziale, si siano trasformate in consensuali nonché nelle separazioni i cui accordi siano stati raggiunti in sede stragiudiziale nell'ambito delle misure di degiurisdizionalizzazione di cui agli artt. 6 e 12 l 162/14.

¹⁶⁶Rif. alla morte di uno dei coniugi

¹⁶⁷Su quest'ultimo vd. De Filippis B., *L'obbligo di fedeltà in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2° ed., 2007.

Invero, soltanto mediante il cd. divorzio le parti riacquistano lo status civile di 'libere' e dunque, se vorranno, potranno risposarsi (ovvero unirsi civilmente o stipulare dei contratti di convivenza di fatto che regolino i rapporti tra i contraenti ai sensi della legge Cirinnà).

2.10. Il matrimonio nell'Ordinamento italiano

La collocazione del matrimonio nell'ambito del Primo Libro del Codice Civile esclude che l'istituto del matrimonio sia qualificabile come contratto, assumendo, invece, la veste di "negozio giuridico"¹⁶⁸. Nella diversa ipotesi in cui il legislatore avesse pensato al matrimonio come un contratto è ragionevole supporre che lo avremmo rinvenuto nel Libro Quarto del Codice Civile, anziché nel Primo come invece è stato.

Le disposizioni costituzionali in materia familiare sono quattro di cui una rinvenibile tra i principi generali (art. 2 Cost.) e tre articoli (29, 30 e 31 Cost.) collocati all'interno del Titolo II intitolato "Rapporti etico-sociali".

Quanto alla prima¹⁶⁹, "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.." , ivi comprendendo dunque, come rilevato dalla dottrina¹⁷⁰ e dalla giurisprudenza, la cd. convivenza more uxorio.

L'art. 29 stabilisce che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Per decenni, stante l'entrata in vigore della Carta Costituzionale e delle disposizioni in materia familiare, si è continuato sia in dottrina che in giurisprudenza a ritenere la compatibilità dell'ordinamento previgente con il dettato costituzionale

¹⁶⁸ Per approfondimenti sulla natura negoziale del matrimonio si veda anche: "Giurisprudenza del diritto di famiglia: matrimonio, separazione e divorzio" casi e materiali a cura di M. Bessone, raccolti da M. Dogliotti, G. Ferrando, Milano, 2007, pag. 272 e seg.

¹⁶⁹ Rif. art. 2 Cost.

¹⁷⁰ Rif. Torrente-Shlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2010; Gazzoni, *diritto privato*, Cedam, 2008. Sulla famiglia non fondata sul matrimonio vd. anche Cossù, *direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*; Autorino, *la famiglia non fondata sul matrimonio*, Studi Rescigno 1998.

dell'art. 29 proprio in forza dei "limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare" assegnando, in sostanza, al principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi un ruolo di natura programmatica e non precettiva rimandando ad una successiva legge la regolamentazione dei rapporti. Ciò ha avuto fine quando i giudici costituzionali con le famose sentenze n. 126 del 19.12.68 e n. 147 del 3.12.69 hanno espulso rispettivamente dal codice penale il reato di adulterio della moglie e quello di concubinato del marito nonché con la sentenza 133 del 13.7.70 l'obbligo incondizionato di mantenimento da parte del marito. Come rilevato da taluni¹⁷¹, queste storiche pronunce hanno spianato la strada alla cd. Riforma del diritto di famiglia del 1975 con la quale è stata data piena attuazione a quella uguaglianza morale e giuridica dei coniugi da tempo voluta dalla Costituzione. Grazie alla predetta riforma, infatti, con il matrimonio i coniugi acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri sia nei rapporti personali che in quelli patrimoniali. Invero ai sensi dell'art. 143 co. 3 c.c. entrambi i coniugi sono obbligati a contribuire ai bisogni propri e della famiglia in proporzione alle proprie sostanze e alla capacità di lavoro professionale e casalingo.

Con l'introduzione dei principi riformatori della famiglia del 1975 scompare dunque la figura del *pater familias* e ad essa si sostituisce quella della *potestà genitoriale*. Quest'ultima è stata sostituita ovunque presente dalla cd. "responsabilità genitoriale" a decorrere dal 1.1.2013. Invero, con l'entrata in vigore della legge 219/12¹⁷² e del d.lgs. 154/13¹⁷³, è stata espunta dal nostro ordinamento quella potestà nei rapporti genitori – figli minori sostituendola con una figura più attuale, quale è la responsabilità genitoriale, con la quale si è spostato il focus dal potere al dovere che i genitori hanno, anche dopo la separazione o il divorzio, di continuare ad essere presenti, responsabili e partecipi della crescita dei loro figli.

L'art. 30 stabilisce che "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori,

¹⁷¹Rif. Marco Sgroi in cap 1 par. 2 del libro "La famiglia in crisi. Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme. Come si quantificano i profili patrimoniali. Quali le conseguenze personali e le relative tutele" a cura di G. Cassano e G. Oberto Cedam 2016

¹⁷² In vigore dal 1.1.2013

¹⁷³ In vigore dal 7.2.2014

la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità".

L'art. 31 stabilisce che "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo". In Italia sono previste tre forme di matrimonio, quello civile, quello solo religioso e quello religioso con effetti civili (matrimonio concordatario). I matrimoni religiosi i cui effetti sono riconosciuti civilmente dallo stato italiano sono quelli celebrati davanti a un ministro di culto della confessione religiosa che ha stipulato un'intesa con lo stato italiano. Il matrimonio cattolico, valido solo ai fini religiosi, viene definito "matrimonio canonico" per distinguerlo da quello "concordatario" che, invece, produce effetti giuridici.

2.11 Matrimonio combinato

Un matrimonio combinato (o "conveniente") è un'unione facilitata da alcuni familiari o gruppi politici, dove queste persone dettano le regole del gioco incoraggiando le nozze. Tale fenomeno al giorno d'oggi è stato sostituito da altri aventi meccanismi analoghi; al riguardo si pensi per esempio ai cd. "matrimoni misti" e cioè quelli conclusi tra persone appartenenti ad usanze e costumi diversi - e spesso non ben conosciuti prima di intraprendere questa vita - ove sovente le persone si determinano a contrarre il matrimonio al fine di ottenere la cittadinanza italiana. L'autorità potrebbe essere costituita dai genitori, dalla famiglia, da una figura religiosa o dal consenso generale. Le prime due spesso iniziano il processo con la pressione informale e sociale mentre le ultime due cominciano spesso con un sistema o una dichiarazione formale. Tale fenomeno è stato praticato per un lungo tempo anche in Italia dove il padre della famiglia della donna dava al futuro marito e alla sua famiglia di origine una "dote" quale corrispettivo per il matrimonio. La

donna pertanto era vittima e , di fatto, doveva fare quello che gli altri avevano scelto per lei, non potendo in alcun modo ribellarsi al sistema.

Coloro che credono nel matrimonio trovano a dir poco immorale, inaccettabile e ingiusto le unioni di convenienza in quanto ritengono che per potersi assumere un impegno vitalizio con una persona è necessario provare un sentimento vero e profondo nei confronti dell'altro, il che presuppone una reale e personale conoscenza della persona, delle sue credenze e delle sue usanze. Diversamente opinando, peraltro, le scelte in qualsiasi modo imposte dall'esterno rendono il patto assunto attraverso il matrimonio debole, con la conseguente rottura degli obblighi derivanti dal matrimonio che sfocia, nella separazione prima, e nel divorzio poi in molti dei predetti casi.

Del resto, quando un matrimonio si fonda su convenienze ed è escogitato a tavolino, come soluzione imposta dall'esterno, rende difficile, per non dire impossibile, la stabilità e la riconferma quotidiana di quella dichiarazione di volontà che è solo apparentemente di chi la rende ma sostanzialmente non voluta e men che mai condivisa dal dichiarante. Infatti, nel tempo, anche il miglior attore nel lungo periodo finisce con lo smentire, giorno dopo giorno, quelle false promesse con fatti e comportamenti che rendono a dir poco difficile la prosecuzione di un rapporto privo delle fondamenta quale è l'amore¹⁷⁴.

Nel 2014, le separazioni di coppie miste hanno raggiunto un numero pari a 8.334 pari al 9,3% di tutte le separazioni e il 70% delle coppie miste che si separano sono composte da un marito italiano e da una donna straniera che ha ottenuto la cittadinanza italiana grazie al matrimonio. Quanto ai divorzi di coppie miste¹⁷⁵ la tendenza è in aumento anche se l'entità del fenomeno è piuttosto contenuta

A parere della sottoscritta un matrimonio, per essere duraturo e resistere nel tempo alle continue prove cui la relazione è sottoposta, presuppone l'esistenza di un sentimento vero che nasce e si rafforza nel tempo mediante una conoscenza e frequentazione della persona, dei suoi valori, bisogni e credenze. Chi si sposa per

¹⁷⁴Vd. anche Bessone, *Rapporti etico-sociali*, Commentario alla Costituzione, a cura di G. Branca, 1976

¹⁷⁵Nel 2014 sono stati 4.958 e costituiscono il 9,5% dei divorzi totali

ragioni di mera opportunità, invece, avrà una vita di coppia breve poiché anche il migliore attore prima o poi esce allo scoperto e i matrimoni combinati finiscono con lo sgretolarsi come castelli di sabbia al primo venticello.

Sebbene sia opinabile quale dei due metodi sia più corretto o quale idee sul matrimonio siano più giuste; non può invece negarsi che le assunzioni sottostanti siano totalmente differenti. Molte critiche dell'altra forma di matrimonio sono basate su malintese ipotesi a proposito del matrimonio, fatte da differenti punti di vista culturali e in base a ciò che differenti gruppi di persone ritengono debba essere il matrimonio.

2.12 Matrimonio e patrimonio

L'aspetto economico del matrimonio è cambiato nel tempo. Storicamente, in molte culture la famiglia della sposa doveva provvedere a pagare una dote all'uomo per far sposare la propria figlia. In altre culture, la famiglia dell'uomo doveva pagare alla famiglia della donna un' "offerta di matrimonio" denominata prezzo della sposa. In entrambi i casi, la transazione finanziaria aveva luogo tra l'uomo (o la sua famiglia) e la famiglia della sposa; la sposa non prendeva parte alla transazione e spesso non poteva scegliere se maritarsi o meno con il promesso sposo.

In molti sistemi legali moderni, tra i quali il nostro, due persone che si sposano possono scegliere quale regime patrimoniale della famiglia adottare e cioè se prediligere la separazione dei beni o la comunione dei beni.

Nell'ordinamento italiano vigente, ove i coniugi non esprimano alcuna preferenza sul punto si applicano le norme sulla comunione dei beni.

Chi in modo espresso o tacito scelga il regime della comunione dei beni, detta comunione, prima delle modifiche introdotte dalla legge 55/15, cessava con il divorzio o con l'annullamento del matrimonio. A seguito dell'entrata in vigore della legge recante disposizioni sul cd. divorzio breve e sugli effetti anticipati dello scioglimento della comunione legale dei coniugi, come evidenziato da un'autorevole

dottrina¹⁷⁶, il legislatore ha anticipato il momento di scioglimento della comunione legale dei coniugi alla udienza di comparizione personale delle parti innanzi al Presidente del Tribunale, autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente. Invero, dalla entrata in vigore della legge 55/15, le ordinanze suddette devono essere comunicate all'ufficiale dello Stato Civile al fine dell'annotazione dello scioglimento della comunione legale dei beni a margine dell'atto di matrimonio. Infatti, affinché sia opponibile lo scioglimento della comunione legale dei beni ai terzi, questi devono essere messi nelle condizioni di poterne venire a conoscenza e infatti, l'annotazione nei pubblici registri dello stato civile è la modalità mediante cui un terzo può averne contezza costituendo una forma di "pubblicità notizia". Diversamente, ove tale annotazione manchi, perché l'ordinanza autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente non sia stata comunicata all'Ufficio dello Stato Civile competente, lo scioglimento della comunione legale dei beni non potrà essere opposto ai terzi.

Le quote, salvo diversi accordi tra le parti, si presumono pari al 50%; se un partner muore, quello sopravvivente detiene la metà dei beni e per l'altra metà dell'eredità si applicano le leggi relative¹⁷⁷.

I rispettivi obblighi di mantenimento, durante ed eventualmente dopo un matrimonio, sono regolati nella maggior parte delle giurisdizioni.

2.13 Il matrimonio ai giorni nostri

Molte delle assunzioni della società riguardo alla natura e allo scopo del matrimonio e della famiglia sono cambiate e altre stanno ancora cambiando. A differenza di quanto avveniva in passato, il matrimonio non è più una tappa 'obbligata' nella vita dell'individuo. L'istituto legale del cd divorzio¹⁷⁸ permette di sciogliere il vincolo matrimoniale. Prima della entrata in vigore della legge sulle

¹⁷⁶Rif. Bruno De Filippis, "divorzio breve, divorzio fai da te, cognome dei figli, figli non riconosciuti dalla madre, unioni civili", Cedam 2015 al capitolo 1;

¹⁷⁷Vd. Torrente-Shlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2010; Gazzoni, *diritto privato*, Cedam, 2008.

¹⁷⁸Riferimento alle ipotesi di scioglimento del matrimonio (civile) e della cessazione degli effetti civili del matrimonio (concordatario) contenute nella legge 898/70

unioni civili tra persone dello stesso sesso, alcuni gruppi di sostegno dei diritti degli omosessuali appoggiavano l'apertura del matrimonio anche alle coppie tra persone dello stesso sesso, predicando la introduzione del cd matrimonio egualitario. Tali progetti legislativi sono stati poi assorbiti dalla legge Cirinnà con la quale il Parlamento si è espresso preferendo creare per tali formazioni sociali uno strumento diverso¹⁷⁹, grazie alla quale queste, dal 5.6.2016, possono unirsi civilmente ed assumono pressoché gli stessi diritti e meno doveri¹⁸⁰ di quelle coniugate.

A seguito dell'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975 e con la introduzione del diritto al divorzio del 1970, si è registrato un aumento esponenziale delle separazioni e dei divorzi ai quali nell'ultimo ventennio si è affiancato un altro fenomeno: quello delle "famiglie di fatto."¹⁸¹ Tale fenomeno ne ha originato un secondo, di non scarsa importanza e tutt'altro che eccezionale: quello dell'incremento delle nascite dei cd. figli nati da coppie non sposate.

Quanto al primo fenomeno - l'aumento delle separazioni e dei divorzi - il concetto di matrimonio è evoluto da 'un patto vitalizio' che poteva essere rotto solamente per colpa o morte, ad 'un negozio giuridico che può essere rotto da ogni parte su richiesta' allorquando tra i coniugi sia insorta una 'intollerabilità della prosecuzione del rapporto di coniugio. Invero, è sufficiente il venir meno della cd "affectio coniugalis" affinché la separazione possa essere disposta.

Tra le altre variazioni avvenute nel matrimonio occidentale dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 vi sono:

- 1) la donna, diversamente dall'uomo, otteneva l'affidamento esclusivo dei figli in oltre l'80% dei casi di separazioni e divorzi;
- 2) con il matrimonio i coniugi assumono gli stessi doveri e gli stessi diritti derivanti dalla scelta di sposarsi, tra i quali il dovere di contribuire, in proporzione alle proprie sostanze e alla capacità di lavorare, al *menage* della famiglia. Infatti, mentre prima la donna era mantenuta in toto dal marito e si

¹⁷⁹La cd. unione civile tra persone dello stesso sesso

¹⁸⁰Rif. al dovere di fiducia derivante dal matrimonio ma non anche alle unioni civili per ragioni incomprensibili

¹⁸¹Con tale accezione ci si riferisce alle coppie di conviventi con e senza figli

dedicava solamente alla cura della casa e della prole, a seguito della parità dei diritti anch'ella ha trovato ingresso nel mondo del lavoro e, dunque, deve contribuire ai bisogni della famiglia;

3) i figli nati fuori dal matrimonio hanno gli stessi diritti al sostegno dei figli nati all'interno del matrimonio ai sensi dell'art. 30 Cost.;

4) il marito non può più punire fisicamente la propria moglie;

5) le proprietà acquisite dopo il matrimonio non appartengono al solo titolare, ma entrano a far parte della comunione legale dei coniugi ad eccezione dell'acquisto dei cd. *beni personali*¹⁸². Queste proprietà sono considerate coniugali e devono essere condivise dai coniugi secondo la legge della comproprietà o un'equa distribuzione giudiziale.

In Europa e negli USA, nel XXI secolo, i soli matrimoni legalmente sanciti sono quelli monogamici (sebbene alcune comunità sanciscano socialmente - non legalmente -, la poligamia).

Il divorzio (la cessazione del matrimonio) è relativamente semplice e sancito sia legalmente, sia socialmente.

Nelle odierne società occidentali prevale una visione del matrimonio come vincolo basato sull'attaccamento emotivo fra i partner e intrapreso volontariamente, mentre sono banditi i matrimoni combinati.

Questa concezione si riflette nel nostro ordinamento giuridico laddove il legislatore colloca il matrimonio non tra i contratti, bensì nel Libro I del cc regolante le disposizioni in materia familiare¹⁸³.

¹⁸²Rif. art. 179 c.c.

¹⁸³Vd. anche Alagna, *la famiglia al bivio: rilevanza delle singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?* In giust. civ. 1982.

3.LE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E LE CONVIVENZE DI FATTO AI SENSI DELLA LEGGE CIRINNA'

3.1 Premessa

Con l'approvazione della legge Cirinnà il nostro ordinamento ha fatto senz'altro un passo avanti, sebbene moltissimi anni dopo rispetto al contesto europeo e internazionale¹⁸⁴, poiché ha rimosso quelle discriminazioni che impedivano alle coppie omosessuali di avere quel meritato riconoscimento giuridico alle loro unioni come famiglie; nonché ha riconosciuto altrettanta dignità giuridica a coloro che, per scelta o per impedimenti¹⁸⁵ di varia natura, non vogliono o non possono sposarsi e che dal 5.6.2016¹⁸⁶ divengono anch'esse famiglie acquisendo le une¹⁸⁷ tutti i diritti spettanti alle coppie coniugate ad eccezione di quelli contenuti nelle disposizioni del c.c. non espressamente richiamate e di quelli contenuti nella legge in materia di adozione¹⁸⁸ tranne quelle previgenti (art. 44 let b) che già riconoscevano la possibilità ai conviventi stabilmente uniti con il genitore biologico o adottivo (anche se omosessuali) di adottare il figlio del proprio partner; le altre¹⁸⁹ soltanto quelli minimali riconosciuti dalla suddetta legge.

Sebbene le finalità di questa normativa siano condivisibili per molti aspetti; per altri, con riferimento alla disciplina delle unioni civili, creano delle ingiuste

¹⁸⁴Rif. "matrimonio tra persone dello stesso sesso in Wikipedia, l'enciclopedia libera.

Con riferimento ai diversi modi di costituzione della famiglia omosessuale in Italia e nel Mondo, si evidenzia che al 7 aprile 2016 i paesi in cui due persone dello stesso sesso possono accedere al matrimonio sono 23: Spagna, Francia, Regno Unito, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Danimarca (compresa la Groenlandia), Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Irlanda, Stati Uniti, Canada, Messico (nella capitale e in cinque stati), Colombia, Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica e Nuova Zelanda.

Mentre a Malta, in Israele e nelle nazioni caraibiche di Aruba, Curaçao e Sint Maarten, pur non essendo ammessi i matrimoni tra le persone dello stesso sesso, questi ultimi, se celebrati fuori dal territorio nazionale, vengono comunque registrati.

In vari paesi, tra i quali anche il nostro, si può accedere a ufficializzazioni diverse dal matrimonio in quanto quest'ultimo è riservato alle coppie eterosessuali. Alle persone omosessuali, in Italia e in altri paesi, è riservata loro una diversa tipologia: le unioni civili.

¹⁸⁵Per lo più consistenti nel tempo necessario per liberarsi definitivamente dal vincolo matrimoniale, ancorché con la legge 55/15 il legislatore lo abbia ridotto in modo significativo dai 3 anni previgenti ad un anno per le separazioni giudiziali e sei mesi per quelle consensuali.

¹⁸⁶Giorno di entrata in vigore della predetta legge

¹⁸⁷Rif alle persone dello stesso sesso unite civilmente

¹⁸⁸ Rif. legge 184/1983

¹⁸⁹Rif. ai conviventi di fatto risultanti dalle certificazioni anagrafiche

disuguaglianze rispetto alle coppie eterosessuali che si sposano poiché soprattutto con riferimento allo scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, se confrontato con le disposizioni vigenti regolanti lo scioglimento del matrimonio civile ovvero la cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio celebrato con rito concordatario, le une¹⁹⁰, a differenza delle altre¹⁹¹, potranno sciogliere la predetta unione civile rivolgendosi all'Ufficiale dello stato civile anche in assenza del consenso dell'altra alla risoluzione del rapporto e senza passare per lo step della separazione. Quest'ultima infatti resta una fase obbligata soltanto per quelle coniugate che vogliono dirsi addio; mentre quelle 'same-sex'¹⁹² civilmente unite potranno rompere definitivamente il loro vincolo dopo soli 3 mesi dalla manifestazione di volontà, anche disgiunta, di sciogliere definitivamente l'unione civile precedentemente contratta.

Peraltro, entro il 5.12.2016¹⁹³ il Governo dovrà emanare uno o più decreti legislativi contenenti:

- a) le indicazioni ai Sindaci d'Italia sulle modalità di iscrizione, trascrizione e annotazione nei pubblici registri dello stato civile delle unioni civili contratte tra persone dello stesso sesso e delle famiglie di fatto 'anagrafiche' tra persone omosessuali o eterosessuali e dei rispettivi regimi patrimoniali scelti in sede di celebrazione della unione civile ovvero di stipula del contratto di convivenza registrato;
- b) il coordinamento delle disposizioni contenute nella predetta con le norme regolanti il riconoscimento dei matrimoni tra cittadini italo-stranieri celebrati all'estero anche se tra persone dello stesso sesso. In quest'ultima ipotesi, i matrimoni omosessuali celebrati all'estero dovranno essere registrati in Italia come unioni civili tra persone dello stesso sesso ai sensi della legge Cirinnà, conformandole alle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni;

¹⁹⁰ Rif. alle persone omosessuali civilmente unite che vogliono sciogliere la loro unione

¹⁹¹ Rif ai coniugi che vogliono porre definitivamente fine al rapporto personale tra le parti

¹⁹² Che tradotto significa aventi lo stesso sesso

¹⁹³ Data di scadenza del termine di 6 mesi per la emanazione dei decreti delegati decorrenti, ex co. 28 legge Cirinnà, dalla entrata in vigore della legge delega (5.6.2016)

c) le modifiche necessarie alle disposizioni contenute in provvedimenti legislativi, regolamenti e decreti coordinandole con la suddetta legge istitutiva delle unioni civili tra persone con lo stesso sesso e delle famiglie di fatto anagraficamente risultanti come conviventi uniti da legami affettivi stabili oltre che coabitanti presso la stessa casa di residenza anagrafica del nucleo.

Quanto ai primi¹⁹⁴, come già accennato in precedenza, è auspicabile - oltre che doveroso in attuazione della legge delega conferita all'organo esecutivo dal Parlamento - che il Governo delegato estenda il diritto alla conservazione del rapporto di coppia anche ai casi di scioglimento automatico delle unioni civili tra persone dello stesso sesso ai sensi del co. 26 della legge Cirinnà. Quest'ultima disposizione legislativa, infatti, oggi prevede che una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, facendo venire meno il presupposto di eguaglianza di sesso che le parti devono avere non soltanto per una valida costituzione del vincolo tra le parti ma anche per la conservazione del medesimo status¹⁹⁵, questa comporti lo scioglimento legale automatica dell'unione civile. Tale disposizione è analoga a quella dettata per i coniugi in caso di scioglimento immediato del matrimonio in cui, al contrario della precedente ipotesi, viene meno la diversità di sesso. Tuttavia, ad oggi, (ove le parti non vogliano interrompere il loro legame) il diritto alla conservazione del rapporto di coppia in una forma diversa - riconosciuto dalla Suprema corte Costituzionale con sentenza n. 170/14 - è stato riconosciuto dal nostro legislatore soltanto ai coniugi in caso di scioglimento immediato del matrimonio i quali, ai sensi del co. 27 della legge Cirinnà, potranno emigrare nel registro delle unioni civili. Queste ultime, invece, essendo state riconosciute dalla legge Cirinnà come un nuovo modo di costruzione delle famiglie omosessuali, a parere di chi scrive, dovrebbero poter aver quella stessa possibilità di conservare il loro rapporto affettivo con un meccanismo pressoché analogo a quello (inverso) del co. 27 e dunque mediante iscrizione nel registro dei matrimoni civili con contestuale cancellazione da quello di provenienza delle unioni civili sulla scorta del medesimo

¹⁹⁴ Rif. co 28 let a) legge 76/16 contenente la delega al Governo alla emanazione dei decreti legislativi

¹⁹⁵ Di unito civile ad altra persona con lo stesso sesso

presupposto che è la mancanza del requisito soggettivo di eguaglianza di sesso per le unioni civili e diversità di sesso per i matrimoni.

Con riferimento all'armonizzazione della legge 76/16 con le disposizioni contenute in materia di diritto internazionale privato, si evidenzia che i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, poiché non sono ammessi nel nostro ordinamento, essendo per costoro previsto un diverso strumento, quello delle unioni civili, non potranno pretendere l'iscrizione del matrimonio civile ma dovranno essere registrati come unioni civili riconosciute e, pertanto, avranno diritto alla parificazione dei coniugi nei limiti dettati dalla normativa per le unioni civili e dunque, in primis quello della impossibilità di adottare figli fuori dai casi particolari ex art. 44 co. 1 let. b) della legge 184/1983.

L'ultima delega legislativa, invece, è di riordino di tutte le normative, regolamenti e decreti vigenti che prevedono il riconoscimento di tutti i diritti spettanti ai coniugi e la loro estensione anche alle persone dello stesso sesso civilmente unite e ai conviventi di fatto risultanti dalle anagrafi dei comuni di residenza in cui questi hanno scelto di incardinare la loro vita familiare con i limiti dettati rispettivamente dai commi 1-35 per le prime¹⁹⁶ e co 36-65 per i secondi¹⁹⁷

Quanto al riconoscimento giuridico delle convivenze di fatto, è opinione di chi scrive che tali disposizioni - sebbene non abbiano fatto altro che trasporre quello che per anni è stato riconosciuto dai giudici a tutela dei conviventi di fatto, anche in ordine alla definizione di "conviventi more uxorio"¹⁹⁸, come rilevato da taluni¹⁹⁹ - avendone regolamentato i modi di costituzione, sembrerebbe che, salvo delle disposizioni attuative chiarificatorie, i conviventi di fatto che vogliono ricevere quei diritti minimali, prima riconosciuti dalla sola giurisprudenza con valutazione caso per caso, dovranno dichiarare al Comune di residenza il loro status di conviventi di fatto poiché, in assenza di detta dichiarazione anagrafica per l'ordinamento, anche se due persone coabitino nella stessa casa, saranno ritenute ciascuno di esse delle

¹⁹⁶Rif. alle unioni civili tra omosessuali

¹⁹⁷Rif. ai conviventi di fatto

¹⁹⁸ovverosia caratterizzati dalla inequivocità, serenità e stabilità affettiva

¹⁹⁹Rif. Cass. civ. n. 3653 del 4.4.1998 in Foro.it, 1998, I c. 2154; in Giur.it, 1999, p. 1608 con nota di Palermo

monofamiglie e non una “famiglia di fatto” tutelata ai sensi della legge Cirinnà. Inoltre, specie con riferimento alle disposizioni regolanti gli aspetti personali e patrimoniali della convivenza, poiché non vi è una disciplina legale che imponga ai conviventi l’osservanza di certi doveri e le conseguenze in caso di loro inadempimento, ancorché il co. 50 contempra una mera facoltà di stipulare un contratto di convivenza, quest’ultimo resta l’unico modo con il quale le parti possano regolamentare i loro rapporti patrimoniali. Pertanto è quantomeno consigliabile che chi conviva di fatto e voglia delle tutele regolarizzi quanto prima la situazione rivolgendosi ad un avvocato ovvero ad un notaio per la redazione del contratto nelle forme²⁰⁰ dettate dalla legge sotto pena di nullità e la registrazione dello stesso nei pubblici registri pena l’inopponibilità ai terzi delle disposizioni patrimoniali in esso contenute.

Con riferimento alla possibilità di poter stipulare un contratto di convivenza non esclusivamente riservata alla sola classe notarile bensì estesa anche a quella forense, la scrivente ringrazia il legislatore per la fiducia ancora una volta mostrata verso una classe attenta e capace di assolvere tale funzione, avendo già dimostrato buoni risultati con riferimento alla efficacia dei loro interventi in seno alla negoziazione assistita, soprattutto in materia familiare²⁰¹, favorendo la risoluzione delle liti in sede stragiudiziale. Invero, così facendo, ha dimostrato attitudine e meritevolezza di quella fiducia loro accordata dal legislatore, prima nella legge 162/14, e da ultimo rinnovata nella legge Cirinnà avendo la classe forense dimostrato, con riferimento alla negoziazione assistita e alla percentuale degli accordi conclusi, la capacità di produrre dei buoni risultati deflattivi del contenzioso familiare. Sebbene in un contesto diverso, infatti, con la legge Cirinnà si amplia ulteriormente l’attività consulenziale dell’avvocato in quanto sembrerebbe questa volta investito della prevenzione della fase patologica. Invero, nell’ambito dell’autonomia negoziale delle parti, si possono pattuire delle sanzioni in caso di

²⁰⁰ Dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata dai predetti professionisti

²⁰¹ Invero come evidenziato dal Ministro Orlando nel suo intervento all’inaugurazione dell’anno giudiziario del 3.3.2016, su 3019 accordi conclusivi andati a buon fine il 75% di essi si riferiscono a separazioni, divorzi e modifiche delle condizioni dei predetti

ritardato adempimento ovvero di inadempimento totale o parziale nonché stabilire i modi di risoluzione delle controversie in caso di conflitto prevedendo ad esempio la facoltà di ricorrere alla negoziazione assistita ai sensi della legge 162/14 in caso di cessazione della convivenza di fatto prima di adire il giudice in caso di mancato accordo, insomma cucendo un abito su misura delle esigenze dei contraenti nel rispetto della disponibilità del diritto e della conformità alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

3.2 Analogie e differenze delle unioni civili con il matrimonio civile

Quanto alle prime²⁰² possono riassumersi nei seguenti punti:

1) modalità di costituzione del vincolo : sia il matrimonio civile tra coppie eterosessuali che le unioni civili tra persone dello stesso sesso, per essere costituite devono manifestare la loro volontà di sposarsi ovvero di unirsi civilmente ai sensi delle disposizioni contenute nella legge sulle cd unioni civili tra persone dello stesso sesso innanzi all'Ufficiale dello Stato civile e alla presenza di due testimoni. In entrambi i casi i rapporti si costituiscono prima della formazione della prova legale del possesso dei loro stati civili di coniugi o uniti civilmente;

2) comunanza di cause impeditive. Esse sono:

a) mancanza di status di libero: invero non possono essere civilmente uniti chi risulta coniugato, ancorché separato in quanto è necessario essere divorziati ovvero chi è già civilmente unito con altro soggetto;

b) minore età di uno o entrambi i richiedenti salvo apposita autorizzazione del giudice a procedere;

c) interdizione di una parte,

d) se sussiste un legame di parentela di cui agli art. 87 co. 1,2,3 c.c.,

e) condanna, con sentenza passata in giudicato, per omicidio tentato o consumato sul coniuge o civilmente unito dell'altro. Se vi è rinvio a giudizio, il divieto persiste finché non interviene una sentenza di proscioglimento dell'imputato.

²⁰² Rif. somiglianze con l'istituto del matrimonio

3) lo status è certificato in entrambi i casi da un documento attestante lo stato di coniugato ovvero di civilmente unito;

4) comunione legale dei beni in caso di dichiarazione espressa o tacita rilasciata innanzi all'Ufficiale dello Stato civile e annotata a margine dell'atto;

5) Doveri di coabitazione e di reciproca assistenza morale e materiale²⁰³.

Quanto alle differenze tra le più importanti si evidenziano:

1) mentre al matrimonio conseguono oltre ai doveri elencati al punto 5 del capoverso precedente anche quello di essere reciprocamente fedeli l'uno all'altro, quest'ultimo obbligo non ce l'ha chi si unisce civilmente ai sensi della legge Cirinnà, in quanto nel testo approvato dal Senato rispetto a quello originario, in sede di discussione e approvazione, sono state stralciate le disposizioni originarie che predicavano tale obbligo, quale effetto dell'unione civile. Pertanto, quest'ultimo è e rimane un dovere scaturente esclusivamente per chi si sposa;

2) Inoltre, come già accennato, il diritto all'adozione del cd figliastro nei casi particolari resta ex lege un privilegio delle sole coppie eterosessuali essendo state eliminate in sede di approvazione al Senato le disposizioni relative all'estensione della cd stepchild adoption anche alle persone dello stesso sesso civilmente unite. Tuttavia, il Giudice può consentire, nei casi particolari previgenti (art 44 co 1 let b della legge sulle adozioni), anche alle coppie omosessuali il diritto a diventare il 2° genitore dei figli naturali o adottivi del proprio partner se ciò corrisponde anche all'interesse supremo dell'adottando.

3) In caso di scioglimento delle unioni civili è previsto che, anche se questo non è consensuale, ciascuna parte possa manifestare tale volontà all'Ufficiale dello stato civile e, dopo 3 mesi, questa può, come rilevato da taluni²⁰⁴, scegliere a suo piacere se:

- presentare ricorso per lo scioglimento dell'unione civile al Tribunale civile del luogo di residenza comune delle parti o, in assenza di quest'ultima, del luogo di

²⁰³ Con riferimento a quest'ultima, la legge Cirinnà prevede, al comma 19, l'estensione della disciplina degli obblighi alimentari anche alle coppie civilmente unite ai sensi della predetta legge

²⁰⁴ Rif. Antonio Ciccia Messina, "procedura ed effetti dello scioglimento"(dell'unione civile tra persone dello stesso sesso) pubblicato su Italia Oggi serie speciale n. 11, anno 26 del 14.5.2016 a cura di Marino Longoni "Le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà: convivenze e unioni civili".

residenza del resistente;

oppure

- invitare l'altra a stipulare una convenzione di negoziazione assistita dai rispettivi legali al fine di pervenire ad una soluzione concorde delle condizioni personali ed economiche dello scioglimento della unione civile ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 co. 25 legge Cirinnà e art 6 legge 162/14; oppure

- ricorrere congiuntamente ex art. 12 l 162/14 (con o senza l'assistenza degli avvocati) all'Ufficiale dello stato civile del luogo di iscrizione della unione civile o a quello del luogo di residenza comune delle parti al fine di ottenere lo scioglimento della predetta unione;

oppure (?)

- ricorrere disgiuntamente ai sensi del co. 24 della legge Cirinnà all'Ufficiale dello stato civile del luogo di iscrizione della unione civile o a quello del luogo di residenza comune delle parti al fine di ottenere lo scioglimento della predetta unione manifestando nuovamente dinanzi all'Ufficiale dello Stato civile la volontà, anche disgiunta, di scioglimento della unione civile. Tuttavia, per dare seguito allo scioglimento, sembrerebbe, a parere di chi scrive, che sia previsto un differimento temporale di 3 mesi, prima del quale non si possa procedere allo scioglimento. Infatti, con un meccanismo che rievoca quello dettato dall'art. 12, sembrerebbe che l'istanza si debba presentare una sola volta e che, alla scadenza del termine di riflessione imposto dal legislatore, entrambe le parti o solo l'istante debbano comparire innanzi all'Ufficiale che aveva ricevuto la domanda per confermare la propria volontà di sciogliere l'unione.

In caso di scioglimento del matrimonio civile ovvero di cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio celebrato con rito concordatario, invece, anche dopo le modifiche introdotte dalla legge 55/15 recante disposizioni sul cd. divorzio breve, è necessaria la preesistenza di uno stato di separazione legale delle parti seppur con un termine più ridotto rispetto al passato e diversificato a seconda che la precedente separazione sia di tipo consensuale (6 mesi) ovvero giudiziale (1 anno) e dunque con un maggior dispendio di tempo e denaro rispetto allo scioglimento delle unioni civili.

Invero, con riferimento al ricorso fai da te innanzi al Sindaco, a differenza di quanto previsto per lo scioglimento delle unioni civili dal co. 24 della legge Cirinnà, i coniugi separati che vorranno dirsi addio se vorranno risparmiare le spese legali e farlo in economia innanzi all'Ufficiale dello stato civile dovranno essere d'accordo sulle condizioni del divorzio. Infatti, il coniuge che voglia addivenire alla definitiva fine del rapporto di coniugio in assenza di un'intesa globale con l'altro, a differenza delle parti civilmente unite²⁰⁵, dovrà ricorrere al Tribunale del luogo di residenza comune e domandare al giudice il cd divorzio, ovvero prima di presentare ricorso per lo scioglimento ovvero la cessazione degli effetti civili derivanti dal predetto vincolo potrà invitare l'altra, tramite il suo avvocato, a stipulare una convenzione di negoziazione assistita al fine di trovare, con l'aiuto dei rispettivi legali, un accordo soddisfacente per entrambe e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume il quale deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale sia in presenza che in assenza di figli comuni. Invece, come già detto, la parte civilmente unita che vorrà svincolarsi dalla predetta unione (potrà scioglierla in economia anche senza l'accordo dell'altra. L'unico sacrificio al quale invece dovrà soccombere è l'attesa di 3 mesi dalla presentazione della istanza, decorsi i quali l'ufficiale dello Stato Civile potrà, nell'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge Cirinnà, dichiarare altresì lo scioglimento della unione civile e annotare il nuovo status di libero nel registro dello stato civile.

Il testo, blindato dalla fiducia posta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, approvato dalla camera il 11.5.16, come rilevato dal centro Studi della Camera dei deputati²⁰⁶, si compone di un articolo suddiviso in 69 commi di cui:

- a) i primi 35 disciplinanti i modi di costituzione, di regolazione e di risoluzione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso;

²⁰⁵ Che potranno egualmente rivolgersi ex co. 24 l. 76/16 all'Ufficiale dello Stato civile anche senza l'accordo dell'altro e, decorsi 3 mesi dalla presentazione della domanda, il Sindaco o un suo delegato dichiarerà lo scioglimento della precedente unione civile e, per l'effetto ciascuna di esse tornerà libera e, se vorrà, potrà costruirsi una nuova famiglia riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

²⁰⁶ Rif. dossier n. 115 del 12.4.2016 contenente elementi di valutazione sulle qualità del disegno di legge sulla "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso" in A.C. 3634

- b) le disposizioni contenute nei commi dal 36° al 65° regolanti le cd convivenze di fatto e i diritti dei conviventi. Queste, a differenza delle precedenti, possono riguardare sia coppie omosessuali che eterosessuali;
- c) i commi dal 66 al 69, invece, riguardano le coperture finanziarie necessarie²⁰⁷ per l'attuazione dell'estensione di tutti i diritti riconosciuti dalle leggi e dai regolamenti ai coniugi ad eccezione di quelli contenuti in disposizioni del c.c. non espressamente richiamate dalla legge nonché di quelli contenuti nella legge sulle adozioni, con salvezza delle ipotesi anche alle persone che si uniscano civilmente.

3.3 La disciplina delle unioni civili:

3.3.1 a) costituzione, cause impeditive alla dichiarazione di civilmente uniti (o motivi di nullità del rapporto), diritti e doveri reciproci²⁰⁸

3.3.2 b) i diritti e i doveri patrimoniali nelle unioni civili

Analogamente al matrimonio, il co. 13 della legge 76 del 20.5.2016 dispone che dalla unione civile di due persone dello stesso sesso derivi la comunione legale dei beni²⁰⁹, salvo che le parti abbiano scelto un regime patrimoniale diverso²¹⁰ da quello della comunione; ovvero abbiano stipulato una convenzione patrimoniale. In quest'ultima ipotesi, come rilevato da taluni²¹¹, si applicano anche alle unioni civili le disposizioni di cui agli artt 162 e seg cc. in ordine alla forma²¹², alla modifica²¹³,

²⁰⁷A tal proposito, infatti, la R.T. con atto n. 370 del 27.4.2016 della Camera dei deputati ha espresso un parere favorevole. In particolare, la verifica delle R.T. a corredo dei provvedimenti all'esame della Camera e degli effetti finanziari privi di relazione tecnica è stata curata dal Servizio Bilancio dello Stato mentre la verifica delle disposizioni di copertura finanziaria è stata svolta dalla Segreteria della V commissione. E' doveroso rilevare che, nella analisi sulle coperture finanziarie necessarie per il riconoscimento dei diritti delle famiglie omosessuali e di quelli minimali riconosciuti a quelle di fatto, non contemplano i mezzi necessari per la tutela giudiziaria dei predetti.

²⁰⁸Vd. par. 1.5, 1.6 e 1.2 del capitolo precedente

²⁰⁹Acquistati successivamente alla celebrazione e alla iscrizione(o trascrizione) dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile

²¹⁰Rif. alla separazione dei beni

²¹¹Rif. Antonio Ciccio Messina in "Diritti e doveri personali"(dell'unione civile pubblicato in Italia Oggi, serie speciale n. 11, anno 26, del 14.5.2016 a cura di Marino Longoni "Le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà: convivenze e unioni civili

²¹²Rif. art. 162 c.c.

alla simulazione²¹⁴ e alla parziale capacità dell'inabilitato²¹⁵ a stipulare detta convenzione. In questa ultima ipotesi è previsto, a pena di nullità dell'atto, l'assistenza obbligatoria del curatore alla stipula (se già nominato dal giudice). Nel caso in cui quest'ultimo non sia stato ancora nominato deve esserne nominato uno speciale.

Mentre per la scelta del regime separativo dei beni ai sensi dell'art. 162 c.c. può essere dichiarata nell'atto della unione civile o del matrimonio, le convenzioni matrimoniali, invece, pur potendo essere stipulate in qualsiasi momento e quindi anche dopo la contrazione del vincolo²¹⁶, affinché queste siano valide devono essere redatte dinanzi ad un notaio e consacrate in un atto pubblico.

Affinché le disposizioni contenute nella convenzione patrimoniale siano opponibili ai terzi, quest'ultima deve risultare, del pari alla scelta della separazione dei beni, dai pubblici registri dello stato civile con annotazione a margine del registro dove, dal 5.6.2016, dovrebbero essere iscritte anche le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Le modifiche alle convenzioni precedentemente stipulate soggiacciono, ai sensi dell'art. 164 c.c., agli stessi requisiti e disposizioni dettate per la loro costituzione, giacché devono essere redatte anch'esse con un atto pubblico e, per la loro opponibilità ai terzi, devono anch'esse risultare dai pubblici registri dello stato civile mediante annotazione a margine del registro di iscrizione della unione civile ovvero di iscrizione o trascrizione dei matrimoni.

3.3.3 c) lo scioglimento della comunione legale dei beni

Gli artt.190-197 c.c. regolano i casi di “scioglimento della comunione dei beni”. Come rilevato giustamente da un'autorevole dottrina²¹⁷, l'espressione utilizzata dal legislatore è inesatta in quanto il verificarsi di una causa di

²¹³ Rif. art. 163 c.c.

²¹⁴ Rif. art. 164 c.c.

²¹⁵ Rif. Art. 166 c.c.

²¹⁶ che si ha con la manifestazione del consenso delle parti durante la celebrazione e, dunque, con la dichiarazione ricognitiva da parte dell'ufficiale dello stato civile celebrante

²¹⁷ Rif. Schlesinger, art. 191 in Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 1977, pag. 438; G. Bonilini, “manuale di diritto di famiglia”, 6° ed, 2014, pag 153, Michela Gorini in “Trattato di diritto di famiglia (diretto da G. Bonilini), vol. II, sez IV, Pag 1452 e seg.

scioglimento del matrimonio o dell'unione civile non è ancora sufficiente a sciogliere la comunione legale dei beni in quanto, a ben guardare, lo scioglimento vero e proprio si ha soltanto quando le parti abbiano proceduto alla divisione dei beni tra queste. Pertanto sarebbe più corretto parlare di cessazione della comunione legale dei beni anziché di scioglimento.

La legge n. 55/15, oltre ad aver ridotto il termine per la proponibilità della domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha altresì disposto l'anticipazione dello scioglimento²¹⁸ della comunione dei beni come segue:

a) in caso di separazione giudiziale dalla udienza presidenziale autorizzativa per i coniugi a vivere separatamente;

b) nelle separazioni consensuali, dal giorno della sottoscrizione del verbale separativo ovvero dalla data di sottoscrizione dell'accordo conclusivo della negoziazione assistita ex art 6 l. 162/14, certificato dai legali e autorizzato dal Procuratore della repubblica presso il Tribunale territorialmente competente o da una istanza congiunta dei coniugi presentata al sindaco del luogo di residenza di uno dei due o di quello in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto.

Invero, sebbene prima della suddetta legge, tra le cause di scioglimento della comunione dei beni già figurava la separazione legale dei coniugi, tuttavia, non era chiaro il termine da cui tale scioglimento decorresse. Con riferimento alle separazioni giudiziali, l'orientamento prevalente della giurisprudenza²¹⁹ riteneva che lo scioglimento operasse soltanto con la sentenza decisoria del giudizio separativo; mentre, con riferimento a quelle consensuali, dalla omologa del verbale di separazione consensuale. Con la legge 55/15²²⁰ è stato aggiunto un 2° comma all'art. 191 c.c. con il quale si è precisato e chiarito che detto scioglimento, con riferimento alle separazioni contenziose, opera dall'udienza di comparizione personale delle parti innanzi al Presidente del Tribunale del luogo della casa coniugale mentre, con

²¹⁸ Con il quale, in realtà, deve intendersi la cessazione della comunione

²¹⁹ così, tra le altre, Cass., Sez. I, 5 ottobre 1999, n. 11036; Cass., Sez. I, 18 settembre 1998, n. 9325; Cass., Sez. I, 2 settembre 1998, n. 8707). Dello stesso avviso era anche la Corte costituzionale (Ord. 7 luglio 1988, n. 795) che aveva negato l'idoneità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. a determinare lo scioglimento della comunione.

²²⁰ Nota come legge sul divorzio breve ma nella quale è disposto altresì lo scioglimento anticipato della comunione dei beni a decorrere dalla ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c.

riferimento alle separazioni consensuali, dalla data della firma del verbale separativo, purché omologato. L'inciso finale²²¹, secondo alcuni²²², lascerebbe intendere che la mancata omologazione costituisce una clausola risolutiva espressa dello scioglimento della comunione.

3.3.4 d) Diritti successori del coniuge superstite e del partner civile civilmente unito sopravvivente

Al coniuge superstite (con l'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia) e al partner civilmente unito sopravvivente (con l'entrata in vigore della legge Cirinnà) sono riconosciuti i seguenti diritti:

1) l'abitazione nella casa coniugale e l'uso dei mobili che la arredano²²³ spettano al coniuge o al partner civilmente unito superstite anche nel caso in cui detto immobile sia l'unico cespite ereditario di cui anche i figli, ovvero in loro assenza altri successibili²²⁴, concorrono con il coniuge (o partner civilmente unito superstite)²²⁵. Questi ultimi, infatti, per poter disporre a pieno dei diritti ereditari, devono attendere la morte di costoro giacché, avendo l'art. 540 co. 2 c.c. riconosciuto loro un prelegato speciale, questi potranno abitare nella casa familiare e godere dei mobili che la arredano per tutta la loro vita;

2) l'attribuzione di una quota pari²²⁶ o superiore²²⁷ a quella riservata i figli. Al riguardo giova ricordare che, in caso di comunione dei beni, in successione cadono soltanto il 50% dei beni comuni essendo l'altra di spettanza del coniuge o

²²¹ "purché omologato"

²²² G. Oberto, "Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra coniugi" in *Famiglia e diritto*, n. 6/2015; Scalerà Antonio, "Divorzio breve e negoziazione assistita: quando si scioglie la comunione dei beni?" pubblicato il 3.6.2015 su il *Quotidiano giuridico*

²²³ Secondo Cass. Civ. S.U. n. 4847 del 27.2.2013, il valore dei diritti di abitazione della casa e di uso dei mobili previsti dall'art. 540 co. 2 c.c., avendo natura di prelegato, deve essere detratto dalla massa ereditaria e pertanto la formazione delle quote spettanti ai legittimari non deve tener conto dei predetti.

²²⁴ Anzitutto gli ascendenti del dante causa

²²⁵ Legittimario introdotto dalla legge Cirinnà.

²²⁶ Rif. alla ipotesi di concorso nella successione necessaria del coniuge con uno o due figli

²²⁷ Rif. alla ipotesi di concorso del coniuge superstite con più di 2 figli nella successione ereditaria. Infatti al coniuge spetta 1/3 della massa dei beni ereditari oltre al diritto di abitazione nella casa coniugale e l'uso dei mobili che la arredano

partner omosessuale civilmente unito. Invero, come rilevato dalla dottrina²²⁸, la legge Cirinnà ha esteso l'applicazione delle disposizioni contenute nella successione cd. necessaria anche alla parte superstite dell'unione civile aggiungendola alla categoria dei cd "legittimari". La quota riconosciuta al partner superstite civilmente unito è la stessa²²⁹ di quella prevista nei confronti del cd coniuge superstite in assenza di altri legittimari concorrenti; mentre in caso di concorso del partner superstite con un figlio, al partner spetta 1/3 dell'asse ereditario e nella ipotesi in cui questo concorra con 2 o più figli, al predetto spetta soltanto 1/4 del patrimonio ereditario.

3.3.5 e) La reversibilità della pensione: soggetti e requisiti che questi devono avere

Per la clausola di equivalenza dei diritti riconosciuti al coniuge e, ai sensi della legge Cirinnà, estesi alle parti civilmente unite dal 5.6.2016, anche queste sono divenute titolari del diritto alla reversibilità della pensione prima riconosciuta al solo coniuge superstite. Come per quest'ultimo, anche il partner civilmente unito sopravvivente, per poterla ottenere devono versare in condizioni di non autosufficienza economica e dunque spettano soltanto a chi era a carico del coniuge o del partner civilmente unito o convivente di fatto. Inoltre è riconosciuta a colui che, prima della morte del de cuius, riceveva un mantenimento stabile da parte di quest'ultimo nei confronti dell'altro. Prima della approvazione definitiva del ddl, il legislatore ha chiesto al Servizio Bilancio dello Stato e alla Segreteria della V commissione²³⁰ la verifica delle coperture finanziarie occorrente in caso di approvazione dell'allora ddl Cirinnà dei costi e dunque la verifica delle relazioni tecniche. Questi ultimi, con atto n. 370 del 27.4.2016, hanno espresso un parere complessivamente favorevole essendo stata la RT prudente nel ritenere, con riferimento agli oneri di spesa previsti per l'estensione del diritto alla reversibilità

²²⁸ Rif. Gianfranco di Rogo in "successioni e pensioni" in Italia Oggi, serie speciale n. 11, anno 26 del 14.5.2016 a cura di Marino Longoni "le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà: convivenze e unioni civili"

²²⁹ Pari a 1/2 dell'asse ereditario

²³⁰ Rif. alla commissione bilancio, tesoro e programmazione

della pensione anche al compagno civilmente unito, e ha confermato che le disposizioni contenute nel ddl Cirinnà (oggi legge) comportano oneri sostenibili per gli enti di previdenza.

3.4 La filiazione naturale e adottiva nelle vecchie e nuove famiglie

3.4.1 Il diritto dei minori nei casi particolari ex art 44 co. 1 l 184/1983 a rimanere nella famiglia parentale o a favorire rapporti con i partner stabilmente uniti affettivamente ad uno dei suoi genitori e conviventi con esso

All'indomani della approvazione della bozza del ddl Cirinnà²³¹ al Senato il 25.2.2016, l'autrice non ha potuto far a meno di chiedersi quale fosse il motivo di un atteggiamento così ostile e vigliacco di taluni che ha impedito (o quantomeno reso più difficoltoso) a chi versi ' nei soli casi particolari' di cui all'art. 44 co. 1 let. b) l. 183/84 di poter essere adottato dal partner, anche se omosessuale civilmente unito con il suo genitore biologico o adottivo consentendo al 'figliastro' di essere adottato dal convivente del suo genitore, fermi restando i limiti posti dalla legge sulle condizioni soggettive necessarie affinché tale adozione possa essere disposta e dunque in assenza dell'altra figura genitoriale ad esempio per mancato riconoscimento o decesso.

Peraltro, tale possibilità, sebbene rimessa alla sensibilità e alla valutazione caso per caso del Tribunale per i minorenni territorialmente competente del cd supremo interesse del minore, era già prevista dall'art. 44 co. 1 let b) della legge²³² sulle adozioni e successivamente fatta salva dal testo del ddl dal quale soltanto apparentemente è stato stralciato ma, a ben guardare, in pratica no. Allora per quale motivo se non nella vana speranza che quegli stessi oppositori non se ne accorgessero?

Come rilevato da un illustre dottrina²³³, l'adozione nei casi particolari²³⁴

²³¹ Divenuto poi legge 76 del 20.5.2016

²³² Rif. L 184/1983

²³³ Rif. Alberto Giusti in "Trattato di diritto di famiglia", volume 4, cap. IX intitolato "l'adozione dei minori di età in casi particolari" pag. 3945 e seg.

²³⁴ Che si ricorda sono: adozione dell'orfano compiuta da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al 6° grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla morte del genitore; l'adozione del

consente di procedere all'adozione anche senza la preventiva dichiarazione della loro adottabilità e senza bisogno che il minore adottando sia in stato di abbandono. Tale diversa adozione permette inoltre al minore di conservare significativi rapporti con i propri ascendenti e parenti mantenendolo all'interno della famiglia parentale ovvero favorendo la formalizzazione di stabili rapporti di convivenza e assistenza con il coniuge del proprio genitore.

A parere di chi scrive, la volontà contraddittoria ed equivoca del legislatore, che da un lato non ha voluto estendere in modo espresso il diritto alla cd stepchild adoption anche ai figli biologici o adottivi di una delle parti civilmente unite con un'altra dello stesso sesso, impedendo a quest'ultima di poter essere parificata al coniuge e di avere, in forza della unione con il proprio consorte, la possibilità di adottare il figlio biologico o adottivo dell'altra; mentre dall'altro ha conservato la possibilità di valutare tale diritto nell'esclusivo supremo interesse del minore, conservando una disposizione preesistente che già ammetteva tale possibilità alla cd coppie di fatto, lascerebbe sottintendere una diversa dignità delle famiglie omosessuali rispetto a quelle tradizionali, rinforzata dalla mancata previsione per le prime dell'obbligo reciproco alla fedeltà e dunque non dando la giusta e doverosa importanza al presupposto comune sul quale tanto le une²³⁵ quanto le altre²³⁶ dovrebbero fondarsi: l'esistenza di un reciproco sentimento di amore e dunque il rispetto e la fiducia reciproca che queste devono avere e meritarsi di continuare a ricevere dandone prova quotidiana del predetto merito.

La scelta operata dal legislatore appare, a giudizio di chi scrive, quantomeno inopportuna anche sul piano etico, oltre che lesiva dei sentimenti delle persone dello stesso sesso unite civilmente giacchè questi non devono essere la brutta copia dei matrimoni bensì unioni civili degne di rispetto sia sul piano giuridico che su quello personale, essendo oltre che costituzionalmente illegittime (per violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost) anche offensiva dei loro sentimenti

figlio minore anche adottivo dell'altro genitore; l'adozione del minore orfano affetto da grave handicap; l'adozione del minore nel caso in cui non sia stato possibile procedere all'affidamento preadottivo

²³⁵Rif. alle unioni civili tra persone dello stesso sesso

²³⁶Rif. alle unioni matrimoniali di persone di sesso diverso

avendone fatto scaturire delle ingiuste diversità sui doveri conseguenti alla costituzione del vincolo come se fosse indegno di ricevere quella sensibilità riconosciuta alle sole coppie eterosessuali che si sposano.

3.4.2 Riflessioni personali sul diritto del minore in stato di abbandono e non a vivere rispettivamente in una famiglia, ancorché adottiva e nella famiglia parentale favorendo i rapporti con le persone stabilmente unite ad uno dei propri genitori e sui soggetti degni e capaci di adottare

Al riguardo chi scrive, sebbene sia contraria alle pratiche della maternità surrogata, con riferimento all'adozione in generale dei minori in stato di abbandono e, soprattutto, a quella nei casi particolari di cui all'art. 44 co. 1 let b)²³⁷ l. 184/83, non può far a meno di chiedersi se tale pregiudizio in realtà non sia lesivo rispettivamente del diritto del fanciullo ad avere cura e amore da una famiglia ancorché adottiva (anche se di formazione sociale omosessuale) ovvero del minore a ricevere amore anche dal partner con il quale il proprio genitore vive, divenendo a tutti gli effetti figlio adottivo anche di quest'ultimo. Se non nell'usanza dove sta scritto che due genitori ancorché di sesso uguale non siano capaci di insegnare ad un figlio il valore dell'amore quale primario bisogno dell'essere umano di amare e sentirsi amato? Quello che, ad avviso della sottoscritta, incide positivamente o negativamente nella sana crescita psicofisica di un figlio non è da chi sia amato ma come queste persone vivano trasmettendo i valori di una famiglia collaborativa, attenta ai bisogni di chi ne è parte, capace di trasmettere ciò che sente, mostrando fiducia e rispetto nelle relazioni interpersonali. Purtroppo, gli interessi economici e materiali, mascherati da finte protezioni ed interesse nei confronti dei minori adottandi, impediscono a quei ragazzi di ricevere quello che la natura ha tolto loro: una famiglia che li ami. Tuttavia, chi scrive non nasconde il timore che i figli di coppie omosessuali, in una società come quella di oggi in cui il bullismo è una piaga diffusa, possano subire delle ulteriori sofferenze a causa di una società non matura al

²³⁷ Rif. alla possibilità di adottare il figlio biologico o adottivo di uno dei due genitori con il quale l'altro ha un legame affettivo stabile e duraturo) da parte dell'altro

punto di accogliere con benevolenza chi è diverso da noi.

Pertanto, a parere di chi scrive, è opportuno che, prima di favorire un cambiamento così significativo, si creino le fondamenta di una società capace di accogliere, non facendo sentire emarginato chi diverso da noi, come ad esempio i figli adottivi di chi anziché avere la doppia figura genitoriale costituita da una mamma e un papà abbiano due genitori dello stesso sesso.

Queste ultime, infatti, come già detto, vengono valutate, caso per caso, dal Tribunale dei Minorenni territorialmente competente il quale, nel disporre la adozione o meno del figlio del partner ex art. 44 co. 1 let. b) della legge 184/83, dovrà tenere conto del supremo interesse del minore adottando.

Quello che l'autrice intende contestare non è il fatto che il diritto del fanciullo debba essere anteposto agli egoismi degli adulti bensì l'atteggiamento ostile di molti alle diversità che porta con se ingiustizie e disuguaglianze. Al di là delle scelte e pensieri personali, l'essere umano è dotato di due organi vitali : cuore e cervello che se venissero usati in modo armonioso in ciascuna parola, opera e/o omissione che la persona è chiamata a compiere continuamente nella propria vita , tanti pregiudizi potrebbero superarsi in virtù della messa in atto della legge dell'amore cristiano "ama il prossimo tuo come te stesso" che anzitutto vuol dire "non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te" nonché aiutando attivamente chi è meno fortunato di noi. Posto che non credo piaccia a nessuno essere derisi, presi in giro, maltrattati... perché mai farlo nei confronti di qualcun'altro solo perché diverso? Solo così a parere di chi scrive potrebbero abbattersi quelle barriere nei confronti delle diversità e far sì che quegli ostacoli che oggi impediscono a minori in stato di abbandono di ricevere cura e amore non soltanto da parte di coppie sposate ma anche di coppie omosessuali civilmente unite ai sensi della legge Cirinnà²³⁸. Trovo invece giusto non legalizzare la pratica "dell'utero in affitto" mentre sarebbe opportuno un aggiornamento della normativa vigente sulla cd "fecondazione medicalmente assistita che oggi vieta alla scienza di poter fare ricerche sulla salubrità dell'embrione preimpianto anticipando così eventuali problemi che legittimerebbero

²³⁸Rif. art. 44 co. 1 let. b) l 184/83

una interruzione volontaria della gravidanza..

3.4.3 Il divieto della maternità surrogata in Italia e i motivi per cui non sarebbe opportuna una loro ammissione

La maternità surrogata è oggi vietata dalla legge 40/04 e, nonostante in molti paesi del mondo²³⁹ risulti essere lecita, l'autrice non ritiene opportuna l'approvazione di un ddl²⁴⁰ che introduca anche in Italia la possibilità, per chi non possa procreare (e dunque anche ai gay), di soddisfare il desiderio di diventare genitore con il corpo di un'altra donna poiché, anche le migliori pratiche, dettate da alcuni paesi²⁴¹ a tutela delle gestanti, sono pur sempre devastanti sul piano psicofisico della donna, anche se, come previsto anche nel ddl suddetto sia sempre esercitabile un ripensamento e, nonostante, debba essere gratuito. Troppe persone finirebbero con il distruggersi psicologicamente. Infatti, nel caso in cui la gestante esercitasse il suo diritto di ripensamento e recedesse dal contratto, a rimanere fortemente dispiaciuta e a soffrirne sarebbe chi credeva di poter realizzare un desiderio in cui, sino a prima del ripensamento della gestante, ha fortemente creduto; nella diversa ipotesi sarebbe la gestante a soffrirne poiché sarebbe un dolore psicofisico immenso dover consegnare il neonato, dopo averlo tenuto in grembo e

²³⁹Tra i quali la Russia, l'Ucraina, l'India e la Grecia che la ammettono senza troppe difficoltà nonché la Francia e il Regno Unito che, invece, la ammettono subordinandola alla sussistenza di alcune condizioni quali ad esempio la gratuità. L'Italia e la Spagna invece la vietano espressamente

²⁴⁰Rif. disegno di legge promosso dai Senatori Boccia, Russo, Alfonsi, Brisca, Menapace, Capelli, Di Lello, Gaggio, Gagliardi, Nardini, Palermo, Valpiana e Vano **n. 2000 del 4.2.2008** e con il quale si vorrebbe a rimuovere quei limiti dettati dalla legge 40/04 che oggi impediscono a chi non può avere figli per natura o per impedimenti di altro genere (infertilità, sterilità, sindrome di immunodeficienza acquisita ovvero in presenza di malattie sessualmente trasmissibili al concepito, nonché al fine di consentire la procreazione medicalmente assistita qualora non sia possibile diversamente.

²⁴¹Rif. ai paesi come il Canada, oltre che in alcuni Stati degli USA in cui la surrogazione di maternità è ammessa ma soltanto ad alcune condizioni tra le quali che uno dei richiedenti sia ivi residente, che la gestante non possa consegnare il figlio al genitore adottivo prima delle 6 settimane dalla nascita e che la coppia adottante dimostri la gratuità del gesto, salvo il diritto alle occorrente spese per la impiantazione di uno o più ovuli fecondati e quelle sostenute per portare avanti la gravidanza. Il Regno Unito, invece, vieta la surrogazione di maternità ma consente, a determinate condizioni, a chi voglia diventare ai coniugi che vogliano diventare genitori di adottare, dopo la nascita del figlio della gestante se non lo vuole. Tra le condizioni dettate è previsto che i genitori che abbiano fatto richiesta di adozione del neonato debbano dare prova del mancato interscambio di denaro tra il genitore biologico e la coppia adottante. In assenza di quest'ultima, infatti, chi ne ha fatto richiesta non potrà, anche in presenza degli altri requisiti, veder soddisfatto il desiderio alla genitorialità.

sentito crescere per 9 mesi, ad un altro soggetto che lo crescerà come fosse suo. Sarebbe dunque opportuno riflettere attentamente prima di introdurre mai nel nostro Paese la liceità della suddetta pratica. Se tuttavia, il nostro legislatore dovesse mai legalizzare le pratiche della surrogazione della maternità in futuro, che, salvo errore, risultano essere stati presentati al Senato due progetti di legge sulla legalizzazione della maternità surrogata nonché della fecondazione assistita eterologa²⁴². Con riferimento alla prima nel ddl n. 2000 del 4.2.2008 si vorrebbe consentire anche a chi non possa procreare (si pensi a chi abbia subito l'asportazione dell'utero in conseguenza di un tumore) il diritto alla genitorialità spalancando le porte a tutti i soggetti e non soltanto alle coppie privilegiate purché sia gratuito ed entrambe le parti possano esercitare il diritto al ripensamento. Sarebbe opportuno, ove il predetto progetto legislativo divenisse legge, quantomeno prevedere che la gestante che acconsenta alla maternità surrogata sia in possesso di determinati requisiti onde prevenire e contenere il rischio, anche a tutela della futura madre adottiva, di un eventuale ripensamento, che questa abbia altri figli suoi e che si debba sottoporre a controlli clinici che confermino che il suo stato di salute le consenta, senza rischi per lei e per il concepito, di nascere sano nonché, restringendo il campo dei donatori ad esempio alle sorelle o cugine carnali.

3.4.4 La procreazione medicalmente assistita in Italia tra normativa vigente e opportune modifiche

Il ddl n. 1607 del 9.9.2014, invece, vieta il ricorso alle pratiche della maternità surrogata ad eccezione del caso in cui la madre non possa portare avanti la gravidanza e non vi sia la commercializzazione del corpo umano o parti di esso mentre rimuove quegli inutili limiti alla procreazione medicalmente assistita consentendo quel che oggi è vietato: la crioconservazione dei gameti e degli embrioni nonché la diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione, onde contenere

²⁴²Rif. disegno di legge promosso dai senatori Manconi e Palermo n. **1607 del 9.9.2014** Infatti il secondo mira a rimuovere, con riferimento alla procreazione assistita quei limiti alla crioconservazione dei gameti e degli embrioni e a consentire altresì la fecondazione assistita con donazione dei gameti prevedendo la sua gratuità e che si possano fare accertamenti preimpianto onde contenere i rischi di aborto (già ammessi) per nascite indesiderate

il rischio di aborto da nascita indesiderata ai sensi della legge istitutiva del diritto di aborto per la donna nei casi tassativamente elencati dalla stessa, tra i quali ‘quando la nascita possa arrecare danni alla madre o al nascituro entro i primi 3 mesi’. Se, la scrivente non vede di buon occhio per i motivi in precedenza espressi la surrogazione della maternità, la stessa riconosce altresì che, con riferimento alla procreazione assistita, le modifiche contenute in quest’ultimo ddl (fatta eccezione per la disposizione che ammette la possibilità, per chi non possa procreare, il ricorso alla surrogazione della maternità) sono più che condivisibili atteso che mirano ad aiutare chi altrimenti non potrebbe diventare genitore a realizzare il loro sogno grazie alla scienza. Del resto non a senso in un paese nel quale l’aborto è ammesso tutelare l’embrione. E’ un paradosso, infatti che oggi meriti più tutela l’embrione del concepito. C’è qualcosa di strano se non di assurdo che deve essere corretto, tenendo anche conto che lo Stato italiano è laico e che dunque i diritti devono essere riconosciuti rimettendo alle coscienze individuali di ciascuno il loro utilizzo.

3.4.5 La stepchild adoption nella normativa attuale e nel testo originario (art. 5 del ddl Cirinnà) stralciato dal Senato il 25.2.16

Ad onor del vero l'articolo 5 del ddl Cirinnà, cestinato dal Senato, prevedeva, anche per le coppie omosessuali che decidevano di formare un'unione civile, l'estensione della cosiddetta "stepchild adoption" cioè l'adozione del figlio biologico o adottivo di uno dei due partner da parte dell'altro, che di fatto avrebbe permesso all'altro di diventare il secondo genitore. Sulle adozioni, pertanto, “resta fermo quanto previsto dalla legislazione vigente”. Così facendo, secondo i primi commentatori²⁴³ alla legge recante disciplina sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, il legislatore ha lasciato che sia il Tribunale per i minorenni territorialmente competente a decidere se riconoscere o meno anche alle coppie gay

²⁴³Rif. A. Mei in “Le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto approvate dalla legge Cirinnà l’11.5.2016: analogie e differenze con l’istituto del matrimonio” pubblicato su La nuova procedura civile del 13.5.2016; Silvia Veronesi “i figli minori e l’adozione” pubblicato su Italia Oggi serie speciale n. 11, anno 26 del 14.5.2016 (a cura di Marino Longoni)“Le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà: convivenze e unioni civili”

ex art 44 co. 1 et. b) della legge sulle adozioni²⁴⁴ la possibilità “**nei casi particolari**” di adottare il figlio biologico o adottivo dell’altro. In poco più di due mesi dall’approvazione da parte del Senato della bozza del ddl sulle unioni civili, ci sono state 5 pronunce dei giudici di merito che deponevano pro estensione del diritto alla *stepchild adoption* in favore delle coppie omosessuali. Invero, l’art. 5 d.d.l. Cirinnà voleva consentire, anche ad una coppia omosessuale civilmente unita ai sensi delle disposizioni contenute nel predetto, il ricorso alla "stepchild adoption" secondo il medesimo iter giudiziario oggi previsto per le coppie sposate eterosessuali ovvero sia mediante presentazione di una domanda di adozione al Tribunale per i Minorenni che dovrà accertare se ‘l’adozione particolare’ risponda al supremo interesse del minore. Ciò nonostante la legge Cirinnà, nel suo testo definitivo, consente l’applicazione della stepchild adoption anche alle coppie omosessuali civilmente unite e non giacché, “resta fermo quanto previsto dalla normativa previgente in materia” (art. 44 co.1 let.b). Invero, la "stepchild adoption", anche nel testo originario stralciato dal Senato non prevedeva nulla di nuovo o di diverso rispetto a quanto già precedentemente contenuto nell’art. 44 let. b) della legge sulle adozioni se non la semplificazione dell’iter giudiziario. Invero, sia il testo originario che quello oggi vigente stabiliva che non si poteva concedere l’adozione di minori che avessero già entrambi i genitori legalmente riconosciuti, anche se separati. Tuttavia, gli oppositori alla normativa, a parere di chi scrive, non hanno voluto estendere questa possibilità alle coppie gay temendo che ciò significasse, di fatto, incentivare per le coppie di uomini la pratica dell’utero in affitto (possibile all’estero in Stati Uniti, Canada, Sud Est Asiatico, India) e della fecondazione eterologa per una coppia di donne. La legge Cirinnà, dunque, a ben guardare, anche nel testo originario (art.5) non contemplava comunque la possibilità per un’unione civile di adottare bambini esterni alla coppia, provenienti dall’estero o residenti in Italia, essendo la maternità surrogata vietata ai sensi della legge 40/04

²⁴⁴Rif. legge 184/83

3.5 I contratti di convivenza

3.5.1 I contratti di convivenza more uxorio: costituzione, regolazione ed estinzione dei rapporti personali e patrimoniali tra conviventi

Il comma 36 della legge Cirinnà definisce le convivenze di fatto come dei legami affettivi insorti tra due persone maggiorenni, unite stabilmente, caratterizzate anche dalla reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, di affinità, di adozione, di matrimonio o da un'unione civile. Tale disposizione, come rilevato da taluni²⁴⁵, preclude alle persone che risultino unite da un matrimonio, da un'unione civile o vincolate da altro contratto di convivenza non risolto con terze persone di poter stipulare un contratto di convivenza in quanto esso sarebbe nullo e il professionista rogante senz'altro ne risponderebbe professionalmente in quanto contrario a norme imperative.

Il comma successivo²⁴⁶ sancisce che la prova della stabilità della convivenza è data dalla certificazione anagrafica del comune di residenza. Invero, come già accennato in premessa, se i conviventi di fatto non dichiarano all'ufficio anagrafe del loro comune di residenza che essi costituiscono una famiglia di fatto, ai sensi e per gli effetti della legge Cirinnà, ciascuno di essi sarà ritenuto, anche se coabitanti nella stessa casa, una mono-famiglia e dunque nello stato di famiglia non figurerà l'altro coabitante. Mentre prima della entrata in vigore della suddetta legge la mera certificazione anagrafica non era ritenuta dalla giurisprudenza una prova di per sé sola sufficiente a dimostrare la stabile unione tra i partner, a seguito delle novelle introdotte dalla legge Cirinnà tali certificazioni anagrafiche costituiranno l'unica prova della suddetta convivenza, che potrà essere ulteriormente rinforzata dalla possibilità per i partner che ne abbiano i requisiti²⁴⁷ di stipulare ai sensi del co. 50 un contratto di convivenza che regoli i loro rapporti personali e patrimoniali, con l'automatico riconoscimento a tutti coloro che risulteranno essere anagraficamente conviventi di fatto dei cd. *diritti minimali* loro spettanti

²⁴⁵Rif. Antonio Ciccio Messina in "convivenze e unioni civili, tutele per milioni di coppie" in Italia Oggi "Le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà. Convivenze e unioni civili" serie speciale numero 11, anno 26, 14.5.2016 (a cura di M. Longoni)

²⁴⁶Rif. co 37 legge Cirinnà

²⁴⁷E dunque di coloro che non ricadano nelle ipotesi di nullità insanabile di cui al co. 57

Questi ultimi possono riassumersi come segue:

- 1) diritto di assistenza e di accesso alle informazioni personali in caso di malattia o ricovero del convivente,
- 2) nella possibilità di essere reciprocamente designati quale proprio rappresentante, con pieni o limitati poteri, in caso di incapacità di intendere o di volere sulle scelte riguardanti la donazione degli organi e le celebrazioni funerarie,
- 3) ad eccezione dell'art. 337 sexies c.c., in caso di morte del proprietario della casa di residenza comune, il convivente ha diritto di abitare nella stessa casa per un periodo pari a 2 e comunque non superiore a 5 anni se la convivenza si è protratta per un periodo superiore a 2 anni,
- 4) al convivente che presti stabilmente la sua opera nell'impresa dell'altro spetta la partecipazione agli utili e ai beni acquistati con questi ultimi nonché gli incrementi in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato nell'impresa,
- 5) il convivente può essere nominato tutore, curatore e /o amministratore di sostegno qualora l'altro convivente sia interdetto o inabilitato,
- 6) i conviventi possono stipulare un contratto di convivenza che regolamenti gli aspetti patrimoniali tra le parti.

Con riferimento a tale ultima facoltà, la legge stabilisce che, affinché il contratto sia valido, è necessario che quest'ultimo sia redatto per iscritto e che abbia la forma dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato che attesti la non contrarietà delle disposizioni in esso contenute all'ordine pubblico, alle norme imperative e al buon costume. Nel caso in cui le parti vogliano modificare in tutto o in parte le disposizioni contenute nel contratto di convivenza, alla stessa forma del precedente contratto ed oneri soggiaceranno le eventuali modifiche concordate dai contraenti. Affinché sia opponibile ai terzi sia quello originario che quelli successivi modificatori o estintivi del precedente dovranno risultare dai pubblici registri poiché, in difetto, le disposizioni contenute in uno dei predetti contratti non saranno loro opponibili.

Peraltro, ai sensi del comma 57 della stessa legge, al contratto di convivenza non può essere apposto alcun termine e alcuna condizione, in caso di inosservanza di tale divieto le condizioni e il termine eventualmente apposti si considereranno come non apposti, restando invece valide le altre disposizioni.

Come rilevato da un'attenta dottrina²⁴⁸, il contratto, invece, sarà affetto da una **nullità insanabile** se verrà stipulato in una delle seguenti ipotesi:

- 1) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di altro contratto di convivenza non risolto,
- 2) in mancanza della certificazione di convivenza di fatto rilasciata dal comune dove le parti hanno stabilito la loro vita familiare,
- 3) se concluso tra persone che non possono stipulare un contratto di convivenza perché prive dei requisiti soggettivi (comma 36 l Cirinnà) e dunque tra persone in cui anche una sola di queste sia minorenni, interdetta ovvero condannata per un delitto tentato o consumato di omicidio ai danni dell'ex coniuge o ascendenti di uno dei due.

Con riferimento alla prima ipotesi di nullità sopraelencata, a parere di chi scrive, tale normativa, nella parte in cui impedisce ai conviventi che non possano unirsi in matrimonio²⁴⁹ o in una unione civile²⁵⁰ in quanto privi dello status di libere²⁵¹ e dunque che, a ben guardare né avrebbero più bisogno giacché questo poteva costituire l'unico modo attraverso il quale le parti potevano regolamentare la loro unione nell'ambito della loro autonomia negoziale, attesa la sospensione dei doveri di fedeltà e convivenza delle coppie coniugate sin dalla udienza di comparizione personale delle parti innanzi al Presidente del Tribunale autorizzativa per i coniugi a vivere separatamente. Come noto, molti dei conviventi di fatto, statisticamente parlando, sono costituite da coloro che pur essendo legalmente separati, non sono divorziati ma convivono con terzi. A Tal proposito i dati

²⁴⁸ Rif. Alessandra Mascellaro e Daniela Riva in "le convivenze di fatto" pubblicate in Italia Oggi, serie speciale n. 11, anno 26, 14.5.2016 "le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà. Convivenze e unioni civili" (a cura di M. Longoni)

²⁴⁹Tra persone di sesso diverso

²⁵⁰Tra persone dello stesso sesso

²⁵¹Che si acquista soltanto con il divorzio o con lo scioglimento della unione civile ex art. 1 co 24

statistici²⁵² del 12.11.2015, relativi al 2014, rilevano una diminuzione delle seconde nozze di circa il 10% rispetto al 2008 nonostante si sia registrata una incidenza percentuale in aumento delle seconde nozze sul totale raggiungendo nel 2014 il 16,1%. Tra le cause della diminuzione delle seconde nozze, l'istat attribuisce il fenomeno "alla diminuzione degli esposti al rischio di contrarre nuovamente un matrimonio", dovuta sia al calo dei primi matrimoni che all'aumento delle convivenze di fatto²⁵³.

Se come già detto, per i coniugi rimane obbligatorio separarsi prima di potersi definitivamente liberare del vincolo matrimoniale a differenza di quanto non accade per gli omosessuali civilmente uniti che, invece, possono sciogliere la loro unione su semplice richiesta di una delle parti comunicata all'altra, sarebbe stato quantomeno opportuna una previsione normativa che consentisse a tutti i conviventi di fatto inclusi quelli che siano legalmente separati ma non ancora divorziati e cioè riconoscendo a costoro la possibilità di stipulare un contratto di convivenza. Invero, è orientamento ormai consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza²⁵⁴ che l'udienza di comparizione personale delle parti autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente comporti una sospensione dei doveri di fedeltà e convivenza tra i coniugi. Infatti, da quel momento se ciascuno di essi si fosse rifatto una nuova vita andando a convivere con un'altra persona, tale libera scelta non costituiva certo violazione dei doveri coniugali essendo i predetti doveri sospesi tra le parti durante

²⁵²Rif. Istat, statistiche report relative a "matrimoni, separazioni e divorzi del 2014" a pag 6 in par. "diminuiscono anche le seconde nozze"

²⁵³Per un approfondimento socio-statistico del fenomeno si veda istat in "Generazioni a confronto: come cambiano i percorsi verso la vita adulta", 2014.

²⁵⁴Rif. sent. Corte Cost 99/1974 secondo la quale l'obbligo di fedeltà fra i coniugi sancito dall'art. 143 cod. civ., risulta strettamente connesso alla convivenza e non è compatibile con il regime di separazione, *nonché dalla riforma del 1975 con la quale si è abrogato il testo dell'art. 156 cod. civ., ove prima era previsto, al primo comma, che il coniuge incolpevole " conserva i diritti inerenti alla sua qualità di coniuge che non sono incompatibili con lo stato di separazione", e vi ha sostituito una norma intitolata " effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi". Tale abrogazione non poteva che essere interpretata se non nel senso della totale abolizione delle disposizioni in esse contenute, e della persistenza, in regime di separazione, dei soli diritti - doveri di carattere patrimoniale, con esclusione, in particolare, dell'obbligo reciproco di fedeltà (Cass. 6566 del 17/07/1997).*

Tuttavia in alcuni casi si è ritenuto che anche il comportamento del coniuge successivamente al venir meno della convivenza dei coniugi ma in tempi immediatamente prossimi a detta cessazione può rilevare ai fini della dichiarazione di addebito della separazione allorché costituisca una conferma del passato e concorra ad illuminare sulla condotta pregressa (Cass. 10719 del 2013).

la separazione. Pertanto non sarebbe certo stato contrario al buon costume una previsione legislativa che prevedesse in modo esplicito e inequivoco (anziché rimesso al buon senso dei giudici) anche a costoro la possibilità di stipulare un contratto di convivenza successivamente alla cessazione della convivenza coniugale per effetto della autorizzazione del Presidente a vivere separatamente con riferimento alle separazioni giudiziali ovvero dal benessere o il nullaosta a procedere del Procuratore della Repubblica alla separazione, alle condizioni contenute nell'accordo conclusivo della negoziazione assistita ovvero dalla presentazione della domanda di scioglimento concorde ex art. 12 l. 162/14.

Le ipotesi relative alla cd. *risoluzione del contratto di convivenza* sono contenute nel co. 59 e possono aversi:

- per mutuo consenso,
- per recesso unilaterale
- per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona,
- per morte di uno dei conviventi more uxorio.

La terza fattispecie risolutoria, invece, diversamente dalle ipotesi di nullità elencate dal co. 57, presuppone l'esistenza di un contratto valido e dunque, con riferimento alla contrazione di un matrimonio o di un'unione civile tra un convivente e un altro individuo, deve intendersi come fatto successivo al contratto di convivenza precedentemente stipulato. Peraltro a sostegno di tale interpretazione depone anche la literalità della disposizione laddove recita che il contratto si risolve per... let.c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed un'altra persona". Tale disposizione, infatti, fa discendere ad entrambe le ipotesi suddette²⁵⁵ lo stesso effetto giuridico (la risoluzione del contratto) collegandole con la locuzione "o". Infatti, la risoluzione opera sia nel caso in cui siano gli stessi conviventi che, dopo un periodo di convivenza, decidano di rinforzare la loro unione sposandosi o unendosi civilmente; sia nella ipotesi in cui uno di essi, stanco del rapporto di fatto con il convivente, si innamori di un'altra persona e decida di unirsi

²⁵⁵Rif. co. 59 let. c)

in matrimonio o in un'unione civile con quest'ultima. In entrambe le ipotesi, il co. 62 impone a chi contragga un matrimonio²⁵⁶ o un'unione civile²⁵⁷ di notificare all'altro contraente e al professionista che aveva rogato il contratto, l'estratto del matrimonio o dell'unione civile. E' ragionevole supporre che tale comunicazione al legale o al notaio sia solo per conoscenza e dunque onde consentire loro una serena archiviazione del contratto. E invero, sarebbe quantomeno opportuno che, in sede di emanazione dei provvedimenti attuativi della legge, si introducesse una correzione dell'iter di iscrizione dei coniugi o degli uniti civili nei rispettivi registri con contestuale cancellazione delle convivenze di fatto eventualmente stipulate in precedenza tra le stesse parti ovvero tra una di queste e terzi soggetti. Infatti, allo stato non risulta esserci tra le condizioni ostative alla dichiarazione di coniugi o degli uniti civili (rispettivamente al matrimonio o alle unioni civili delle persone con lo stesso sesso) l'esistenza un contratto di convivenza con terze persone. A parere della sottoscritta sarebbe stato meglio subordinare il matrimonio o l'unione civile successivamente alla risoluzione (preventiva) del contratto di convivenza, e quindi l'aggiunta tra le cause ostative alle conseguenti dichiarazioni di unione civile o di matrimonio tra le parti della esistenza di un contratto di convivenza registrato tra una delle parti con terze persone.

Come per le modifiche, anche la risoluzione del contratto per mutuo consenso ovvero per recesso unilaterale deve avvenire per iscritto con la stessa forma con cui ab origine si è costituito il rapporto contrattuale e dunque mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato. Se la prima ipotesi²⁵⁸ non sembra porre delle significative problematiche applicative, la seconda²⁵⁹, invece, ai sensi del co. 61 impone, all'avvocato o al notaio che riceve l'atto, di notificarne copia all'altro contraente presso il domicilio eletto in sede di stipula del contratto di convivenza stesso nel quale questa ha dichiarato di volere ricevere le comunicazioni relative a quest'ultimo; oltre che, ai sensi del co 52²⁶⁰, al comune di residenza (nei

²⁵⁶Tra persone di diverso sesso

²⁵⁷Tra persone dello stesso sesso

²⁵⁸Rif. alla risoluzione del contratto per mutuo consenso

²⁵⁹Rif. al recesso unilaterale dal contratto di convivenza

²⁶⁰Applicabile a tutte le ipotesi di modifica o estinzione dei contratti di convivenza

successivi 10 giorni) per l'annotazione nei registri anagrafici ex art 5 e 7 DPR 223/89. Inoltre si evidenzia una particolare attenzione che il professionista dovrà prestare nella redazione dell'atto di recesso unilaterale dal contratto di convivenza se la casa familiare sia nella disponibilità di chi eserciti il recesso unilaterale in quanto, se non sarà indicato un termine²⁶¹ in cui l'altro dovrà lasciare l'immobile libero dai suoi effetti personali, il recesso stesso sarà affetto da nullità. Nel caso in cui il termine sia indicato ma questo non sia conforme a quello minimo legale ex co. 61, è ragionevole ritenere che l'atto sarà valido e che la nullità opererà solo con riferimento alla indicazione di un termine inferiore che quindi sarà sanato ritenendo applicabile comunque quello non inferiore a 90 giorni previsto dalla legge al co 61.

3.5.2 Confronti tra unioni civili, matrimoni e convivenze: riflessioni

Le prime²⁶², a differenza dei matrimoni e delle convivenze di fatto, possono avere luogo soltanto tra persone dello stesso sesso e non anche, come era nelle intenzioni iniziali del legislatore, alle coppie eterosessuali. I secondi²⁶³ invece restano praticabili dalle sole coppie eterosessuali giacché, anche la rettificazione anagrafica di sesso, nel caso in cui i coniugi non abbiano voluto far derivare da tale fatto lo scioglimento civile del matrimonio ovvero la cessazione degli effetti civili derivanti da quest'ultimo, il co. 27 dispone che tali unioni confluiscono automaticamente nel registro delle unioni civili tra persone dello stesso sesso con contestuale cancellazione delle iscrizioni²⁶⁴ o trascrizioni²⁶⁵ dei matrimoni.

La scelta politica di escludere la possibilità di dichiarare civilmente unite due persone di sesso diverso ai sensi della legge Cirinnà è stata causata dal fatto che queste coppie già hanno la possibilità di vincolarsi che è e rimane soltanto quella del matrimonio.

²⁶¹Non inferiore a 90 giorni dalla ricezione dell'atto

²⁶²Rif. alle unioni civili

²⁶³Rif. ai matrimoni

²⁶⁴Con riferimento ai matrimoni civili

²⁶⁵Con rif. ai matrimoni celebrati con rito concordatari produttivi di effetti giuridici del nostro ordinamento che, a differenza di quelli civili, importano la cessazione degli effetti civili

Le convivenze di fatto, invece, trovano applicazione per entrambe le morfologie delle coppie perché va preservato il diritto di non vincolarsi troppo lasciando alla volontà degli aventi diritto la possibilità di rimettere alla autonomia negoziale delle parti la possibilità di obbligarsi più o meno, a seconda della comune volontà. Quello che, come abbiamo visto, diviene elemento probante ai fini del riconoscimento dei diritti minimi ‘per l’accertamento della stabile convivenza’ è la cd famiglia anagrafica²⁶⁶ mediante dichiarazione resa ex art. 13 co. 1 let b) DPR 223/89 dai conviventi al comune di residenza. Senz’altro, oltre alla situazione sulla carta, dovrà esserci una rispondenza anche al reale giacchè, in difetto di dimora nello stesso luogo, i conviventi perderanno il loro status. Tuttavia, non può dirsi la stessa cosa, con riferimento alle ipotesi inverse, poiché, se due persone convivono more uxorio ma tale situazione non è dichiarata al Comune, costoro non potranno rivendicare i diritti minimi spettanti a chi non risulti nell’elenco delle cd. ‘famiglie anagrafiche’.

In secondo luogo, come già accennato il fatto che non sia possibile la stipula di contratto di convivenza per chi non sia sciolto dal vincolo matrimoniale che, come noto si interrompe definitivamente soltanto con lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio, ma dove tra i coniugi sono sospesi il dovere di convivenza e quello di fedeltà, perché mai non potrebbe applicarsi nel 2016 a chi sia legalmente separato ancorché non divorziato? Peraltro, perché come è ragionevole che sia, non si può stipulare un contratto di convivenza in presenza di un’unione civile (oltre che di un vincolo matrimoniale) mentre la stessa accortezza non è prevista con riferimento alla unione civile tra persone che risultino conviventi? Invero, il co. 59 let c) dispone, con riferimento a tale fattispecie, la risoluzione del contratto di convivenza. Non sarebbe stato forse più ragionevole pretendere la preventiva risoluzione del contratto e dunque inserire quali condizioni ostative alla unione civile e al matrimonio la mancata risoluzione (preventiva) del contratto di convivenza? A quanto innanzi, si rileva altresì che all’obbligo di comunicazione della parte che abbia contratto un’unione civile o un matrimonio, se non pone

²⁶⁶ Definita all’art. 4 dpr 223/89

problemi quando tale fatto avviene tra le stesse parti, nella diversa ipotesi in cui sia una di queste che si sia sposato o unito civilmente con un'altra persona, l'obbligo di comunicazione all'altra parte e all'avvocato è priva di sanzioni. Cosa succederà in caso di inosservanza? Insomma, sebbene la normativa è condivisibile nelle finalità di rimuovere quelle ingiuste discriminazione nei confronti delle famiglie omosessuali e di fatto dando loro una dignità e un riconoscimento giuridico; per alcuni versi si è finito con il ledere l'uguaglianza nei confronti dei coniugi poiché, nonostante sia le famiglie omosessuali civilmente unite che quelle eterosessuali coniugate siano figli di un comune denominatore, l'amore sembra che con riferimento alle prime non si ami al punto di dover essere anche fedeli. Che società costruiremo ai nostri figli improntata nuovamente su ingiuste diversità e discriminazioni?

Le troppe discriminazioni tra i predetti istituti, in particolare tra le disposizioni regolanti lo scioglimento del matrimonio (previo decorso del termine legale di 1²⁶⁷ anno e 6²⁶⁸ mesi dalla separazione a seconda che quest'ultima si sia conclusa, come vedremo, con una decisione giudiziaria o con il consenso delle parti) e quelle contenute nella legge Cirinnà con riferimento allo scioglimento (immediato) delle unioni civili, comportano a giudizio di chi scrive la necessità di introdurre anche per le coppie eterosessuali sposate che vogliano mettere definitivamente fine al rapporto di coniugio, specie con riferimento a quelle senza figli comuni, il cd divorzio immediato, che, durante la discussione per l'approvazione della legge 55/15 sul divorzio breve erano state barattate con l'estensione della sua applicazione anche alle separazioni pendenti alla data di entrata in vigore della suddetta a patto che venissero espulse le disposizioni sul divorzio immediato. Il fatto che le unioni civili siano possibili solo per le coppie omosessuali e non anche per quelle eterosessuali e che le prime, a differenza di queste ultime, risultino essere privilegiate da una

²⁶⁷ Decorrente dalla udienza presidenziale di comparizione personale delle parti all'esito della quale le parti vengono autorizzate dal Tribunale a vivere separate

²⁶⁸ Decorrente dalla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione, ovvero dalla data di sottoscrizione dell'accordo conclusivo della negoziazione assistita previo benestare o nullaosta del Procuratore della Repubblica presso il tribunale ex art 6 l. 162/14 ovvero dalla istanza congiunta di separazione innanzi al Sindaco ex art. 12 della legge 162/14

normativa il cui scopo è quello di rimuovere delle discriminazioni che prima impedivano alle coppie aventi lo stesso sesso la possibilità di essere riconosciute dal nostro ordinamento come una famiglia non può oggi ribaltarsi la frittata con delle disposizioni in cui ad essere discriminate sono quelle eterosessuali in quanto sono costrette a sposarsi o a convivere ma non ad unirsi civilmente ai sensi della legge Cirinnà con una specie di ‘matrimonio semplificato’ soprattutto con riferimento ai modi di risoluzione. Un illustre collega²⁶⁹, con il quale mi sono confrontata all’indomani della approvazione della legge Cirinnà, ritiene la incostituzionalità delle unioni civili tra persone dello stesso sesso nella parte in cui non prevede l’applicabilità di detto istituto anche alle coppie eterosessuali. Personalmente, pur condividendo tale soluzione, troverei altrettanto ragionevole oltre che più opportuna, la introduzione del divorzio immediato specie per le coppie di coniugi dalla cui unione non siano nati dei figli comuni (minorenni, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti) attesa la disuguaglianza ancora persistente con riferimento alle adozioni da parte delle persone dello stesso sesso, civilmente unite ai sensi della suddetta legge ma alle quali a tutt’oggi, salve le ipotesi della stepchild adoption preesistenti, contenute nell’art 4 let b) della legge sulle adozioni, risultano preclusi gli affidamenti e le adozioni dei bambini in stato di abbandono.

Se sinora si è principalmente affrontato il tema delle costituzioni dei diversi modelli familiari e dunque degli elementi essenziali affinché un matrimonio o un’unione civile sia valida, nella seconda parte verrà affrontato il tema dei diversi modi di risoluzione delle controversie familiari tradizionali e non.

²⁶⁹Rif. al Prof. Avv. Luigi Viola

SECONDA PARTE:

MODI DI RISOLUZIONE DELLE SEPARAZIONI, DIVORZI, MODIFICHE
DEI PREDETTI, DELLA CESSAZIONE DELLE CONVIVENZE MORE
UXORIO E DELLO SCIoglimento DELLE UNIONI CIVILI TRA PERSONE
DELLO STESSO SESSO

4. LA CRISI FAMILIARE.

Con l'introduzione in Italia della legge 54/06²⁷⁰, è stato riconosciuto a tutti i minori il diritto alla bigenitorialità. Infatti, sia che sia figlio di genitori sposati sia che sia figlio di coppie non coniugate che smettano di convivere, il minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche quando tra questi ultimi viene meno quell'*affectio* che prima li teneva uniti. Con riferimento ai **conviventi more uxorio**, prima della entrata in vigore²⁷¹ delle disposizioni contenute nella recentissima normativa sulla regolamentazione delle cd unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto, non assumevano alcun diritto e dovere reciproco derivante dal regime libertino optato dalla coppia. Tuttavia, anche dopo l'entrata in vigore della legge 76/16, in caso di fallimento dell'unione civile o della convivenza di fatto, nessun partner avrà diritto al mantenimento²⁷², anche in caso di tradimento, in quanto sia dalle unioni civili tra persone dello stesso sesso che dalle convivenze di fatto, a differenza dei matrimoni, non derivano alcun dovere di fedeltà. Se ciò è comprensibile e condivisibile con riferimento ai conviventi di fatto, lo stesso non può dirsi nei riguardi delle persone dello stesso sesso che si uniscano civilmente. Nei confronti dei figli comuni, invece, già da diverso tempo, i conviventi assumevano gli stessi doveri dei genitori sposati dovendo continuare ad essere, anche dopo la cessazione della convivenza con l'altro partner, genitori responsabili e presenti nella vita dei loro figli continuando ad amarli, ad educarli, ad istruirli e a mantenerli finché non avessero raggiunto l'indipendenza economica. Con l'entrata in vigore della legge Cirinnà, oltre alla conservazione della responsabilità genitoriale ad entrambi i genitori anche dopo la cessazione della convivenza tra i partner, sebbene i conviventi non soggiacciono al dovere di reciproca fedeltà e non hanno diritto al mantenimento da parte dell'infedele, a costoro è stato però riconosciuto il diritto agli alimenti. Questi ultimi,

²⁷⁰ Recante disposizioni sull'affidamento condiviso dei figli

²⁷¹ 5.6.2016

²⁷² La riforma delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto sebbene non riconosca alcun diritto al mantenimento in favore del partner debole, è previsto un diritto agli alimenti scaturente dalla estensione di tutti i doveri che derivano dal matrimonio ad accezione di quello di fedeltà che invece non nasce né per i conviventi né per chi si unisca civilmente ai sensi della predetta novella

per essere riconosciuti, soggiacciono agli stessi requisiti dei coniugi, e cioè:

- l'assenza di quella autosufficienza economica e
- la mancanza della capacità lavorativa che consenta loro di provvedere a se stessi.

Tale normativa - sebbene molto criticata da alcuni²⁷³ che hanno sempre sostenuto la libertà su cui la famiglia di fatto si fonda rispetto agli obblighi giuridici scaturenti da quella fondata sul matrimonio (e sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso) - ha riconosciuto in favore del partner debole, che subisca la cessazione della convivenza di fatto, il diritto a ricevere da parte dell'altro un assegno alimentare. Così facendo, secondo un autorevole dottrina²⁷⁴, il legislatore sarebbe andato oltre il dovuto in quanto ha imposto delle conseguenze giuridiche alla rottura di un rapporto sulla libertà e non sul vincolo, ledendo la libertà fondamentale di coloro che non vogliono impegnarsi troppo. Infatti, secondo costoro gli obblighi personali non troverebbero spazio neppure in un contratto di convivenza poiché la loro natura patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1321 c.c. e 1174 c.c., la riconducibilità al requisito della determinabilità del valore di una prestazione patrimoniale.

Con riferimento alle ipotesi di adozione del figliastro riconosciute dal Tribunale per i minorenni competente, in caso di scioglimento dell'unione civile o del matrimonio, il genitore adottante diviene a tutti gli effetti il secondo genitore dell'adottato e dunque, dovrà continuare ad educare, istruire, amare , curare e mantenere il figliastro in proporzione alle proprie sostanze e alla propria capacità lavorativa finché quest'ultimo non diviene economicamente autosufficiente. In entrambi i casi infatti, se gli adulti possono mettere fine al loro rapporto di coppia quando viene meno il sentimento che un tempo li ha uniti, tutti i figli²⁷⁵ hanno il diritto di continuare a ricevere cure, affetto, istruzione, educazione e mantenimento da entrambi i genitori anche se questi ultimi hanno messo provvisoriamente²⁷⁶ o

²⁷³ Rif F. Gazzoni in "dal concubinato alla famiglia di fatto", Milano, 1983, pag. 173 e seg.

²⁷⁴ Rif. M. Monteverde in "la convivenza more uxorio" in "il trattato di diritto di famiglia" diretto da G.Bonilini – G.Cattaneo, continuato da G.Bonilini, I, 2° ed, Torino, 2007, pag. 927 e seg.

²⁷⁵ Di coppie coniugate e non

²⁷⁶ Rif. alle separazioni

definitivamente²⁷⁷ fine al rapporto di coppia. Ciò significa anzitutto che i genitori devono continuare ad essere partecipi, presenti e responsabili della crescita dei figli nonostante la rottura del rapporto personale con l'altro genitore. Sebbene la legge sull'affidamento condiviso dei figli trovava applicazione, oltre che per i figli di coppie separate o divorziate, anche per i figli nati da genitori conviventi more uxorio che cessassero di convivere, questa²⁷⁸ aveva il deficit di demandare al Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza del minore le scelte in ordine all'affidamento dei figli di coppie di fatto, diversamente da quanto era previsto per l'affidamento dei figli di coppie coniugate (che invece erano attribuite al giudice della separazione, del divorzio o delle modifiche dei predetti).

Con l'unicità dello stato giuridico di "figlio", tale diversificazione è venuta meno e, dal 1.1.2013²⁷⁹, la competenza a decidere le sorti dei figli nati nel e fuori dal matrimonio è stata trasferita al Tribunale civile, il quale adotta tutti i provvedimenti in materia di affidamento, frequentazione e contributo economico in favore dei figli. Peraltro, il nuovo testo dell'art. 38 disp. att. c.c. afferma che nei procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli si applicano gli artt. 737²⁸⁰ e seguenti c.p.c.

Inoltre, sono state estese anche ai figli nati fuori dal matrimonio le garanzie riconosciute ai figli nati nel matrimonio quali ad esempio:

- l'obbligo di prestare una cauzione a garanzia dell'onere economico stabilito dal Giudice a favore del figlio;
- la possibilità di emettere, con provvedimento giudiziale, un ordine al terzo debitore dell'onerato di corrispondere direttamente all'avente diritto l'importo stabilito per il mantenimento del figlio, creditore in caso di inadempimento spontaneo dell'onerato.

La legge 54/06, come noto, ha operato una "rivoluzione copernicana"²⁸¹

²⁷⁷ Rif. alle ipotesi di scioglimento del matrimonio civile o cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio concordatario ovvero dalla cessazione della convivenza more uxorio delle coppie non coniugate dalla cui unione siano nati dei figli.

²⁷⁸ Rif. alla legge 54/06

²⁷⁹ Data di entrata in vigore della legge 219 del 10.12.2012.

²⁸⁰ Recante disposizioni sui procedimenti camerati

²⁸¹ Rif. P. Schlesinger in "l'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo" in Corr.G 2006, pag. 301 e seg. dove afferma che 2la

ponendo al centro della coppia determinata a separarsi il diritto del minore alla bi-genitorialità, anche quando tra i suoi genitori sia insorta una vicenda separativa²⁸². Tale principio ha riconosciuto al minore il diritto alla conservazione inalterata del rapporto con entrambi i genitori e le rispettive famiglie. In questo modo il legislatore ha cercato di tenere quanto più indenne possibile il figlio minore dalla crisi ‘separativa’²⁸³ dei suoi genitori, prevedendo il diritto di costui ad essere ascoltato²⁸⁴ dal giudice nei procedimenti che lo riguardano e, soprattutto, affidando di norma la prole ad entrambi i genitori. Infatti, mentre prima i figli, in caso di separazione e/o divorzio, venivano solitamente affidati esclusivamente ad uno dei genitori con diritto di visita dell’altro nei giorni, ore e modalità dettate dal giudice; con l’entrata in vigore della legge sul cd. affidamento condiviso, la regola è divenuta quella dell’affidamento della prole ad entrambi i genitori seppur con collocamento prevalente di questa presso uno dei due. Invero, la separazione e/o il divorzio non fanno perciò solo decadere dall’esercizio della responsabilità genitoriale²⁸⁵ il genitore non convivente con il minore, bensì la conservano anche nella ipotesi in cui la separazione sia addebitabile ad uno dei coniugi. La ratio posta a fondamento di tale cambio di rotta operato nel 2006, affonda le sue radici nel fatto che, in assenza di ulteriori elementi, il sol fatto che un uomo sia stato un pessimo marito non significa che, per ciò solo, debba essere necessariamente anche un pessimo padre.

Con riferimento alle novelle introdotte dalla legge 54/06, se da un lato è sufficiente il venir meno dell’*affectio coniugalis* per rompere il patto coniugale e separarsi - essendo la separazione e il divorzio diritti potestativi di chi li domanda - ciò deve essere fatto nel modo meno dannoso possibile per i figli che, a decorrere

legge ha permesso alcune preziose conquiste”. Mentre quella utilizzata da G. Dosi nella relazione “le nuove norme sull’affidamento condiviso e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione” (presentata al Convegno ANM a Roma il 29.5.2006) è più critica limitandosi a ritenere che questa legge abbia trasposto l’esercizio congiunto della potestà genitoriale recependola dalla legge di riforma del divorzio del 1987 non essendo, a detta di quest’ultimo, mutato nella legge 54/06 il criterio in base al quale il giudice nell’un (affidamento congiunto ex l. 898/70 modificata nel 1987) e nell’altro caso (affidamento condiviso: l’interesse del minore.

²⁸² Con tale espressione si intendono sia le separazioni e/o i divorzi sia la cessazione di un rapporto di convivenza dalla cui unione siano nati dei figli.

²⁸³ Con tale accezione ci si riferisce sia alle crisi del rapporto di coniugio ovvero dei conviventi

²⁸⁴ Se ultradodicesime o comunque, anche se di età inferiore capace di discernimento.

²⁸⁵ Prima della riforma della filiazione denominata 2potestà genitoriale”

dalla entrata in vigore della legge sull'affido condiviso, il legislatore ha posto al centro della coppia il supremo interesse del minore a conservare il diritto alla bigenitorialità con la frequentazione inalterata di entrambi i genitori e i parenti di ciascun ramo genitoriale²⁸⁶. Con la normativa²⁸⁷ istitutiva dell'unicità di status di figlio, invece, tra le altre modifiche, si è demandata al Tribunale Civile ordinario la competenza a decidere sull'affidamento e sul mantenimento di tutti i figli, inclusi dunque quelli di conviventi che si lascino.

Tuttavia, quando una coppia si lascia per volontà di uno solo, talvolta chi subisce la fine del rapporto tende a tenere legato a sé l'altro, finendo per trasformare l'amore in odio e quindi ponendo in essere comportamenti che aumentano la conflittualità della coppia. In tal modo, risulta quantomeno difficile, se non impossibile, che le parti possano riuscire da sole a trovare un accordo 'realmente condiviso e sostenibile' e men che mai in un ambiente conflittuale per definizione - quale è quello dei Tribunali - nell'ambito di un procedimento giudiziale nel quale è obbligatoria la rappresentanza e difesa di un Avvocato delle parti innanzi ad un giudice senza aver prima attenuato il conflitto mediante un percorso di mediazione familiare²⁸⁸. Quest'ultimo infatti è un procedimento stragiudiziale volontario nel quale le parti vengono ascoltate da un professionista²⁸⁹ *super partes* che, indipendentemente dalla propria formazione²⁹⁰ professionale, nell'ambito del procedimento mediatorio, non è né un avvocato né un giudice né può assumere la

²⁸⁶ Per approfondimenti in materia vd. Quadri, *l'affidamento del minore, profili generali*, FD, 6, 2001., Arceri, *Commento agli artt.155-155 ter c.c.* in Aa. Vv., *codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2009.; Balestra, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, Familia, 2006.

²⁸⁷ Rif. l. 219/12 e al d.lgs 154/13

²⁸⁸ Per approfondimenti sul tema si veda anche P. Mazzamuto in "la mediazione nella tutela della famiglia", Torino, 2013, in MeR, 3, collana diretta da a. Di Majo

²⁸⁹ Il cd. mediatore familiare

²⁹⁰ Infatti, sebbene la professione di mediatore familiare non è ex se incompatibile con altre professioni (es. quella legale), queste ultime non possono essere svolte nei confronti di soggetti con cui il mediatore ha svolto la funzione di mediatore familiare con riferimento a procedimenti attinenti o connessi a quello mediatorio. A titolo esemplificativo quindi se Tizio è stato mediatore familiare di Caio e Sempronia, sebbene Tizio sia anche Avvocato, costui non potrà assumere mai la difesa di alcuno dei soggetti suddetti (Caio e Sempronia) in eventuali successivi giudizi di separazione, divorzio o modifica dei predetti ex 710 c.p.c.

difesa di alcuno dei soggetti in cui ha assunto la funzione di mediatore familiare²⁹¹. Tale divieto è sancito per due ordini di ragioni: in primis perché la procedura è riservata e cioè coperta dal segreto di ufficio; tant'è che il mediatore non solo non può accettare incarichi professionali successivi alla fase mediatoria ma non può neanche essere chiamato a testimoniare su circostanze, fatti, notizie o quant'altro apprese durante lo svolgimento della funzione di mediatore familiare; nonché per la indipendenza²⁹² e terzietà richieste al mediatore che sarebbero compromessi se si consentisse al professionista al quale la coppia si è rivolta per aiutarle a risolvere i loro problemi comunicativi, di poter assumere, successivamente, la difesa di uno dei due nel successivo giudizio. Infatti, il mediatore familiare, come evidenziato dalla dottrina²⁹³, è un mero facilitatore della comunicazione che, facendo leva sui bisogni e gli interessi delle parti, le aiuta a costruire un nuovo progetto di vita nella veste di 'genitori insieme' partecipi alla vita dei figli.

Nonostante sarebbe bello che tutte le famiglie colpite da 'eventi critici' che mettono a dura prova il rapporto riescano a superare qualsivoglia difficoltà facendo ricorso alla forza dell'amore che le ha unite e dunque al perdono²⁹⁴ con la forza dello Spirito Santo anziché ai rimedi giuridici offerti dal legislatore regolanti la crisi del rapporto personale dei coniugi e dei conviventi, è pur vero che perdonare è assai difficile, specie in taluni casi (si pensi al tradimento), così come riuscire da soli a gestire la situazione senza mai dimenticare che, per una sana crescita psicofisica dei figli, questi ultimi dovrebbero crescere in un clima armonioso anche quando tra i loro genitori sia insorta una crisi profonda che impedisca la riconciliazione tra i coniugi (o partner) ricorrendo al perdono quale manifestazione di una immensa capacità di amare. Orbene, se i genitori, come quasi sempre affermano, amano i loro

²⁹¹ Sul ruolo del mediatore familiare si veda anche Haynes-Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Giuffrè, 1996 nonché De Filippis B.-Mascia, Nella Manzoni-Rampolla,, *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati (nuovo art. 709 ter c.p.c.)*, in *biblioteca del diritto di famiglia*, (diretta da De Filippis B.) Cedam, 2009.

²⁹² Tale requisito è imposto altresì all'avvocato ai sensi dell'art. del codice deontologico.

²⁹³ Rif. vd. Haines-Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e ambito di applicazione*, Giuffrè, 2006. Per approfondimenti sul tema si vedano anche Troisi, *La mediazione familiare, nell'applicazione della recente legge sull'affido condiviso: profili processuali* in FD n. 43, 2008; e Vacca, *Comunicare come*, Garzanti, 1990.

²⁹⁴ Quale frutto del dono dello Spirito Santo

figli, in nome di quel comune sentimento ciascuno di essi dovrebbe continuare ad essere presente e partecipe nella loro vita nonostante la rottura del rapporto di coppia con l'altro genitore e, a tal fine, ognuno di essi dovrebbe mantenere un dialogo costruttivo e rispettoso con l'altro genitore per le decisioni che interessano l'educazione, l'istruzione, le cure, e i bisogni dei loro figli. Nella diversa ipotesi in cui l'egoismo e/o la rabbia prendano il sopravvento nella gestione della crisi affettiva della coppia, a pagarne il prezzo saranno inevitabilmente i figli che cresceranno con un concetto sbagliato di famiglia divenendo a loro volta delle persone incapaci di intessere e mantenere delle buone relazioni interpersonali. Non è con atteggiamenti ipocriti²⁹⁵ che si può pensare di costruire o ricucire un rapporto di coppia, viceversa, soltanto se si affrontano le difficoltà che mettono a dura prova la stabilità affettiva della coppia, quest'ultima potrà uscire dalla crisi familiare, trovando all'interno della stessa la soluzione alle incomprensioni. Per farlo, come ricorda spesso anche Papa Francesco, è indispensabile in primis il possesso di una buona dose di umiltà riconoscendo da un lato i propri errori e per l'effetto chiedere scusa all'altro per gli sbagli commessi impegnandosi altresì nel non reiterare in quelle azioni commissive e/o omissive lesive dei diritti altrui. Infatti, per costruire e mantenere delle buone relazioni familiari è necessario essere capaci di ascoltare attivamente i bisogni altrui nonché di comunicare in modo efficace i propri, al fine di mettere l'altro nelle condizioni di conoscerci meglio ed evitare di continuare a commettere gli stessi sbagli e, laddove ciò dovesse accadere, non stancarsi mai di avere un atteggiamento umile e sincero di reale pentimento da cui possa scaturire il perdono se si ha un cuore grande e misericordioso capace di amare veramente e profondamente ovvero la fine del rapporto di coppia in modo civile oltre che più economico e più salutare.

Accanto ai tradizionali ricorsi giurisdizionali al Tribunale civile territorialmente competente, con il d.l. 132/14 convertito con modifiche dalla legge 162/14 recante misure di degiurisdizionalizzazione, il legislatore ha offerto ai coniugi la possibilità di mettere provvisoriamente o definitivamente fine al rapporto

²⁹⁵ Rif. alle condotte di chi fa finta che tutto vada bene quando in realtà non è vero

di coniugio nell'ambito di un procedimento ADR più o meno oneroso a seconda della **presenza o assenza di figli** minori, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti. Invero, mentre **nella prima ipotesi**²⁹⁶ l'alternativa al ricorso giurisdizionale al giudice della separazione, del divorzio o delle modifiche dei predetti è data soltanto dalla *negoziazione assistita*²⁹⁷ da almeno un avvocato per parte con le peculiarità dettate dall'art. 6 l. 162/14, **nelle ipotesi di assenza di figli**²⁹⁸ chi intende mettere provvisoriamente o definitivamente fine al matrimonio ovvero rivederne le condizioni che regolano la separazione o il divorzio *potrà scegliere se:*

- *rivolgersi all'Ufficiale dello stato civile* del luogo di residenza di uno dei coniugi ovvero del luogo in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto senza la necessaria assistenza legale e con un costo complessivo non superiore all'imposta di bollo vigente per la pubblicazione del matrimonio dunque quasi totalmente gratuita (se paragonata con l'onorario spettante all'avvocato per l'assistenza da quest'ultimo prestata nell'ambito della *negoziazione assistita*);

- oppure *se avvalersi dell'assistenza dei rispettivi legali* per cercare di trovare un accordo *nell'ambito* del procedimento ADR *della negoziazione assistita*.

Quanto alla riforma della filiazione, ben lungi dal voler essere un mero formalismo, tale normativa, completando il percorso iniziato dal legislatore nel 2006 nella legge recante disposizioni sull'affido condiviso²⁹⁹, dal 1.1.2013 ha devoluto al giudice ordinario del luogo di residenza abituale del minore le sorti dei figli di coppie non sposate che cessino di convivere sottraendole al Tribunale per i Minorenni. Se, come abbiamo visto, la riforma sulla filiazione ha cercato di rimuovere le ingiuste differenze, anche sul piano processuale, tra i figli nati da coppie sposate e quelli nati da genitori conviventi, trasferendo (dal 1.1.13) al

²⁹⁶ Rif. alle coppie con figli comuni

²⁹⁷ Per approfondimenti si vedano tra gli altri F. Danovi in "I rimedi della crisi familiare" in "trattato di diritto di famiglia" diretto da G. Bonilini, vol. III, pag. 1985 e seg.; nonché G. Ludovici e D. De Rito in "Alternative dispute resolution: le questioni familiari alla prova delle più recenti riforme processuali e sostanziali" in La nuova procedura civile, 2, 2015 del 6.7.2015

²⁹⁸ comuni alla coppia

²⁹⁹ applicabile anche sulle questioni riguardanti figli di coppie non sposate che cessassero di convivere prima di competenza del Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza abituale del minore mentre le questioni economiche erano devolute al giudice ordinario con oneri ben più pesanti

Giudice ordinario la competenza a decidere sull'affidamento e sul mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio; con il successivo intervento legislativo³⁰⁰, introduttivo delle cd. misure di degiurisdizionalizzazione del processo civile, si sono create delle nuove ingiuste diversità tra gli uni³⁰¹ e gli altri³⁰² in quanto *“la convenzione di negoziazione assistita in materia familiare può essere conclusa tra i coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di **separazione personale, di cessazione degli affetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio**”*³⁰³ e non anche nelle vicende separative dei conviventi more uxorio che cessino di convivere dalla cui unione siano nati dei figli. Invero, come ritenuto sia in dottrina³⁰⁴ che in giurisprudenza³⁰⁵, sull'affidamento e sul mantenimento di questi ultimi, i genitori, purtroppo, non possono ricorrere alla negoziazione assistita ex art. 6 legge 162/14 in quanto il dettato normativo esclude, poiché non prevede espressamente, l'applicabilità dell'istituto anche in tali casi. Tale discriminazione nei confronti dei figli nati da conviventi di fatto che cessino di convivere non è stata sanata neanche a seguito delle novelle introdotte dalla legge Cirinnà giacché soltanto allo scioglimento delle unioni civili sono state estese le misure di degiurisdizionalizzazione³⁰⁶ introdotte dal d.l. 132/14 convertite dalla legge 162/14 con i limiti applicativi contenuti nella predetta. Al riguardo, come già detto, è auspicabile (oltre che doveroso) un intervento correttivo del legislatore al fine di rimuovere queste ingiuste discriminazioni onde ripristinare quella uguaglianza di tutti i figli tanto voluta dallo stesso legislatore pochi anni prima³⁰⁷.

Invero, a seguito della entrata in vigore della legge 162/14, i coniugi che intendano mettere provvisoriamente o definitivamente fine al loro rapporto di

³⁰⁰ Rif. art. 6 della legge 162/14 di conversione del d.l. 132/14

³⁰¹ Rif. ai figli nati nel matrimonio

³⁰² Rif. ai figli nati fuori dal matrimonio

³⁰³ Rif. art. 6 co. 1 l. 162/14

³⁰⁴ Rif. F. Danovi in “i rimedi della crisi familiare” in “trattato di diritto di famiglia” diretto da G. Bonilini, Torino, 2015, pag. 1986 e seg.

³⁰⁵ Rif. Tribunale di Como, decreto del 13.1.16 pubblicato su www.lanuovaproceduracivile.com il 23.3.2016

³⁰⁶ Rif alla negoziazione assistita (art. 6) e lo scioglimento fai da te (art. 12)

³⁰⁷ Rif alla riforma della filiazione degli anni 2012-2013

coniugio, in presenza o in assenza di figli, se vogliono possono addivenire alla formazione di un accordo separativo, divorzile o modificatorio delle precedenti statuizioni regolanti la separazione o il divorzio, conclusivo di uno strumento ADR denominato negoziazione assistita grazie al quale le parti, assistite dai rispettivi legali che dovranno cooperare con buona fede e con lealtà al fine di facilitare (e non ostacolare) la formazione di un accordo certificato dagli stessi che ne attestano la non contrarietà delle disposizioni in esso contenute all'ordine pubblico, alle norme imperative e al buon costume, potranno addivenire ad un accordo separativo, divorzile o modificatorio dei predetti nell'ambito di un procedimento stragiudiziale. Successivamente³⁰⁸, in caso di esito positivo della negoziazione assistita, uno dei due legali deve trasmettere l'accordo conclusivo (oltre che al Consiglio dell'ordine degli avvocati³⁰⁹ del luogo in cui si è concluso ex art. 11 co. 1 legge 162/14) in presenza e in assenza di figli tutelati dall'ordinamento giuridico³¹⁰ anche al Procuratore della Repubblica. Invero, mentre la comunicazione al C.d.O ha una funzione statistica di monitoraggio della efficacia o meno dello strumento alle finalità deflative per le quali è stato introdotto, quello della Procura della Repubblica, come evidenziato da un autorevole dottrina³¹¹, è un controllo formale della regolarità dell'accordo certificato dai legali ed è più o meno incisivo a seconda della presenza o assenza dei figli meritevoli di tutela³¹². Invero, nel primo caso³¹³ il Procuratore oltre al controllo cd formale dell'accordo deve verificare che le disposizioni contenute nell'accordo non ledano il supremo interesse del minore, mentre nel secondo caso³¹⁴ si limita a verificare che non vi siano delle irregolarità nonché la conformità delle statuizioni in esso contenute all'ordinamento giuridico.

Coloro che siano sposati ma non hanno figli comuni, in alternativa al predetto, se sono d'accordo sulle condizioni, potranno addivenire allo status di separato o

³⁰⁸ Entro 10 giorni dalla redazione e sottoscrizione dell'accordo

³⁰⁹ Detto anche C.d.O

³¹⁰ Rif. ai figli minorenni, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti

³¹¹ Rif. G. Ludovici - D. De Rito in *Alternative dispute resolution: le questioni familiari alla prova delle più recenti riforme processuali e sostanziali*" in *La nuova procedura civile*, 2, 2015 del 6.7.2015

³¹² Rif. a quelli minorenni, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti

³¹³ Presenza di figli

³¹⁴ Assenza di figli o quando sono totalmente autosufficienti

libero nonché rivedere le condizioni precedentemente stabilite, anche senza l'ausilio dei legali, rivolgendosi direttamente all'Ufficiale dello Stato Civile del luogo in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto ovvero a quello del luogo di residenza di uno dei due. Successivamente, il Sindaco che ha ricevuto l'istanza fissa un incontro innanzi a sé nel quale le parti devono comparire per confermare la comune volontà di rompere il vincolo ovvero rivederne le condizioni. Tuttavia, affinché le parti possano ricorrere al *cd fai da te*, non è sufficiente soltanto che queste non abbiano figli comuni meritevoli di tutela ma non devono avere dei beni patrimoniali da dividere in quanto al Sindaco non è attribuito alcun potere di assegnare diritti immobiliari ad alcuna delle parti, neanche su loro accordo, mentre è possibile prevedere la corresponsione di un assegno di mantenimento nei confronti del coniuge o partner civilmente unito debole

Con riferimento al contesto nel quale tali misure sono state introdotte, giova altresì ricordare che, tra i dati statistici pubblicati dal Ministero della Giustizia il 14.3.14³¹⁵, bisognosi di misure e interventi urgenti per favorire lo smaltimento dell'arretrato giudiziario civile pendente, soltanto l'attribuzione ai Sindaci del potere separativo dei coniugi senza figli (o con figli totalmente indipendenti) avrebbe di per se sola consentito una diminuzione di circa 80.000 procedimenti di separazioni, divorzi o modifiche l'anno.

Con riferimento alle negoziazioni assistite, come rilevato da taluni³¹⁶, gli unici dati statistici che si conoscono sono quelli nazionali comunicati dal Consiglio nazionale forense al Ministero della giustizia. Invero come evidenziato dal Ministro Orlando in occasione del suo intervento all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 3.3.2016³¹⁷, su un campione di 3019 accordi andati a buon fine si rileva un buon utilizzo dei nuovi strumenti, in particolare della negoziazione assistita, soprattutto in materia di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni. Invero il 75%

³¹⁵ Reperibili alla sezione "diritto e processi" sita all'interno della sezione strumenti presente nel riquadro a sinistra cliccando nelle voci dei procedimenti civili pendenti, definiti e sopravvenuti al 31.12.13 per ufficio giudiziario, anno e grado negli anni 2009-2012.

³¹⁶ Rif. G. Matteucci nel suo articolo "mediazione e negoziazione assistita: i primi dati statistici del 2015 del 17.3.2016 pubblicato su www.altalex.com

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_9&contentId=NOL1219266

³¹⁷ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_9&contentId=NOL1219266

di tutti gli accordi di negoziazione conclusi con successo si riferiscono a separazioni, divorzi e modifiche dei predetti, il 62% delle quali si riferisce alle coppie senza figli. Tale risultato evidenzia la capacità dei legali di favorire la risoluzione delle liti familiari. L'alta percentuale degli accordi conclusivi raggiunti delle coppie senza figli riguarda le coppie senza figli con un patrimonio di cui, tramite l'art 12 legge 162/14 non si possono disporre trasferimenti patrimoniali e che pertanto si vedono costrette a ricorrere alla negoziazione assistita ex art 6 legge 162/14.

Un ulteriore incentivo a separarsi in modo consensuale è stato recentemente introdotto dalla legge sul cd. divorzio breve con la quale si è ridotto il termine di proponibilità della domanda di scioglimento del matrimonio ovvero di cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio celebrato con rito concordatario dai 3 anni previgenti ad 1 anno ovvero a 6 mesi a seconda se la separazione sia rispettivamente giudiziale o consensuale. In tal modo chi si sia separato ovvero chi si separerà consensualmente e voglia liberarsi del proprio coniuge, mettendo definitivamente fine al rapporto di coniugio, potrà farlo dopo soli 6 mesi dalla separazione consensuale omologata dal giudice ovvero dal nulla osta a procedere del Procuratore della repubblica nel caso in cui l'accordo sia il risultato positivo della negoziazione assistita conclusa con successo nell'ambito di un procedimento ex art. 6 ovvero in assenza di figli a seguito della dichiarazione dell'Ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno dei coniugi ovvero del luogo in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto ex art. 12 legge 162/14.

Chi si è separato giudizialmente invece dovrà aspettare più tempo essendo per costoro previsto un termine diverso, non inferiore ad un anno decorrente, come rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dalla udienza presidenziale, autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente.

Le disposizioni contenute negli artt. 6 e 12 della legge 162/14 si applicano, in quanto compatibili, anche ai procedimenti di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, mentre continuano ad essere escluse per i conviventi di fatto dalla cui unione siano nati dei figli. Se con riferimento alla non applicazione dell'art. 12 ai conviventi di fatto ciò è ragionevole in quanto questa disposizione è

rivolta ai coniugi senza figli o con figli autosufficienti e indipendenti e dunque non interessa la rottura di una convivenza di fatto giacché con questa tra i conviventi non è mai sorto alcun vincolo giuridico e dunque non necessitano né di separarsi legalmente né di divorziare; lo stesso non può dirsi, invece, con riferimento alla negoziazione assistita in presenza di figli ex art. 6 l. 162/14. Invero, l'affidamento e il mantenimento dei figli comuni dovrebbero poter trovare una soluzione condivisa anche in sede stragiudiziale, come è previsto per i coniugi con prole che vogliono separarsi, sciogliere il matrimonio o cessarne gli effetti civili ovvero modificare le condizioni della separazione o del divorzio. Con riferimento ai procedimenti di scioglimento dell'unione civile, invece, risultano essere notevolmente semplificati rispetto alle disposizioni dettate per le coppie coniugate che vogliono porre fine al loro rapporto di coniugio, a differenza di queste ultime, infatti, non dovranno passare per il limbo della separazione. Invero, chi si unirà civilmente ai sensi della legge n. 76 del 20/5/2016 potrà chiedere subito lo scioglimento della unione civile, mentre i coniugi che vorranno mettere fine al rapporto di coniugio dovranno prima separarsi legalmente e poi, ottenere lo scioglimento del matrimonio ovvero la cessazione degli effetti civili ad esso scaturenti sebbene dopo un termine ridotto rispetto al passato e diverso a seconda se la separazione sia di tipo consensuale o giudiziale.

Con riferimento ai conviventi di fatto che cessino di convivere, invece, permane la lacuna legislativa della inapplicabilità anche a queste dell'art. 6 legge 162/14 e dunque della impossibilità per costoro di giovare di una via stragiudiziale mediante la quale le parti posano pervenire ad un accordo regolante le condizioni dell'affidamento e del mantenimento della prole comune nata fuori dal matrimonio.

Tale discriminazione, come già detto anche da altri³¹⁸, è ingiusta e contro lo spirito della riforma della filiazione con la quale si erano rimosse quelle diversità anche sul piano processuale e che, seppur in altro modo, sono state reintrodotte. Cosa impedirebbe una estensione applicativa dell'art. 6 della legge 162/14 anche alle cessazioni delle convivenze di fatto con prole comune di poter addivenire ad una soluzione concordata della responsabilità genitoriale fuori dalle aule di giustizia

³¹⁸ Rif. F. Danovi in "i rimedi alla crisi familiare" in Trattato di diritto di famiglia diretto da G. Bonilini, Torino, 2015, pag. 1985 e seg.

e avere, successivamente alla formazione dell'accordo, il controllo del Tribunale mediante il suo benessere come accade per le soluzioni condivise delle separazioni, dei divorzi e delle unioni civili?

5. I diversi modi per addivenire alla separazione, al divorzio, allo scioglimento di un'unione civile tra persone dello stesso sesso ovvero alla cessazione di una cd. "convivenza di fatto" e i loro rispettivi effetti giuridici conseguenti

5.1. I figli nelle vicende separative dei loro genitori.

Prima della entrata in vigore della cd. legge 54/06³¹⁹ recante disposizioni in ordine all'affidamento condiviso dei figli, in caso di separazione, la prole veniva affidata in modo esclusivo ad uno solo dei predetti, quasi sempre alla madre. La scelta del genitore affidatario veniva compiuta non sempre in modo oggettivo e cioè tenendo conto ad esempio dell'età del figlio, della distanza geografica dell'altro genitore etc., bensì muovendo dalla pressoché certezza che la madre sia 'naturalisticamente' il genitore migliore e che il figlio stia sempre meglio con lei. Senz'altro ciò è vero quando il bambino ha un'età inferiore ai tre anni, in quanto dipende totalmente dalla mamma poiché, nella maggior parte dei casi, è lei che lo allatta, lo svezza e che, finché il bambino non inizia ad andare all'asilo, trascorre con esso la maggior parte del tempo creando un legame più forte rispetto a quello che il figlio instaura con il padre, soprattutto se quest'ultimo lavora.

Con l'entrata in vigore della legge 54/06, il legislatore ha affiancato al diritto potestativo (preesistente) dei genitori di separarsi, divorziare³²⁰, ovvero cessare di convivere more uxorio³²¹ il **diritto del minore alla bigenitorialità** e alla conservazione di significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale. Il diritto del minore alla frequentazione inalterata di entrambi i genitori, sebbene non fosse un privilegio dei figli di coppie sposate che si stavano separando o divorziando in quanto era riconosciuto oltre che ai figli di coppie di fatto che avessero cessato di convivere; a differenza dei primi³²², tuttavia, le sorti dei secondi³²³, prima del 1.1.2013³²⁴, erano devolute a due diversi giudici, l'uno

³¹⁹ Rif. alla legge n. 54 vigente dal 26 marzo 2006.

³²⁰ Rif. legge 870/70

³²¹ Con riferimento alle coppie di fatto

³²² Rif. ai figli legittimi il cui affidamento e mantenimento era attribuito al Tribunale civile nell'ambito dei procedimenti di separazione e/o divorzio

³²³ Rif. ai figli di coppie non sposate

³²⁴ Data di entrata in vigore del d.lgs. 154/13

(Tribunale dei Minorenni) per l'affidamento e i provvedimenti sulla potestà genitoriale; l'altro (Giudice Ordinario) per i provvedimenti economici.³²⁵

A seguito della riforma della filiazione, il legislatore del 2012-2013 ha devoluto al giudice civile ordinario la competenza a decidere anche sulle sorti dei figli nati fuori dal matrimonio quando tra i loro genitori subentri una crisi che faccia cessare il rapporto di coppia ma non quello genitoriale. In tal modo il Giudice ordinario è divenuto l'unico competente ad emettere i provvedimenti inerenti l'affidamento e il mantenimento di tutti i figli. Con la normativa che ha introdotto le cd misure di degiurisdizionalizzazione, invece, il legislatore ha previsto che i coniugi che vogliano mettere fine al rapporto di coniugio possano ricorrere - oltre al Giudice naturale della separazione³²⁶, del divorzio³²⁷ ovvero delle modifiche dei predetti – ad alcuni strumenti ADR quali: la negoziazione assistita ex art 6 l. 162/14 ovvero il cd. 'fai da te' innanzi al Sindaco del luogo di residenza di uno dei due ovvero di quello in cui l'atto di matrimonio è stato a suo tempo iscritto o trascritto. Invero, il primo³²⁸ consente ai coniugi che siano d'accordo sulle condizioni personali ed economiche della separazione, dello scioglimento del matrimonio civile ovvero della cessazione degli effetti civili di quello contratto con il matrimonio cd concordatario di poterlo fare, in presenza o in assenza di figli meritevoli di tutela³²⁹, con l'aiuto dei legali di ciascuna parte nell'ambito di un procedimento stragiudiziale, volontario denominato negoziazione assistita e regolato dall'art. 6 della legge 162/14. Qualora dal matrimonio non siano nati figli ovvero qualora questi ultimi siano completamente autosufficienti, i coniugi in alternativa al predetto potranno presentare un'istanza congiunta al Sindaco del luogo di residenza di uno dei deo ovvero quello di iscrizione o trascrizione dell'atto di matrimonio e domandare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio. Questo

³²⁵ Vd. Bianca, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, diritto e Famiglia, 2006; De Filippis B., *affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2° ed, 2007.

³²⁶ Rif a quello nel cui circondario i coniugi hanno scelto di incardinare la loro vita matrimoniale e dunque del luogo in cui ha sede la cd. casa coniugale

³²⁷ Rif a quello del luogo di residenza del resistente

³²⁸ Rif. alla negoziazione assistita

³²⁹ Rif ai figli minorenni, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti

secondo strumento è regolato dall'art. 12 della predetta legge che ne indica altresì le condizioni per la loro applicabilità. Il presupposto indefettibile di entrambi è che vi sia una volontà concorde dei coniugi di separarsi, divorziare ovvero modificare le statuizioni precedenti della separazione o del divorzio altrimenti le parti devono rivolgersi al giudice ai sensi degli artt. 706 e seg. c.p.c. (in caso di disaccordo). Secondo alcuni³³⁰, tale normativa è costituzionalmente illegittima con riferimento agli artt. 3 e 30 Cost nella parte in cui non prevede l'applicabilità di tali strumenti anche alle coppie di conviventi con figli comuni che cessino di convivere.

Con riferimento alle ipotesi di divorzio, invece, la legge 55/15 ha ridotto in modo significativo il termine dai 3 anni previgenti ad 1 anno per chi si sia separato giudizialmente e a 6 mesi per chi lo abbia fatto in modo consensuale, anche se la formazione dell'accordo si è conclusa stragiudizialmente mediante le cd misure di degiurisdizionalizzazione. Di tale ultimo termine potranno giovare, per espressa previsione della legge sul divorzio breve, anche chi sia addivenuto ad una separazione consensuale in corso di causa mediante la trasformazione del rito da giudiziale in consensuale.

Da ultimo, a seguito della entrata in vigore della legge 76/16, il legislatore ha introdotto per le coppie formate da persone dello stesso sesso la possibilità di unirsi civilmente nonché quella di svincolarsi dalla predetta unione mediante a dichiarazione di scioglimento resa dall'Ufficiale dello Stato Civile che li aveva uniti ovvero di quello del luogo di residenza di una delle parti mentre non è stata estesa anche ai conviventi di fatto, persistendo ancora una ingiusta discriminazione tra le famiglie fondate sul matrimonio e quelle di fatto con conseguenti disagi per i figli nati da conviventi di fatto dovendo queste ultime per forza rivolgersi al giudice.

5.2 La ratio dell'affido condiviso.

L'affidamento condiviso dei figli³³¹ nasce in Italia come diritto del minore ad avere rapporti con entrambi i genitori anche quando subentri la crisi coniugale dei

³³⁰ Rif. F. Danovi in "i rimedi alla crisi familiare" in Trattato di diritto di famiglia diretto da G.Bonilini, Torino, 2015, pag. 1985 e seg.

³³¹ In vigore dal 26.3.2006

medesimi. Invero, sebbene il diritto di separarsi e, decorsi 1 anno³³² dalla udienza presidenziale³³³ ovvero 6 mesi³³⁴ dalla separazione consensuale, quello di divorziare siano diritti cd. potestativi non più assoggettati alla necessaria sussistenza del colpevole della crisi familiare, con la ‘rivoluzione copernicana’ del 2006 il legislatore ha riconosciuto al figlio minore e/o maggiorenne con grave handicap un vero e proprio diritto soggettivo di costoro alla bi-genitorialità anche quando i loro genitori rompano provvisoriamente e/o definitivamente il loro patto di alleanza assunto con il matrimonio ovvero cessino di convivere more uxorio. Come già detto in precedenza, la legge Cirinnà ha riconosciuto anche alle coppie omosessuali la possibilità di unirsi civilmente e di sciogliere il vincolo in qualsiasi momento anche in assenza di un accordo con l’altra prevedendo la possibilità di farlo in modo semplificato e meno oneroso innanzi al Sindaco ai sensi del co. 24.

Nonostante il figlio non può in alcun modo impedire il diritto dei suoi genitori di interrompere il loro rapporto di coniugio, di unione civile o di convivenza di fatto, tali rapporti vanno tenuti ben distinti da quelli genitoriali in quanto nessuno di essi fa venire meno i loro doveri genitoriali di essere presenti, partecipi e responsabili della vita dei figli comuni, ancorchè adottivi. Invero, ciascun genitore deve continuare ad amare, educare, istruire, mantenere³³⁵ i loro figli, anche in caso di separazione e/o divorzio in quanto questi ultimi non fanno venir meno alcun dovere dei genitori verso i figli bensì soltanto quelli reciproci di fedeltà³³⁶ e coabitazione tra coniugi.

Invece, il giudice, sia nell’adottare i provvedimenti provvisori in sede di udienza presidenziale sia nell’omologare la separazione consensuale deve verificare

³³² Termine così ridotto dall’art. 1 legge 55/15 con riferimento alle separazioni cd. giudiziali overosia che si siano concluse con una sentenza del Tribunale

³³³ nella quale il giudice autorizza i coniugi a vivere separatamente ed emette i provvedimenti economici e personali provvisori.

³³⁴ Termine così ridotto ex art 1 legge 55/15 con riferimento alle separazioni consensuali omologate dal Tribunale ovvero autorizzate dal Tribunale laddove l’accordo si sia formato all’esito positivo di una negoziazione assistita ex art 6 legge 162/14

³³⁵ Ciascuno in proporzione alle proprie sostanze e alle proprie capacità lavorative

³³⁶ Con riferimento allo scioglimento delle unioni civili, invece, come per le coppie di fatto è rimesso alla volontà delle parti essere o meno fedeli all’altro, non essendo costoro obbligati. Pertanto, eventuali tradimenti posti in essere da una parte civilmente unita nei confronti dell’altra non costituirà alcun motivo di addebito dello scioglimento dell’unione civile.

che le condizioni della separazione o del divorzio non ledano il diritto del minore alla bigenitorialità avendo costoro il diritto 'di essere amati e seguiti come prima' e che potrebbe essere raffigurato da una presa per mano in cui i genitori, uno a destra e l'altro a sinistra, accompagnano insieme i loro figli nella crescita di questi ultimi.

Già a decorrere dalla entrata in vigore della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, affinché un coniuge possa chiedere la separazione legale è infatti, sufficiente il venir meno dei presupposti³³⁷ sui quali dovrebbe fondarsi il matrimonio (e cioè i valori del rispetto di sé e dell'altro, la fiducia, la collaborazione e la coabitazione che possono essere sintetizzati con un'unica parola: Amore) mentre in precedenza era necessario l'esistenza della colpa e dunque di un responsabile della separazione. Diversamente da allora, oggi per separarsi è sufficiente che cessi la cd. *affectio coniugalis*, affinché uno dei coniugi possa ricorrere al Tribunale del luogo di residenza per chiedere ed ottenere la separazione legale.

Invero, la separazione cd. con addebito oggi giorno è una sub-specie della separazione disposta dal giudice all'esito di un procedimento giudiziale promosso dal coniuge non inadempiente nei confronti dell'altro il quale, tuttavia, pretende che sia data prova del nesso causale tra la condotta illegittima e la crisi coniugale. Per fare un esempio, quindi, anche se un coniuge tradisce l'altro, affinché la separazione sia addebitabile a colui che ha violato il dovere di fedeltà derivante dal matrimonio, non è sufficiente la semplice violazione di uno o più doveri coniugali in quanto è altresì necessario che tale comportamento sia in rapporto di causa-effetto con l'intollerabilità della prosecuzione del rapporto coniugale. Dunque, se il tradimento è stato perpetrato in un tempo successivo rispetto alla preesistente crisi del rapporto coniugale, la separazione non potrà essere addebitata nei confronti di chi ha tradito.

Pertanto, sebbene la violazione di uno o più doveri coniugali sia un elemento necessario per l'addebitabilità della separazione a carico del coniuge inadempiente, essa non è di per sé sola sufficiente in quanto occorre anche il nesso di causalità tra la violazione del dovere coniugale e l'insorgere della crisi coniugale: diversamente, anche un tradimento posto in essere quando tra i coniugi era già divenuta

³³⁷ Rif. all'*affectio coniugalis*.

intollerabile la prosecuzione della convivenza per cause estranee e preesistenti alla scappatella, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza - condiviso da molti in dottrina -, non è sufficiente ai fini dell'addebito della separazione.

I doveri coniugali presuppongono l'esistenza di un rapporto di coniugio anche se a breve³³⁸. Molti di essi (ad eccezione del dovere di fedeltà³³⁹) sorgono anche dalla unione civile tra persone dello stesso sesso e alcuni³⁴⁰ dalla dichiarazione anagrafica di famiglia di fatto alcuni dei quali possono essere rinforzati dalla stipula di accordi registrati regolanti le cd convivenze di fatto. A tale proposito, è doveroso precisare che non sussiste alcun obbligo di fedeltà, collaborazione, assistenza morale e materiale in capo ai conviventi non coniugati. A parere della sottoscritta, se due persone che hanno i requisiti³⁴¹ per potersi sposare e non lo fanno è evidente che non hanno alcuna volontà di vincolarsi e pertanto non dovrebbero essere costrette a farlo. Tuttavia il rapporto di coppia e i doveri tra partner devono essere tenuti ben distinti da quelli nei riguardi dei figli comuni giacché i doveri verso i figli non sono soggetti ad alcuna interruzione neanche quando i genitori cessino di convivere.

Del resto, nel rapporto di convivenza prevale la libertà alla voglia di impegnarsi e pertanto non sarebbe possibile interpretare in modo estensivo le tutela proprie della famiglia 'legittima' a quella 'naturale' e, conseguentemente, i partner, diversamente dalle coppie coniugate, non possono rivendicare i medesimi diritti di chi, invece, contraendo matrimonio quei diritti (e doveri) acquisisce³⁴².

A mero titolo esemplificativo quindi, il partner tradito, diversamente dal coniuge, non potrà rivendicare alcunché dall'altro se quest'ultimo è 'infedele' anche se il tradimento è causa della crisi , ciò in quanto sia tra i conviventi di fatto che tra le parti civilmente unite non sorge alcun obbligo giuridico alla reciproca fedeltà derivante dai predetti rapporti. Invece, i provvedimenti personali e patrimoniali

³³⁸ Rif quando entrerà in vigore quello che oggi è ancora un ddl (Cirinnà) sebbene già approvato dal Senato e dalla Commissione giustizia della Camera

³³⁹ Che comunque resterà un obbligo solo per le coppie coniugate

³⁴⁰ Rif a quelli cd minimali

³⁴¹ Rif. alla libertà di stato

³⁴² Vd. Cossù, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, Giur.it , 1998.

riguardo ai rapporti genitori-figli si applicano anche ai figli nati fuori dal matrimonio secondo quanto sancito dalla legge 54/06 in attuazione del disposto costituzionale di cui all'art. 30 e 3 Cost.

5.3 Il procedimento di separazione consensuale.

La separazione consensuale è un procedimento giurisdizionale promosso da entrambi i coniugi mediante il deposito di un ricorso congiunto al Tribunale del luogo in cui sono residenti, con il quale le parti chiedono al Giudice di venire autorizzati a vivere separatamente alle condizioni stabilite dai coniugi stessi contenute nell'allegato accordo contenente le disposizioni su:

- le modalità dell'affidamento dei figli,
- il mantenimento diretto di questi ultimi ovvero, ove necessario, indiretto mediante corresponsione di un assegno cd. perequativo che tiene conto della cura, dell'educazione e delle spese ordinarie necessarie in favore dei figli conviventi,
- l'assegnazione della casa coniugale in favore del coniuge "collocatario prevalente della prole".

La separazione, a differenza dello scioglimento e della cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio, non pone fine al matrimonio, né fa venir meno lo *status* giuridico di coniuge. Incide solo su alcuni effetti propri del matrimonio (si scioglie la comunione legale dei beni, cessano gli obblighi di fedeltà e di coabitazione). Altri effetti, invece, residuano, ma sono limitati o disciplinati in modo specifico (dovere di contribuire nell'interesse della famiglia, dovere di mantenere il coniuge più debole e dovere di mantenere, educare ed istruire la prole). Diversamente dal passato, oggi la separazione può essere dichiarata per cause oggettive, cioè indipendentemente dalla colpa di uno dei due coniugi. È possibile quindi che i coniugi si separino perché avvenimenti esterni si frappongono alla coppia, perché sopraggiungono circostanze non previste, né prevedibili, al momento della celebrazione del matrimonio, perché ci si rende conto dell'esistenza di un'incompatibilità caratteriale insuperabile e, in generale, per tutti quei fatti che, usando l'espressione del legislatore, "*rendono intollerabile la prosecuzione della*

convivenza o recano grave pregiudizio all'educazione della prole" (art. 151 co. 1 c.c.). La separazione, a differenza del divorzio, ha inoltre carattere transitorio, tanto che è possibile riconciliarsi, senza alcuna formalità, facendo cessare gli effetti prodotti dalla stessa (art. 157 c.c.). Per rendere formale la riconciliazione, oltre all'accertamento giudiziario, è possibile per i coniugi recarsi al Comune di appartenenza per rilasciare un'apposita dichiarazione.

5.4. La separazione di fatto.

Può accadere che i coniugi decidano di interrompere la convivenza senza formalità (senza quindi fare ricorso ad un giudice), ponendo in essere la cosiddetta separazione di fatto, (marito e moglie vivono insieme o in dimore diverse, ma ognuno si occupa del proprio destino, disinteressandosi dell'altro). *La separazione di fatto non produce alcun effetto sul piano giuridico*, né è sufficiente a far decorrere il termine di 1 anno³⁴³ o sei mesi³⁴⁴ per addivenire al divorzio. Tale fenomeno è oggi tutt'altro che infrequente, e alcune statistiche rilevano che la causa prevalente che induce i coniugi ad autoregolamentarla senza formalità è il costo della separazione.

Inoltre, sebbene la separazione di fatto non sia sanzionata da alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria, l'allontanamento di uno dei due coniugi dall'abitazione familiare, o l'instaurazione di relazioni extra-coniugali, potrebbe essere motivo di addebito della separazione nel caso di separazione giudiziale; sicché è quantomeno sconsigliabile poiché espone le parti al rischio che uno dei due possa farne un uso 'offensivo' nei confronti dell'altro chiedendo al Tribunale civile competente la separazione con addebito di chi, senza l'autorizzazione del giudice, ha abbandonato il cd tetto coniugale.

5.5 Gli accordi separativi conclusi in sede stragiudiziale:

5.5.1 a) la negoziazione assistita dagli avvocati

Ai sensi dell'art. 6 d.l. 132/14 convertito con modifiche dalla legge 132/14,

³⁴³ Per chi sia addivenuto ad una separazione con rito giudiziale

³⁴⁴ Termine applicabile per chi si sia separato consensualmente

accanto al tradizionale ricorso di separazione consensuale al giudice del luogo di residenza abituale dei coniugi, il legislatore ha introdotto la possibilità per i coniugi in presenza o in assenza di figli minori, maggiorenni non economicamente autosufficienti e/o con grave handicap la possibilità di addivenire ad una soluzione condivisa che soddisfi gli interessi di entrambi e soprattutto quello dei figli a mantenere rapporti con entrambi i genitori nonché con i nonni paterni e materni all'esito positivo di una misura di degiurisdizionalizzazione denominata negoziazione assistita caratterizzata dalla necessaria assistenza di almeno un avvocato per coniuge. Il procedimento, come osservato da taluni³⁴⁵, si compone di più fasi: una stragiudiziale e una giudiziale successiva alla formazione dell'accordo. La prima³⁴⁶ si apre con una lettera di invito con la quale il legale del coniuge istante invita l'altra a stipulare una convenzione di negoziazione assistita e allo scopo a rivolgersi ad un proprio legale di fiducia, allegando altresì una bozza della convenzione di negoziazione assistita che si vorrebbe stipulare, fermo restando che essa costituisce una base su cui poter lavorare e dunque apportare dei correttivi, in contraddittorio tra le parti all'incontro fissato per la discussione ed eventuale stipula della convenzione suddetta. Questa deve contenere ex art. 2 e 4 della legge 162/14, come evidenziato da un illustre dottrina³⁴⁷, i seguenti elementi:

- 1) essere redatta per iscritto ex art. 2 co. 4 d.l. 132/14
- 2) contenere il termine concordato dalle parti per l'esperimento della negoziazione (art. 2 co. 2 let. a) del d.l. 132/14);

³⁴⁵ Rif. Ludovici-De Rito, "Alternative dispute revolution: le questioni familiari alla prova delle più recenti riforme processuali e sostanziali" pubblicato il 6.7.2015 in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015. Per approfondimenti sul tema della negoziazione assistita ex art 6 l.162/14 si vedano anche: B. De Filippis, "divorzio breve, divorzio fai da te, cognome dei figli, figli non riconosciuti dalla madre, unioni civili", Cedam 2015 al capitolo 2; De Simone, "La negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti" in www.questionegiustizia.it 2015; A. Mei "La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza dei figli nei procedimenti di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi" pubblicato in data 11.12.2014 in www.lanuovaproceduracivile.com

³⁴⁶ Rif. a quella stragiudiziale

³⁴⁷ Rif. Schema di Giulio Spina "la negoziazione assistita: gli adempimenti dell'Avvocato" pubblicato su *La nuova Procedura civile*, 6, 2014 in data 14.11.14

3) avere ad oggetto diritti disponibili ad opera delle parti ad eccezione delle controversie in materia di lavoro, assistenza e previdenza sociale e gli altri casi in cui tale esperimento non è ammesso (art. 2 co. 2 let. b del d.l. 132/14);

4) contenere l'avvertimento di cui all'art. 4 co. 1 d.l. 132/14;

5) le firme apposte dalle parti in calce alla convenzione di negoziazione assistita devono essere certificate dai legali che le assistono (art. 2 co. 6 d.l. 132/14).

Con riferimento al primo: il legislatore sanziona con la nullità le pattuizioni contenute nella convenzione di negoziazione assistita in caso di inosservanza del requisito formale della convenzione che, come detto, pretende la forma scritta ad substantiam.

Quanto al termine di durata della procedura non è libera ma vincolata sia nel minimo che nel massimo. Invero, è previsto un termine legale minimo di durata del procedimento che non può essere inferiore ai 30 giorni. In caso di indicazione nella convenzione di negoziazione assistita di un tempo inferiore a quello previsto dalla legge, tale disposizione contrattuale non sarà valida e il termine illegittimo concordato verrà automaticamente esteso a quello minimo fissato dalla legge in 30 giorni. Per quanto riguarda il termine di durata massimo, in accoglimento delle osservazioni del C.S.M.³⁴⁸, la legge di conversione del d.l. 132/14 ha prescritto che questo non debba superare i 3 mesi³⁴⁹, prorogabili, su accordo delle parti, di ulteriori 30 giorni.

Sull'oggetto della convenzione di negoziazione assistita dagli avvocati ex art. 6 l. 162/14 è ammessa per le liti in materia di separazione personale dei coniugi, scioglimento del matrimonio civile ovvero della cessazione degli effetti civili di quello concordatario nonché nei procedimenti di modifica delle condizioni dei

³⁴⁸ Rif. al parere del C.S.M. (delibera consiliare del 9.10.2014) che, tra le altre osservazioni sulle disposizioni contenute nel d.l. 132/14, rilevava la necessità di apporre un termine di durata massima della negoziazione assistita, specie nei casi in cui tale procedimento è posto a pena di improcedibilità della domanda giudiziaria.

³⁴⁹ Tale termine è lo stesso di quello dettato dal d.l. 69/13 con riferimento alla procedura mediatrice. Invero, prima delle novelle introdotte dal d.l. 69/13 e dalla legge 98/13 di conversione al predetto, il d.lgs. 28/10 prevedeva una durata massima delle mediazioni non superiore a 4 mesi.

predetti. Invero, come rilevato dalla dottrina³⁵⁰ e dalla giurisprudenza³⁵¹ non è applicabile alle cessazioni delle convivenze di fatto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 4 co. 1 d.l. 132/14 convertito dalla legge 162/14, la convenzione deve contenere l'avvertimento espresso che la mancata risposta all'invito nel termine di 30 giorni o il suo rifiuto può essere valutata ex artt. 96 e 642 co. 1 c.p.c. dall'Autorità giudiziaria competente.

Infine le firme apposte in calce alla convenzione di negoziazione assistita devono essere certificate dagli avvocati che le assistono, sotto la loro responsabilità.

5.5.2 b) ... il contenuto dell'accordo nelle controversie in materia di separazioni, divorzi e modifiche consensuali in presenza o in assenza di figli minori, maggiorenni non autosufficienti economicamente ovvero con grave handicap

L'accordo conclusivo della procedura di negoziazione assistita familiare deve contenere sempre le seguenti attestazioni:

- 1) dell'avvenuto espletamento da parte degli avvocati del tentativo di riconciliazione dei coniugi,
- 2) della avvenuta informativa ai coniugi da parte dei rispettivi legali della possibilità di ricorrere alla mediazione familiare e della importanza per il minore di avere significativi rapporti con entrambi i genitori³⁵²;
- 3) della volontà dei coniugi di addivenire alla separazione al divorzio o alle modifiche dei predetti) alle condizioni personali ed economiche contenute nel predetto derivanti dai suddetti procedimenti.

La fase cd. giudiziale di controllo da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente è diversa a seconda che vi siano o meno figli comuni meritevoli di tutela. Invero, in entrambe le ipotesi essa inizia con il dovere, gravante in capo ad uno dei legali certificatori dell'accordo, di

³⁵⁰ Rif. F. Danovi in "i rimedi alla crisi familiare" in Trattato di diritto di famiglia diretto da G. Bonilini, Torino, 2015, pag. 1985 e seg.

³⁵¹ Rif. Tribunale di Como, decreto del 13.1.16 pubblicato su www.lanuovaproceduracivile.com il 23.3.2016

³⁵² Quest'ultima ovviamente solo in caso di presenza di figli.

trasmissione di copia del predetto, nei successivi 10 giorni dalla sua conclusione, alla Procura della Repubblica presso il tribunale del luogo di formazione dell'accordo. In particolare, nel caso di **presenza di figli**, il Procuratore valuta, oltre al controllo di regolarità formale dell'accordo, anche se le disposizioni in esso contenute siano lesive o meno dell'interesse morale e materiale del minore.

Conseguentemente, può accadere che:

1) il Procuratore della Repubblica lo autorizzi, rilasciando il nulla osta a procedere alla separazione, al divorzio o alle modifiche concordate quando ritenga che le disposizioni concordate dalle parti nell'accordo non siano contrarie all'interesse dei soggetti protetti³⁵³ dalla norma ovvero

2) il Procuratore della Repubblica non lo autorizzi ogni qualvolta ritenga che le disposizioni contenute nell'accordo conclusivo della negoziazione assistita siano lesive dei diritti dei figli tutelati³⁵⁴ ex art. 6 l. 162/14.

Nel caso n. 1: nei 10 giorni successivi alla comunicazione del nulla osta a procedere alle condizioni della separazione, del divorzio o delle modifiche, l'avvocato deve trasmettere copia autenticata dell'accordo autorizzato all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto. In caso di inadempimento, al difensore è irrogabile una sanzione amministrativa fino a € 10.000,00³⁵⁵.

Nel secondo caso: l'accordo deve essere trasmesso entro 5 giorni al Presidente del Tribunale il quale fissa la comparizione delle parti nei successivi 30 giorni.

Qualora invece non vi siano figli comuni meritevoli di tutela, il controllo di legalità operato dalla Procura della Repubblica è meno incisivo essendo di mero controllo formale della legalità dell'accordo e pertanto, ove non ravvisi irregolarità formali, costui rilascia il proprio nulla osta e dal ricevimento di quest'ultimo, il difensore dovrà, nei successivi 10 giorni, trasmettere copia dell'accordo autorizzato

³⁵³ Rif. ai figli minori, maggiorenni con grave handicap o economicamente non autosufficienti.

³⁵⁴ Rif. ai figli minori, maggiorenni con grave handicap e/o economicamente non autosufficienti

³⁵⁵ Tale importo è stato così ridotto in sede di conversione del suddetto decreto. Precedentemente, quest'ultimo prevedeva una sanzione fino ad € 50.000,00 in caso di inadempimento dell'avvocato

allo stato civile del Comune in cui è iscritto o trascritto il matrimonio per l'annotazione nei registri.

5.6 Aspetti patrimoniali della separazione.

Con la separazione personale dei coniugi (tanto consensuale quanto giudiziale) si scioglie anche l'eventuale regime di comunione legale dei beni.

In caso di separazione consensuale, i coniugi regolamentano i loro rapporti con un accordo che verrà poi omologato dall'autorità giudiziaria competente³⁵⁶.

Il contenuto dell'accordo potrà avere ad oggetto: la divisione di beni comuni, l'assegnazione ad uno dei coniugi di beni di proprietà comune o esclusiva dell'altro coniuge, nonché il riconoscimento di un assegno di mantenimento a favore del coniuge debole.

Nella ipotesi in cui i coniugi non riescano a pervenire ad un accordo che disponga tanto le condizioni personali quanto quelle economiche della separazione, il ricorrente si vedrà costretto ad introdurre un procedimento di separazione giudiziale mediante il quale, dapprima con ordinanza presidenziale e, successivamente all'esito dell'istruttoria, il giudice deciderà in ordine alle richieste formulate dalle parti regolamentando gli aspetti patrimoniali e personali conseguenti alla separazione.

Invero, la separazione legale comporta lo scioglimento della comunione legale dei beni a decorrere dalla data della udienza presidenziale autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente ovvero dalla sottoscrizione del verbale di separazione consensuale confermativo della concorde volontà di separarsi consensualmente ovvero dalla data di sottoscrizione e certificazione dell'accordo conclusivo della negoziazione assistita ovvero dalla dichiarazione di volontà comune di separarsi ex art.12 l. 162/14 con il fai da te innanzi al Sindaco e pertanto, ai sensi e per gli effetti delle norme regolanti la cd. comunione dei beni di cui agli artt. 163 e seguenti c.c., saranno esclusi dalla comunione legale i beni acquistati antecedentemente alle nozze

³⁵⁶ La competenza territoriale del tribunale è quella del luogo in cui i coniugi hanno concordato la loro ultima residenza e dunque quello della cd casa coniugale

e quelli di natura personale, così come indicati espressamente dalla legge (ad es. quelli indispensabili per l'attività lavorativa di uno dei coniugi, art. 179 c.c.).

Inoltre, se al momento della celebrazione del matrimonio, o successivamente, è stato adottato il regime di separazione legale dei beni, i beni restano di proprietà esclusiva del coniuge intestatario. In ogni caso sono fatti salvi tutti i provvedimenti indispensabili all'interesse della prole, quali ad esempio l'assegnazione della casa coniugale al coniuge collocatario prevalente della prole, anche se non proprietario, o l'obbligo di corrispondere un assegno di mantenimento per i figli e/o per il coniuge economicamente più debole.

Diversamente, la comunione opera con riferimento a:

- i beni acquistati successivamente alla celebrazione del matrimonio se i coniugi non hanno optato per un regime diverso da quello di comunione legale previsto dal legislatore che pertanto saranno di proprietà di entrambi e a ciascuno compete il 50%;

- la cd. comunione de residuo cioè i beni mobili e le sopravvenienze al momento dello scioglimento.

Prima della entrata in vigore della legge 55/15 recante disposizioni sul cd. divorzio breve e sullo scioglimento anticipato della comunione dei beni al tempo della separazione legale dei coniugi e non più, come prima, con lo scioglimento del matrimonio civile o la cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio concordatario. Conseguentemente, il coniuge separato non subentrerà più nell'eredità del coniuge deceduto salvo (ipotesi di studio) che il de cuius non abbia, successivamente alla separazione, disposto per testamento. Tuttavia è legittimo chiedersi quale sarà la sorte delle disposizioni testamentarie contenute in un testamento redatto prima della separazione legale dei coniugi e mai revocato dal testatore. A tal ultimo proposito è opinione di chi scrive che, purtroppo, il coniuge separato diverrà comunque erede in quanto il testatore avrebbe potuto revocare con un successivo testamento olografo le volontà contenute in un testamento precedente e ciò nonostante non lo ha esercitato lasciando invariate le disposizioni precedentemente espresse il che fa legittimamente supporre la volontà confermativa

del testatore di voler il prodursi di quegli effetti alla sua morte e pertanto chi non gode di una buona memoria ovvero rimanda a domani ciò che potrebbe e sarebbe prudente far subito rischia di devolvere al coniuge per una volontà espressa prima che intervenisse la separazione legale dei coniugi. Dunque chi ha tempo non perda tempo, onde evitare di non aver pace neanche nell'al di là!!

Invero, le disposizioni contenute nell'ultimo articolo della legge 55/15 fanno venire meno, per effetto della anticipazione dello scioglimento della comunione legale dei beni al tempo della separazione legale dei coniugi, diversamente dal passato, la chiamata all'eredità ex lege del coniuge separato tuttavia, nei limiti della quota disponibile e nel rispetto di quelle riservate ai legittimari sono ammesse disposizioni testamentarie in deroga ai suddetti principi.

Mentre prima, al coniuge separato per ciò che riguardava i diritti successori, esso era equiparato a tutti gli effetti al coniuge non separato in quanto continuava a godere della stessa posizione che rivestiva in presenza del vincolo matrimoniale, salvo il caso in cui al coniuge superstite fosse stata addebitata la separazione³⁵⁷; con l'entrata in vigore della legge 55/15, come rilevato da Taluni³⁵⁸, la nuova norma aggiunge un nuovo comma all'articolo 191 c.c. con cui viene anticipato lo scioglimento della comunione legale come segue:

- nella separazione giudiziale, all'udienza di comparizione delle parti innanzi al Presidente del tribunale, autorizzativa per i coniugi a vivere separati. In caso di comunione dei beni - l'ordinanza che autorizza i coniugi a vivere separati deve essere comunicata all'ufficio di stato civile per l'annotazione dello scioglimento della comunione (sull'atto di matrimonio)

- nella separazione consensuale, a far data dalla sottoscrizione del relativo verbale di separazione.

³⁵⁷ Vd. Carbone V., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi* (in crisi), nota a Cass. Civ. 22 gennaio 1994 n. 657, in *fam e dir.* 1994.

³⁵⁸ Rif. DIVORZIO BREVE/Viene anticipato lo scioglimento della comunione di beni fra coniugi di Nicoletta Cottone - *Il Sole 24 Ore*

5.7 Mantenimento del coniuge separato.

Al momento della separazione, qualora uno dei due coniugi non abbia adeguati redditi propri e la separazione non sia a lui addebitabile per colpa, il giudice può porre a carico dell'altro il versamento in favore del cd. 'coniuge debole' di un assegno di mantenimento (ex art. 156, 1° e 2°co. c.c.).

La misura dell'assegno deve garantire al coniuge destinatario la possibilità di mantenere lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, tenendo altresì conto delle concrete e reali possibilità dell'obbligato di poterle sostenere. Il mantenimento nel caso di separazione è di regola corrisposto mensilmente. Il coniuge a cui spetta l'assegno può rinunciarvi. Ai sensi dell'art. 156 co. 6 c.c., in caso di inadempimento, su richiesta del beneficiario, potrà essere disposto il sequestro di parte dei beni dell'obbligato, oppure potrà essere ordinato a terzi (es. al datore di lavoro del coniuge obbligato) il versamento della somma dovuta. Il provvedimento con cui il Giudice dispone la corresponsione dell'assegno di mantenimento può in ogni tempo essere modificato o revocato qualora vi siano giustificati motivi o intervengano fatti nuovi. Invero, le condizioni regolanti la separazione dei coniugi sono modificabili ex art. 337 quinquies c.c. in qualsiasi momento su semplice domanda, purché supportate da giustificati motivi o fatti nuovi che rendano non più sostenibile quanto statuito in precedenza dal giudice o dalle parti. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il coniuge obbligato al mantenimento perda il lavoro, o veda aumentare spese che oggettivamente non gli consentono più di poter adempiere all'obbligazione precedentemente stabilita.

Ovviamente, affinché il coniuge cd. debole abbia diritto al mantenimento, è necessario che costui non sia 'responsabile della separazione', vale a dire che non gli sia stata addebitata la separazione, pena la perdita di qualsiasi diritto al mantenimento. Sebbene al coniuge al quale sia stata addebitata la separazione non spetti il mantenimento, costui, tuttavia, avrà comunque diritto agli alimenti³⁵⁹

³⁵⁹ Gli alimenti, a differenza del mantenimento, corrispondono ad una somma sufficiente a permettere la sussistenza.

quando versi in uno stato di particolare indigenza e povertà (art. 156 co. 3 c.c.)³⁶⁰.

Lo scioglimento della unione civile, a differenza del matrimonio non fa sorgere in capo ad alcuna parte l'obbligo di mantenimento dell'altra in quanto non soggiace al dovere giuridico di fedeltà reciproca e, conseguentemente, neanche un'eventuale tradimento non rileva sul piano giuridico restando così priva di tutela la parte unita civilmente che sia stata vittima di un tradimento. Invero, la tutela a costui riconosciuta appare più simile al convivente di fatto che contro la sua volontà si trovi solo in quanto a costoro il nostro ordinamento riconosce un obbligo alimentare che spetta in proporzione alla durata del rapporto e che pretende che il beneficiario versi in uno stato di bisogno e di incapacità ad automantenersi

5.8 L'assegnazione della casa familiare.

A seguito della separazione, l'abitazione familiare viene di regola assegnata dal giudice al coniuge affidatario dei figli, se ve ne sono, e comunque sempre valutando prioritariamente l'interesse della prole stessa. Questo principio trova ragione nella salvaguardia degli interessi superiori dei figli (art. 337 sexies c.c.) e viene valutato prioritariamente anche rispetto agli interessi personali dei coniugi. Dell'assegnazione il giudice tiene pure conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerando l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso in cui il coniuge assegnatario cessi di abitarvi stabilmente, o conviva *more uxorio*, o contragga nuovo matrimonio³⁶¹. E' altresì ragionevole alla luce delle recenti novelle introdotte dalla legge Cirinnà che tale obbligo cessi altresì nel caso in cui uno dei due coniugi contragga con una persona dello stesso sesso un'unione civile.

Se queste ultime possibilità sono facilmente provabili, maggiori difficoltà provocano le convivenze *more uxorio* in quanto, ovviamente, non è vietato all'assegnatario ricevere ospiti o frequentare un altro partner purché la

³⁶⁰ Rif. Dogliotti, *doveri familiari e obbligazione alimentare*, trattato diritto civile diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano.

³⁶¹ Sul tema vd. anche Asprea, *l'assegnazione della casa coniugale nella separazione, nel divorzio e nella convivenza*, 2003 e Carbone, *il diritto dei figli naturali all'abitazione non è subordinato al riconoscimento della famiglia di fatto*, Famiglia e diritto, 3/1988.

frequentazione non abbia il carattere della stabile convivenza identificata da molti in giurisprudenza con la residenza anagrafica del nuovo compagno nella casa familiare ovvero con un contratto di convivenza registrato.

Il provvedimento del Giudice con cui viene disposta l'assegnazione della casa coniugale può essere trascritto ai sensi dell'art. 2643 c.c. al fine di renderlo opponibile a terzi (ad esempio, nel caso in cui il genitore non assegnatario venda a terzi l'abitazione di sua proprietà esclusiva, Corte Cost. sent. n. 54/1989). Nel caso in cui l'abitazione familiare sia in locazione, al conduttore succede per legge l'*ex* coniuge assegnatario.

Qualora non vi siano figli, salvo diverso accordo, la casa familiare non può venire assegnata esclusivamente ad uno dei coniugi. In questo caso, se di proprietà comune, si potrà richiedere la divisione giudiziale dell'immobile, se di proprietà esclusiva, rientrerà nella sfera di disponibilità esclusiva del coniuge proprietario³⁶².

Laddove un convivente di fatto receda unilateralmente dal contratto di convivenza stipulato con una scrittura privata autenticata da un avvocato o da un notaio ovvero con atto pubblico notarile, la lettera di recesso unilaterale dovrà contenere, sotto pena di nullità della stessa ex co. 61 della legge cirinnà, (nel caso in cui il rescindente sia l'unico proprietario della casa cd familiare) l'indicazione di un termine non inferiore a 90 giorni per lasciare l'abitazione di comune residenza di sua proprietà. In difetto di menzione del suddetto termine in seno alla lettera di recesso, questa si considera nulla

5.9 L'affidamento dei figli.

L'affidamento dei figli in caso di separazione è stato introdotto con la Legge n. 54 dell'8 febbraio 2006. La predetta normativa ha avuto il pregio di riconoscere ai coniugi, accanto al diritto potestativo (preesistente) di separarsi, quello dei figli alla conservazione del rapporto con entrambi i genitori e alla loro frequentazione, anche

³⁶² Vd. anche De Filippis B-De Filippis R- Di Marco_Lettieri-Starita-Zambrano, *la separazione nella famiglia di fatto*, 2° ed., cedam 2014 in Biblioteca del diritto di famiglia (collana diretta da De Filippis B.) Balestra, *la famiglia di fatto* in Aa.Vv., *il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da Ferdinando II, Rapporti personali e patrimoniali, 2008.

nella ipotesi in cui subentri la separazione di questi. Il principio fondamentale è che, in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione, istruzione e affetto da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Pertanto, in sede di separazione, di divorzio ovvero di cessazione della convivenza di fatto, *il giudice deve valutare prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori (affidamento condiviso) oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati (affidamento esclusivo), sempre e comunque considerando l'esclusivo interesse della prole.* Il giudice determina inoltre i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione della prole (si veda in seguito). Nella *ratio* della normativa, sin dal 2006 il legislatore voleva rafforzare il rapporto tra figli e genitori al fine di non far scontare ai primi le conseguenze della separazione dei secondi i quali, nonostante il venir meno della cd. *affectio coniugalis*, mantengono entrambi un ruolo centrale nella crescita della prole ed esercitano, anche in caso di separazione, la cd. responsabilità genitoriale.³⁶³

Nonostante il legislatore, nello scrivere le norme regolanti l'affido condiviso dei figli, ha pensato come eccezionale e non la regola il cd. mantenimento indiretto mediante il cd. *assegno perequativo*, nella prassi giudiziaria si è finito per far ricorso al mantenimento indiretto come se questo strumento costituisse la regola ordinaria di mantenimento anziché - come era nelle intenzioni del legislatore e nello spirito sia della legge 54/06 che delle norme ispiratrici - l'eccezione.

La prassi applicativa della legge 54/06 si è dimostrata secondo taluni fallace rispetto ai fini perseguiti dalla normativa. Infatti, sebbene il legislatore abbia messo al centro il supremo diritto del minore alla bigenitorialità di fatto, la giurisprudenza si è dimostrata attenta ma poco capace di conservare inalterati i rapporti con entrambi i genitori. Quello che voleva e poteva essere uno strumento per rendere

³⁶³ Vd. anche Quadri, *L'affidamento del minore, profili generali*, FD, 6, 2001.

entrambi i genitori partecipi della vita dei figli è finito con il diventare un semplice formalismo in quanto la tendenza è stata quella di regolamentare la frequentazione in giorni e ore prestabilite e con la regolazione alternata delle festività. Nello spirito della legge tutti erano chiamati a fare uno sforzo ulteriore nell'interesse dei figli ovvero sia quello di essere non soltanto sulla carta ma anche nella vita quotidiana di genitori presenti, partecipi e responsabili della crescita dei loro figli dividendosi in modo collaborativo i compiti nell'educazione, cura, istruzione e amore per i figli. Probabilmente se si fosse data una maggiore attuazione all'istituto della mediazione familiare forse lo scopo si sarebbe potuto perseguire con una maggiore efficacia.

Invero, quando tra due coniugi vi è una eccessiva conflittualità, al fine di attuare qualsivoglia statuizione è necessario far sì che le parti gestiscano la loro emotività con intelligenza nel rispetto dei tempi di ciascuno ma non trascurando l'interesse prevalente del minore a mantenere quanto più inalterato possibile il suo rapporto con ciascun genitore e dunque evitando ad esempio che nei tempi di permanenza presso ciascuno non si senta parlare male dell'altro.

Il coniuge affidatario in via esclusiva era titolare della potestà genitoriale sui figli, nonché 'tutore legale' dei beni dei figli in quanto deteneva il potere di ordinaria amministrazione e l'usufrutto legale su detti beni. Il genitore divorziato non affidatario conservava invece l'obbligo (ma anche il diritto) di mantenere, istruire ed educare i figli. Il genitore non affidatario è tenuto a versare un assegno di mantenimento per la prole. L'assegno viene versato mensilmente e devono essere corrisposte anche le somme relative alle spese considerate straordinarie (ad es. quelle scolastiche, ricreative, mediche, sportive o per le vacanze). L'importo, per legge, deve essere rivalutato annualmente secondo gli indici ISTAT. Il giudice può anche stabilire un assegno a favore dei figli maggiorenni, da versare a loro direttamente, quando non abbiano adeguati redditi propri.

L'art. 337 sexies c.c. stabilisce che l'interesse dei figli è anche determinante per stabilire a quale dei coniugi sarà assegnato il godimento della casa familiare³⁶⁴.

Fortunatamente con l'introduzione della legge sull'affido condiviso dei figli,

³⁶⁴ Rif. Quadri, *Nuove prospettive in tema di assegnazione della casa familiare* in *Corr.Giur.*, 2006.

quello esclusivo previgente diviene, anche nella prassi giudiziaria, un istituto eccezionale disposto solo quando l'affido condiviso sia dannoso per la prole e contrario all'interesse morale e materiale di quest'ultima. Di essa, infatti, il Giudice è garante.

5.10. L'ascolto del minore.

Il legislatore, attraverso diversi interventi legislativi, ha introdotto³⁶⁵ e successivamente modificato³⁶⁶ il diritto del minore ad essere ascoltato nei procedimenti che lo interessano. Con la riforma della filiazione, infatti, si è rafforzato tale strumento imponendolo al giudice come un obbligo di 'ascoltarlo' prima di adottare qualsiasi decisione in ordine all'affidamento dei figli nei procedimenti di separazione, di divorzio o di modifiche delle condizioni dei predetti. Tale tema ha suscitato un acceso dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza sebbene tutti hanno sempre affermato che il predetto obbligo del giudice di disporre l'ascolto sussiste nella misura in cui il giudice ritenga che tale audizione non arrechi danno alla crescita psico-fisica del minore.

Con la predetta riforma, infatti, l'età è stata recentemente ridotta al compimento di 12 anni ma nulla esclude che il giudice, valutata la capacità di discernimento del minore, possa ascoltarlo anche se di età inferiore.

Il diritto all'ascolto, tuttavia, è opportuno ricordare che è un diritto soggettivo del minore e non un mezzo di prova di cui i genitori possono avvalersi nell'ambito del procedimento di separazione o divorzio giudiziale. Invero, Essendosi registrato un uso distorto di tale strumento negli atti difensivi di parte, alcuni Tribunali hanno ritenuto opportuno adottare delle linee guida al fine di chiarire quale sia la natura giuridica di questo istituto e come, sul piano pratico, deve essere disposto l'ascolto da parte del giudice. E' stato infatti meglio precisato che il titolare del diritto di essere ascoltato è il minore e che il giudice ha l'obbligo giuridico di ascoltarlo, informandolo che non è il minore il giudice della separazione, del divorzio o delle modifiche dei suoi genitori e che non è tenuto a tenere conto di ciò che gli dirà.

³⁶⁵ Rif. alla legge 54/06.

³⁶⁶ Rif. alla legge 219/12 e al d.lgs. 154/13

Invero, il giudice non deve limitarsi ad ascoltare quello che dice il minore dovendo altresì osservare il suo comportamento, facendo particolare attenzione anche ad eventuali disagi o contraddizioni che possano emergere durante l'ascolto dal cd. 'linguaggio non verbale'. Dunque, le dichiarazioni eventualmente rese dal minore devono essere lette nell'insieme dei comportamenti da questo posti in essere durante il colloquio. Secondo gran parte degli interpreti, infatti, il diritto del minore di essere ascoltato non deve inteso come un mezzo di prova di cui le parti possono avvalersi e, pertanto, il giudice, nonostante l'apparente dovere che ha di ascoltarlo, ove abbia fondato motivo di ritenere che l'ascolto del minore sia in contrasto con il supremo interesse morale e materiale del minore (di cui il giudice è garante) può, o meglio non deve, disporlo. Ciò premesso, sarebbe altresì opportuno che il minore fosse convocato in un giorno e in un orario adeguato evitando, ove possibile, di fargli perdere molto tempo (ad esempio dopo l'orario scolastico). Inoltre, esso dovrebbe essere disposto con alcuni accorgimenti:

1) non deve tradursi in un interrogatorio in quanto se il minore ha diritto di essere ascoltato, l'ascolto presuppone che il ragazzo debba essere libero di esprimersi seppur con la consapevolezza che non è detto che il giudice, nell'emettere i provvedimenti che lo riguardano, terrà conto di quanto dichiarato-chiesto al giudice dal minore nella fase di ascolto;

2) l'ascolto del minore dovrebbe avvenire in ambienti protetti in cui gli avvocati possano assistere guardando da un vetro oscurato che garantisca al fanciullo che da dentro non si vedano gli spettatori esterni onde evitare suggestioni e ripercussioni psicologiche, perché non ci sarebbe nulla di più dannoso di un figlio che si senta 'giudice' della separazione.

Nonostante nella prassi giudiziaria sia ampiamente diffusa l'applicazione di questo strumento, a mio avviso sarebbe opportuno contenerne e regolamentarne in tutti i Tribunali (e non soltanto in quelli più virtuosi che già lo fanno da tempo) l'uso in quanto non credo che sia salutare sul piano psicofisico per un fanciullo esprimere la sua volontà nel timore che il genitore perdente gli attribuisca la colpa della decisione del giudice.

5.11 Il divorzio.

Il “divorzio”³⁶⁷ è il procedimento legale che pone fine al matrimonio civile, sciogliendolo ovvero facendone cessare gli effetti civili a questo derivanti (se il matrimonio è stato a suo tempo celebrato con il rito concordatario). Come abbiamo già accennato nel capitolo sul matrimonio, la distinzione tra i due è dovuta al valore di “sacramento” attribuito al secondo³⁶⁸ che rende il negozio indissolubile innanzi a Dio.

In ambito socio-psico-pedagogico, in concomitanza con il costante e progressivo aumento delle separazioni familiari, sono comparsi molti studi relativi agli effetti della fine del matrimonio sui partner e soprattutto sui figli, molti dei quali rilevano la presenza di disturbi dell'apprendimento e difficoltà relazionali nel confronto con i compagni di scuola che vivono le situazioni familiari armoniose. Infatti, ciò che fa male ai bambini non è tanto la crisi familiare in sé, seppur sia sempre un trauma, bensì il modo in cui la famiglia e, dunque, *in primis* i genitori, gestiscono la conflittualità³⁶⁹. Invero, secondo me, ai figli non dovrebbe mai mancare la certezza e dunque la serenità che i suoi genitori, anche se i suoi genitori non si amano più, non smetteranno mai di farli sentire il bene più prezioso che essi hanno, non ricoprendoli di beni materiali ma di attenzione e cioè del loro tempo.

5.11.1 Istituzione del divorzio in Italia.

Il cd. ‘divorzio’, dopo innumerevoli tentativi, viene introdotto per la prima volta in Italia con la legge n. 898 del 1 dicembre 1970 denominata “disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”³⁷⁰, nonostante l'opposizione degli ‘antidivorzisti’³⁷¹.

³⁶⁷ Deriva dal latino *divortium*, da *di-vertere* e significa “separarsi”

³⁶⁸ Rif. al matrimonio concordatario.

³⁶⁹ Laplanche J., Pontalis J.B., *Enciclopedia della psicanalisi*, Laterza, Bari, 1990; Lewin K., (a cura di G.Galli), *Antologia di scritti psicologici*, Il Mulino, Bologna, 1977; Lewin K., *I conflitti sociali. Saggi di dinamica di gruppo*, FrancoAngeli, Milano, 1976; De Grada E., *Fondamenti di psicologia dei gruppi*, Carocci, 1999; De Negri Trentin R., *Esperimenti di psicologia di gruppo*, Giunti-Martello, Firenze, 1978.

Emiliani F., Molinari L., *L'empatia in età prescolare, Età Evolutiva*, 22, 1985.

³⁷⁰ Nota anche come legge *Fortuna-Baslini*.

³⁷¹ Rif alla Democrazia cristiana

Ovviamente, sin dalla sua introduzione, i democratici-cristiani non sono rimasti passivi spettatori di una società che mutava contro il loro volere ed, infatti, hanno organizzato, nella speranza di abrogare la legge sul cd. divorzio attraverso il ricorso al referendum. Nel gennaio del 1971 veniva depositata in Corte di Cassazione la richiesta di referendum da parte del "Comitato nazionale per il referendum sul divorzio", presieduto dal giurista cattolico Gabrio Lombardi, con il sostegno dell'Azione cattolica e l'appoggio esplicito della CEI e di gran parte della DC e del Movimento Sociale Italiano.

Dopo il deposito presso la Corte di Cassazione di oltre un milione e trecentomila firme, la richiesta superava il controllo dell'Ufficio centrale per il referendum, e il giudizio di ammissibilità della Corte Costituzionale. Il 12 maggio 1974, con il noto Referendum abrogativo del 1974³⁷², gli italiani erano chiamati a decidere se abrogare la legge Fortuna – Basilini e istitutiva in Italia del diritto di mettere fine al rapporto coniugale: partecipava al voto l'87,7% degli aventi diritto, dei quali il 59,3% votava “no” all’abrogazione della legge sul divorzio, mentre i sì erano pari al 40,7%: la legge sul divorzio rimaneva in vigore.

Tale normativa è stata modificata dapprima con la legge 436/1978 e, successivamente, con la legge 74/1987. In particolare, con quest’ultima si erano ridotti i tempi necessari per giungere alla sentenza definitiva di divorzio dai 5 anni previgenti ai 3 anni; nonché si introduceva altresì la facoltà di pronunciare una sentenza parziale che dichiarasse in tempi brevissimi lo scioglimento definitivo del vincolo, ovvero il divorzio, separatamente dalla discussione sulle ulteriori condizioni accessorie dello scioglimento, ovvero sulle questioni economiche, l'affidamento dei figli e altro.

Con la legge 55/15 il termine per la proponibilità della domanda di divorzio è stato ulteriormente ridotto ad 1 anno per le separazioni giudiziali e a 6 mesi per quelle concluse consensualmente anche tramite le cd. misure di degiurisdizionalizzazione di recente introduzione.

³⁷² Noto anche come referendum sul divorzio.

5.11.2 Condizioni.

L'art. 1 della Legge n. 898/1970 afferma che «*il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio ... quando ... accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita*». Dal tenore letterale della disposizione appare come, in via preliminare, il giudice naturale del divorzio, prima di dichiarare lo scioglimento del vincolo matrimoniale (se si tratta di matrimonio solo civile, cioè celebrato davanti all'Ufficiale dello stato civile) o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (se si tratta di matrimonio concordatario), dovrà accertare che non vi sia più la comunione morale³⁷³ e materiale³⁷⁴ tra i coniugi nonché che ricorra l'esistenza di una delle cause tassativamente previste dalla legge (art.3 Legge 898/1970³⁷⁵). Con riferimento a queste ultime, tra le altre ipotesi³⁷⁶, affinché un matrimonio civile possa sciogliersi o di quello concordatario possano cessarne gli effetti civili scaturenti è previsto che vi sia una separazione legale tra i coniugi e che, con riferimento a quelle consensuali, esse persistano senza interruzioni da almeno 6 mesi. Tale minor termine si applica anche alle separazioni giudiziali che successivamente si siano trasformate in

³⁷³ consistente nell'affetto reciproco, nell'ascolto, nell'aiuto e nel sostegno psicologico reciproci, nella comprensione e nella condivisione dei problemi, su cui si fonda l'affectio coniugalitatis che li lega in una vera comunanza di vita e di spirito.

³⁷⁴ costituita dalla stabile convivenza, da un'organizzazione domestica comune, dal reciproco aiuto personale e dalla presenza di rapporti sessuali

³⁷⁵ Tra le ipotesi tipiche per la concessione del divorzio - che sia stata omologata la separazione consensuale oppure sia stata pronunciata, con sentenza definitiva, la separazione giudiziale e siano trascorsi almeno tre anni dall'udienza presidenziale (che è la prima udienza, in ambedue i casi);

-che uno dei coniugi sia stato condannato all'ergastolo o a qualsiasi pena detentiva per reati di particolare gravità;

-che uno dei coniugi, cittadino straniero, abbia ottenuto nel suo paese l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio ovvero abbia contratto nuovo matrimonio;

-che il matrimonio non sia stato consumato;

-che sia stato dichiarato giudizialmente il mutamento di sesso di uno dei coniugi.

³⁷⁶ Rif. alle seguenti ipotesi:

-che uno dei coniugi sia stato condannato all'ergastolo o a qualsiasi pena detentiva per reati di particolare gravità;

-che uno dei coniugi, cittadino straniero, abbia ottenuto nel suo paese l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio ovvero abbia contratto nuovo matrimonio;

-che il matrimonio non sia stato consumato;

-che sia stato dichiarato giudizialmente il mutamento di sesso di uno dei coniugi.

consensuali; mentre, con riferimento a quelle introdotte e definite da una sentenza giudiziale deve essere trascorso un tempo di separazione ininterrotta di almeno 1 anno. L'unico modo possibile per sciogliere il matrimonio religioso, invece, è l'esistenza di un vizio del consenso, e tutte le ipotesi previste per la nullità del matrimonio religioso comportano, oltre alla cessazione degli effetti civili, anche l'obbligo di pagare gli alimenti, fatti salvi gli effetti del matrimonio putativo. Per la legge italiana, a seguito della legge sul cd. divorzio breve, deve trascorrere un periodo minimo di 1 anno dalla separazione giudiziale o 6 mesi dalla separazione consensuale, purchè omologata, prima di ottenere la sentenza di divorzio con la quale le parti riacquistano lo stato civile di libere. Tale status tuttavia può essere dato in luogo di una decisione del giudice, all'esito di un accordo conclusivo della negoziazione assistita ovvero con la dichiarazione di scioglimento del matrimonio ovvero di cessazione degli effetti civili di quest'ultimo del Sindaco ex artt. 6 e 12 l. 162/14.

5.11.3 Effetti personali e patrimoniali.

Come noto, la sentenza di divorzio fa acquisire agli ex coniugi lo status di libero. Infatti, coloro che intendano contrarre un nuovo matrimonio ovvero unirsi civilmente con una persona dello stesso sesso, ovvero stipulare un contratto di convivenza registrato, devono necessariamente riappropriarsi dello status di 'libero', Tuttavia, per ottenerlo non è necessario rivolgersi al Giudice bensì possono addivenirci anche mediante la conclusione di un accordo divorzile al termine della negoziazione assistita ex art 6/14 ovvero, per chi ne abbia i requisiti soggettivi anche mediante la dichiarazione di divorzio resa dall'Ufficiale dello Stato civile del luogo in cui l'atto di matrimonio è stato iscritto o trascritto ovvero del luogo di residenza di uno dei due. Infatti, tali misure di degiurisdizionalizzazione, con le peculiarità pocanzi viste, producono sul piano personale e patrimoniale gli stessi effetti di una decisione giudiziaria. Tuttavia, è necessario che una copia dell'accordo sia altresì trasmessa all'Ufficiale dello stato civile di iscrizione o trascrizione dell'atto di matrimonio per ottenere un provvedimento che dichiari i coniugi

‘divorziati’. Tra gli altri effetti personali derivanti dal divorzio, si segnala che l’ex moglie, di norma, perde il diritto ad utilizzare il cognome del marito, salvo che la sentenza di divorzio non la autorizzi espressamente a mantenerlo.

Sul piano patrimoniale, invece, l’accordo stragiudiziale autorizzato dalla Procura della repubblica, ovvero la dichiarazione di scioglimento o cessazione degli effetti civili derivanti dal matrimonio, ovvero la sentenza di divorzio produce i seguenti effetti:

1) l'eventuale corresponsione di un assegno divorzile periodico per il mantenimento del coniuge che sia privo di redditi adeguati e si trovi nell'oggettiva impossibilità di procurarseli. È possibile che esso sia sostituito da un assegno in un'unica soluzione, se le parti si accordano in tal senso;

2) la perdita dei diritti successori³⁷⁷;

3) il diritto alla pensione di reversibilità, ma solo se titolare dell'assegno divorzile;

4) il diritto ad una parte dell'indennità di fine rapporto, se maturata prima della sentenza di divorzio.

In base alla legge, l’assegno di mantenimento al coniuge cui non sia addebitabile la separazione è condizionato alla mancanza di adeguati redditi propri (art. 156 primo comma cod. civ.), e la sua quantificazione è determinata in relazione alle circostanze ed ai redditi dell'obbligato (secondo comma). Come visto al paragrafo 5.7, le condizioni affinché sorga in capo al ‘coniuge debole’ il diritto al mantenimento sono: che a costui non sia addebitabile la separazione; che non sia titolare di adeguati redditi propri, ossia di redditi che gli permettano di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio; che sussista una disparità economica tra le parti, occorrendo avere riguardo, al fine della valutazione dell'adeguatezza dei redditi del coniuge che chiede l’assegno, del parametro di

³⁷⁷ In seguito alle modifiche introdotte dalla legge 55/15, la comunione legale dei beni si scioglie ex art. 191 co. 2 c.c. a decorrere dalla udienza di comparizione personale delle parti innanzi al Tribunale, autorizzativa dei coniugi a vivere separatamente ovvero dalla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione confermativa della volontà di separarsi consensualmente alle condizioni contenute nell’accordo allegato ovvero dalla data di certificazione dell’accordo conclusivo della separazione ex art 6 l. 162/14

riferimento costituito dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio. Esso diviene elemento condizionante la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del richiedente, non assumendo rilievo il più modesto tenore di vita subito o tollerato. Benché la separazione determini normalmente la cessazione di una serie di benefici e consuetudini di vita, ed anche il diretto godimento di beni, il tenore di vita goduto in costanza della convivenza va identificato considerando lo "standard" di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi, tenendo quindi conto di tutte le potenzialità derivanti dalla titolarità del patrimonio in termini di redditività, di capacità di spesa, di garanzie di elevato benessere e di fondate aspettative per il futuro.

L'ex coniuge ha diritto alla corresponsione dell'assegno di mantenimento se sussistono le condizioni, anche in assenza di figli. L'art. 337 bis del codice civile, come riformato nel dicembre 2013 stabilisce il principio generale della bigenitorialità. I genitori detengono gli stessi diritti e soggiacciono ai medesimi obblighi nei confronti dei figli che restano a carico di ciascuno di essi, in termini di affidamento e mantenimento. La norma prevede che ogni genitore provveda al mantenimento diretto del figlio, e che questo segua un principio di proporzionalità.

Il giudice, ove necessario, può stabilire la corresponsione di un assegno periodico che sia determinato considerando le esigenze del figlio, il tenore di vita goduto durante la convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore, nonché le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascuno di essi.

5.12 Diritto canonico.

Nell'ambito del diritto canonico cattolico il sacramento del matrimonio, non può essere sciolto ma può essere riconosciuto nullo, ed in tal caso pertanto non si parla di "divorzio" bensì di "dichiarazione di nullità del sacramento del matrimonio". In Italia (in forza del concordato) e nelle altre legislazioni concordatarie, dove la cerimonia religiosa può anche avere effetti civili, la nullità del matrimonio stabilita

da un tribunale ecclesiastico, seguita da una doppia sentenza di conformità da parte del tribunale di II° grado o dal Tribunale della Rota Romana (se unita alla successiva deliberazione della Corte d'appello competente a riconoscere la sentenza rotale), ha anche l'effetto di annullare il matrimonio civile con caducazione con efficacia ex tunc di qualsivoglia effetto giuridico, salvi gli effetti materiali frattanto prodottisi.

In sostanza, grazie a questo istituto, il matrimonio, diversamente da quanto accade per le ipotesi di divorzio, è come se non fosse mai esistito.

Tuttavia, affinché l'indissolubilità sia revocabile deve ricorrere una estorsione del consenso³⁷⁸ da parte di uno dei due o di terzi soggetti ovvero deve essere leso il cd. libero arbitrio nella prestazione del proprio consenso alle nozze per aver ad esempio sottaciuto l'esistenza di una condizione personale dell'altro che comporti un sacrificio eccessivo che non può essere imposto senza una preventiva completa informazione e conseguente accettazione consapevole di volersi egualmente sposare. Costituisce un esempio di nullità matrimoniale sulla infertilità di uno dei due ovvero la non volontà di avere figli. Invero, si ricorda che secondo gli insegnamenti cattolici i rapporti sessuali sono finalizzati alla filiazione e non, come spesso accade, sulla volontà di non avere figli.

5.13 L'affidamento condiviso.

Il codice civile, nella sua versione rinnovata nel 2006, stabilisce che la decisione del giudice in merito all'affidamento dei figli minori deve essere volta prioritariamente nei confronti dell'affidamento condiviso. La scelta del giudice, tuttavia, dovrà essere guidata innanzitutto dall'interesse della prole. Cosa significa? Significa che il giudice terrà conto soprattutto degli aspetti affettivi e psicologici, oltre che materiali. Ad esempio: l'affidamento condiviso non potrà essere attuato allorché l'affidamento ad uno dei genitori possa essere dannoso per la crescita della prole.

La decisione nei confronti dell'affidamento condiviso o esclusivo non dovrà essere influenzata dall'eventuale addebito della separazione; potendo il coniuge

³⁷⁸ Rif alle ipotesi di violenza o minaccia di un male a sé o a terze persone

"responsabile" della separazione, essere comunque un buon padre anche se si è rivelato un pessimo marito. Invero, ridurre le ipotesi di affidamento condiviso dei figli al comportamento tenuto dal coniuge in costanza di matrimonio nei confronti dell'altro significherebbe in sostanza ledere il diritto del figlio alla bi-genitorialità, fatte salve le ipotesi di violenze familiari. Cosa succede se il coniuge separato già conviva con un'altra persona? Anche in tale ipotesi potrà essere stabilito l'affidamento condiviso nei suoi confronti, in quanto quel che rileva ai fini dell'affidamento condiviso è che alla prole sia assicurato un ambiente in grado di assicurargli il miglior sviluppo della personalità. Del resto, l'art. 155³⁷⁹ del codice civile sanciva anche il principio per cui "il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con entrambi i genitori. Tale specificazione, insieme alle disposizioni in tema di affidamento esclusivo di cui all'art. 337 quater c.c., fa emergere all'interno delle norme del codice civile, il principio secondo il quale, tranne il caso di gravi motivi, il figlio debba avere la presenza costante di entrambi i genitori, eventualmente frazionata in termini di tempo, al fine di una miglior crescita personale. Quest'aspetto vede una sua esplicitazione all'interno delle norme in materia di affidamento esclusivo, dove nei confronti del genitore non affidatario è disposto il diritto/dovere di visita.

Quest'ultimo è il diritto di visitare i figli e tenerli con sé per periodi determinati, secondo quanto stabilito dal giudice, ed è considerato anche un dovere. Ma cosa succede nel caso in cui un figlio si rifiuti di voler vedere il genitore? In tal caso non si potrà obbligarlo a mantenere rapporti con il genitore non affidatario. Pertanto il genitore che abbia l'affidamento esclusivo non potrà spingerlo a forza nell'incontrare l'altro genitore ma, allo stesso tempo, non potrà neanche impedirlo nel caso in cui il figlio invece voglia vedere, per esempio, suo padre.

Il diritto di visita con la legge 54 del 2006 veniva riconosciuto anche ad altri familiari, seppur come un diritto riflesso del diritto del minore alla conservazione di significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale.

³⁷⁹ Oggi trasposto nell'art. 337 ter c.c.a seguito delle modifiche introdotte dall'art 55 co. 1 d.lgs 154/13, in vigore dal 7.2.2014

Quest'ultimo, inizialmente sancito dallo stesso art. 155, comma I, c.c. come diritto riflesso dei minori ad avere rapporti significativi con i nonni materni e paterni, è diventato, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 154/13, un vero e proprio diritto soggettivo dei nonni ai quali è stata riconosciuta anche la legittimazione attiva ad adire il Tribunale per i minorenni nel caso in cui i genitori impediscano al minore di avere significativi rapporti con gli ascendenti di questo. Il giudice tuttavia nell'accogliere le domande di frequentazione dei nipoti dovrà tenere conto se ciò corrisponde all'interesse superiore del minore altrimenti non li autorizzerà.

La riforma sulla filiazione di cui alle citate norme ha introdotto peraltro la possibilità per il genitore collocatario prevalente della prole di agire in caso di inadempimento degli obblighi di mantenimento gravanti sull'altro in capo ai genitori di quest'ultimo (i nonni).

Come già accennato, fatti salvi gli accordi tra le parti, i coniugi devono provvedere al mantenimento della prole in misura proporzionale, ed il giudice dispone il versamento di un assegno al fine di realizzare il principio di proporzionalità, secondo i seguenti criteri: le risorse economiche dei genitori, le esigenze dei figli, il tenore goduto dai figli in costanza di matrimonio, i tempi di permanenza presso ciascun genitore ed il contributo dato da entrambi nella cura della prole. È importante sottolineare che, nel caso in cui le dichiarazioni dei redditi e delle sostanze economiche dei genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice può disporre un accertamento da parte della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione. Anche in questo caso ricorrono le garanzie rinvenibili nell'ambito dell'assegno di mantenimento e, pertanto, in caso d'inadempimento vi potranno essere ripercussioni penali, per violazione degli obblighi di assistenza familiare.

La responsabilità genitoriale³⁸⁰ è quell'istituto regolato dalle disposizioni del codice civile, per cui l'insufficiente maturità a curare da solo i propri interessi, viene sopperita dalla sostituzione dei genitori al compimento di atti di gestione e amministrazione patrimoniale oltre che nell'esercizio di poteri decisionali resi

³⁸⁰ Introdotta in sostituzione della precedente potestà genitoriale a seguito della riforma della filiazione

necessari dalla funzione educativa spettante ai genitori stessi, nel rispetto dell'inclinazione naturale dei figli, delle aspirazioni e delle loro capacità. Questa definizione, porta a comprendere come l' affidamento condiviso sia molto importante ai fini dell'esercizio della 'responsabilità genitoriale, in quanto essa deve essere attuata da entrambi i genitori. In altre parole, quest'ultimi dovranno continuare a crescere insieme i loro figli anche dopo la crisi del rapporto di coppia dei coniugi o dei conviventi e ciascuno di essi potrà, con riferimento alla ordinaria amministrazione, attuarla anche disgiuntamente. Sulle decisioni in ordine alla istruzione, alla educazione religiosa, alla salute, alle attività sportive e ricreative devono essere adottate di comune accordo da entrambi i coniugi. Infatti, ove uno dei due non venisse preventivamente informato di una spesa straordinaria ovvero qualora avesse espresso il proprio disaccordo, saranno poste a carico di colui che le ha decise e anticipate. Ovviamente, nel caso in cui i genitori non raggiungano l'accordo la decisione è rimessa al giudice, il quale potrà attribuire il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso reputi più idoneo alla cura degli interessi del figlio. Tra genitori separati, o divorziati, o per i quali è stata pronunciata sentenza di annullamento, possono insorgere diverse controversie riguardo ai figli; un esempio tipico è quello del genitore che ne ha l'affidamento esclusivo, il quale si rifiuta di far vedere i figli all'altro genitore. In seguito alla riforma del 2006, vi è ora la possibilità di chiedere al giudice dei provvedimenti in caso di gravi inadempienze, o di atti che arrechino pregiudizio al minore, od ostacolino il corretto svolgimento dell'affidamento stesso. Potrebbe darsi, ad esempio, che nonostante sia stato pronunciato l' affidamento condiviso dei figli, uno dei genitori si disinteressi completamente di loro, in tal modo arrecando un grave pregiudizio alla loro crescita.

In questo caso, potrà essere chiesta la modifica dei provvedimenti già emessi dal giudice, il quale, in luogo dell'affidamento condiviso potrà pronunciare, ove ne sussistano le circostanze, l'affidamento esclusivo. Ma non solo! Il giudice potrà altresì ammonire il genitore inadempiente, disponendo un risarcimento dei danni nei confronti del minore e/o nei confronti dell'altro genitore nonché condannando il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.

In ogni caso occorre sottolineare che l'addebito della separazione non è componente rilevante ai fini della decisione sull'affidamento condiviso o esclusivo. Tuttavia, potrebbe esserlo per quanto riguarda il godimento della casa familiare in quanto, nell'ipotesi in cui non vi siano figli, l'assegnazione della casa potrebbe essere data come modalità di adempimento, anche parziale dell'obbligo di mantenimento e, comunque, l'assegnazione della casa coniugale incide anche nella determinazione dell'assegno di mantenimento. Del resto, nel determinare l'assegno di mantenimento in favore dei figli, il giudice tiene conto anche dell'assegnazione della casa coniugale al "coniuge collocatario prevalente della prole" giacchè essa comporta per il coniuge obbligato a lasciare l'immobile la necessità di trovare una soluzione abitativa diversa, con conseguente aumento delle spese a carico di quest'ultimo e delle quali il giudice non può non tenere conto.

5.14. L'affidamento condiviso nei procedimenti di separazione e divorzio prima e dopo l'entrata in vigore della legge 54/06: alcuni dati.

Le "statistiche report" pubblicate il 12 novembre 2015, relative all'anno 2014, evidenziano un 'inversione di tendenza' in quanto fino al 2005 l'80,7% delle separazioni e l'82,7% dei divorzi disponeva, quale regola ordinaria l'affidamento esclusivo dei figli. Con l'entrata in vigore della legge regolante l'affidamento condiviso, quest'ultima è divenuta la 'norma' e ciò si riflette anche nei dati Istat suddetti che rilevano un vero e proprio sorpasso di questi ultimi è iniziato nel 2007 ove l'affido esclusivo scende al 25,6% mentre sale al 72% circa l'affidamento congiunto. Tale fenomeno è poi continuato progressivamente a crescere fino a raggiungere nel 2014 l'89,4% di affidamenti condivisi facendo scendere ulteriormente gli affidi esclusivi alla madre al solo 8% dei casi.

Il ricorso all'affidamento condiviso è legato anche alla scelta del rito con cui si concludono la separazione o il divorzio. Infatti, questa tipologia di affidamento viene prescelta nel 89,4% delle separazioni consensuali contro l'86,8% di quelle giudiziali.

(*)*Prospetto principali caratteristiche di separazioni e divorzi. Anni 2008-2014 valori assoluti e percentuali e per mille*³⁸¹

PRINCIPALI CARATTERISTICHE DI SEPARAZIONI E DIVORZI.	2008	2010	2012	2013	2014
Anni 2008-2014, valori assoluti e percentuali					
Separazioni (valori assoluti)	84.165	88.191	88.288	88.896	89.303
Divorzi (valori assoluti)	54.351	54.160	51.319	52.943	52.355
Separazioni totali (per 1000 matrimoni)	286,2	307,1	310,6	314	319,5
Divorzi totali (per 1000 matrimoni)	178,8	181,7	173,5	182,6	180,1
Separazioni con figli minori %	52,3	49,4	48,7	51,9	52,8
Divorzi con figli minori %	37,4	33,1	33,1	34,8	32,6

³⁸¹ Estratto prospetto 1 pag. 1 statistiche report pubblicate il 12.11.2015 su www.istat.it

6. ASPETTI PSICOSOCIALI DELLA CRISI FAMILIARE.

6.1. La separazione: effetti psicologici sui coniugi.

Quando un individuo decide di separarsi, solitamente, è spinto dalla convinzione che, così facendo, potrà solo trovarne beneficio e che tale decisione sia quella giusta anche per il bene dell'altro e della prole. Pertanto, la decisione viene assunta in uno stato d'animo in cui chi la prende nutre in cuor suo la speranza di ritrovare la felicità perduta. Ciò posto, è ragionevole chiedersi se la separazione³⁸² coincida o meno con quella cd. 'emotiva' dei coniugi. Invero, nella stragrande maggioranza dei casi, i tempi delle prime non coincidono con queste ultime e la loro metabolizzazione sul piano temporale è diversa da individuo ad individuo.

Se, infatti, quella di fatto è pressoché immediata in quanto non richiede particolari formalità essendo totalmente priva di effetti giuridici, continuando ad essere per lo Stato come fossero coniugati e quella legale ha dei tempi processuali diversi da un tribunale all'altro; quella emotiva varia anch'essa da una persona all'altra perché ognuna di queste ha una diversa soglia del dolore e soprattutto un diverso tempo di elaborazione di quest'ultimo. La separazione emotiva, invero, implica un processo che pone fine ai legami psicologici tra i due coniugi o che, comunque, li trasforma completamente.

Non sempre entrambi i partner riescono a fare questo passo. Può succedere che quello che richiede la separazione elabori prima dell'altro il distacco, mentre l'altro rimane emotivamente coinvolto e non riesce a superare quest'esperienza vissuta, nella maggior parte dei casi, come un fallimento personale, uno smacco o un affronto. L'esperienza vissuta dal partner che subisce la separazione è quasi uguale a quella del lutto e, secondo taluni³⁸³, si articola in varie fasi che possono essere così schematizzate:

1 - Fase di negazione: nella quale colui che 'subisce' la decisione dell'altro di separarsi la rifiuta cercando da un lato di recuperare la relazione interrotta in tutti i modi e dall'altro andando a caccia del responsabile all'esterno della coppia in crisi, senza assumere quell'atteggiamento umile, talvolta opportuno, per interrogarsi su

³⁸² Sia essa di fatto o legale

³⁸³ Rif. J. Bowlby in "Costruzione e rottura dei legami affettivi", Cortina, 1982

cosa ha fatto e non avrebbe dovuto fare o viceversa. In questo stadio la 'vittima', pur di tenere vicino a sé il coniuge, diviene manipolatore e, pur di non accettare il fallimento, arriva anche ad utilizzare i figli come strumento di comunicazione tra sé e il partner, inviando messaggi di riappacificazione e di implorazione a tornare insieme. Le emozioni prevalenti sono l'angoscia e la collera, che possono essere seguite dal desiderio di punizione e di vendetta. In sostanza, è come se chi subisce la decisione di mettere fine al loro rapporto trasformi l'amore in odio dichiarando una guerra spietata all'altro per fargliela pagare.

2 - Fase della resistenza: successivamente, il coniuge inizia ad acquistare la consapevolezza che il rapporto coniugale è giunto al termine. La rabbia per l'abbandono subito può essere riversata sul partner, oppure trattenuta dentro di sé. Il più delle volte la conflittualità tra i due si inasprisce perché in questa fase persiste il rifiuto di concedere la separazione al partner. Ricatti, accuse, inganni, implorazioni sembrano essere l'unico modo per mantenere un rapporto con il coniuge.

3 - Fase della depressione: dopo aver cercato di fare il possibile (nel modo sbagliato) per tenere legato a sé l'altro, il coniuge 'abbandonato' entra in uno stadio depressivo durante il quale il dolore, lo scoraggiamento, e un senso di forte delusione prendono il sopravvento nell'individuo che si sente totalmente 'perso'.

4 - Fase dell'accettazione: gradualmente il lutto viene elaborato e i sentimenti dolorosi legati all'abbandono si affievoliscono. Soltanto in questa fase il pessimismo cede il passo alla speranza, e l'individuo ricomincia ad impossessarsi della propria vita e a guardare al futuro costruendo un progetto di vita separato da quello del partner.

Quando l'elaborazione emotiva della separazione non è completa, e dunque non è pervenuto nella fase della cd. accettazione della separazione, nella coppia (ed in particolare in chi si sente abbandonato) permangono il senso di colpa e la collera che possono alimentare dinamiche conflittuali nocive per gli ex coniugi e, soprattutto, per i figli.

Il legame disperante può assumere diverse forme: talvolta uno dei due non riesce a smettere di sperare in un ritorno dell'altro. In altri casi, uno dei due partner,

cercando di salvare a tutti i costi sé stesso mostrando agli altri che è capace di relazionarsi nuovamente, cerca di scaricare l'altro, guardandolo come fosse un essere inferiore ed indesiderabile ovvero, nei casi peggiori, un nemico da distruggere e da cui tenersi a distanza. In tali evenienze viene posta fine al legame mediante comportamenti scissionari e proiettivi che cercano di cancellare, e sovente persino negare, quanto amore e quanti momenti belli i due hanno condiviso. Queste situazioni, spesso degenerano in quello che viene definito "mobbing familiare", prima, e nella "sindrome di alienazione genitoriale" (PAS) poi.

6.2. La "sindrome dell'ex moglie"

Con tale espressione si intende un prolungato stadio di depressione, disistima, conflitto interiore che insorge nella donna dopo la separazione e/o divorzio, e si protrae, che persiste ben oltre la normale fase di elaborazione del percorso di distacco, potendo sfociare in un vero e proprio disturbo psicologico.

La sindrome dell'ex moglie è tutt'altro che infrequente nei casi di separazione o divorzio che sono caratterizzati molto spesso da aspri conflitti giudiziari sull'affidamento dei figli. Nella maggior parte dei casi, infatti, il senso di abbandono e di frustrazione per la fine del rapporto coniugale, dopo una fase depressiva e di rielaborazione interiore, si riverbera in un sentimento di vendetta nei confronti dell'ex marito, il più delle volte materializzato in veri e propri attacchi giudiziari e/o attraverso la strumentalizzazione manipolativa dei figli minori. Infatti, il disturbo psicologico della sindrome dell'ex moglie tramuta la presa d'atto della fine del rapporto in una fase 'vendicativa' nella quale l'ex moglie pone in essere comportamenti aventi come unico scopo la distruzione della vita di suo marito con lo strumento più antico, più efficace, e più sbagliato: i figli.

La vendetta può essere perpetrata in modi diversi che vanno dalla denigrazione della figura paterna agli occhi del minore, all'ostacolazione della frequentazione e dunque del rapporto affettivo tra genitore alienato (quasi sempre il padre) e figlio, fino a giungere, nei casi più gravi e più patologici, a formulare false accuse di maltrattamenti o addirittura di molestie sessuali.

La sindrome della ex moglie talvolta si accomuna e in altre si confonde con la così detta “sindrome della madre malevola”³⁸⁴. La cronaca registra sempre più spesso gravi manifestazioni della sindrome della ex moglie/madre malevola, in cui la madre arriva persino ad infliggere lesioni ai propri figli per simulare un reato a carico del marito.

Tali comportamenti patologici comportano un aumento del livello della conflittualità coniugale che cresce in modo proporzionale alla difficoltà che i coniugi incontrano nei procedimenti giudiziari della separazione o del divorzio. Avvocati, consulenti di parte, accuse reciproche, vendette, querele, denunce: in tutto questo scenario vergognoso, i figli e i loro bisogni di sicurezza e di sostegno vengono dimenticati e lasciati sullo sfondo della scena. Così facendo, i genitori in primis e i loro alleati e giustizieri dimenticano il supremo interesse morale e materiale dei figli dei quali costoro dovrebbero esserne garanti e responsabili della loro concreta attuazione. Pertanto, sebbene in modo inconsapevole e inconscio, di fatto i genitori finiscono con il danneggiarli arrivando, nei casi più gravi, a manipolarne le loro reali volontà soltanto per avere un alleato in una guerra spietata contro l'altro con ricadute psicologiche a dir poco devastanti.

6.3 Il femminicidio

Sempre più spesso, i fatti di cronaca narrano di stragi familiari in cui la fine ad un rapporto affettivo viene realizzata nel peggiore dei modi: la consumazione o il tentativo di omicidio dell'ex partner di sesso femminile talvolta congiunto a quello dei figli e, in alcuni casi accompagnato dal suicidio dell'assassino.

Invero, i dati statistici³⁸⁵ rilevano un'alta percentuale di violenze nei confronti delle donne che, nel 2015, ha raggiunto il 35% della popolazione mondiale femminile in cui le donne hanno avuto una violenza dal proprio partner o da un'altra persona. In Italia la situazione, se non è peggio non è senz'altro meglio rispetto al

³⁸⁴ Detta anche “Sindrome di Medea”, dal nome della donna che, secondo la mitologia classica, uccise i figli per punire il padre, Giasone, colpevole di averla abbandonata.

³⁸⁵ http://www.repubblica.it/cronaca/2015/11/25/news/violenza_sulle_donne_femminicidi_in_italia_e_nel_mondo-128131159/

contesto mondiale in quanto i dati statistici di giugno 2015 attestano che 6.788.000 donne hanno subito violenze fisiche o sessuali. Nel 31,5% dei casi, l'età delle vittime è compresa tra i 16 e i 60 anni. Purtroppo però non tutte le vittime hanno avuto il coraggio di denunciare il fatto alle autorità, sicché il 12% delle violenze resta totalmente impunito e non figura neanche tra le statistiche della giustizia penale familiare poiché lo Stato, di fatto, non viene a conoscenza della notizia di reato.

Purtroppo, la burocrazia in questi casi non è di aiuto e men che mai di supporto a chi voglia fare qualcosa per aiutare qualcuno che sa essere in difficoltà. Mi riferisco all'ultimo episodio occorso pochi giorni fa in cui la povera Sara è stata bruciata viva per strada e nessuno dei passanti è intervenuto in suo aiuto. Se questo può essere eticamente rimproverabile, tuttavia, in parte il timore delle conseguenze di una ingerenza da parte degli spettatori è anche comprensibile. E' vero, forse sarebbe stato sufficiente una telefonata e un tempestivo intervento avrebbe potuto tenere in vita la povera vittima ma sarebbe altresì opportuno che il legislatore intervenisse tutelando chi denuncia garantendogli in primis l'anonimato altrimenti la catena del menefreghismo sociale non si spezzerà mai. Non mi sento di giudicare il comportamento di chi, avendo potuto fare qualcosa non lo abbia fatto, perché non ero al loro posto e dunque non posso dire con certezza se, trovandomi nella stessa situazione, avrei avuto quel coraggio che a loro è mancato.

E' altresì innegabile, purtroppo, che gli episodi di femminicidio sono in continuo aumento e costituiscono una piaga sociale meritevole di una maggiore attenzione e prevenzione. Certo, mi rendo conto che non è facile contenere o arrestare il fenomeno se, di pari passo agli strumenti giuridici di prevenzione come lo stalking³⁸⁶ che anticipa la tutela sanzionando colui che pone in essere atti persecutori nei confronti della vittima, non cambia il concetto di donna da oggetto a persona che possa decidere del proprio futuro e di ciò che è bene o male per lei nonché la cultura degli eventi separativi favorendo una sana accettazione del

³⁸⁶ Rif.art. 612 bis c.p. introdotto dal d.l.n. 11 del 23.2.2009 convertito con la legge n. 38/2009

fenomeno che possa e debba risolversi in modo civile, più sano oltre che più economico evitando l'exasperazione degli effetti socio-psico-sociali.

In un post pubblicato sulla 27esima ora del 30.12.2011³⁸⁷, Lea Melandri ci ha raccontato la vicenda di Stefania Noce, uccisa dall'uomo che diceva di averla amata più della sua vita. Purtroppo, molto spesso, il vero movente del delitto (non) passionale risiede in un errato 'concetto' di donna troppe volte inteso come una proprietà dell'uomo e dunque considerato come oggetto anziché come persona con un cuore e un cervello capace di decidere autonomamente cosa è meglio per lei. Invero, tale errata concezione di donna-oggetto rende inaccettabile che la donna si reimpossessi di una vita che, secondo costoro, non le appartiene essendo una proprietà del possessore. Peraltro, le false denunce di abusi non veri, fatte ai soli fini della alienazione parentale dei figli, non giovano a far sì che chi ha veramente bisogno di una giustizia penale sollecita possa essere aiutato prima che sia ormai troppo tardi.

6.4 Gli effetti psicologici della separazione conflittuale (o divorzio) sui figli

Taluni³⁸⁸ evidenziano che "la separazione dei genitori non sempre rappresenta per il figlio un evento dannoso o". Infatti, contrariamente ai luoghi comuni in cui spesso si afferma che la separazione fa male ai figli, in realtà non è la separazione a farli soffrire ma il modo in cui ciò avviene. Piuttosto che far vivere i figli in un ambiente litigioso con toni accesi quasi sempre, la separazione potrebbe essere non solo più salubre per una sana crescita psicofisica di costoro ma anche, per alcuni aspetti, liberatoria dal dolore ben più forte che questi provano quando sentono animatamente discutere i propri genitori magari su questioni che li riguardano facendoli anche sentire in colpa. Peraltro, i genitori dovrebbero costituire un esempio di come gestire le relazioni familiari in caso di disaccordi facendolo sentire amato, sicuro, compreso e mai abbandonato anche quando tra mamma e papà venga meno quell'amore che prima li univa.

³⁸⁷ <http://27esimaora.corriere.it/articolo/emergenza-femminicidio-46-donne-uccise-dal-partner-dallinizio-dellanno/>

³⁸⁸ Rif. E. Canavesi e L. Porta in "Genitorialità e separazione: effetti psicologici sui figli" del 27.2.2012

Come rilevato dalla psicologia sociale infatti la contesa giudiziaria dei cd ‘figli di Medea’ è vissuta dai bambini con una miscela di emozioni che vanno dal senso di abbandono, alla rabbia, all’impotenza e alla frustrazione che sono pressoché gli stessi di quelli che si provano quando una persona a noi cara muore. Tali disagi spesso si riflettono in disturbi dell’apprendimento, difficoltà relazionali a causa di una forte insicurezza e paura di sé e degli altri. Tali disturbi a volte diventano veri e propri problemi all’aumentare della conflittualità genitoriale e alle manipolazioni subite. La forma di violenza più frequente che spesso i figli dei genitori separati o divorziati subiscono è quella di impedire loro di frequentare il genitore non convivente con quest’ultimo. Come rileva un esperto³⁸⁹, questa condizione spesso viene avallata dai provvedimenti giudiziari in cui i figli diventano come oggetti nelle mani del possessore³⁹⁰. Quest’ultimo, infatti, nei casi patologici pocanzi descritti, li usa come un’arma di ricatto per ferire e colpire l’altro. Tali situazioni generano nei figli, oltre ad un forte dolore per la perdita del genitore, dei disagi psichici, un disadattamento sociale e disturbi nevrotici. Accanto a questi, tuttavia, non meno pericolosi sono i provvedimenti esecutivi. A tal proposito, infatti, sarebbe opportuno (oltre che eticamente doveroso) che i genitori ancorché siano titolari di diritti, facciano un passo indietro non arrivando mai ad obbligare il figlio a fare ciò che non si sente o non vuole.

6.5 Separazione conflittuale e costi sociali.

6.5.1 La salute delle coppie divorziate.

La fine di un rapporto di coppia costituisce un evento di svolta nella vita di entrambi i coniugi. Un divorzio può infatti concludere una situazione dolorosa, potendo esso costituire un punto di partenza per migliorare la qualità della vita, ma può anche lasciare ferite profonde e situazioni di malessere dalle quali è difficile liberarsi.

³⁸⁹ Rif. Dott. Cosimo Aruta in “il disagio dei figli nei casi di divorzio e separazione e le possibili violenze di ordine etico” in http://www.mediazionefamiliaremilano.it/disagio_figli/index.shtml

³⁹⁰ E cioè del genitore collocatario prevalente della prole

Molti psicologi ritengono che non sempre il divorzio sia la soluzione per le coppie in cui vi è una conflittualità particolarmente violenta, perché lo scioglimento del legame non risolve i problemi che sono profondamente radicati nell'inconscio dei partner ma, nella maggior parte dei casi, ne crea di nuovi.

Molte delle situazioni stressanti, sperimentate dalle persone che attraversano l'esperienza di un divorzio, non differiscono in sé da altri tipi di stress che l'individuo sperimenta nel corso della vita. Ciò che rende lo stress da divorzio 'unico' è l'effetto cumulativo di diversi fattori stressanti costituiti da perdite e da cambiamenti radicali che interessano quasi tutte le dimensioni della vita in uno stretto periodo di tempo. Come noto infatti, uno dei due (quasi sempre la madre) diverrà assegnatario della casa coniugale che ivi abiterà insieme alla prole con essa collocata prevalentemente. Tale fattore comporta che l'altro dovrà trovare una nuova dimora e dunque non solo subisce un trasloco abitativo ma cambiano anche le persone che la frequentano, riducendo il tempo che essi riescono a dedicare ai propri figli. Peraltro la fuoriuscita dalla casa coniugale comporta per colui che esce anche un aumento delle spese dovendo pagare un altro affitto ovvero, per chi può, contrarre un nuovo mutuo per l'acquisto di un'altra casa. Se a questo si sommano i contributi a titolo di mantenimento per i figli, non hanno torto le statistiche che designano quali nuovi poveri i padri. Coloro che invece continueranno a vivere nella stessa casa coniugale insieme ai figli non è che siano esenti da dolori poiché la memoria dei momenti trascorsi insieme ritardano, per chi subisce la separazione, il distacco emotivo da parte dell'altro. Pertanto, seppur in modo diverso, entrambi i coniugi che si separano e/o divorziano soffrono di una perdita di identità dovuta alla necessità di separare il proprio io da quello dell'ex partner e da ciò derivano spesso rabbia, angoscia, ansia, depressione e diminuzione della sicurezza in sé stessi, rimpianti e sentimenti di colpa, di solitudine, di impotenza. A ciò si aggiunge, peraltro, il peso del fallimento del progetto matrimoniale che coinvolge l'autostima e l'immagine di sé in prospettiva sociale.

La rottura del matrimonio costituisce, dunque, un evento fortemente stressante per l'individuo, tanto sul piano psicologico quanto su quello emozionale, nonché sia

a livello sociale che culturale. Infatti, con il venir meno del rapporto coniugale, i due non solo si trovano a subire soltanto gli effetti patrimoniali e personali conseguenti, ma anche quelli cd. sociali. A tal ultimo proposito, infatti, la rottura del rapporto coniugale comporta, ad esempio, la difficoltà di poter continuare a frequentarsi nell'ambito delle amicizie e legami preesistenti al fallimento della coppia. Un divorzio conflittuale potenzia questa situazione di stress che, se persiste nel tempo, influisce negativamente sulla salute con conseguenze serie che ovviamente si riflettono sui figli e su altri membri della famiglia, e si ripercuotono sulla collettività.

Numerosi studi hanno messo in evidenza come una situazione di conflitto, se prolungata nel tempo, possa avere delle ricadute anche sul piano salutare in quanto essa influenza sia il sistema immunitario che quello cardiocircolatorio. Infatti, sono notevolmente aumentate anche le dermatiti atopiche da stress non solo negli adulti, ma anche nei bambini: esse manifestano una maggiore gravità in misura proporzionale all'aumento della conflittualità tra i genitori. Il malessere e la malattia, da un punto di vista psicosomatico possono rappresentare l'espressione simbolica del conflitto conseguente alla perdita dell'attaccamento affettivo all'ex partner e al persistere di una dipendenza psicologica dal precedente rapporto³⁹¹.

6.5.2 Alcuni dati.

I dati sulla morbilità e mortalità dei divorziati evidenziano come fra rottura del rapporto coniugale e peggioramento delle condizioni di salute e sopravvivenza vi sia una diretta correlazione. Un'indagine effettuata dall'Istat negli anni 1987-1991 sulle condizioni di salute e ricorso ai servizi sanitari degli italiani mostra come il tasso di morbilità cronica per disturbi nervosi dei divorziati sia il doppio di quella dei coniugati, con un valore del 62,2%.

I divorziati fanno inoltre un uso molto più alto di farmaci antidolorifici e antinevralgici (119‰ rispetto ai 106‰ dei coniugati), di tranquillanti e antidepressivi (48‰ rispetto 39,5‰) e di sonniferi e ipnotici (35,5‰ rispetto

³⁹¹ Carotenuto A., *Trattato di psicologia della personalità e delle differenze individuali*, Raffaello Cortina, 1991.

14,8%) e mostrano anche una maggiore propensione al fumo dei coniugati. Secondo i dati, il 44,3% dei divorziati, contro il 29,6% dei coniugati, è un fumatore, con un consumo giornaliero di sigarette molto più elevato.

Molto più consistente è la differenza per quanto riguarda i ricoveri classificati come disturbi psichici di cui soffre il 7,7% dei divorziati ricoverati rispetto a solo lo 0,8% dei coniugati.

I divorziati risultano soggetti a una maggiore frequenza percentuale, sempre rispetto ai coniugati, di traumatismi e avvelenamenti, abuso di alcol, farmaci e disturbi mentali, malattie e disturbi del sistema osteomuscolare e connettivo e malattie dell'apparato respiratorio, problemi neurologici, psichiatrici e psicologici.

La classe di età maggiormente colpita risulta essere quella dai 35 ai 49 anni (41,4%), il 21,9% in più delle donne coniugate di questa età ricoverate per la stessa malattia. A questo proposito è opportuno ricordare che oltre il 50% delle donne affronta il divorzio tra i 35 e i 49 anni e il 44,7% della popolazione femminile divorziata, rilevata al censimento 1991, appartiene a questa stessa classe di età.

Anche i disturbi psichici colpiscono più frequentemente le donne divorziate rispetto ai maschi. Sono colpite da questo disturbo l'11,5% del totale delle divorziate rispetto al 1,2% delle coniugate; l'80% ha dai 50 ai 69 anni contro solo il 29,3% delle coniugate della stessa età. Considerando poi il totale delle donne ricoverate suddivise per età, i disturbi psichici risultano essere causa di ricovero per il 18,2% delle divorziate dai 18 ai 34 anni, per il 5,8% di quelle dai 35 ai 49 anni, il 18,9% di quelle dai 50 ai 69 anni contro rispettivamente l'1,6% e lo 0,8% delle coniugate della stessa età.

La classe di età dei maschi divorziati che, invece, risulta essere stata maggiormente colpita da disturbi psichici è quella dai 35 ai 49 anni (77,8%), con il 60,9% in più rispetto ai coniugati della stessa età ricoverati per la stessa patologia. Questo contingente rappresenta l'8,5% del totale dei ricoverati di queste età rispetto allo 0,6% dei coniugati.

Il fatto che i divorziati del campione presentino una maggiore vulnerabilità dei coniugati ai disturbi psichici e nervosi, risulta chiaramente correlato con il processo

di lutto conseguente il divorzio e con i meccanismi psicologici che accompagnano la coppia attraverso le varie fasi della disgregazione coniugale, quali il distacco emotivo dal partner, il divorzio legale, economico, genitoriale, sociale e psichico.

La transizione verso lo stato civile di divorziato coinvolge, dunque, l'individuo nella sua complessità e interezza, modificandone completamente lo stile di vita, la socialità, la salute e la speranza di vita.

Tuttavia, le reazioni a questa situazione di stress possono essere positivamente influenzate da una serie di caratteristiche del soggetto stesso, della famiglia in cui vive e del gruppo sociale in cui interagisce ma soprattutto da una buona mediazione familiare che riesca a ridimensionare il conflitto, elaborare il lutto e la modificazione del proprio status sociale.

Il miglioramento della condizione psicofisica del divorziato non può che ridurre i costi sanitari a carico della collettività e migliorare il vivere civile in genere.

6.6 costi socio-economici statali derivanti dai procedimenti penali scaturiti dalle false denunce.

La conflittualità in seno alla coppia, se non contenuta, può degenerare in atti di violenza, penalmente rilevanti. Tra le fattispecie penali -familiari più ricorrenti possiamo individuare: i reati contro l'onore (ingiuria e diffamazione), contro la libertà morale (violenza privata e minaccia), contro la libertà fisica (sequestro di persona), contro la vita e l'incolumità (omicidio doloso, preterintenzionale e colposo, percosse e lesioni personali), contro la libertà sessuale (violenza sessuale), contro la famiglia (maltrattamenti, abuso di mezzi di correzione, violazione degli obblighi di assistenza familiare), contro la morale familiare (incesto), ed i reati di omissione (abbandono di minori o di incapaci, omissione di soccorso). Queste ipotesi delittuose devono essere perseguite e punite dall'Autorità Giudiziaria e devono avere la massima attenzione.

Un dato allarmante evidenziato dall'associazione ADIANTUM³⁹² evidenzia che *“Il 92% delle denunce penali tra coniugi si rivelano false”* e il più delle volte finalizzate ad ottenere l'affidamento esclusivo dei figli spiegando al giudice quei ‘giustificati motivi’ che oggi sono imposti per negare al minore il diritto di quest’ultimo alla bigenitorialità.

Sul problema delle false denunce esiste una vasta letteratura³⁹³ che ritiene che questo fenomeno aumenta nel corso di dispute legali per divorzio e affidamento dei figli, ogni qualvolta motivi di risentimento nei confronti dell’altro coniuge o disturbi psichici possono portare a sviluppare fantasie di alterato rapporto genitoriale che possono arrivare al punto di accusare di abuso l’ex compagno al fine di ottenere l'affidamento esclusivo del figlio, eliminando, in tal modo l’altro genitore dalla vita del figlio.

Queste situazioni rappresenterebbero il campo elettivo di manifestazione della ‘Parental Alienation Syndrome’³⁹⁴ (PAS) e i cd. ‘Falsi Abusi’ che vedono come attori il bambino ed il genitore ‘alienante’, sul quale il figlio concentra tutte le proprie energie psichiche mentre la vera vittima, spesso, è il genitore indebitamente accusato. E’ doveroso precisare che per ‘Sindrome di Alienazione Genitoriale’ si intende l’azione costante del genitore alienante sulla prole affinché questa diventi alleato del primo³⁹⁵ e “nemica” del secondo³⁹⁶ arrivando a non volerlo più vedere. Tale situazione in realtà evidenzia una vera ‘strumentalizzazione’ dei figli da parte del genitore alienante nei confronti del genitore alienato, con lo scopo di ostacolare la frequentazione e dunque il rapporto tra il figlio e il genitore alienato.

³⁹² Associazione di aderenti Nazionali per la tutela dei Minori.

³⁹³ A mero titolo esemplificativo: la Dr.ssa Marisa Nicolini in PAS e falsi abusi: due forme diverse di negazione della bigenitorialità” pubblicato in www.adiantium.it/public/2579-pas-e-falsi-abusi--due-forme-perverse-di-negazione-della-bigenitorialita-.asp del 7.11.11. Alle stesse conclusioni giungono gli studi clinici e gli studiosi di maltrattamento/abusi sui minori condotti dal Prof. Montecchi. Quest’ultimo infatti in occasione di una giornata di studi su “aspetti psicologici e psicopatologici di un minore nel corso dell’accertamento di un abuso” ha affermato che coinvolgere un minore in un processo di falsi abusi è una forma di abuso sessuale in quanto il minore viene inserito in un ‘tritacarne’ di visite, ascolti protetti... nel quale il linguaggio è fortemente sessualizzato con ripercussioni indelebili nella psiche del minore coinvolto.

³⁹⁴ Detta anche ‘Sindrome di Alienazione Genitoriale’

³⁹⁵ Rif. al genitore alienante

³⁹⁶ Rif. al genitore alienato

Pertanto sembra importante evidenziare che tale comportamento presuppone la soddisfazione egoistica ed esclusiva da parte del genitore alienante. Il genitore che mette in atto tali comportamenti pone in secondo piano i bisogni e le necessità dei figli, creando una realtà molto spesso non giustificabile.

La PAS rappresenta un disturbo psicopatologico e un abuso emotivo che colpisce i figli, solitamente in un'età compresa tra i 7 e i 14/15 anni, dunque, ed è definita da alcuni studiosi³⁹⁷ come un vero e proprio disturbo dell'età evolutiva.

Quando la separazione assume caratteristiche conflittuali, ognuno degli ex-coniugi, convinto di aver ragione, rischia di coinvolgere i figli in una 'lotta tra adulti' disorientandoli e costringendoli ad una scelta forzata con ripercussioni psicofisiche nella crescita della prole.

È innegabile che tale comportamento, oltre ad essere dannoso per i bambini che ne sono vittime, non è neanche utile ad alcuno dei soggetti, in quanto soprattutto il genitore alienante aggrava, in modo inconsapevole, il suo status.

Se, infatti, l'alienazione parentale ha lo scopo di allontanare i figli dall'altro genitore (alienato), questo comportamento non aiuterà certamente il genitore alienante né a riavvicinare l'altro né a migliorare la vita della famiglia.

Gli esperti distinguono le conseguenze della PAS in:

- conseguenze a breve termine;
- conseguenze a lungo termine.

Tra le prime, diversi studi³⁹⁸ evidenziano che i figli della alienazione genitoriale risultano avere i seguenti problemi:

- comportamentali;
- scolastici;
- Difficoltà affettive;
- relazionali con i genitori;

³⁹⁷ Rif. M.Bergoglio in "gli effetti del divorzio sulla salute, cambiamenti, perdite, stress: i giovani hanno la peggio" in *Cultura e Società, Famiglia* del 24.01.2010

³⁹⁸ Dr. Reen Sammer, Ph.D in "le conseguenze della sindrome di alienazione genitoriale"; F. Ludwig, Lowenstein, Ph. D in "le reazioni a lungo termine causate dall'alienazione genitoriale"; Amy J.L. Backer, Ph.D in "le conseguenze a lungo termine dell'alienazione genitoriale sui bambini diventati adulti:una ricerca qualitativa" in *The American Journal of Family Therapy*, Volume 33, Issue 4, 2005

- Difficoltà psico-emotive³⁹⁹.

Con riferimento alle conseguenze a lungo termine, invece, sono caratterizzate da:

- Difficoltà nel gestire rapporti lavorativi,
- Difficoltà nel progettare il futuro;
- Sfiducia e difficoltà nel rapporto con gli altri;
- Difficoltà psico-emotive (sintomi d'ansia, manifestazioni depressive, idee suicide, maggiori rispetto al breve termine);
- Difficoltà maschile nell'assumere ruolo genitoriale;
- Sfiducia femminile in ambito sentimentale;
- Relazioni sentimentali precoci e di breve durata.

Tra i modi di attivazione della PAS, il più pericoloso e il più deleterio per i figli è far mentire il proprio figlio accusando di (falso) abuso sessuale l'altro genitore (pressoché sempre il padre), non di rado in età prescolare; queste accuse che molto spesso si rivelano infondate, stanno aumentando in maniera esponenziale. Alla luce di quanto sopra esposto, quand'anche si dovesse accertare che non si è consumato alcun abuso sessuale su quel minore da parte del denunciato dalla madre, il/la minore, comunque, ha subito un'esperienza che lo/la segnerà per tutta la vita, soprattutto con riferimento alla sfera della sessualità.

L'impressione è che spesso i coniugi in conflitto tendano a usare il PM e la Polizia Giudiziaria come strumenti per perseguire i propri interessi personali ed economici in fase di separazione, con dispendio di costi che si riversano sulla collettività. Molte false denunce provengono da donne: Jacqueline Monica Magi, della Procura della Repubblica di Pistoia, ha rilevato come "*... per l'esperienza fatta, le false denunce provengono quasi nella totalità da donne, spesso madri che in tal modo tentano di allontanare gli ex mariti dai figli o peggio credono di vendicarsi di non si sa quali torti subiti durante il matrimonio, senza non solo e non tanto capire che una falsa denuncia è un reato ma soprattutto che in tal modo rovinano in*

³⁹⁹ sintomi d'ansia, manifestazioni depressive idee suicide

primo luogo la vita dei propri figli, negandogli il padre e distruggendo la possibilità di fare giustizia per i casi di vere violenze"⁴⁰⁰.

Il processo penale, in una “società civile”, è uno strumento chirurgico ideato e congegnato per la tutela del diritto, da utilizzarsi con cautela e rispetto onde evitare di pagare il prezzo troppo alto dell’ingiustizia e dell’impunità. Purtroppo, non sempre ne viene fatto un uso giusto e meritevole di tutela. Invero, chi li usa impropriamente soltanto per colpire il suo nemico anche se innocente crea un danno non soltanto a sé, alla vittima e al figlio ma creano anche un duplice danno, economico e di inefficienza, in quanto causano la distrazione di energie e risorse umane ed economiche dalla persecuzione degli autentici delitti. Dunque, le indagini inerenti la tutela della persona richiedono una particolare attenzione e capacità di discernimento tra i casi sussistenti e quelli strumentali.

Sarebbe forse opportuno stabilire dei principi etici a cui dovrebbero attenersi gli avvocati e le differenti figure professionali che si muovono nell’ambito delle cause di separazione e divorzio, in modo da consentire di limitare significativamente ed opportunamente il ricorso ad azioni che possano esacerbare situazioni di conflitto.

⁴⁰⁰ Jacqueline Monica Mangi in “le false denunce provengono quasi nella totalità da donne, spesso madri che in tal modo tentano di allontanare gli ex mariti dai figli..” dal portale criminologia.it del 29.1.09.

7. LA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO PREVENTIVA E CON I SISTEMI ADR FACENDO RICORSO, OVE NECESSARIO, ANCHE ALLA MEDIAZIONE FAMILIARE

7.1. Prevenire il conflitto con l'ascolto e il dialogo endo-familiare

Se, in questa seconda parte, l'autrice ha cercato di spiegare quali siano gli effetti giuridici nonché quelli psicosociali della crisi familiare, è pur vero che i conflitti originano tutti da comuni cause che possono essere così riassunte:

- mancato ascolto attivo ai bisogni dell'altro;
- pessima comunicazione tra le parti.

Spesso, infatti, anziché esprimere il proprio punto di vista in modo espresso, chiaro e completo lo si rimette all'altrui intelligenza intuitivo- emotiva rimanendo in silenzio. Ebbene quest'ultimo, se ascoltato con il cuore, sa essere più eloquente di mille parole; anche se, a parere di chi scrive, è consigliabile sempre esprimere il proprio pensiero in modo espresso con il cd. linguaggio verbale.

Accanto a questo limite umano ve ne è un altro, forse imputabile anche ad una pessima formazione scolastica che insegna molto fuorché a gestire le proprie emozioni e sul quale, forse, ci dovremmo interrogare di più su come riformarla insegnando ai nostri ragazzi a non aver paura di confrontarsi con gli altri, anche quando si va controcorrente e ad educarli maggiormente all'ascolto. Talvolta quest'ultimo, specie tra i giovani, viene (fra)inteso con lo stare in silenzio quando qualcun altro parla. Se ciò è senza dubbio necessario, di per sé solo, tuttavia, non è sufficiente. Occorre anche che si presti attenzione ai contenuti della comunicazione nonché che si manifesti il proprio interesse agli argomenti che vengono trattati, ad esempio facendo domande circolari che favoriscono la comunicazione⁴⁰¹ poiché non accettano un sì o un no come risposta. A volte però l'ascolto può essere ostacolato, specie tra i banchi di scuola, da fenomeni di bullismo che impediscono a chi abbia voglia di imparare di poterlo fare serenamente. Ben lungi dal voler offrire soluzioni

⁴⁰¹ Per approfondimenti sulle tecniche di comunicazione si veda necessariamente: R. Fischer in "L'arte del negoziato", 1995; dello stesso autore "il negoziato perfetto"; nonché M. Di rocco in "La negoziazione (principi e forme) e P. Tarricone in "comunicazione e mediazione" in "La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali" (a cura di M. Bove)

a questi problemi, è tuttavia doveroso anzitutto farsi un esame di coscienza, individuando eventuali lacune e/o sbagli e fare qualcosa per correggerli. In primis, sarebbe opportuno che le famiglie e le istituzioni accompagnino i ragazzi nel cammino della vita. Senz'altro gli educatori sono e devono essere in primo luogo i genitori che ne esercitano la cd. "responsabilità genitoriale" e che hanno dunque l'obbligo giuridico ed etico di trovare il tempo e la voglia per seguirli al meglio nei processi evolutivi trasmettendo loro, con l'esempio, i valori del rispetto di sé e del prossimo oltre che l'importanza della lealtà nelle relazioni interpersonali. E' inevitabile che, come noi prima di loro, anche a questi capiterà di rimanere delusi e/o offesi dal comportamento di qualcun altro sul quale avevano investito emotivamente dandogli fiducia.

Se i fallimenti personali-relazionali degli adulti vengono gestiti in modo responsabile e civile, i loro figli impareranno ad assumersi le responsabilità di eventuali errori e dunque ad essere a loro volta umili e a chiedere scusa quando sbaglieranno. Viceversa se l'arroganza, figlia della presunzione, prenderà il sopravvento nella gestione della crisi familiare, facendo crescere i figli in un ambiente conflittuale, a loro volta, questi ultimi tenderanno a rimanere anch'essi fermi sulle loro posizioni anche quando in cuor loro sapranno di aver sbagliato. Or dunque, l'umiltà e la gratitudine sono ingredienti imprescindibili per mantenere a lungo termine delle buone relazioni interpersonali in tutti gli ambiti della vita, dal lavoro alla famiglia.

Pertanto, come dice sempre Papa Francesco nelle sue udienze pubbliche, non dobbiamo mai vergognarci di riconoscere, con cuore sincero, i propri errori cercando, ove possibile, di rimediare ai maltorti commessi nonché evitando le recidive e, se del caso, scusarsi di nuovo. Oltre alle scuse, un ruolo fondamentale per preservare a lungo un rapporto è dato dalla gratitudine. Il ringraziamento, praticato da pochi, è un modo per valorizzare chi è stato collaborativo nei nostri riguardi soddisfacendo le nostre esigenze. In tal modo, vedendosi riconoscere, in tutto o in parte, i meriti del risultato ambito, parteciperà con maggiore soddisfazione ad eventuali ulteriori attività. Inoltre, se ci si ricorda di ringraziare l'altro per le

attenzioni e il tempo che ci offre, chi lo riceve apprezzerà che non è dato per scontato e dunque che non viene interpretato da chi lo riceve come dovuto.

I nostri figli, specie quando sono piccoli, tendono a comportarsi come i loro genitori. Pertanto, questi ultimi sono i custodi della loro cultura presente e futura e devono stare particolarmente attenti al loro comportamento.

Invero, se la comunicazione con il nostro interlocutore (soprattutto con i figli) è chiusa, distante, frettolosa e poco attenta ai bisogni dell'altro difetta di: ascolto attivo, partecipazione e comprensione. Ciò genererà: amarezza, insicurezza, tristezza e senso di smarrimento.

Se, invece, il dialogo è aperto, su un piano paritetico; quella stessa vicinanza e comprensione trasmetterà a chi la riceve: sicurezza di sé e delle proprie capacità di affrontare le situazioni che la vita metterà loro innanzi e avranno fiducia in sé stessi e negli altri.

Pertanto, per comunicare in modo efficace oltre alla chiarezza, sinteticità e completezza delle informazioni è necessario entrare in sintonia con l'interlocutore accorciando le distanze e rimuovendo ogni ostacolo alla comunicazione anche con dei piccoli accorgimenti quali ad esempio: spegnendo il cellulare la sera o comunque nel tempo che dedichiamo alla nostra famiglia, evitando di guardare la televisione o ascoltare la musica durante i pochi momenti di comunione familiare. Così facendo, ognuno dei membri si sentirà onorato e gioioso di avere per quel po' di tempo l'esclusiva, non essendoci nulla di più prezioso delle persone che si amano.

Infatti, il termine compagno deriva dal latino "cum panis" che significa "mangia il pane con me". Tale termine implica, dunque, un profondo rapporto, una vera comunione di chi accompagna e di chi viene accompagnato, a prescindere dal ruolo che questi soggetti hanno nella loro vita. Infatti, questo rapporto può esserci sia tra genitori e figli poiché la responsabilità genitoriale impone ai primi il dovere di esserci sempre nella vita di questi ultimi; sia all'interno di una coppia, a prescindere (secondo me) dalla formazione sociale di quest'ultima.

Invero, è opinione di chi scrive che 'dove c'è amore c'è comunione' e dunque anche fiducia e rispetto. Questi valori non sono un privilegio della sola "società

naturale fondata sul matrimonio” ex art 29 Cost. ma anche delle famiglie omosessuali civilmente unite in quanto, seppur in modo diverso, tanto le une⁴⁰² quanto le altre⁴⁰³ sono entrambe figlie di un comune denominatore: il sentimento di amore e dedizione reciproca che dovrebbe essere presente sia nei primi⁴⁰⁴ che nei secondi⁴⁰⁵. E dunque le ‘regole del gioco’ dovrebbero essere le stesse per gli uni e per gli altri e non rendendo le unioni civili same sex una brutta copia dei matrimoni civili dovendo avere anche le prime⁴⁰⁶ pari dignità nella costituzione e nella gestione della crisi familiare.

Con riferimento ai conviventi di fatto, invece, qualche differenza è giusto che vi sia giacché, in queste prevale la libertà al vincolo e anch’esse dovrebbero essere rispettate essendo il frutto di una libera scelta dei contraenti di non vincolarsi troppo.

Ciò che spero sia rimasto a chi legge è che dobbiamo imparare ad accettare e dunque accogliere benevolmente chi non la pensa come noi insegnando ai nostri figli il valore della tolleranza e della accoglienza di chi è diverso.

7.2 La negoziazione assistita ex art 6 l. 162/14 e la mediazione familiare: due modi diversi di risolvere il conflitto

Quando una coppia o una persona matura la decisione di volersi separare, divorziare, modificare le condizioni dei predetti, sarebbe opportuno cercare di trovare una soluzione condivisa fuori dalle aule di giustizia attraverso la cd. negoziazione assistita dai rispettivi legali delle parti che, come abbiamo visto, dovrebbero cooperare al fine di favorire l’accordo tra le stesse. Talvolta, tuttavia, gli avvocati da soli possono non essere uno strumento efficace a riaprire i canali della comunicazione tra le parti, specie quando la conflittualità è troppo accesa in quanto, in tali casi, un professionista terzo ed imparziale rispetto alle parti può riuscire meglio a mediare gli interessi delle stesse. In tali casi, sarebbe opportuno oltre che doveroso che gli avvocati informino e consiglino i loro clienti della possibilità di

⁴⁰² Famiglie tradizionali

⁴⁰³ Famiglie omosessuali civilmente unite

⁴⁰⁴ Rif. ai matrimoni

⁴⁰⁵ Rif. unioni civili tra persone dello stesso sesso

⁴⁰⁶ Rif. alle unioni civili

essere aiutate da un mediatore familiare, esperto in comunicazione, il quale, come già detto in precedenza, non è né un terapeuta, né un legale, e men che mai un magistrato. Il suo unico compito è quello di accompagnare le parti nella responsabilità genitoriale, aiutandole a pervenire ad un accordo, parafrasando le dichiarazioni di entrambe nel rispetto della riservatezza interna ed esterna alla procedura.

La convenienza di questi sistemi è plurima in quanto, rispetto al giudizio, fa risparmiare tempo, denaro ed energia alle parti in quanto, la prima⁴⁰⁷ non dura più di 3 mesi decorrenti dalla stipula della convenzione di negoziazione assistita; mentre la seconda⁴⁰⁸ non supera i 6 mesi. Sono entrambi procedimenti caratterizzati dalla volontà di utilizzarli e che, ciascuno di essi è caratterizzato da alcune peculiarità, tra le quali la necessaria presenza dei legali nella negoziazione e la loro assenza nel procedimento di mediazione familiare. In quest'ultimo, tuttavia, l'accordo raggiunto al termine di quest'ultima, grazie alle abilità del mediatore, dovrà essere trasposto in un ricorso per separazione consensuale ovvero, alla luce delle novelle introdotte dalla legge 162/14 in un accordo conclusivo della negoziazione assistita che dovrà essere rispettivamente omologato⁴⁰⁹ dal giudice⁴¹⁰ ovvero autorizzato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale.

Allora, è legittimo chiedersi come possa essere la mediazione familiare economicamente vantaggiosa? Poiché una separazione consensuale dalla nascita è più economica. Il vantaggio rispetto all'accordo raggiunto mediante il cd. diritto collaborativo, ovvero una separazione consensuale 'forzata' risiede nella stabilità e nella durata dell'accordo. Vale a dire che, se la volontà è veramente delle parti e non indotta da terzi allora è molto probabile che gli accordi vengano rispettati dalle parti e che si risparmino i costi aggiunti derivanti da procedimenti di modifiche delle condizioni della separazione a breve termine.

⁴⁰⁷ Rif. alla negoziazione assistita

⁴⁰⁸ Rif alla mediazione familiare

⁴⁰⁹ Con rif. ai ricorsi di separazione divorzio o modifica consensuale

⁴¹⁰ Vd. De Bono, *Conflitti. Il modo per risolverli*, Sperling&Kupfler, 1993; Tiberio A. Cericola, *Mediazione familiare*, Vivereoggi, Milano, 1996; Sesta-Graziosi-*La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana*, FD,2, 2008; Mazzamuto, *La mediazione nella tutela della famiglia* (collana diretta da Di Majo A), Giappichelli, 2013.

Peraltro, un procedimento che si svolge in un ambiente confortevole e positivo, ove gli spigoli sono minimi, favorisce sia la comunicazione che la collaborazione delle parti. Tant'è che la maggior parte della camere di mediazione hanno un tavolo circolare, o al più ovale, ove le parti sono distanziate da una sedia che rappresenta la prole e di fronte a loro siede il mediatore.

La mediazione è, infatti, l'attività svolta dal professionista, ed è finalizzata ad aiutare le parti a trovare un accordo; dunque presuppone la partecipazione attiva delle parti e la loro collaborazione, che si attua prima di tutto tramite l'ascolto.

Il mediatore spiega sin dall'inizio che cos'è la mediazione, a cosa serve, quali sono i suoi poteri e soprattutto quali sono le 'regole del gioco' che le parti devono accettare e rispettare se intendono proseguire. In caso affermativo le invita a sottoscrivere un contratto contenente il cd. codice etico della procedura con l'indicazione anche dei costi e delle modalità di pagamento. Tra le regole di condotta comuni alla maggior parte degli enti di mediazione figura l'obbligo per i coniugi/partner di rispettarsi, di non interrompersi reciprocamente e di non offendersi a vicenda. La sottoscrizione del contratto iniziale ha una rilevanza sostanziale in quanto costituisce le fondamenta per la costituzione di un ambiente efficace per la comunicazione, in mancanza del quale l'intera impresa fallirebbe e tutti ne uscirebbero perdenti e, probabilmente, con un ulteriore aggravamento delle sofferenze della coppia oltre che ad un inutile dispendio di denaro ed energie.

Il mediatore aiuta la coppia ad aprirsi, anche con l'utilizzo delle cd. 'sessioni separate'⁴¹¹, che servono a far emergere gli interessi e i bisogni delle parti.

Se le parti non riescono a pervenire ad un accordo potranno in qualsiasi momento rivolgersi all'avvocato e, suo tramite, al giudice per la tutela dei loro diritti. Diversamente, se in mediazione le parti pervengono ad un accordo, si rivolgeranno ad un comune avvocato per la presentazione di un ricorso congiunto di separazione, una volta omologato il quale, saranno legalmente separate.

⁴¹¹ Per tali intendendosi la facoltà concessa al mediatore di ascoltare le parti separatamente garantendo ad entrambe le stesse opportunità e nel rispetto della riservatezza se non espressamente autorizzate dall'avente diritto a riferire all'altro l'eventuale proposta.

Perché allora perdere tempo prezioso in liti poco salutari, lunghe e costose con effetti socio- psicologici devastanti per tutta la famiglia?

Anzio, 5 giugno 2016

Avv. stabilito Alessandra Mei

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., Convivenza e situazioni di fatto, in Aa. Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, 1, prima edizione, Milano 2002.

Av. Vv., *Le nuove famiglie dopo la legge Cirinnà: convivenze e unioni civili*, Italia Oggi, serie speciale n. 11, anno 26, 14.5.2016 a cura di M. Longoni.

Aa.Vv., *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato* a cura di Bilotta, Milano-Udine, 2008.

Aa. Vv., *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Bonilini, Utet, 2016

Alagna, *La famiglia di fatto al bivio: rilevanza delle singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?* In *giust. Civ.* 1982.

Angeloni, *autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova 1997.

Amy J. Backer L., *Le conseguenze a lungo termine dell'alienazione genitoriale sui bambini diventati adulti: una ricerca qualitativa*, in *The American Journal of Family Therapy*, vol 33, ISSUE 4, 2005.

Arceri, *commento agli artt. 155-155 ter c.c.* in Aa.Vv., *codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2009.

Asprea, *l'assegnazione della casa coniugale nella separazione, nel divorzio e nella convivenza*, Torino, 2003.

Autorino, *la famiglia 'non fondata sul matrimonio'*, *Studi Rescigno*, Milano 1998.

Balestra, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, Familia, 2006.

Balestra, *la famiglia di fatto*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da Fernando II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008.

Barbiera L., *commento agli artt. 106 e seg.* in *Comm.* A cura di G. Cian, G. Oppo, A trabucchi, ed 1992.

- Bergoglio M., *Gli effetti del divorzio sulla salute, cambiamenti, perdite, stress: i giovani hanno la peggio*, in *Cultura e Società, Famigli*, 24.1.2010
- Bernardini, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992.
- Bessone, *Giurisprudenza del diritto di famiglia: matrimoni, separazioni e divorzi*, cai e materiali a cura di M. Bessone, raccolti da M. Dogliotti, G.Ferrando, Milano, 2007.
- Bessone, *Rapporti etico-sociali, Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, 1976.
- Bianca, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, *Diritto e Famiglia*, 2006.
- Busineli e Santilli, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto della famiglia*, a cura di Cian Oppo e Trabucchi, VI, Padova.
- Canavesi E e Porta L, *Genitorialità e separazione: effetti psicologici sui figli*, del 27.2.2012
- Carbone V., *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela*, in *Corr. Giur.*, 2011.
- Carbone V., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, nota a Cass. 22 gennaio 1994, n. 657 in *Famiglia e Diritto* 1994.
- Carbone V., *il diritto dei figli naturali all'abitazione non è condizionato dal riconoscimento della famiglia di fatto*, *Famiglia e diritto*, n. 3/1988.
- Carotenuto A., *Trattato di psicologia della personalità e delle differenze individuali*, Raffaello cortina, 1991.
- Cavaliere-Pedrazza-Gorleo-Sciullo, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella didattica del rapporto educativo familiare*, *Autonomia del minore tra famiglia e società*, a cura di P. Rescigno, 1980.

Cipriani, *La nuova legge sul divorzio*, II in *Presupposti, profili personali e parocessuali*, Jovene, 1988.

Cipriani, *Le modifiche al codice di procedura civile dalla legge n. 80 del 2005, i processi di separazione e divorzio*.

Ciriello M.F., *La filiazione dopo la legge 10 dicembre 2012 n. 219*, in diritto.it, 1.8.2013

Cossù, *direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, I, Giur.it, 1988

Costanza V., *commento art. 546*, in Comm.civ., Cian, Oppo, Trabucchi, V ed, 1992.

D'Angeli, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Camerino, 1980.

De Bono E., *Conflitti. Il modo per risolverli*, Sperling & Kupfer, Milano, 1993.

De Filippis B., *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio*, Padova 2° ed., 2007.

De Filippis B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2° ed., 2007.

De Filippis B., *il nuovo art. 709 ter* in De Filippis-Mascia –Nella Manzione-Rampolla,*La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati*, in biblioteca del diritto di famiglia, collana diretta da De Filippis B., Cedam, 2009.

De Filippis B.-De Filippis R-Di Marco-Lettieri-Starita, *Laseparazione nella famiglia di fatto*, in biblioteca del diritto di famiglia, collana diretta da De Filippis B., 2° ed., Cedam 2014.

De Filippis B. – Rossi M., *Divorzio breve, divorzio fai da te, cognomen dei figli non riconosciuti dalla madre, unioni civili*, collana diretta da De Filippis B., Cedam, 2015

De Luca, *La famiglia non coniugale. Modelli e strategie operative*, Erikson, 2006.

De Marzo G, *gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, 2003.

- De Negri Trenitn R, *Esperimenti di psicologia di gruppo*, Giusti Martello, Firenze, 1978.
- De Simone, *La negoziazione assistita nelle cuase di separazione e divorzio la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in questionegiustizia.it, 2015.
- De Rito D.-Ludovici G., *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*, lanuovaproceduracivile.com, 17.12.2014
- Di Rocco M., *La negoziazione (principi e forme)* in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di Bove, Cedam, 2010.
- Dogliotti M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messileo e continuato da Mengoni, Milano.
- Dossetti-Moretti M-Moretti C, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali della legge 10.12.2012 n. 219*, 2013
- Finocchiaro, art 537 cc. in A. Finocchiaro M. Finocchiaro in *diritto di Famiglia*, 1984.
- Fischer R., *l'arte del negoziato*, 1995.
- Fortuna F., Cascino V., *I modelli di mediazione dell'empatia*, *Scuola e Insegnanti*, 5, 1994.
- Fortuna F., Cascino V., *La comunicazione dell'empatia: messaggi verbali e non verbali e livelli d'empatia*, *Scuola e Insegnanti*, 6, 1994.
- Gazzoni F, "*Manuale di diritto privato*", CEDAM, Pavia, 2008
- Grassetti, *Principi costituzionali relativi al diritto familiare. Commento sistematico alla Costituzione italiana*, 1990
- Grimaldi I, *Crisi della famiglia. Separazione, divorzio e divorzio breve*, in *La Famiglia* a cura di G. Cassano e G.Oberto, Cedam, 2016
- Haynes-Buzzi, *introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Giuffrè, 1996.

- Jemolo A.C., *La famiglia e il diritto* in annuali della facoltà di giurisprudenza di Catania, Vol. III, 1949.
- Kelsen, *la dottrina pura del diritto*, 1960 (trad.it Losano, Torino, 1966, la *Grundnorm*).
- Laplanche J., Pontalis J.B., *Enciclopedia della psicanalisi*, Laterza, Bari, 1990.
- Lewin K., *I conflitti sociali. Saggi di dinamica di gruppo*, FrancoAngeli, Milano, 1976.
- Lichtenberg J.D., *La psicoanalisi e l'osservazione del bambino*, Astrolabio, Roma, 1988.
- Ludovici G.- De Rito D., *Alternative dispute resolution: le questioni familiari alla prova delle più recenti riforme processuali e sostanziali*, lanuovaproceduracivile.com del 6.7.2015.
- Martello M., *Oltre il conflitto. Dalla mediazione alla relazione costruttiva*, McGraw-Hill, Milano, 2003.
- Mazzamuto, *La mediazione nella tutela della famiglia*, collana diretta da A.Di Majo, Giappichelli, 2013
- Mei A., *La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza dei figli nei procedimenti di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi*, lanuovaproceduracivile.com, 11.12.2014.
- Mei A., *Diversi modi per separarsi, divorziare e/o modificare le condizioni dei predetti: negoziazione assistita, mediazione familiare, innanzi al Sindaco e il divorzio breve*, lanuovaproceduracivile.com, 20.10.2015.
- Molinari L., *L'empatia in età prescolare*, *Età evolutiva*, 22, 1985.
- Oberto, *i diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia e Europa*, Cedam, 2012.
- Prosperi, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino, 1980.
- Quadri, *l'affidamento del minore, profili generali*, *FD*, 6, 2001.

- Quadri, *Nuove prospettive in tema di assegnazione della casa familiare*, corr. Giur., 2006.
- Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Politica del diritto*, 4, 1999.
- Scalera A., *Divorzio breve e negoziazione assistita: quando si scioglie la comunione dei beni*, il Quotidiano Giuridico del 3.6.2015
- Sesta-Graziosi, *La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana*, RTDPC, 2, 2005.
- SgROI M, *I rapporti economici e personali tra i coniugi*, in "La famiglia in crisi" (a cura di G. Cassano e G. Oberto), cedam, 2016
- Schlesinger, *art. 191 c.c.* in Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 1997.
- Schlesinger, *Affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in Corr. Giur., 2006.
- Spadaro, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, FD, 2, 2008.
- Tessa O., *La legge 219/12 e il decreto legislativo 154/2013*, in *minori.it*
- Tiberio A., Cericola A., *Mediazione familiare*, *Vivereoggi*, Milano, 1996.
- Tommaseo F., *Commento all'art. 4 L. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano*, Cian-Oppo-Trabucchi, VI, 1993.
- Torrente - Schlesinger, *"Manuale di Diritto Privato"*, Giuffrè, 2010.
- Troisi, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affido condiviso: profili processuali* in FD 43/ 2008.
- Vaccaro, *Per i protagonisti una scelta consapevole a tutela della prole*, in *Guida al diritto, Famiglia e Minori*, 4/2008.
- Velletti, *La nozione di parentela* in "La riforma della filiazione" (a cura di C.M. Bianca) in *Leggi Civ. Comm.*, 2013

Villa, *Gli effetti del matrimonio*, in Bonini- Cattaneo (trattato diretto da) *il diritto di famiglia*, I, Utet, 1997.

Zatti, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *trattato di diritto privato*, Rescigno (diretto da), 3, II, 2° ed., Utet, 1996.