

XII Conferencia Trilateral
7-10 de octubre 2010
Roma



**Famiglia legittima, figli naturali,
adozioni e rapporti di fatto**

Italia

Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e rapporti di fatto

*Quaderno predisposto in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i
Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*

a cura di M. Bellocci

1. Introduzione

2. I rapporti tra coniugi

2.1. I rapporti personali

- 2.1.1. L'obbligo della fedeltà coniugale: l'adulterio ed il concubinato*
- 2.1.2. L'assistenza familiare in situazioni di particolare bisogno*
- 2.1.3. La violazione degli obblighi di assistenza familiare*
- 2.1.4. Interruzione volontaria della gravidanza ed eguaglianza tra i coniugi*

2.2. La trasmissione del cognome al figlio

2.3. I rapporti patrimoniali tra i coniugi

- 2.3.1. L'obbligo di mantenimento del coniuge*
- 2.3.2. La c.d. presunzione muciana*
- 2.3.3. Le convenzioni matrimoniali*
- 2.3.4. Il divieto di donazione tra coniugi*
- 2.3.5. Il regime di separazione dei beni*
- 2.3.6. Il trattamento fiscale dei redditi dei coniugi*
- 2.3.7. La successione del binubo*

2.4. Lo status civitatis dei coniugi

- 2.4.1. La perdita della cittadinanza per matrimonio*
- 2.4.2. La comunicazione della cittadinanza al figlio*
- 2.4.3. Il diritto applicabile in caso di diversa nazionalità dei coniugi*

2.5. L'unità familiare ed il buon andamento della pubblica amministrazione

- 2.5.1. Il trasferimento finalizzato al ricongiungimento con il coniuge*
- 2.5.2. Il collocamento in aspettativa per ricongiungimento con il coniuge*

3. L'unità familiare e lo straniero extracomunitario

- 3.1. Il ricongiungimento familiare come diritto dello straniero regolare
- 3.2. I profili soggettivi del diritto al ricongiungimento
- 3.3. La disciplina di favore approntata per i minori
- 3.4. Le condizioni in presenza delle quali si fa luogo al ricongiungimento
- 3.5. Il diniego del nulla-osta al ricongiungimento

4. Matrimonio e sessualità

- 4.1. Matrimonio ed identità sessuale
- 4.2. Matrimonio ed orientamento sessuale

5. La separazione dei coniugi

- 5.1. L'uso del cognome del marito

**XII Conferencia Trilateral
7-10 de octubre 2010
Roma**



**Famiglia legittima, figli naturali,
adozioni e rapporti di fatto**

Italia

- 5.2. L'assegnazione del domicilio coniugale
- 5.3. L'obbligo di mantenimento a carico di un coniuge

6. La famiglia di fatto

- 6.1. La tutela delle unioni diverse da quelle fondate sul matrimonio
- 6.2. Famiglia di fatto e diritto all'abitazione

- 6.2.1. Il diritto reale di abitazione*
- 6.2.2. Le locazioni ad uso abitativo*

- 6.3. Famiglia di fatto e sospensione della prescrizione tra conviventi
- 6.4. Famiglia di fatto e diritto successorio
- 6.5. Famiglia di fatto e previdenza ed assistenza sociale

- 6.5.1. L'integrazione al minimo del trattamento pensionistico*
- 6.5.2. Il trattamento pensionistico di reversibilità*
- 6.5.3. La fruizione di una rendita per infortunio*

- 6.6. Famiglia di fatto e sistema penale

- 6.6.1. Famiglia di fatto e processo penale*
- 6.6.2. Famiglia di fatto e diritto penale sostanziale*

7. Figli legittimi e figli naturali

- 7.1. Il diritto di procreare ed il riconoscimento dei figli naturali
- 7.2. La tutela dei figli naturali

- 7.2.1. In generale*
- 7.2.2. I figli incestuosi*
- 7.2.3. Il diritto all'identità personale*
- 7.2.4. La ricerca della maternità*

- 7.3. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale

- 7.3.1. I presupposti dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale*
- 7.3.2. L'impugnazione del riconoscimento del figlio*
- 7.3.3. Il disconoscimento della paternità*

- 7.4. La legittimazione dei figli naturali

- 7.5. Filiazione naturale ed atti di liberalità
- 7.6. Filiazione naturale e diritto successorio

- 7.6.1. La capacità dei figli naturali di ricevere per testamento*
- 7.6.2. Figli naturali e successione legittima*
- 7.6.3. Il concorso tra figli naturali e figli legittimi*
- 7.6.4. La riserva ereditaria a favore dei figli naturali*
- 7.6.5. Il diritto di commutazione a favore dei figli legittimi*
- 7.6.6. Il diritto di rappresentazione*
- 7.6.7. La successione dei c.d. parenti naturali*

- 7.7. Le condizioni per il rilascio del passaporto

- 7.8. Filiazione naturale e cessazione della convivenza dei genitori

- 7.8.1. Il diritto all'abitazione*

7.8.2. *L'obbligo di mantenimento a carico di un genitore*

8. L'adozione

8.1. Adozione ordinaria ed adozione speciale

8.2. I soggetti coinvolti nell'adozione

8.2.1. Il limite di età dell'adottando

8.2.2. Il divario di età tra adottando ed adottante

8.2.3. Adozione e presenza di altri figli

8.2.4. L'adozione del figlio del coniuge

8.2.5. L'adozione da parte di parenti

8.2.6. L'accertamento giudiziale dell'idoneità degli adottanti

8.2.7. Il consenso all'adozione del legale rappresentante del minore

8.2.8. L'opposizione al decreto di adozione da parte del genitore naturale

8.3. I presupposti per l'adozione

8.4. Adozione ed ambiente familiare degli adottanti

8.4.1. Adozione e famiglia di fatto

8.4.2. L'adozione del single

8.5. Gli effetti dell'adozione

8.6. L'adottato ed i suoi legami pregressi

8.6.1. Il cognome dell'adottato

8.6.2. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini

8.7. L'adozione internazionale

8.8. La revoca dell'adozione

8.9. Adozione ed attività lavorativa degli adottanti

8.9.1. L'astensione dal lavoro

8.9.2. L'indennità di maternità

9. La potestà genitoriale

9.1. La potestà sul figlio naturale riconosciuto

9.2. L'assistenza ai figli minori da parte del genitore detenuto

9.3. La rappresentanza dei figli

9.4. L'amministrazione dei beni dei figli

9.5. La sottrazione di minori

10. Diritto penale e tutela della moralità dei rapporti familiari

1. Introduzione

Il diritto di famiglia costituisce uno dei settori nei quali la giurisprudenza costituzionale è più ricca. Non si tratta, come è chiaro, di una valutazione puramente quantitativa, giacché l'attività della Corte costituzionale è stata decisiva, nel corso del tempo, al fine di conformare la disciplina di molti istituti tradizionali alle esigenze poste dalla Costituzione.

Pur senza poter proporre un panorama che aspiri ad un elevato grado di completezza, nel presente quaderno verranno passate in rassegna quelle che si ritengono le più significative decisioni rese dalla Corte a partire dal 1956, cercando peraltro di dare maggior risalto a quelle successive alla riforma del diritto di famiglia del 1975.

2. I rapporti tra coniugi

2.1. I rapporti personali

2.1.1. L'obbligo della fedeltà coniugale: l'adulterio ed il concubinato

Sono ormai storiche le pronunce della Corte in tema di adulterio (**sentenze nn. 126 e 127 del 1968**), in cui la Corte valuta se – nel contesto storico-sociale inverteatosi – continui a sussistere quella diversità obbiettiva di situazione che, nella precedente sentenza n. 64 del 1961, la Corte ha ritenuto di dover riscontrare, sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale, dell'adulterio della moglie rispetto a quello del marito.

Al riguardo, la Corte motiva, nella **sentenza n. 126**, che il principio secondo cui il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita – più o meno severamente – rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia.

I rapporti fra coniugi sono disciplinati dall'art. 29 della Costituzione, che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, afferma l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e dispone che questa eguaglianza possa subire limitazioni soltanto a garanzia dell'unità familiare. Nel sancire, dunque, sia l'eguaglianza fra coniugi, sia l'unità familiare, la Costituzione proclama la prevalenza dell'unità sul principio di eguaglianza, ma solo se e quando un trattamento di parità tra i coniugi la ponga in pericolo.

Non vi è dubbio che, fra i limiti al principio di eguaglianza, siano da annoverare quelli che riguardano le esigenze di organizzazione della famiglia, e che, senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, fanno tuttora del marito, per taluni aspetti, il punto di convergenza dell'unità familiare, e della posizione della famiglia nella vita sociale. Ciò indubbiamente autorizza il legislatore ad adottare, a garanzia dell'unità familiare, talune misure di difesa contro influenze negative e disgregatrici.

Queste considerazioni tuttavia non spiegano né giustificano la discriminazione denunciata.

È questione di politica legislativa quella relativa alla punibilità dell'adulterio. Ma, poiché la discriminazione fatta in proposito dall'attuale legge penale viola il principio di eguaglianza fra coniugi (il quale rimane pur sempre la regola generale), la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, ritiene che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale.

Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge preveda un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti.

La Corte considera pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità.

Tale sentenza comporta, per conseguenza, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 151 del Codice civile di cui alla **sentenza n. 127**. Ritiene la Corte che il legislatore è libero, nel suo prudente apprezzamento politico, di stabilire se ed in quali casi l'infedeltà del coniuge possa dar luogo alla separazione personale, ma non può determinare discriminazioni fra il marito e la moglie che non siano giustificate dall'unità familiare. L'art. 151 del Codice civile prevede (primo comma) che l'adulterio sia causa di separazione, ma considera l'adulterio del marito (secondo comma) irrilevante a tal fine quando esso non sia accompagnato da circostanze che valgano a conferire al fatto il carattere di ingiuria grave alla moglie: così statuendo, la disposizione crea a vantaggio del marito una situazione di vero e proprio privilegio. L'infedeltà della moglie è sempre causa di separazione personale, l'infedeltà del marito, tranne il caso suddetto, è priva di sanzione: anche qui, dunque, come a proposito della disciplina penale dell'adulterio, il marito e la moglie vengono sottoposti a trattamento diverso, nonostante che ad entrambi la legge (art. 143 del Codice civile) imponga un eguale dovere di fedeltà. Né si può sostenere che il secondo comma dell'art. 151, con lo stabilire un regime eccezionale per il marito, deroghi all'eguaglianza fra i coniugi in funzione dell'unità familiare. Poiché non sarebbe ragionevole ipotizzare che l'irrilevanza giuridica dell'infedeltà del marito contribuisca a conservare l'unità della famiglia, la disposizione impugnata non può non essere considerata fonte di una non consentita discriminazione a favore dell'uomo od a svantaggio della donna: di una disciplina, cioè, che è in contrasto con l'art. 29 cpv. della Costituzione.

La conclusione non sarebbe diversa se si volesse supporre che l'art. 151, nella parte qui presa in considerazione, tuteli non già il diritto alla fedeltà, ma l'onorabilità del coniuge, e se si ritenesse che, a questo fine, il legislatore si sia conformato ad un diverso apprezzamento sociale dell'adulterio del marito e di quello della moglie. La Costituzione, infatti, afferma il principio dell'eguaglianza anche "morale" dei coniugi, ed esprime in tale modo una diretta sua valutazione della pari dignità di entrambi, disponendo che a questa debbano ispirarsi le strutture giuridiche del matrimonio: di tal che lo Stato non può avallare o, addirittura, consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce, essa stessa, in misura rilevante alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali verso i quali la Carta costituzionale volle indirizzare la nostra società.

Nella **sentenza n. 147 del 1969**, sulla scorta del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, posto dall'art. 29 Cost., la Corte verifica se, dichiarati illegittimi il primo ed il secondo

comma dell'art. 559 del Codice penale, la residua disciplina contenuta nel terzo comma (relazione adulterina) e quella dettata dal primo comma dell'art. 560 (concubinato) pongano in essere una non consentita disparità di trattamento fra marito e moglie. A tal proposito, viene evidenziato che relazione adulterina e concubinato sono reati fra loro strutturalmente diversi. Si prescinde dalla questione se l'espressione "tenere una concubina" usata nel primo comma dell'art. 560 stia già ad indicare che la legge richieda, ai fini della punizione del marito, qualcosa di più della semplice relazione con una donna diversa dalla moglie. A mettere in evidenza la netta differenza fra i due delitti è sufficiente la circostanza che per il reato di concubinato è necessario che la consumazione abbia luogo "nella casa coniugale o notoriamente altrove", mentre per la relazione adulterina appaiono del tutto indifferenti le modalità di svolgimento: il che è quanto dire che quelle violazioni della fedeltà coniugale che sono necessarie e sufficienti ad integrare il reato di relazione adulterina imputabile alla moglie non bastano, se commesse dal marito, a renderlo colpevole di concubinato. E se identici comportamenti sono penalmente rilevanti per l'un coniuge e irrilevanti per l'altro, bisogna concludere che le disposizioni impugnate dettano una disciplina differenziata per il marito e per la moglie, nonostante che la legge (art. 143 Cod. civ.) ponga a carico di entrambi il dovere di fedeltà coniugale.

Per giustificare validamente sul piano costituzionale la riscontrata diversità di trattamento non possono essere prese in considerazione ragioni che non siano strettamente connesse con l'esigenza di salvaguardare l'unità familiare.

Rifacendosi alle sentenze nn. 126 e 127 del 1968, la Corte ribadisce che ai fini del controllo di legittimità costituzionale dei diritti o degli obblighi conferiti o imposti dalla legge al marito ed alla moglie occorre far riferimento non già all'art. 3, ma all'art. 29 della Costituzione, ai sensi del quale la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio – col solo limite della unità della famiglia – contempli obblighi e diritti eguali per l'uomo e per la donna. Alla luce di questi principi, si evidenzia che nella regolamentazione dei rapporti tra i coniugi nascenti dal matrimonio è vietato al legislatore di dar rilievo a ragioni di differenziazione diverse da quelle concernenti la predetta unità. Non possono, perciò, spiegare influenza tutte quelle valutazioni che si connettano alla supposta maggior gravità della condotta infedele della moglie od al diverso atteggiamento della società di fronte all'infedeltà dell'uomo e della donna. Tutto il sistema desumibile dagli artt. 559 e 560 del Codice penale reca l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali. Non sta alla Corte verificare se e quali modificazioni in questo campo il nostro tempo abbia portato nella coscienza sociale. Ma è compito indiscutibile della Corte accertare l'insanabile contrasto fra quella disciplina, quale che ne sia stata la giustificazione originaria, ed il sopravvenuto principio costituzionale e dichiarare l'illegittimità di tutte quelle disparità di trattamento fra coniugi che non siano giustificate dall'unità familiare: vale a dire dall'unico limite che la Costituzione prevede.

A quest'ultimo proposito, la Corte non può non confermare che il trattamento più severo per l'infedeltà della moglie, più indulgente per l'infedeltà del marito (e, cioè, proprio la disparità di trattamento) può addirittura esser causa di disgregazione della famiglia: in ogni caso è certo che non è possibile considerarlo come finalizzato alla tutela della sua unità. Per giungere ad opposta conclusione non è certo pertinente affermare che la punizione della moglie fedifraga risponde all'esigenza di salvaguardare la famiglia. Poiché la tutela di tale esigenza deve necessariamente coordinarsi col principio di eguaglianza, occorrerebbe dimostrare che, una volta stabilito che la relazione adulterina della donna debba costituire reato, punire il marito per una fattispecie identica significherebbe mettere in pericolo l'unità del nucleo familiare. Ma è sufficiente enunciare questa

ipotesi di giustificazione per coglierne l'assoluta irrazionalità.

Conclusivamente, si riconosce che il terzo comma dell'art. 559 del Codice penale, poiché punisce la moglie anche per fatti che se commessi dal marito sono penalmente irrilevanti, è costituzionalmente illegittimo. La dichiarazione colpisce altresì il primo comma dell'art. 560, sia perché è il concorso di entrambe le norme penali che dà vita, a causa dell'eterogeneità delle fattispecie delittuose in esse contemplate, ad una non consentita disparità di trattamento fra moglie e marito, sia perché, ove fosse annullata la sola previsione della relazione adulterina della moglie, l'ordinamento verrebbe a dar rilevanza unicamente, nei limiti dell'art. 560, alla infedeltà coniugale del marito, con conseguente identica violazione del principio di eguaglianza.

Derivando l'illegittimità delle due disposizioni dalla disparità di trattamento dei coniugi, il legislatore conserva, nell'ambito della sua discrezionalità politica, il potere di stabilire se ed in quali ipotesi la violazione del dovere di fedeltà coniugale debba costituire reato, ma nel rispetto dell'art. 29 della Costituzione sarà tenuto a dettare un'eguale disciplina per il marito e per la moglie.

2.1.2. L'assistenza familiare in situazioni di particolare bisogno

La famiglia riveste un ruolo chiave «nella assistenza del disabile e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia»: nel ribadire la centralità della famiglia nell'assistenza alle persone disabili, la **sentenza n. 158 del 2007**, inserendosi nel solco già tracciato dal precedente di cui alla **sentenza n. 233 del 2005**, ha giudicato confliggente con gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost. l'art 42, comma 5, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con soggetto con *handicap* in situazione di gravità, il diritto a fruire del congedo straordinario retribuito indicato nella norma stessa.

Il congedo straordinario retribuito si iscrive negli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile, evidenziando il rapporto di stretta e diretta correlazione di detto istituto con le finalità perseguite dalla legge n. 104 del 1992, ed in particolare con quelle di tutela della salute psico-fisica della persona handicappata e di promozione della sua integrazione nella famiglia.

Perciò, è evidente che l'interesse primario cui è preposta la norma in questione – ancorché sistematicamente collocata nell'ambito di un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità – è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito.

Sulla base di tali premesse, appare evidente che la norma contestata, riguardante il trattamento riservato al lavoratore coniugato con un soggetto con handicap grave e con questi convivente, omette di considerare, in violazione degli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, le situazioni di compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tali da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione ed in tal modo frappono un inammissibile ostacolo all'effettività dell'assistenza e della integrazione del disabile nell'ambito di un nucleo familiare in cui ricorrono le medesime esigenze che l'istituto in questione è deputato a soddisfare.

In conclusione, l'art. 42, comma 5, impugnato esclude attualmente dal novero dei beneficiari del congedo straordinario retribuito il coniuge, pur essendo questi, sulla base del vincolo matrimoniale ed in conformità dell'ordinamento giuridico vigente, tenuto al primo posto all'adempimento degli

obblighi di assistenza morale e materiale del proprio consorte, con conseguente trattamento deteriore del coniuge del disabile, rispetto ai componenti della famiglia di origine.

2.1.3. La violazione degli obblighi di assistenza familiare

Nella **sentenza n. 107 del 1964**, la Corte nega il fondamento delle doglianze riferite all'art. 570 del Codice penale, secondo cui la disposizione altro non sarebbe se non una norma sanzionatrice dell'altra contenuta nel Codice civile all'art. 144, giusta la quale la moglie è tenuta ad accompagnare il marito ovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza, e sarebbe pertanto violatrice della eguale condizione dei coniugi nel matrimonio. La norma impugnata non punisce la moglie che si rifiuti di seguire il marito nella residenza da costui fissata, o che abbandoni il domicilio domestico, ma il coniuge (sia il marito, sia la moglie), il quale, mediante codesto rifiuto o abbandono (o in altra guisa prevista dalla medesima norma), viene meno all'obbligo fondamentale della società coniugale, che consiste nella mutua assistenza materiale e morale. Non è dunque l'abbandono del domicilio a integrare da solo la figura del reato, ma l'abbandono in quanto modo di sottrarsi agli obblighi di assistenza ai quali i coniugi sono vicendevolmente tenuti. E le stesse considerazioni, com'è evidente, valgono altresì ad escludere che la norma abbia il fine di conferire la sanzione penale all'obbligo della coabitazione, posto dall'art. 143 del Codice civile, in sé e per sé considerato.

Ne consegue che l'art. 570 del Codice penale, prevedendo come reato il comportamento di "chiunque, abbandonando il domicilio domestico... si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti... alla qualità di coniuge", non viola il principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi posta dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione come base sulla quale è "ordinato" il matrimonio.

La Corte non condivide, nella **sentenza n. 46 del 1970**, l'impostazione teorica del dubbio di costituzionalità del primo comma dell'art. 570 fondata sull'opinione che la perseguibilità di ufficio del reato di omesso adempimento degli obblighi di assistenza familiare si ponga in contrasto con la posizione, assegnata dalla Costituzione alla famiglia, di "società naturale", come tale dotata di un'autonomia di fronte allo Stato, suscettibile di essere assoggettata a limiti solo quando questi si palesino necessari ad assicurare l'eguaglianza dei coniugi e l'unità della famiglia. Il che non si verificherebbe nei riguardi della sanzione irrogata dall'articolo in esame, in quanto il fatto di non richiedere per la perseguibilità del reato la querela di parte può piuttosto condurre al risultato di compromettere quell'esigenza della unità che è costituzionalmente protetta.

Per la Corte, a parte ogni indagine circa l'esatta portata della qualificazione di "società naturale" attribuita alla famiglia, è da escludere che gli interventi autoritativi in ordine alla sua gestione siano consentiti solo ai fini di assicurare l'unità del nucleo familiare. Infatti la stessa Costituzione, al successivo art. 30, dispone che la legge può provvedere a che siano assolti i compiti di spettanza dei genitori nel caso di una loro incapacità ad adempierli, allontanando quindi, se necessario, i figli minori dalla famiglia. Del resto, le stesse ordinanze finiscono con il convenire che l'autonomia da esse richiamata debba venir meno quando il suo esercizio sia tale da determinare un contrasto con i fini dello Stato. E non si può dubitare del verificarsi di tale ipotesi allorché soggetti passivi della violazione degli obblighi di assistenza siano i minori, ai quali, ove si aderisse all'opinione confutata, verrebbe a mancare ogni possibilità di tutela di fronte alle inadempienze dei genitori, almeno nel caso che esse siano da addebitarsi proprio ad essi o all'unico genitore superstite.

Anche se, seguendo siffatto ordine di considerazioni, la questione venga limitata alla sola ipotesi della sottrazione degli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge, la si deve egualmente ritenere non fondata. Il contrasto che viene allegato con l'art. 29, prospettato com'è sotto la specie

del pregiudizio all'unità della famiglia, è fatto discendere dalla considerazione che il promuovimento *ex officio* dell'azione penale fa venire meno gli effetti riparatori di una riconciliazione fra i coniugi che abbia a verificarsi prima del giudizio. Che siffatte considerazioni appaiano in certo modo reversibili, è dimostrato dalla constatazione che, allorché il legislatore del 1930 ebbe ad introdurre il reato in parola, a giustificare la perseguibilità di ufficio si fecero valere, non solo ragioni attinenti alla tutela dell'interesse generale al mantenimento di un sano ordine familiare (che sarebbe potuto rimanere pregiudicato dal sistema della querela, il cui esercizio avrebbe potuto trovare una remora nel timore suscitato nell'animo del soggetto passivo dall'indole violenta del coniuge colpevole, oppure dalla tendenza del soggetto stesso a sopportare sofferenze, pur se gravi, compatendo quegli che ne è causa), ma anche motivi desunti dalla preoccupazione di evitare ragioni di rancore fra i coniugi, come quella derivabile dalla proposizione della querela.

Risulta pertanto come non sussistano elementi così decisivi da fornire un sicuro criterio atto a vincolare il legislatore (sotto il riguardo della preservazione dell'unità della famiglia voluta garantire dalla Costituzione) nella scelta del modo di procedibilità pel reato in esame. Scelta che deve di conseguenza rimanere affidata a valutazioni discrezionali, insindacabili da parte della Corte, circa l'opportunità di attribuire peso prevalente all'una o all'altra serie di motivi adottati a sostegno dei due orientamenti prospettati.

Né sussiste il pericolo che, assumendosi un'interpretazione troppo rigida degli obblighi inerenti alla qualità di coniuge, la perseguibilità d'ufficio della loro violazione possa condurre ad un eccessivo controllo del pubblico potere sull'intimo andamento della società coniugale: infatti, la norma impugnata colpisce solo quei comportamenti illeciti (come l'abbandono del domicilio domestico, o la condotta contraria all'ordine ed alla morale della famiglia), che costituiscono le più gravi mancanze ai doveri provenienti dal vincolo maritale, e non già tutti quelli che possono farsi derivare dalla violazione degli artt. 143 e seguenti del codice civile.

La diversa rilevanza dei reati attinenti ai rapporti familiari, al fine della scelta delle modalità di impulso processuale (scelta, come è noto, non collegabile a considerazioni relative alla maggiore o minore gravità delle pene previste), è materia di politica legislativa, così da sfuggire a censure di legittimità costituzionale, sotto l'aspetto della conformità all'art. 29.

2.1.4. Interruzione volontaria della gravidanza ed eguaglianza tra i coniugi

Il principio di uguaglianza tra i coniugi che gli artt. 29 e 30 Cost. pongono a base del matrimonio non risulta violato dall'art. 5 della legge 22 maggio 1978 n. 194, che dispone di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, in quanto la norma impugnata è frutto di una scelta politico-legislativa – insindacabile da parte della Corte – che non può considerarsi irrazionale, in quanto è coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna (**ordinanza n. 389 del 1988**).

2.2. La trasmissione del cognome al figlio

In materia di attribuzione del cognome al figlio, deve segnalarsi la **sentenza n. 61 del 2006**. La Corte riconosce che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna.

Né può obliterarsi il vincolo posto dalle fonti convenzionali, e, in particolare, dall'art. 16, comma

1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132, che impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome...».

In proposito, vanno, parimenti, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome.

Tuttavia, l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum*, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà – con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo – ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi.

Con l'ordinanza n. **145 del 2007**, in tema di stato civile del figlio naturale, viene dichiarato manifestamente inammissibile il dubbio di costituzionalità dell'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ., nella parte in cui, per il caso di contestuale riconoscimento del figlio naturale operato da entrambi i genitori, dispone la trasmissione automatica del cognome paterno, anziché consentire ai genitori una scelta libera e concordata. La Corte, richiamandosi alla motivazione della sentenza n. 61 del 2006, ribadisce la sussistenza, in materia, di un potere discrezionale del legislatore, cui il giudice delle leggi non può sostituirsi.

2.3. I rapporti patrimoniali tra i coniugi

2.3.1. L'obbligo di mantenimento del coniuge

Anche in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, l'intervento della Corte è stato di estrema rilevanza per eliminare le norme del codice civile in palese contrasto con la direttiva costituzionale sulla parità. Tanto avviene in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 156, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui pone a carico del marito, in regime di separazione consensuale senza colpa, l'obbligo di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, indipendentemente dalle condizioni economiche di costei (**sentenza n. 46 del 1966**).

Le norme impugnate, nel determinare la misura delle prestazioni dovute dal marito per soddisfare le esigenze della moglie, non richiedono che si abbia riguardo alle condizioni economiche di lei, in difformità di quanto dispongono nel caso inverso, dell'obbligo a carico della moglie, che viene invece condizionato al fatto della mancanza nel consorte di mezzi sufficienti.

Per accertare se la discriminazione fra i coniugi contrasti con la Costituzione, è da ricordare che

l'assoluto divieto fatto al legislatore dall'art. 3 di disporre qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso incontra, per quanto riguarda i rapporti familiari, un solo e tassativo limite, quello posto dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione a garanzia dell'unità della famiglia: limite che dov'essere interpretato restrittivamente, rivestendo carattere di eccezione al principio generale della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Avendo riguardo al regime di separazione, ricorrente nella specie, non è dato riscontrare alcun elemento che consenta di ricollegare la diversità predetta con quelle esigenze. Infatti, comunque si debba intendere l'unità voluta tutelare dall'art. 29, si deve ritenere che essa non sia invocabile di fronte a coniugi rispetto ai quali, per il fatto stesso della separazione, sono venuti a mancare i presupposti dell'unità, sia che di questa si consideri l'aspetto materiale o fisico, essendo cessata la convivenza, e con essa la collaborazione della moglie alla gestione domestica, sia quello spirituale, essendosi resa manifesta un'incompatibilità fra i due tale da rendere non più possibile la vita in comune.

Per la Corte non è costituzionalmente illegittimo neppure l'art. 145, primo comma, cod. civ., che, in relazione all'ipotesi dei coniugi non separati legalmente né consensualmente, stabilisce l'obbligo del marito di somministrare alla moglie quanto sia necessario ai bisogni di lei, senza considerazione delle sue condizioni economiche, laddove la moglie è tenuta soltanto a contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti (**sentenza n.144 del 1967**).

La Corte ritiene che la disposizione denunciata non contrasti con la Costituzione poiché la diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi trova fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice, ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia, conferisce loro e che si concreta nell'attribuire al marito (oltre che l'esclusività dell'esercizio della "patria potestà" sui figli) la titolarità di una "potestà maritale", alla quale connette una ampia serie di particolari poteri, tali da porlo in posizione di preminenza sulla moglie. A siffatta preminenza si accompagna, poi, anche l'affievolimento delle sue responsabilità per l'inadempimento di qualcuno degli obblighi derivanti dallo stato matrimoniale, come nel caso considerato dall'ultimo comma dell'art. 151 del Codice civile.

Appare chiaro che, nel sistema del Codice, i particolari doveri imposti al marito, quali sono quello della "protezione" della moglie e l'altro, del quale si controverte, della somministrazione ad essa di tutto quanto le è necessario per la soddisfazione di ogni suo bisogno, senza riguardo alle sostanze di lei, sono da valutare nel rapporto in cui si trovano di necessaria correlazione con la situazione di vantaggio a lui conferita, sicché, ferma rimanendo quest'ultima, nessuna attenuazione potrebbe apportarsi negli obblighi, venendo altrimenti meno l'equilibrio voluto costituire nei rapporti reciproci.

Può convenirsi con l'opinione che considera il sistema del Codice non aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta Costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società. Sull'esigenza di una sollecita adeguazione del sistema al nuovo ordine sociale la Corte ha ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore, senza tuttavia che abbia ritenuto possibile farne decadere singole disposizioni, per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario.

L'art. 145, primo comma, del codice civile, è, successivamente, oggetto di una dichiarazione di illegittimità costituzionale nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita (**sentenza n. 133 del 1970**).

Premesso che la salvaguardia dell'unità familiare costituisce il solo legittimo limite

dell'eguaglianza dei coniugi, la Corte ritiene che l'unico accertamento rilevante è se le diversità di trattamento di volta in volta considerate trovino in quella esigenza – e solo in essa – la loro giustificazione costituzionale.

Che l'art. 145 del codice civile tratti diversamente i due coniugi è cosa di cui non si può dubitare. Si deve, è vero, riconoscere che il dovere del marito di somministrare alla moglie “tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze” corrisponde al dovere di “contribuire al mantenimento del marito” che il capoverso dello stesso articolo pone a carico della moglie. Lo dimostra il successivo art. 146, che all'abbandono ingiustificato del domicilio coniugale da parte della donna collega la sospensione dell'“obbligazione del marito di provvedere al mantenimento della moglie”: ciò significa che obbligo di somministrazione di tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita equivale ad obbligo di mantenimento, e se a proposito della moglie si parla di “contributo” ciò avviene perché la rilevanza dei mezzi economici di cui il marito disponga importa necessariamente che il mantenimento sia totale solo se questi difettino del tutto e parziale se essi sussistano in misura non pienamente sufficiente. Ma, nonostante questa equivalenza di contenuto, è chiaro che i due obblighi restano nettamente differenziati, perché mentre quello a carico del marito è incondizionato, nel senso che esso è imposto quali che siano le condizioni economiche della moglie, quest'ultima è tenuta al mantenimento del marito solo se egli non abbia mezzi sufficienti: l'assenza di questa condizione nel primo comma dell'art. 145 del codice civile comporta una sostanziale ed assai rilevante diseguaglianza giuridica fra i due coniugi.

La Corte ritiene che siffatta disparità di trattamento non trovi giustificazione in funzione dell'unità familiare. Si può, anzi, affermare che, quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo. Certo è, in verità, che, per quanti sforzi si facciano, l'obbligo del marito di mantenere la moglie se questa disponga di mezzi sufficienti o più che sufficienti in nessun modo riesce ad apparire come strumento necessario all'unità della famiglia: la quale, al contrario, si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità.

Ciò è sufficiente a dimostrare l'illegittimità costituzionale di una diversità di trattamento che, un tempo coerente con una concezione dei rapporti fra marito e moglie radicalmente diversa da quella poi assunta dal legislatore costituente a fondamento della nuova disciplina, appare ora come fonte di un puro privilegio della moglie, non conforme all'odierna valutazione dei rapporti familiari e contrastante con l'art. 29 della Costituzione.

2.3.2. La c.d. presunzione muciana

Con la **sentenza n. 143 del 1967**, la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale dell'art. 622 del Codice di procedura civile, che nega alla moglie convivente col debitore il diritto di proporre opposizione al pignoramento di mobili di proprietà di lei, pignorati nella casa coniugale, tranne che si tratti di beni dotali o di beni che si provi con atto di data certa esserle appartenuti prima del matrimonio o esserle pervenuti per donazione o successione a causa di morte.

La norma impugnata si rifà ad una situazione non più rispondente all'attuale posizione economica e sociale della donna nella famiglia e fuori di essa. Questa nuova posizione è riconosciuta nell'art. 70 della legge fallimentare, che applica la c.d. presunzione muciana alla moglie nel fallimento del marito e al marito nel fallimento della moglie, ed è presupposta nell'art. 207 del testo unico delle leggi sulle imposte dirette, che limita la proponibilità delle istanze in separazione, sia alla moglie nell'esecuzione esattoriale contro il marito, sia al marito

nell'esecuzione esattoriale contro la moglie. Non si spiega che, nell'esecuzione forzata ordinaria, soltanto la moglie subisca restrizioni nella tutela del suo diritto di proprietà, quando oggi la moglie, non di rado, ha una propria posizione professionale e quindi ha la possibilità di acquisire beni suoi con danaro non proveniente dal marito. Non si spiega nemmeno il perché la moglie deve provare, con atto di data certa, l'appartenenza dei beni acquistati prima del matrimonio, mentre al marito la giurisprudenza ordinaria suole applicare l'art. 621 del Codice di procedura civile, che consente al riguardo maggiore libertà di prova: oggi anche la donna nubile riesce ad inserirsi nella vita produttiva, e, quando ciò accade, diviene verosimile che essa, anteriormente alle sue nozze, possa essersi formato un suo patrimonio attivo.

La norma impugnata ferisce il principio di eguaglianza anche perché pone una diversità di tutela in ragione di una situazione dipendente dal sesso. Non vale il richiamo all'art. 29 della Costituzione, perché la norma impugnata non è a protezione della unità della famiglia, ma vuole evitare una frode ai creditori, e perché l'unità familiare non esclude la protezione integrale dei diritti patrimoniali della moglie: essa anzi risulta rafforzata da questa protezione, che contribuisce ad evitare o a ridurre il pericolo di incoraggiare le separazioni personali, come rimedio diretto ad evitare che la moglie veda coinvolti i suoi beni nell'esecuzione forzata contro il marito, essendo la convivenza coniugale il presupposto dell'applicazione della norma denunciata. Quanto all'esigenza di evitare frodi, queste non possono avverarsi in danno dei creditori del marito più di quanto non possano organizzarsi in danno dei creditori della moglie; una diversa valutazione presupporrebbe uno stato di soggezione della moglie al marito, non solo non più corrispondente all'elevata posizione che oggi si dà alla moglie nella famiglia, sulla base di una mutata coscienza sociale, ma nemmeno corrispondente alle valutazioni compiute dalla legge fallimentare e dalla legge sulla riscossione delle imposte dirette, che parificano, come detto, la situazione dei coniugi, ovviamente perché riconoscono che il pericolo di frode coniugale è di intensità uguale, sia che lo si guardi sotto il profilo della protezione dei creditori del marito, sia che lo si consideri con riguardo alla tutela dei creditori della moglie. E nei rapporti dei creditori della moglie si è ritenuto che il pericolo di frode per accordi con il marito è sufficientemente evitato applicando la limitazione della prova testimoniale sancita nell'art. 621 per tutti i terzi, a parte l'azione revocatoria. Non v'è dunque ragione che giustifichi la diversità di trattamento fatto alla moglie dall'art. 622 nel raffronto col marito.

Successivamente, la Corte affronta il connesso problema della questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui non esclude l'operatività della presunzione muciana nelle ipotesi in cui tra i coniugi sussista il regime convenzionale della separazione dei beni (**sentenza n. 286 del 1995**).

Premette la Corte che già agli inizi del Novecento numerosi studiosi ritennero che detto istituto – a prescindere dal problema del suo esatto inquadramento giuridico – non fosse più giustificato in una società in cui cominciarono ad essere frequenti i casi di separazione di attività e di patrimoni della moglie. Questi dubbi contribuirono ad un ridimensionamento della disciplina dell'istituto nella legge fallimentare del 1942, che non riferì più la “muciana” alla “moglie” ma al “coniuge”, limitando la sua operatività al quinquennio anteriore al fallimento e confermando altresì la possibilità di superamento della presunzione mediante prova contraria.

Subito dopo la riforma del diritto di famiglia, la prevalente dottrina e la giurisprudenza di merito, confermata più tardi da quella della Corte di cassazione, interpretarono il sistema nel senso della inoperatività, per *ius superveniens*, di detta presunzione nell'ipotesi di regime di comunione legale, dal momento che la legge attribuisce gli acquisti ad entrambi i coniugi a prescindere dalla provenienza del denaro. Ed anche in regime di separazione di beni, la Corte di cassazione, nel 1977, escludeva l'applicabilità della presunzione nel caso in cui il coniuge non fallito fosse anch'egli

imprenditore.

Nel caso oggetto del giudizio della Corte costituzionale, l'ordinanza di rimessione motiva il sospetto di illegittimità costituzionale della norma denunciata per quattro ordini di argomentazioni.

Viene denunciata innanzi tutto la sopravvenuta irragionevolezza (art. 3, secondo comma, della Costituzione) di detta norma rispetto alle linee di fondo della riforma del 1975, che "ha tradotto in regole giuridiche i principi enucleati dalla carta costituzionale in materia di famiglia, con lo scopo di rafforzare il vincolo coniugale e di garantirlo ... anche attraverso la valorizzazione del lavoro in modo paritario di ciascuno dei coniugi, pur se soltanto casalingo".

Osserva in particolare la Corte rimettente che detto *ius superveniens* "introduce una rete di principi – ispirati al canone sovraordinato della parità delle posizioni dei coniugi – nella quale la norma interferente pare impigliarsi e venire comunque a collidere, per la valenza assolutamente antinomica dei presupposti da cui muove e del risultato cui è suscettibile di approdare, assoggettando il coniuge *in bonis* all'onere spesso faticoso, se non addirittura impossibile, di provare ciò che nella logica paritaria della riforma dovrebbe essere piuttosto il dato fattuale di normale ricorrenza: l'effettività cioè degli acquisti personali, come corollario della pari dignità, che esclude la sudditanza anche economica del coniuge all'imprenditore".

Queste prime considerazioni dell'ordinanza non appaiono decisive per dedurre l'illegittimità costituzionale della norma denunciata. Indubbiamente, tra le linee fondamentali della riforma del diritto di famiglia, va ravvisata una logica paritaria nella posizione di entrambi i coniugi, principio estensibile agli aspetti del lavoro e delle sfere patrimoniali. Ciò in maggiore aderenza all'odierna realtà sociale delle famiglie, ed alla moderna concezione che valorizza l'attività di ciascuno dei coniugi, escludendo la subordinazione economica di uno all'altro.

Si fa inoltre notare che nell'attuale sistema si presumono due situazioni normalmente verificabili: a) per un verso, quanto osserva l'ordinanza di rimessione circa la "normale ricorrenza dell'effettività degli acquisti personali" con denaro proprio; b) per altro verso, che – in mancanza della prova della proprietà esclusiva – anche in regime di separazione dei beni, questi si intendono comuni (art. 219 del codice civile, come novellato dalla legge del 1975). Sicché, in forza della disposizione dell'art. 70 della legge fallimentare, si dovrebbe invece presumere un'ipotesi eccezionale: che cioè il bene acquistato da un coniuge sia in realtà interamente dell'altro coniuge, in contrasto con le predette due normalità presunte dai principi della riforma.

Nonostante queste disarmonie, mentre la logica paritaria in ordine alla sfera patrimoniale dei coniugi ha contribuito a far ritenere, nel diritto vivente e quasi pacificamente in dottrina, non più operante il vecchio istituto della presunzione "muciana" per il sopravvenuto regime di comunione legale dei beni, non è altrettanto prevalente l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale nel ravvisare analoga incompatibilità per l'ipotesi di regime di separazione dei beni.

Le predette incongruenze si risolvono prevalentemente in contrasti fra la norma impugnata (come interpretata dal giudice rimettente) ed altre norme dello stesso rango, tra cui quelle di riforma del diritto di famiglia, le quali, pur configurandosi come corretta attuazione dei principi della Costituzione, non partecipano tuttavia della stessa forza di questi principi. Trattandosi quindi di aspetti irragionevoli che non attengono all'ambito costituzionale, e di incompatibilità tra norme di natura ordinaria, la loro soluzione resta affidata all'attività ermeneutica di competenza dell'autorità giudiziaria.

In secondo luogo, l'ordinanza rileva l'ulteriore irragionevolezza della situazione normativa con specifico riguardo alla disciplina di singoli istituti del nuovo diritto patrimoniale della famiglia. Nella particolare prospettiva di raffronto con la comunione legale, si osserva che nel passaggio (previsto dall'art. 193 del codice civile) dalla comunione al regime di separazione giudiziale dei

beni in presenza di situazioni di disordine negli affari del consorte, chi voleva porre più al sicuro quella quota di proprietà degli acquisti che la comunione – anche per inoperatività della presunzione “muciana” – gli avrebbe comunque garantito incapperebbe proprio in questa presunzione ancora compatibile col regime di separazione dei beni. Che se invece detta presunzione non fosse operante nel caso previsto dall’art. 193 (separazione giudiziale dei beni), sarebbe contraddittorio applicarla nel regime sostanzialmente identico della separazione convenzionale dei beni. Inoltre, l’effetto della “muciana” dovrebbe assurdamente prodursi anche nel caso di separazione personale dei coniugi.

Queste deduzioni relative a particolari censure del vigente sistema potrebbero essere controbilanciate da opposte esigenze di mantenimento della presunzione “muciana”: quali l’apprestamento di un rimedio rapido al frequente abuso di sottrazione dei beni alla responsabilità patrimoniale del fallito; la maggiore facilità per il coniuge nel dare la prova contraria, rispetto alle maggiori difficoltà per i creditori, obbligati ad esperire più complesse azioni di simulazione o di intestazione fiduciaria. In ogni caso, anche per queste doglianze, viene ripetuto che esse vanno risolte in via interpretativa o possono dare luogo ad una serie di auspicabili rimedi legislativi, in quanto implicano articolate risposte eccedenti i poteri della Corte.

Con il terzo ordine di rilievi, l’ordinanza di rimessione prospetta dubbi di legittimità costituzionale della stessa disposizione per diversi profili di ingiustificata disparità di trattamento che essa introdurrebbe (art. 3, primo comma, della Costituzione) in danno delle famiglie che abbiano scelto il regime di separazione dei beni, sia “all’esterno, rispetto a famiglie di fatto e ad altre forme di libera convivenza, sia all’interno stesso della famiglia legittima rispetto ai nuclei che abbiano optato per il regime di comunione legale: tutti del pari sottratti alla sfera di operatività della norma suddetta”. Dal raffronto tra tali situazioni emergerebbe una disparità di trattamento anche tra creditori (nell’uno o nell’altro regime patrimoniale) e tra creditori dell’uno o dell’altro coniuge.

Si osserva in generale che la predetta presunzione non sembra più in sintonia con i principi della riforma del 1975 (a loro volta ispirati ai principi costituzionali), considerando che è venuto meno il fondamento socio-economico di quella disparità fra i coniugi che la giustificava nei secoli passati. Anche il superamento del principio dell’indissolubilità giuridica del matrimonio tenderebbe ad indebolire la logica della presunzione “muciana” riguardo all’affidamento nell’altro coniuge, privilegiando il ricorso all’intestazione dei beni ai figli o ad altri parenti.

Quanto, in particolare, al regime di separazione dei beni, si sottolinea che i principi della predetta riforma hanno coinvolto sotto diversi aspetti anche tale convenzione, ove si consideri ad esempio che, pure in presenza di detta separazione, viene ora ad operare la presunzione di comunione dei beni di cui non è provata la proprietà esclusiva. Onde non sarebbe giustificata, in ordine alla operatività della “muciana”, una disciplina nettamente differenziata tra i coniugi in regime di comunione e quelli con la convenzione di separazione dei beni. Senza contare, infine, che ogni disparità nel trattamento della famiglia legittima (realizzata mediante una norma di sfavore) rispetto alle altre convivenze, oltre a menomare la posizione del coniuge, potrebbe contribuire a sviare la stessa scelta matrimoniale.

A quest’ultimo proposito, particolarmente delicato è il discorso che si collega alle considerazioni contenute nell’ordinanza di rimessione, e cioè alla violazione degli artt. 3, 29 e 31 della Costituzione che tutelano la famiglia, con l’implicito divieto di farla oggetto di misure di sfavore.

Il giudice rimettente menziona la sentenza n. 179 del 1976 con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disciplina fiscale sul cumulo dei redditi coniugali, in quanto normativa “che non agevola la formazione della famiglia ed anzi dà vita per i nuclei familiari legittimi, e nei confronti delle unioni libere, delle famiglie di fatto e di altre convivenze, ad un trattamento deteriore”.

Potrebbe ricordarsi anche l'abolizione della presunzione "muciana" in Francia e quanto ha osservato la Corte (sentenza n. 91 del 1973) dichiarando l'illegittimità del divieto di donazioni fra coniugi (art. 781 del codice civile) per la considerazione che tale divieto rappresentava "una palese ineguaglianza giuridica di coloro che sono uniti in matrimonio legittimo non solo rispetto alla generalità dei cittadini, ma anche rispetto ad altri casi di unioni e di convivenze, quali il matrimonio putativo, il matrimonio successivamente annullato, la convivenza *more uxorio*, di cui all'art. 269 del codice civile, il concubinato ed altre".

Indipendentemente dai citati precedenti e dagli orientamenti della disciplina di altri Stati europei, mentre può riconoscersi che l'art. 31 della nostra Costituzione non si limita ad impegnare la Repubblica ad interventi di promozione sociale a tutela della famiglia, ma implica altresì il divieto per il legislatore di introdurre discipline sfavorevoli alla famiglia stessa, si soggiunge che da ciò non discende tuttavia l'illegittimità costituzionale anche di quelle norme che – in un equilibrato bilanciamento di interessi contrapposti – pongano a carico dei coniugi oneri giustificati e non pregiudizievoli ai delicati compiti che la famiglia assolve anche nell'interesse sociale.

Non si rivela necessario analizzare il fondamento delle doglianze fatte in proposito dall'ordinanza di rimessione, essendo sufficiente osservare che, a tutto concedere, un ipotetico loro accoglimento comporterebbe la scelta fra diverse soluzioni nel ridisegnare il giusto bilanciamento delle esigenze dei rapporti fra coniugi rispetto a quelle dei creditori e delle regole di mercato, potendosi riconsiderare la permanenza della giustificazione della presunzione, o la sua disciplina in modo articolato rispetto ai diversi regimi patrimoniali della famiglia. Ciò rende auspicabile l'intervento legislativo, finalizzato ad un razionale riordino della materia, inteso ad armonizzare questo delicato aspetto della legge fallimentare ai principi ispiratori della riforma del 1975, eliminando gli inconvenienti lamentati, tenendo presenti gli altri ordinamenti europei e considerando in ogni caso i principi costituzionali sulla libertà dei coniugi e sulle esigenze di quel nucleo familiare che la Costituzione ha voluto chiaramente privilegiare.

2.3.3. Le convenzioni matrimoniali

Nella **sentenza n. 188 del 1970**, la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale dell'art. 164 del codice civile, che vieta ai terzi la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Per il primo comma dell'art. 164, "non è ammessa alcuna prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali, anche se risulta da controdedichiarazioni scritte". Viene, in tal modo, posto un divieto assoluto nei confronti dei terzi, nonostante che gli stessi abbiano potuto risentire un danno da quelle pattuizioni, e di contro (con il secondo comma dello stesso articolo), la stessa prova è ammessa per le parti ed entro certi limiti; inoltre, e nel contempo, viene apportata una deroga alla regola generale, risultante dagli artt. 1414 e segg. del codice civile, secondo cui ai terzi è dato di agire per l'accertamento della simulazione dei contratti e di giovare di tutti i mezzi di prova.

La disciplina, dettata dall'art. 164, messa a raffronto con quella risultante dagli artt. 1414 ss., integra un'importante deroga alle norme ed ai principi in materia di simulazione dei contratti in generale.

Si ha, in particolare, una evidente disparità di trattamento nei confronti dei terzi in relazione a situazioni sostanzialmente omogenee o facilmente assimilabili. Tali infatti sono quelle in cui si trovano i terzi qualora siano pregiudicati nei loro interessi da contratti in genere o da convenzioni matrimoniali in particolare, che le parti abbiano posto in essere simulatamente: in entrambi i casi il pregiudizio deriva da atti di autonomia privata ed appare astrattamente meritevole di tutela

l'interesse all'accertamento della realtà dei rispettivi rapporti contrattuali.

Rimane, però, da accertare se la differenziazione di trattamento giuridico, ora rilevata, non si presenti razionalmente giustificata.

Può dirsi arbitrario ed illogico che il terzo, mentre può avvalersi della simulazione di un qualunque contratto, non lo possa invece fare quando si tratti di convenzione matrimoniale (e tanto più in quanto gli autori della simulazione possono al contrario avvalersene).

Non ha pregio l'assunto che la norma abbia la sua ragione nello scopo di garantire la stabilità economica della famiglia. La famiglia, tanto nella Costituzione quanto nel codice, gode di una particolare tutela. Ma questa si giustifica se tende a garantire l'intangibilità dei beni destinati effettivamente a sostenere gli oneri del matrimonio e non di quelli che solo fittiziamente abbiano una tale destinazione. Ed invece la norma impugnata, privando il terzo creditore della possibilità di provare la finzione, si traduce in una tutela di quest'ultima piuttosto che degli interessi familiari. I quali, del resto, secondo i principi di ragione e di giustizia, non possono essere protetti fino al punto da sacrificare quelli del terzo, in ogni altro caso tutelati.

Il primo comma dell'art. 164, in conclusione, vietando di provare l'estraneità di certi beni alla famiglia, rivela un'eccedenza del mezzo (divieto totale di prova) rispetto al fine (tutela dell'economia familiare), e la relativa normativa risulta quindi irrazionale.

Nella **sentenza n. 111 del 1995**, la Corte esamina la complessa questione riguardante il combinato disposto degli artt. 162, ultimo comma, 2647 e 2915 del codice civile, impugnati nella parte in cui non prevedono che, per i fondi patrimoniali costituiti sui beni immobili a mezzo di convenzione matrimoniale, l'opponibilità ai terzi sia determinata dalla trascrizione dell'atto sui registri immobiliari anziché dalla annotazione a margine dell'atto di matrimonio. In particolare:

a) il tribunale rimettente ravvisa un'insanabile contraddizione fra l'ultimo comma dell'art. 162 del codice civile, che rende inopponibili ai terzi le convenzioni matrimoniali non annotate a margine dell'atto di matrimonio, e gli artt. 2647 e 2915 dello stesso codice che continuano, invece, a richiedere la trascrizione degli atti aventi ad oggetto beni immobili e che importano vincoli di indisponibilità degli stessi. Questo contrasto determinerebbe tali incertezze ed incoerenze da tradursi nella irragionevolezza della legge e non in un mero difetto di coordinamento;

b) la duplicità delle forme di pubblicità per i fondi patrimoniali con immobili, anche se una di esse resta degradata a pubblicità-notizia, sembra al giudice *a quo* ingiustificatamente troppo onerosa, indebolendo in modo irrazionale la difesa dei diritti della famiglia;

c) sarebbe, invece, conforme ai principi costituzionali il sistema secondo cui la norma sulla necessità dell'annotazione delle convenzioni matrimoniali nei registri dello stato civile facesse eccezione per i fondi costituiti con beni immobili, riservando per essi il regime della normale trascrizione previsto dagli artt. 2647 e 2915 del codice civile.

In ordine a tali doglianze, la Corte riconosce che la certezza del diritto costituisce senza dubbio un valore fondamentale dell'ordinamento da realizzare nella massima misura possibile e che, in materia di pubblicità, la certezza è ovviamente lo scopo stesso del sistema. Purtuttavia, non ogni difetto o confusione legislativa si risolve in irrazionalità tale da determinare un vizio di incostituzionalità, tanto più che gli eventuali difetti riscontrabili in numerose formulazioni normative sono suscettibili di soluzioni che restano affidate agli interpreti.

Sullo specifico problema che forma oggetto del giudizio, la Corte di cassazione – nell'affermare che la costituzione del fondo patrimoniale avente per oggetto beni immobili deve essere, non solo annotata nei registri dello stato civile ai sensi dell'art. 162 del codice civile, ma anche trascritta ai sensi dell'art. 2647 dello stesso codice – ha fatto notare che, essendo stato abrogato il quarto comma della originaria formulazione dell'art. 2647 (che ricollegava alla trascrizione del patrimonio

familiare l'effetto di opponibilità ai terzi), tale forma di pubblicità è stata degradata al rango di pubblicità-notizia, anche perché la coesistenza di due forme di pubblicità aventi la medesima funzione sarebbe inutile e contraddittoria. La stessa sentenza ha poi qualificato come “difetto di coordinamento” il fatto che il legislatore del 1975 si sia dimenticato di riformulare l'art. 2915, secondo cui “non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante (ipotesi diversa da quella in esame, in cui i creditori avevano solo ipotecato gli immobili) gli atti che importano vincoli di indisponibilità se non sono stati trascritti”. Tale residua disposizione appare comunque spiegabile sulla base dei normali criteri interpretativi, tra i quali quello del rapporto fra norma generale e norma speciale.

Si osserva, inoltre, che il dover estendere le ricerche sia presso i registri immobiliari sia presso i registri dello stato civile (questi ultimi “meno facilmente accessibili e anche meno affidabili”) costituisce un “onere che, pur fastidioso, non può dirsi eccessivamente gravoso al punto da offendere il principio dell'art. 24 della Costituzione”.

La stessa conclusione può valere anche riguardo all'art. 3 della Costituzione ed ancor più all'art. 29, posto che tale norma, tutelando essenzialmente gli aspetti etico-sociali della famiglia, non appare utilmente invocata. Senza contare che, mediante i moderni strumenti di ricerca che la scienza continuamente perfeziona, le difficoltà e gli oneri lamentati si riducono sempre di più.

In ogni caso, la complessità del sistema pubblicitario in materia di regime patrimoniale della famiglia, e in particolare una duplice forma di pubblicità (cumulativa, ma a fini e ad effetti diversi) per la costituzione del fondo patrimoniale, trova giustificazioni razionali per il generale rigore necessario alle deroghe al regime legale, e per l'esigenza di contemperare due interessi contrapposti: da una parte presidiare, fino alla maggiore età dell'ultimo figlio, questo patrimonio di destinazione per i bisogni familiari dall'aggregabilità da parte dei creditori, e dall'altra evitare che del predetto istituto si faccia un uso distorto al fine di sottrarre ai creditori le garanzie loro spettanti sui beni, atteso che l'azione revocatoria non è sempre possibile o efficace.

Da quanto precede si esclude che la predetta soluzione del sistema pubblicitario indicata dalla Corte di cassazione sia in contrasto con i principi costituzionali, e che quella proposta dal giudice rimettente vada considerata come l'unica conforme a Costituzione; tanto più che essa si risolve in sostanza nel ripristino del vecchio regime di pubblicità che il legislatore del 1975 – in coerenza con le linee della riforma – ha inteso superare facendo dell'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio il perno del sistema di pubblicità, fondamentale per far conoscere ai terzi quali siano il regime e le convenzioni patrimoniali di ciascuna famiglia.

La Corte non condivide, nella **sentenza n. 217 del 1998**, il dubbio secondo cui l'art. 2 della legge 10 aprile 1981, n. 142, stabilendo il mantenimento della previa autorizzazione del giudice per il mutamento delle sole convenzioni matrimoniali stipulate prima dell'entrata in vigore della legge stessa, crea un'irragionevole diversità di trattamento tra situazioni in tutto identiche, basata esclusivamente sull'elemento temporale (data della stipulazione).

Al riguardo, si rileva che, nel caso specifico, non si tratta della creazione di un vero e proprio regime transitorio – la cui caratteristica è quella di cessare ad un determinato momento – quanto della scelta del legislatore di mantenere due regimi, tra loro differenziati, sulla base dell'elemento discriminante costituito dal fatto che i rapporti siano stati posti in essere anteriormente o successivamente dall'entrata in vigore della legge n. 142 del 1981. Mentre, infatti, l'obbligo della preventiva autorizzazione del giudice è stato eliminato per l'avvenire, il medesimo è stato mantenuto soltanto per il mutamento, successivo al matrimonio, delle convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore della legge stessa.

Siffatta scelta compiuta dal legislatore va scrutinata, secondo l'unico parametro indicato

nell'ordinanza di rimessione, in base al criterio della ragionevolezza.

Ad avviso della Corte, lo sdoppiamento del regime autorizzatorio previsto dalla citata legge non viola l'invocato parametro costituzionale. La norma impugnata non si limita a distinguere le due situazioni sulla base del semplice elemento diversificatore costituito dal fluire del tempo, ma, seguendo il normale criterio secondo cui le modificazioni legislative non intervengono che per l'avvenire, si fa carico di recepire gradualmente le innovazioni che la coscienza collettiva è andata maturando nel corso degli anni. Invero, la necessità dell'autorizzazione del giudice per la modifica delle convenzioni matrimoniali trovava il proprio fondamento, culturale e sociale prima ancora che giuridico, in un determinato assetto che la famiglia italiana ha mantenuto fino ad un certo momento storico. In questo contesto il provvedimento del giudice costituiva una garanzia sia per la base economica della famiglia, sia per la tutela del coniuge più debole.

La permanenza dell'autorizzazione per il mutamento delle convenzioni anteriormente stipulate, quindi, si giustifica anche per il principio dell'affidamento riposto dalle parti nella tendenziale immutabilità del regime convenzionale adottato, risolvendosi così in un bilanciato e corretto punto di equilibrio nel passaggio dal vecchio al nuovo regime, rispettoso dei diritti acquisiti e della graduale evoluzione della coscienza sociale in materia.

2.3.4. Il divieto di donazione tra coniugi

Sempre nella direzione dell'affermazione dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, la Corte caduca, con la **sentenza n. 91 del 1973**, l'ormai anacronistico divieto di donazione tra coniugi, rilevando che "evidente appare il contrasto della disposizione dell'art. 781 del codice civile con l'art. 3 della Costituzione. La norma denunziata viola infatti il principio di uguaglianza fra cittadini, in quanto stabilisce che la condizione di coniugato con una data persona costituisce un elemento discriminante rispetto alla capacità del non coniugato o del coniugato con altra persona di donare e correlativamente di ricevere per donazione. La disposizione, che limita la capacità contrattuale dei cittadini coniugati nei loro reciproci confronti, riducendo la libertà della loro iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, non trova alcuna ragionevole giustificazione in motivi che attengano all'utilità sociale o alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana o che comunque possano identificarsi con i principi e i valori tutelati dalla Costituzione o che questa si propone di attuare.

Non solo riguardo al contenuto della norma manca ogni corrispondenza del fine legislativo con i diritti della persona tutelati dalla Costituzione e con i principi dichiarati nell'art. 3, ma non si rinviene lo scopo oggettivo del divieto né si ravvisa quali interessi esso protegga. È chiaro, al contrario, che il divieto costituisce una palese ineguaglianza giuridica di coloro che sono uniti in matrimonio legittimo, non solo rispetto alla generalità dei cittadini, riducendo la loro iniziativa economica, ma anche rispetto ad altri casi di unioni e di convivenze, quali il matrimonio putativo, il matrimonio successivamente annullato, la convivenza *more uxorio* di cui all'art. 269 del codice civile, il concubinato ed altre. Ineguaglianza tanto più ingiustificata in quanto gli stessi pericoli, che si afferma di voler impedire mediante il divieto di donare imposto ai coniugi legittimi, possono incombere con assai maggiore frequenza e con conseguenze assai più gravi sulle persone che si trovano nei casi sopra menzionati e per le quali il divieto non è comminato.

L'irragionevolezza della limitazione *ex art.* 781 a carico dei coniugi legittimi si appalesa evidente anche nel fatto che il divieto non si applica ai fidanzati, con l'assurda conseguenza che le medesime persone possono farsi fra loro donazioni sino al momento in cui contraggono matrimonio legittimo.

Pertanto, necessariamente, a base del divieto di cui all'articolo 781 del codice civile vi è la presunzione assoluta che il matrimonio legittimo crei fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l'uno possa sempre essere circuito o costretto dall'altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni, presunzione questa incompatibile con il disposto dell'art. 29, capoverso, della Costituzione che ordina il matrimonio sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e con la stessa concezione giuridica del matrimonio.

Tale presunzione è, del resto, contrastante con la stessa realtà giuridica, in quanto la persona unita ad altra da vincolo coniugale legittimo è meno esposta a soggiacere a seduzioni e pressioni affettive da parte dell'altro coniuge dirette ad ottenere liberalità, le quali non possono in alcun modo incidere sulla condizione di coniuge legittimo, che non invece la persona non unita ad altra con siffatto vincolo, la quale più facilmente può essere indotta a cedere a ricatti affettivi e a compiere liberalità sotto la minaccia di non effettuare un matrimonio o di far cessare un'unione illegittima.

Pertanto, l'incostituzionalità della norma denunziata risulta non solo estrinsecamente in quanto, limitando l'attività negoziale dei coniugati legittimi, li pone, rispetto alla capacità di effettuare e di ricevere donazioni, in una condizione differenziata in confronto a quella degli altri cittadini, senza che la norma medesima risulti perseguire alcuna finalità apprezzabile, ma anche intrinsecamente, in quanto il principio costituzionale di uguaglianza appare violato, mancando ogni ragionevole motivo per fare ai cittadini coniugati con il donante un trattamento diverso da quello dei cittadini non coniugati o non coniugati con il donante, creando situazioni di svantaggio in difetto di una fondata o almeno plausibile giustificazione del precetto o desumibile da effettive esigenze oggettive.

2.3.5. Il regime di separazione dei beni

Sul piano dei rapporti economici fra coniugi, la legge di riforma del 1975 ha introdotto, come regime patrimoniale ordinario, la comunione degli utili e degli acquisti verificatisi durante il matrimonio, regime che la Corte ha auspicato espressamente (nella **sentenza n. 187 del 1974**), specie a tutela della rivalutazione del lavoro domestico della donna, totalmente trascurato nella precedente disciplina.

Al riguardo, la Corte ha ritenuto che il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dall'art. 29 della Costituzione, esige certamente che ad esso si adegui ed informi anche il regime positivo dei rapporti patrimoniali; ed è incontestabile che la previgente disciplina legislativa di questi rapporti poteva dar luogo a situazioni di inadeguata tutela giuridica, tra le quali appariva particolarmente grave e meritevole di protezione, specie nel caso di separazione personale, quella della donna priva di un proprio lavoro professionale autonomo, che avesse dedicato la sua attività all'adempimento dei doveri di moglie e di madre, occupandosi assiduamente delle cure e faccende domestiche. In regime di separazione dei beni, il contributo recato dall'operosità e dall'abnegazione della casalinga all'economia familiare e al risparmio dell'azienda domestica, molto spesso ragguardevole anche se difficilmente valutabile in denaro, rimaneva privo di efficace tutela, specie quando il marito avesse investito i risparmi, frutto delle comuni fatiche e rinunzie, nell'acquisto a nome proprio di beni immobili o mobili.

Se, sotto questo profilo, si doveva riconoscere che il previgente ordinamento italiano presentava una vera lacuna, occorreva tuttavia dichiarare, con eguale chiarezza, che il potere di colmare tale lacuna competeva esclusivamente al legislatore.

La riforma del regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi si è inserita in una più ampia, organica riforma dell'intero ordinamento del matrimonio e del diritto di famiglia, con riflessi sul sistema delle successioni, legittime e testamentarie. Solo in tale sede il legislatore ha potuto

procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali.

2.3.6. Il trattamento fiscale dei redditi dei coniugi

Con la **sentenza n. 179 del 1976**, la Corte dichiara l'incostituzionalità delle norme secondo cui, al fine dell'individuazione dei soggetti passivi dell'imposta complementare progressiva sul reddito complessivo, "i redditi della moglie si cumulano con quelli del marito" (art. 131, comma secondo) e per cui sul reddito complessivo così formato l'imposta è applicata con aliquota progressiva (art. 139).

Con la prima parte del secondo comma dell'art. 131, in relazione alle altre norme dello stesso articolo, sono evidenziati due profili o momenti: l'imputazione al marito dei redditi della moglie che non sia legalmente ed effettivamente separata e cioè il riferimento *ex lege* del reddito di un dato soggetto pienamente capace ad un soggetto diverso, ed il concorso dei redditi della moglie trovantesi in quella situazione, alla formazione del reddito complessivo del marito. E si ha così che il marito è soggetto passivo dell'imposta (anche) per i redditi della moglie che non sia legalmente ed effettivamente separata, e che il debito di imposta è determinato in rapporto al reddito complessivo del marito, ancorché a costituirlo abbiano concorso i redditi della moglie.

Due persone fisiche, che nelle norme in esame sono rispettivamente il marito e la moglie (non separati), risultano in tal modo assoggettate ad un trattamento differenziato o particolare per cui: in costanza di rapporto coniugale, il marito e non anche la moglie, è soggetto passivo dell'imposta; il marito e non anche la moglie è debitore dell'imposta con riguardo a redditi di cui non ha il possesso, ed il marito, stante la progressività del tributo, ha un debito di imposta superiore a quello che avrebbe avuto se l'imposta fosse stata commisurata solo alla somma dei redditi propri e di quelli altrui di cui abbia la libera disponibilità o l'amministrazione senza obbligo della resa dei conti.

Le norme di cui alla denuncia violano il principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e non sono ordinate sulla eguaglianza giuridica dei coniugi. A fronte di situazioni eguali si hanno trattamenti differenti: da un canto, per il possesso di redditi vi è chi è considerato soggetto di imposta e chi non lo è, e dall'altro, nonostante la mancanza del possesso di redditi, vi è chi (anche) per questi è considerato soggetto di imposta e chi non lo è. Ed in entrambi i casi il trattamento differenziato o diverso non ha alcuna razionale giustificazione né appare finalizzato a garantire o tutelare l'unità familiare.

Con l'imposta complementare si tende a colpire il reddito non in sé, all'atto e per il fatto del suo prodursi, bensì in quanto riveli una data capacità contributiva, e cioè una attitudine concreta a concorrere alle spese pubbliche.

Può perciò apparire logico che sia tenuta presente la situazione in concreto del singolo soggetto, ed, in rapporto a ciò, ragionevole che ai fini della determinazione del suo reddito complessivo netto concorrano il criterio analitico e quello sintetico.

Ma non si spiega come e perché un soggetto (il marito) possa e debba presentare una maggiore capacità contributiva per l'esistenza di redditi altrui di cui non abbia legalmente il possesso, e cioè il godimento o l'amministrazione senza obbligo della resa dei conti.

D'altra parte, manca la possibilità che alla normativa *de qua* si riconosca la funzione di limite (alla eguaglianza giuridica dei coniugi) posto "a garanzia dell'unità familiare", giacché a costituire e mantenere questa potrebbe giovare un regime di comunione dei beni e dei redditi relativi, ma non di certo un sistema tributario basato sopra un fittizio possesso di redditi comuni.

E con ciò appare evidente anche il contrasto con l'art. 31 della Costituzione. La normativa in esame non "agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi" ed anzi dà vita per i nuclei familiari legittimi e nei confronti delle unioni libere, delle famiglie di fatto e di altre convivenze familiari, ad un trattamento deteriore.

2.3.7. La successione del binubo

La Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla condizione giuridica del binubo. Ciò è avvenuto, in special modo, con riferimento al diritto successorio.

Nel caso deciso con la **sentenza n. 189 del 1970**, viene avanzato il dubbio che gli articoli 595 e 599 del codice civile, assoggettando "ad un trattamento diverso il coniuge del testatore a seconda che quest'ultimo avesse o meno contratto un precedente matrimonio, abbiano creato una situazione di inferiorità per il coniuge del binubo, in relazione al coniuge del non binubo.

Senonché, ad avviso della Corte, tale differenza di trattamento non appare irrazionale solo che si tengano presenti le ragioni che hanno determinato la disciplina legislativa, relativamente alla quale è stata sollevata la questione, e gli interessi oggetto della tutela.

Con i citati artt. 595 e 599, nell'ipotesi di sopravvivenza di figli di precedenti matrimoni e del coniuge, e qualora il *de cuius*, con donazioni o disposizioni testamentarie, direttamente o a mezzo di persone interposte, abbia voluto assicurare sulla disponibile al coniuge una posizione migliore di quella conseguibile dal meno favorito di detti figli, il legislatore dispone che questi possono ottenere la riduzione delle liberalità, *inter vivos* o *mortis causa*, fino a realizzare in concreto la parità di trattamento tra il meno favorito di essi figli ed il coniuge.

Ora, tale disciplina legislativa è dettata per evitare che il coniuge del binubo in fatto possa influire su questo a danno di figli di precedenti matrimoni e per salvaguardare costoro sul terreno patrimoniale. Tutto ciò basta ad escludere l'irrazionalità della norma, ispirata per il resto a valutazioni del legislatore non sindacabili in questa sede.

Del pari non ricorre il denunciato contrasto con l'art. 29 della Costituzione.

Secondo l'ordinanza di rimessione il disfavore nei confronti del coniuge del binubo porterebbe ad un trattamento differenziato, per cui in relazione alla parte disponibile del patrimonio del *de cuius* si avrebbero l'incapacità (*ex* artt. 595 e 599) a succedere per testamento del coniuge del binubo e la piena capacità, invece, del coniuge del non binubo e addirittura delle persone estranee alla famiglia; e tale trattamento differenziato mal si concilierebbe "con il principio costituzionale della dignità dell'unione matrimoniale, senza distinzione tra le prime nozze e le ulteriori".

La Corte, invece, avverte che nelle due ipotesi lo *status* di coniuge (marito o moglie) sostanzialmente è caratterizzato dalle stesse situazioni giuridiche soggettive, per cui nel caso di seconde o ulteriori nozze non si può parlare, almeno a proposito della normativa in esame, di degradazione, neppure patrimoniale, di dette nozze rispetto alle prime.

La differenza di trattamento rilevata nei confronti del coniuge del binubo sussiste infatti solo sul terreno successorio ed in una particolare ipotesi, ed entro quell'ambito non è irrazionale. D'altra parte, data la sua limitata importanza ed incidenza, non basta a qualificare in modo speciale il matrimonio ed i rapporti che ne conseguono e comunque non è tale da integrare un'entità in contrasto con il principio di parità morale e giuridica dei coniugi.

Successivamente, la Corte ha ritenuto che la decisione n. 189 del 1970 si basasse essenzialmente sull'assunto, tratto dalla relazione al codice che la disciplina impugnata fosse dettata per evitare che "il coniuge del binubo in fatto possa influire su questo a danno di figli di precedenti matrimoni e per

salvaguardare costoro sul terreno patrimoniale”.

In base all’indirizzo giurisprudenziale iniziato con la **sentenza n. 205 del 1970** e manifestatosi particolarmente con la **sentenza n. 91 del 1973**, la Corte ritiene di dover approfondire l’intrinseca ed estrinseca validità delle relative disposizioni rispetto ai principi consacrati negli artt. 3 e 29 della Costituzione; ciò che porta la Corte, nella **sentenza n. 153 del 1979**, ad eliminare una indebita restrizione della capacità di ricevere per testamento dei coniugi dei binubi, in quanto gli artt. 595 e 599 del cod.civ., assoggettando ad un diverso trattamento il coniuge del testatore a seconda che questo abbia o meno contratto un secondo matrimonio, e prevedendo limitazioni alla capacità successoria del coniuge del binubo, si rivelano incompatibili con il principio costituzionale della dignità dell’unione matrimoniale di cui all’art. 29, indipendentemente dalla circostanza che tale unione si sia realizzata in prime o ulteriori nozze.

La norma dell’art. 595, limitando la capacità dei binubi e dei loro coniugi in confronto a quella degli altri coniugati, operava una distinzione giuridica fra il precedente matrimonio legittimo ed i successivi, ponendo i coniugi di successivi matrimoni in uno stato di inferiorità giuridica in confronto dei coniugi precedenti. Questa distinzione non si conciliava con l’art. 29 della Costituzione, il quale non differenzia fra loro i matrimoni legittimi, ma vuole questi ordinati sulla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e tanto meno consente di disciplinare in modo diverso il primo matrimonio da quelli successivi.

A base del divieto di cui all’art. 595, così come a base di quello dell’art. 781 dichiarato costituzionalmente illegittimo, vi era la presunzione, denunciata dalla Corte nella sua citata sentenza n. 91 del 1973, che il matrimonio legittimo creasse fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità, non riscontrabile nelle altre forme di unioni coniugali non legittime, per cui ciascun coniuge potesse essere sempre circuito o costretto dall’altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni, presunzione questa incompatibile con l’uguaglianza civile e morale dei coniugi. Come nella citata sentenza n. 91, riguardo alla statuizione di incostituzionalità dell’art. 781, la Corte, anche rispetto all’art. 595, osserva che questa presunzione contrasta con la stessa realtà giuridica in quanto la persona unita all’altra da vincolo coniugale legittimo è meno esposta a soggiacere a seduzioni e pressioni affettive da parte dell’altro coniuge dirette ad ottenere liberalità, che non invece la persona non unita ad altra con siffatto vincolo, la quale più facilmente può essere indotta a cedere a ricatti affettivi e a compiere liberalità sotto la minaccia di non legittimare l’unione illegittima o di farla cessare.

L’esame della legislazione italiana dopo la seconda guerra mondiale mostra, attraverso una serie di abrogazioni di norme limitatrici della capacità giuridica dei binubi, il progressivo abbandono da parte del legislatore del disfavore verso le seconde nozze. L’abrogazione effettuata dal legislatore con la legge 19 maggio 1975, n. 151, dell’art. 595 del codice civile ha operato in questa direzione adeguando il diritto di famiglia e di successione ai principi espressi nella Costituzione e giova anche essa a rivelare uno stato di illegittimità costituzionale esistente prima della riforma del 1975.

2.4. Lo *status civitatis* dei coniugi

2.4.1. *La perdita della cittadinanza per matrimonio*

Un chiaro anacronismo concernente l’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi viene, con la **sentenza n. 87 del 1975**, rinvenuto nell’art. 10, comma terzo, della legge 13 giugno 1912, n. 555, nella parte in cui dispone che una cittadina italiana che si marita ad uno straniero perde la cittadinanza italiana, sempreché il marito possieda una cittadinanza che per il fatto del matrimonio a

lei si comunichi.

La norma impugnata stabilisce infatti che, rispetto all'ordinamento italiano, la perdita della cittadinanza italiana avvenga automaticamente per il fatto stesso del matrimonio, indipendentemente dalla volontà della donna ed anche se questa manifesti una volontà contraria, sottoponendo la perdita ad una condizione dipendente dall'ordinamento del marito e pertanto estraneo a quello italiano, cioè che nell'ordinamento straniero vi sia una norma che attribuisca alla donna italiana la cittadinanza dell'uomo per effetto del matrimonio.

Per la Corte, l'art. 10 si ispira ad una concezione che non risponde (ed anzi contrasta) ai principi della Costituzione, che attribuisce pari dignità sociale ed uguaglianza avanti alla legge a tutti i cittadini senza distinzione di sesso e ordina il matrimonio sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

È indubbio che la norma impugnata, stabilendo nei riguardi esclusivamente della donna la perdita della cittadinanza italiana, crea una ingiustificata e non razionale disparità di trattamento fra i due coniugi.

La differenza di trattamento dell'uomo e della donna e la condizione di minorazione ed inferiorità in cui quest'ultima è posta dalla norma impugnata si evidenzia ancora maggiormente per il fatto che la perdita della cittadinanza, stato giuridico costituzionalmente protetto e che importa una serie di diritti nel campo privatistico e pubblicistico e inoltre, in particolare, diritti politici, ha luogo senza che sia in alcun modo richiesta la volontà dell'interessata e anche contro la volontà di questa.

La norma impugnata pone in essere anche una non giustificata disparità di trattamento fra le stesse donne italiane che compiono il medesimo atto del matrimonio con uno straniero, facendo dipendere nei riguardi di esse la perdita automatica o la conservazione della cittadinanza italiana dall'esistenza o meno di una norma straniera, cioè di una circostanza estranea alla loro volontà.

La norma viola palesemente anche l'art. 29 della Costituzione in quanto commina una gravissima disuguaglianza morale, giuridica e politica dei coniugi e pone la donna in uno stato di evidente inferiorità, privandola automaticamente, per il solo fatto del matrimonio, dei diritti del cittadino italiano. Come rileva il giudice a quo, la norma non giova, rispetto all'ordinamento italiano, all'unità familiare voluta dall'art. 29 della Costituzione, ma anzi è ad essa contraria, in quanto potrebbe indurre la donna, per non perdere un impiego per cui sia richiesta la cittadinanza italiana o per non privarsi della protezione giuridica riservata ai cittadini italiani o del diritto ad accedere a cariche ed uffici pubblici, a non compiere l'atto giuridico del matrimonio o a sciogliere questo una volta compiuto.

Pertanto, è in contrasto con la Costituzione non dare rilievo alla volontà della donna di conservare l'originaria cittadinanza italiana, salva la discrezionalità del legislatore di disciplinare le relative modalità.

2.4.2. La comunicazione della cittadinanza al figlio

Una disparità di trattamento tra coniugi viene rinvenuta, ad opera della **sentenza n. 30 del 1983**, nell'art. 1, n. 1, della legge n. 555 del 1912 “nella parte in cui non prevede che il figlio di cittadina italiana, che abbia conservato la cittadinanza anche dopo il matrimonio con lo straniero, abbia la cittadinanza italiana”. In realtà tale norma differenzia la situazione del marito straniero da quello della moglie italiana quanto all'acquisto della cittadinanza italiana da parte dei discendenti diretti del cittadino. Questa discriminazione tra coniugi in ordine alla determinazione dello *status civitatis* dei figli legittimi comporta inoltre conseguenze molteplici e di non secondario rilievo, quando si

consideri che alla cittadinanza si riconnettono situazioni soggettive di segno diverso e di disparato contenuto, ma tutte raggruppabili in una condizione complessivamente positiva nell'ambito dell'ordinamento italiano.

La disposizione è in chiaro contrasto con l'art. 3, 1 comma, (eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di sesso) e con l'art. 29, 2 comma, (eguaglianza morale e giuridica dei coniugi).

Né giustifica la differenziata disciplina in tema di acquisto della cittadinanza per nascita il richiamo ad un limite all'eguaglianza tra i coniugi, stabilito dalla legge a garanzia della unità familiare. Tra l'altro non si vede come la diversità di cittadinanza tra i coniugi sia stata ritenuta compatibile con l'unità familiare, mentre non potrebbe esserlo l'attribuzione congiunta al figlio minore della cittadinanza paterna e di quella materna.

Nemmeno varrebbe, poi, a giustificare il mancato ossequio ai principi degli artt. 3, primo comma, e 29, secondo comma, l'esigenza di evitare i fenomeni di doppia cittadinanza, per gli impegni assunti anche in sede internazionale (Convenzione di Strasburgo del 1963, la cui ratifica fu autorizzata con L. 4 ottobre 1966, n. 876). Deve infatti riconoscersi come prevalente, rispetto ad inconvenienti pur seri, la necessità di realizzare il principio costituzionale di eguaglianza anche a proposito di acquisto dello *status civitatis* per nascita. Né fanno difetto al legislatore i mezzi per ridurre in limiti tollerabili le difficoltà nascenti dalla pluralità di cittadinanze in capo al figlio.

Del resto, anche la sentenza n. 87 del 1975 e l'art. 143 *ter* del codice civile danno luogo a casi di doppia cittadinanza senza che ciò sia valso a porre in dubbio il fondamento costituzionale delle soluzioni adottate. In questo senso, la pronuncia in esame costituisce la logica proiezione, in tema di acquisto della cittadinanza per nascita, della *ratio decidendi* accolta nella sentenza n. 87 del 1975. Tale *ratio*, più che porre in rilievo la volontà del soggetto, consiste proprio nel riconoscimento delle conseguenze che derivano dai principi affermati nell'art. 3, primo comma, e nell'art. 29, secondo comma, della Costituzione. Invero, anche nella fattispecie ora esaminata, ciò che si valorizza è l'esigenza di una assimilazione giuridica nella comunità statale di coloro che vengono considerati, effettivamente o potenzialmente, integrati nella realtà socio-politica che l'ordinamento deve regolare. Tale rilievo, accolto dalla dottrina italiana che più si è occupata delle tendenze evolutive del diritto della cittadinanza in ambito europeo, corrisponde anche alla evoluzione del nostro diritto quale emerge dalla legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 e dalla giurisprudenza costituzionale.

Certo non si può parlare, in senso tecnicamente proprio, di un diritto dei genitori di "trasmettere ai figli" i rispettivi *status civitatis*: è sempre l'ordinamento statale a prevedere le fattispecie nelle quali si realizza l'acquisto della cittadinanza *jure sanguinis*, acquisto che, dal punto di vista giuridico, esclude ogni trasferimento o trasmissione. Ciò non toglie che la disciplina attuale, con il prevedere l'acquisto originario soltanto della cittadinanza del padre, lede da più punti di vista la posizione giuridica della madre nei suoi rapporti con lo Stato e con la famiglia. In particolare, non può contestarsi l'interesse, giuridicamente rilevante, di entrambi i genitori a che i loro figli siano cittadini e cioè membri di quella stessa comunità statale di cui essi fanno parte e che possano godere della tutela collegata a tale appartenenza. Del pari, la disciplina vigente lede la posizione della madre nella famiglia, se si considera la parità nei doveri e nella responsabilità verso i figli ormai affermata negli ordinamenti giuridici del nostro tempo.

In definitiva, l'art. 1, n. 1, della legge n. 555 del 1912 rappresenta una tipica espressione della diversità di posizione giuridica e morale dei coniugi, ritenuta necessaria dal legislatore di quel tempo per realizzare l'unità familiare, mediante l'assoggettamento della moglie e dei figli alla condizione, rispettivamente, del marito e del padre. Né va dimenticato che la disciplina impugnata contrasta con il principio di eguaglianza, giacché tratta in modo diverso i figli legittimi di padre

italiano e di madre straniera rispetto ai figli legittimi di padre straniero e madre italiana.

2.4.3. Il diritto applicabile in caso di diversa nazionalità dei coniugi

Nella **sentenza n. 71 del 1987**, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 delle disposizioni preliminari al codice civile, nella parte in cui (in ipotesi di divorzio o separazione personale tra coniugi), per il caso di mancanza di legge nazionale comune ai coniugi, stabilisce che si applica la legge nazionale del marito al tempo del matrimonio.

La norma impugnata si ispira al principio di nazionalità, ma, al fine di superare le difficoltà nascenti dall'applicazione cumulativa di normative "nazionali" diverse, lo integra con il criterio della prevalenza della legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio. Proprio tale criterio è specificamente impugnato in quanto ritenuto contrario ai principi, accolti nella nostra Costituzione (così come nella maggior parte degli ordinamenti costituzionali stranieri) del divieto di ogni discriminazione fra i sessi e dell'eguaglianza morale e giuridica fra i coniugi, dei quali il secondo è specificazione del primo.

È noto come il nostro ordinamento si sia andato adeguando agli indicati imperativi costituzionali, e che tale adeguamento è dovuto anche a pronunce della Corte. Per quanto concerne, in particolare, il secondo dei due principi, l'esempio più evidente è costituito dalla riforma del diritto di famiglia, con la quale è stata abbandonata la tradizionale concezione della preminenza del marito nell'organizzazione della famiglia.

La Corte si chiede se analoghi risultati di adeguamento a Costituzione debbano ritenersi imposti per le norme risolutive dei conflitti (norme di diritto internazionale privato).

Ciò fu dapprima negato in dottrina, con riferimento agli articoli 3 e 29 Cost.

In relazione a un dibattito sviluppatosi anche fuori del nostro Paese, sull'asserito presupposto del carattere "neutro" o "neutrale" delle norme di collisione, fu sostenuto che esse, non disciplinando direttamente il rapporto controverso, non siano idonee a incidere gli interessi in questo coinvolti e quindi neppure la sfera di operatività della Costituzione nella relativa materia.

La giustificazione più profonda dell'orientamento negativo continuò a ritrovarsi nell'esigenza di contemperare il principio di nazionalità con quello dell'unicità della normativa applicabile. È tuttavia un dato comparatistico di qualche rilevanza che in alcuni Paesi europei sensibili ad entrambi si preferì ricorrere a criteri diversi, quali quelli del domicilio o della residenza degli sposi, se comune in un dato momento, mentre, in altri Paesi, all'introduzione, peraltro più recente, del principio costituzionale della eguaglianza morale e giuridica fra i coniugi, seguì comunque, nel breve periodo, l'eliminazione legislativa di norme di collisione, che (in materia di divorzio) si ispiravano alla prevalenza della legge nazionale del marito.

Ma la riluttanza ad ammettere la sindacabilità costituzionale delle norme di diritto internazionale privato e la configurabilità di un contrasto costituzionalmente rilevante fra una norma di rinvio ispirata alla prevalenza della legge nazionale del marito e i principi costituzionali di eguaglianza fra uomo e donna e fra coniugi è ormai largamente superata dalla dottrina, da ultimo anche in considerazione di recenti giurisprudenze costituzionali di altri Paesi europei.

Tutto ciò posto, la questione viene dichiarata fondata. Intanto, non può non avere particolare peso l'orientamento più recente della nostra legislazione e della Corte nel senso dell'adeguamento agli imperativi costituzionali suindicati, sia della materia del diritto familiare, sia di altre materie che avevano recepito i principi della prima.

Non può, comunque, essere condivisa la tesi che, argomentando dalla supposta "neutralità" delle norme di diritto internazionale privato, perviene a negare la stessa configurabilità di un contrasto di

esse con gli imperativi costituzionali in argomento (e, in definitiva, con qualsiasi altro).

Nella formulazione dei criteri per l'individuazione della norma (interna o straniera) applicabile – formulazione che è l'oggetto suo proprio – la norma di collisione, anche se prescinde dal modo in cui gli interessi tipici coinvolti nel rapporto sono concretamente regolati dalla norma stessa, nondimeno può ispirarsi a principi (o valori) sottesi alla disciplina civilistica interna dell'istituto ovvero ad altri principî (o valori). Orbene, in entrambi tali casi, la norma di collisione adotta una scelta di ordine normativo, che non può non confrontarsi con le scelte di fondo a livello costituzionale rispetto alle quali assuma rilievo il principio (o valore) cui essa si ispira.

Ne discende che la scelta adottata dalla norma impugnata è senza alcun dubbio ispirata al principio che si concreta nel riconoscimento al marito di una posizione preminente nella famiglia. E non può negarsi che il detto principio si pone in contrasto con le scelte di fondo operate dall'art. 3, comma primo, e dall'art. 29, comma secondo, della Costituzione.

Sempre con riferimento all'individuazione della legge applicabile tra coniugi di diversa nazionalità, la Corte, con la **sentenza n. 254 del 2006**, censura la preferenza accordata, nei rapporti patrimoniali, alla legge nazionale del marito, così dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma primo, delle disposizioni preliminari al codice civile, nella parte in cui prevede che «i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio».

Al riguardo, la Corte ricorda che, con la **sentenza n. 477 del 1987**, nel ribadire le motivazioni utilizzate nella sentenza n. 71 del 1987, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 20, comma primo, delle disposizioni preliminari al codice civile, per violazione degli articoli 3, primo comma, e 29, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui, nell'individuare la legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli, privilegiava la legge nazionale del padre.

Ad eguali conclusioni – sia in punto di ammissibilità del sindacato concernente le norme di diritto internazionale privato, sia in punto di fondatezza della questione – si perviene ora in ordine all'art. 19, comma primo, delle preleggi. Anche tale norma di “collisione”, infatti, componendo un conflitto tra le leggi nazionali diverse dei coniugi, privilegiando, nell'individuazione della norma regolatrice dei rapporti patrimoniali tra questi, la legge nazionale del marito, realizza una discriminazione nei confronti della moglie per ragioni legate esclusivamente alla diversità di sesso, in violazione sia dell'art. 3, comma primo, della Costituzione, sia dell'art. 29, comma secondo, della Costituzione.

2.5. L'unità familiare ed il buon andamento della pubblica amministrazione

2.5.1. Il trasferimento finalizzato al ricongiungimento con il coniuge

Il bilanciamento tra la tutela dell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione e l'esigenza di garantire l'unità familiare è al centro della **sentenza n. 183 del 2008**, che ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità sollevato nei confronti della norma – recata dall'art. 17 della legge 28 luglio 1999, n. 266 – che contempla il diritto, senza limiti, del coniuge convivente del personale delle forze armate e di polizia, trasferito d'autorità da una ad altra sede di servizio, che sia impiegato in una amministrazione pubblica, ad essere impiegato, per comando o distacco, presso altre amministrazioni nella sede di servizio del coniuge o, in mancanza, nella sede più vicina. Osserva la Corte che finalità dell'istituto del ricongiungimento è tener conto nel contempo del buon andamento dell'amministrazione militare, che richiede un regime di più accentuata mobilità, e dell'esigenza di tutela dell'unità familiare, che, in mancanza di tale istituto, per il militare e la sua

famiglia risulterebbe compromessa: «il ricongiungimento è, dunque, diretto a rendere effettivo il diritto all'unità della famiglia, che [...] costituisce espressione di un diritto fondamentale della persona umana»; detto valore può giustificare «una parziale compressione delle esigenze di alcune amministrazioni (nella specie, quelle di volta in volta tenute a concedere il comando o distacco di propri dipendenti per consentirne il ricongiungimento con il coniuge), purché nell'ambito di un ragionevole bilanciamento dei diversi valori contrapposti, operato dal legislatore». Inoltre, la legittimità della norma rispetto al parametro di cui all'art. 97 Cost. deve essere valutata tenendo conto dei suoi effetti sul buon andamento della pubblica amministrazione nel suo complesso: perciò, se è vero che l'istituto del ricongiungimento sottrae un dipendente all'amministrazione di appartenenza, è anche vero che esso attenua i disagi causati dalla mobilità del dipendente di un'altra amministrazione.

2.5.2. Il collocamento in aspettativa per ricongiungimento con il coniuge

La discrezionalità del legislatore nel bilanciamento fra le esigenze organizzative della pubblica amministrazione e la tutela dell'unità familiare è alla base del rigetto, con la **sentenza n. 113 del 1998**, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 26, nella parte in cui non contempla – tra i titolari del diritto al collocamento in aspettativa per ricongiungimento con il coniuge dipendente statale in servizio all'estero – anche i dipendenti degli enti locali.

Dai lavori preparatori risulta, da un lato, che la legge n. 26 del 1980 trae origine da esigenze manifestatesi in talune amministrazioni dello Stato, “con il notevole incremento di donne che hanno intrapreso carriere statali e con il conseguente aumento di matrimoni fra dipendenti dello Stato”; dall'altro, che si tratta di un ampliamento dell'aspettativa per motivi di famiglia di cui all'art. 69 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. Nel corso della discussione in assemblea, al Senato si è sottolineata l'esigenza di tutelare l'unità della famiglia anche nel caso in cui il coniuge non sia dipendente statale, ed in particolare nel caso in cui si tratti di dipendente privato. Tali auspici non si sono tuttavia tradotti in un ampliamento dell'ambito di applicabilità della legge in discussione, cosicché l'estensione dei benefici da essa previsti è rimasta affidata a futuri provvedimenti legislativi.

Anche in considerazione del tenore di alcune disposizioni della legge n. 26 del 1980, la disciplina di cui il giudice rimettente chiede l'estensione appare preordinata in modo inequivoco ad introdurre una nuova ipotesi di aspettativa senza assegni – revocabile in qualunque momento per ragioni di servizio – nell'ambito dell'impiego statale. In particolare, l'impugnato art. 1 prevede che il dipendente possa chiedere il collocamento in aspettativa, “qualora l'amministrazione non ritenga di poterlo destinare a prestare servizio nella stessa località in cui si trova il coniuge, o qualora non sussistano i presupposti per un suo trasferimento nella località in questione”, delineando in tal modo una duplice condizione non realizzabile per i dipendenti degli enti locali. Lo stesso meccanismo di cui all'art. 4 sembra presupporre piante organiche di una certa consistenza numerica, laddove prevede che, qualora l'aspettativa si protragga oltre un anno, l'amministrazione ha facoltà di utilizzare il posto corrispondente ai fini delle assunzioni e, in tal caso, l'impiegato che cessa dall'aspettativa “occupa – ove non vi siano vacanze disponibili – un posto in soprannumero da riassorbirsi al verificarsi della prima vacanza”.

Successivamente, la legge 25 giugno 1985, n. 333, ha stabilito che “il dipendente statale, il cui coniuge presti servizio all'estero per conto di soggetti non statali, può chiedere il collocamento in aspettativa a norma della legge 11 febbraio 1980, n. 26”. Tale estensione dei benefici originariamente previsti dalla legge denunciata conferma la scelta del legislatore di riferire alle sole

amministrazioni statali l'istituto del collocamento in aspettativa per ricongiungimento con il coniuge in servizio all'estero, beneficio peraltro configurato nei termini condizionali ed ipotetici di cui all'art. 1, e suscettibile di essere revocato "in qualunque momento" per ragioni di servizio (oltre che in difetto di effettiva permanenza all'estero del dipendente in aspettativa).

La scelta del legislatore di limitare all'ambito dell'impiego statale l'operatività di questo istituto – volto a tutelare l'unità e l'integrità del nucleo familiare – muove da una non irragionevole valutazione discrezionale delle differenti esigenze organizzative delle varie amministrazioni pubbliche e, nonostante la possibilità di una diversa e più estesa disciplina dei benefici di cui si tratta, non si pone in contrasto con gli invocati parametri costituzionali in materia di tutela della famiglia. Tanto più che l'esigenza di salvaguardare l'unità del nucleo familiare, anche nelle ipotesi non contemplate dall'art. 1 della legge n. 26 del 1980 può trovare un riconoscimento – sebbene si tratti di strumenti non pienamente fungibili, quanto al grado di tutela, con l'istituto disciplinato dalla disposizione impugnata – attraverso il ricorso ad altri benefici ed ipotesi di aspettativa, previsti dalla legge, dai contratti collettivi, ovvero da norme di generale applicazione nell'ambito del pubblico impiego.

3. L'unità familiare e lo straniero extracomunitario

Con riferimento alla condizione giuridica dello straniero extracomunitario, il diritto all'unità familiare ha ricevuto, nella giurisprudenza costituzionale (oltre che in quella ordinaria), un ampio riconoscimento in linea di principio, sia antecedentemente che successivamente all'entrata in vigore del T.U. sull'immigrazione. Invero, nella **sentenza n. 376 del 2000**, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 2, lettera d) della legge 6 marzo 1998, n. 40, ora sostituito dall'art. 19, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, si è messo in evidenza come i principi di protezione dell'unità familiare, con specifico riguardo alla posizione assunta nel nucleo dai figli minori in relazione alla comune responsabilità educativa di entrambi i genitori, non trovano riconoscimento solo nella nostra Costituzione, ma sono affermati anche da alcune disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia. Dal complesso di tali disposizioni, pur nella varietà delle formulazioni utilizzate, emerge, secondo la Corte, un principio, pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost., in base al quale «alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica». Orbene, la norma censurata, secondo i Giudici, non estendendo il divieto di espulsione al marito straniero convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, omette di considerare «proprio quelle ulteriori esigenze del minore e cioè il suo diritto ad essere educato, tutte le volte che ciò sia possibile, in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre» e pone la donna di fronte alla drammatica alternativa tra il seguire il marito espulso all'estero e l'affrontare il parto ed i primi mesi di vita del figlio senza il sostegno del coniuge. Tutto questo comporta la violazione del principio di «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi». Successivamente,

peraltro, la Corte, con l'**ordinanza n. 192 del 2006**, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, lettera *d*), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato là dove prevede che il decreto di espulsione debba essere eseguito anche nei confronti dell'extracomunitario legato da relazione affettiva con una cittadina italiana, in stato di gravidanza, ha puntualizzato che, anche se la sentenza n. 376 del 2000 ha esteso al marito convivente la sospensione del potere di espulsione per le donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, tale estensione «presuppone una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare [...] nel caso di una relazione di fatto», con la conseguenza che «la questione di legittimità costituzionale, sebbene prospettata in termini di tutela della famiglia di fatto e dei conseguenti diritti-doveri, pone in realtà in comparazione trattamenti riservati a situazioni profondamente diverse – e cioè quella del marito di cittadina extracomunitaria incinta e quella dell'extracomunitario che afferma di essere padre naturale del nascituro – e, quindi, non irragionevolmente disciplinate in modo diverso dal legislatore». Sulla stessa linea si è posta l'**ordinanza n. 444 del 2006**, che ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità del tutto analoga (si trattava, in quel caso, di extracomunitario legato da relazione affettiva con una straniera in stato di gravidanza ed in attesa di permesso di soggiorno), richiamando la parte motiva dell'**ordinanza n. 192 del 2006** e mettendo in evidenza che «l'art. 31 della Costituzione è volto a salvaguardare la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e non può, quindi, essere invocato in riferimento ad una situazione quale quella prospettata dal rimettente».

In precedenza la Corte, con l'**ordinanza n. 481 del 2000**, aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma che prevede il divieto di espulsione per lo straniero convivente *more uxorio* con un cittadino italiano, ritenuta contrastante con il principio di eguaglianza perché creerebbe una disparità di trattamento tra tale soggetto e lo straniero che convive con il coniuge cittadino italiano. Secondo la Corte, «la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici che è invece assente nella convivenza *more uxorio*» (negli stessi termini è l'**ordinanza n. 313 del 2000**).

3.1. Il ricongiungimento familiare come diritto dello straniero regolare

È ormai risalente la giurisprudenza della Corte secondo cui il diritto e il dovere dei genitori di istruire ed educare i figli ed il diritto all'unità della famiglia sono diritti fondamentali della persona che, in via di principio spettano anche agli stranieri.

Tanto avviene in occasione della decisione sul dubbio di costituzionalità nei confronti dell'art. 4 della legge n. 943 del 1986, laddove escludendo la possibilità di ricongiungimento familiare agli stranieri extracomunitari residenti e sposati in Italia, che svolgono l'attività non retribuita di casalinga, si potesse porre in contrasto con l'art. 29 della Costituzione che tutela la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e con l'art. 30 della stessa Carta che equipara i figli nati fuori del matrimonio ai figli legittimi (**sentenza n. 28 del 1995**).

Replica la Corte che la normativa in parola, pur essendo ricompresa in una legge di tutela delle condizioni del lavoratore subordinato extracomunitario, acquista una sua autonoma rilevanza nel momento in cui fa riferimento all'istituto della ricongiunzione familiare, nel quale si considerano e si proteggono diritti - quali quelli della famiglia ed in particolare del minore - tutelati dalla

Costituzione e riconosciuti da una molteplicità di atti internazionali (a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948).

L'art. 4, primo comma, della legge n. 943 del 1986 attribuisce al lavoratore immigrato un vero e proprio diritto al ricongiungimento della sua famiglia, diritto che implica l'ammissione e il soggiorno del coniuge e dei figli minori nel territorio italiano; costoro, inoltre, una volta legalmente residenti in Italia non possono essere privati del permesso di soggiorno nel caso in cui il lavoratore immigrato perda il posto di lavoro (art. 11 comma terzo della legge).

La specificità della legge si esprime pertanto nella garanzia di una esigenza - la convivenza del nucleo familiare - che si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori.

Il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri contemplati dalla legge qui in esame.

Naturalmente, questi diritti possono essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale, come del resto avviene nel caso di specie in cui l'esigenza del ricongiungimento familiare viene collegata alla condizione che lo straniero immigrato sia in grado di assicurare ai propri familiari "normali condizioni di vita". Così individuate le finalità della norma in esame, e i valori cui essa si ispira, non può, anche per un'ulteriore e decisiva considerazione, ritenersi accettabile l'interpretazione che restringe i destinatari dell'istituto del ricongiungimento familiare ai soli immigrati extracomunitari titolari di lavoro subordinato, escludendone chi svolge lavoro familiare.

Infatti, anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 della Costituzione assicura al lavoro "in tutte le sue forme". Si tratta di una specie di attività lavorativa che è già stata oggetto di svariati riconoscimenti per il suo rilievo sociale ed anche economico, anche per via degli indiscutibili vantaggi che ne trae l'intera collettività e, nel contempo, degli oneri e delle responsabilità che ne discendono e gravano - ancora oggi - quasi esclusivamente sulle donne (anche per estesi fenomeni di disoccupazione).

In sostanza, il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di "occupazione" che la legge qui contestata richiede per l'attivazione dell'istituto del ricongiungimento familiare.

Pertanto, la disposizione impugnata, nel caso di specie, deve intendersi nel senso che anche la cittadina extracomunitaria che presti - nel nostro Paese - lavoro nella propria famiglia deve essere ricompresa nel novero dei lavoratori che hanno diritto al ricongiungimento con figli minori che risiedono all'estero.

La diversa interpretazione della norma impugnata postulata dal giudice a quo, non solo apparirebbe insostenibile alla luce delle esposte considerazioni, ma, soprattutto, sarebbe lesiva delle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia, ai minori e al lavoro.

Con l'**ordinanza n. 232 del 2001**, la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero coniugato e convivente con altro cittadino straniero in possesso di regolare permesso di soggiorno, ha testualmente dichiarato che «l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto dalla legge a condizioni volte ad assicurare "un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale" [...], ed in particolare "alla condizione che sussista la possibilità di assicurare al familiare, con cui si opera il

ricongiungimento, condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa [...]». In applicazione di tali principi, «il legislatore può legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri nel territorio nazionale effettuando un "corretto bilanciamento dei valori in gioco", esistendo in materia una ampia discrezionalità legislativa limitata soltanto dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli».

Il riferimento al corretto bilanciamento dei valori in gioco, nella disciplina concernente l'accesso dello straniero nel territorio dello Stato, esistendo in materia un'ampia discrezionalità legislativa, era stato in precedenza affermato dalla Corte costituzionale anche nella **sentenza n. 353 del 1997**, richiamata successivamente dall'**ordinanza n. 158 del 2006**, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui si limita a prevedere il divieto di espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana senza prendere in considerazione la tutela degli stranieri *tout court*, già conviventi in Italia con il coniuge, in regola con il permesso di soggiorno, ed eventualmente con i figli. In merito, la Corte ha sottolineato che «la questione sollevata dal giudice rimettente, ove accolta, andrebbe a vanificare i fini sottesi alla legge per il ricongiungimento familiare, dal momento che sarebbe consentito in ogni caso allo straniero coniugato e convivente con altro straniero di aggirare le norme in materia di ingresso e soggiorno» e che, comunque, non può essere effettuato alcun giudizio di comparazione tra la situazione dello straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano. Le medesime argomentazioni si rinvencono, ancora, nell'**ordinanza n. 361 del 2007**, che ha esaminato un'identica questione di legittimità costituzionale, dichiarandola manifestamente infondata.

In un'altra occasione, la Corte, con l'**ordinanza n. 140 del 2001**, ha, invece, ritenuto che «le esigenze di tutela del nucleo familiare, individuate dal legislatore, cedono di fronte a quelle di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato»: il doveroso assolvimento degli obblighi familiari non giustifica sempre ed in ogni caso deroghe alle disposizioni del testo unico e la stessa Consulta mette in risalto la necessità di un bilanciamento fra la tutela dell'unità della famiglia e gli altri valori, dotati di pari dignità costituzionale, che potrebbero con la stessa confliggere, come la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico

3.2. I profili soggettivi del diritto al ricongiungimento

Nella **sentenza n. 224 del 2005**, la Corte costituzionale ha circoscritto il diritto al ricongiungimento alla sola famiglia nucleare e segnatamente al coniuge e ai figli minori.

Invero, la Consulta, nel rigettare una questione di costituzionalità avente ad oggetto la disciplina del ricongiungimento familiare contenuta nel T.U. sull'immigrazione, come modificato *in parte qua* dalla legge n. 189 del 2002, ha escluso che la nuova e più restrittiva disciplina introdotta dalla legge n. 189 del 2002 (che consente il ricongiungimento con i genitori solo nel caso di assenza di altri figli nel paese di origine o provenienza ovvero di impossibilità degli altri figli, per documentati gravi motivi di salute, di provvedere al sostentamento dei genitori ultrasessantacinquenni) costituisca un ostacolo all'esercizio del diritto inviolabile ad una vita familiare – riconosciuto dalla Costituzione anche agli stranieri, pienamente equiparati ai cittadini in relazione al godimento di diritti fondamentali – con argomentazioni che valgono peraltro a definire il nucleo stesso del diritto all'unità familiare. La Corte ha osservato che tale diritto «deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione, e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori». Tuttavia, proseguono i Giudici

costituzionali, il principio contenuto nell'art. 29 Cost. «non ha una estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori, in quanto nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori, l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, aprendosi contestualmente margini che consentono al legislatore di bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo». In particolare, è legittima la limitazione del ricongiungimento «alle ipotesi in cui vi sia un'effettiva e grave situazione di bisogno di quei familiari che non possono in alcun modo soddisfare autonomamente le proprie esigenze di vita, non avendo nemmeno altri figli nel paese di origine in grado di sostentarli». La Corte ha, poi, sottolineato che «il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza».

Negli stessi termini è la **sentenza n. 464 del 2005**, nella quale si afferma che «il diritto al godimento della vita familiare va garantito senza condizioni a favore dei coniugi e dei nuclei familiari con figli minori, mentre negli altri casi esso può anche subire restrizioni, purché nei limiti della ragionevolezza». Nella medesima pronuncia, la Consulta ha rilevato che la scelta del legislatore (laddove ammette il ricongiungimento allo straniero residente in Italia dei genitori ultrasessantacinquenni solo qualora gli altri figli, residenti all'estero, siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute), non può ritenersi lesiva, oltre che dell'art. 29, dell'art. 3 Cost., dato che tale ultimo parametro può ritenersi riferito agli stranieri soltanto allorché si deduca che la violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza involga diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo, ciò che è da escludere con riguardo al rapporto con i figli maggiorenni.

Con l'**ordinanza n. 368 del 2006**, la Corte, richiamando le affermazioni della **sentenza n. 224** e dell'**ordinanza n. 464 del 2005**, nel caso di ricongiungimento tra figli maggiorenni e genitori, ha precisato che il legislatore ben può bilanciare l'interesse all'affetto con altri interessi meritevoli di tutela. Così, è stata giudicata manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato nella parte in cui non consente allo straniero di ottenere il ricongiungimento con entrambi i genitori nel caso in cui uno solo sia ultrasessantacinquenne ed il ricorrente abbia dimostrato che gli altri figli – che pure vivono nel paese di origine o provenienza – sono impossibilitati al loro sostentamento per gravi motivi di salute. Secondo la pronuncia, la scelta di limitare il ricongiungimento ai casi in cui vi sia un'effettiva situazione di bisogno di quei familiari che non sono in grado di soddisfare autonomamente le proprie esigenze primarie di vita è del tutto ragionevole, alla luce del corretto bilanciamento dei valori che entrano in gioco quando si tratti di regolare l'accesso degli stranieri nel territorio nazionale.

Da ultimo, le stesse argomentazioni sono state riprese nell'**ordinanza n. 335 del 2007**, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lettera b-bis), del d.lgs. n. 286 del 1998, censurato in quanto, consentendo il ricongiungimento dei figli maggiori d'età allorché risulti che non possono provvedere al proprio sostentamento a causa del loro stato di salute, comportante invalidità totale, violerebbe gli artt. 3, 29 e 30 Cost. In merito, i Giudici hanno ribadito i consolidati principi espressi con riferimento al diritto al ricongiungimento e segnatamente che, in materia, «la discrezionalità del legislatore risulta ancora più ampia», poiché «il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza». Quindi, il legislatore può regolare l'accesso degli stranieri «sulla base di scelte che tengano conto di un corretto bilanciamento dei valori in gioco», con la conseguenza che non appare irragionevole «consentire il

ricongiungimento dei figli maggiorenni nelle sole ipotesi in cui vi sia una situazione di bisogno determinata dall'impossibilità permanente di provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita, a causa del loro stato di salute». Inoltre, secondo la Corte, non appare praticabile neppure il giudizio di comparazione fra la disciplina riservata al ricongiungimento del genitore, per il quale sarebbe sufficiente l'assenza di figli nel Paese di origine che possano provvedere al suo sostentamento, e quella prevista per il figlio maggiorenne, stante l'eterogeneità delle due situazioni messe a confronto, posto che «solo per il figlio maggiorenne può ragionevolmente ritenersi che l'eventuale situazione di dipendenza economica dal proprio genitore sia legata a fattori contingenti e, conseguentemente, destinata a risolversi, salvo appunto il caso di uno stato di malattia che ne pregiudichi irreversibilmente la capacità lavorativa».

Sotto altro profilo, è da sottolinearsi che, allorché il diritto al ricongiungimento coinvolga i figli minori, esso non è più subordinato alla circostanza che i genitori siano uniti da un vincolo matrimoniale.

Con la **sentenza n. 203 del 1997** è stato, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'art. 4, comma 1, della legge 30 dicembre 1986, n. 943, nella parte in cui non prevede, a favore del genitore straniero extracomunitario, il diritto al soggiorno in Italia – sempreché possa godere di normali condizioni di vita – per ricongiungersi al figlio, considerato minore secondo la legislazione italiana, legalmente residente e convivente in Italia con l'altro genitore, ancorché non unito al primo in matrimonio.

In merito, la Corte ha innanzitutto premesso che la garanzia della convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e, in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori e che il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri. Conseguentemente, il diritto fondamentale del minore di poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, ed il conseguente diritto dei genitori di realizzare il ricongiungimento con il figlio, sono, per la Corte, violati da una disciplina normativa che, ai fini del ricongiungimento, ignora la situazione di coloro i quali, pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori. In definitiva, la situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento familiare non concerne il rapporto dei genitori tra loro, bensì il rapporto tra i genitori e il figlio minore, in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo.

3.3. La disciplina di favore approntata per i minori

Il Titolo IV del Testo Unico sull'immigrazione, intitolato “diritto all'unità familiare e tutela del minore”, contiene puntuali disposizioni a protezione del minore extracomunitario.

L'art. 31 del T.U. dispone che il figlio minore dello straniero, con questi convivente e regolarmente soggiornante, è iscritto nel permesso o carta di soggiorno di uno o entrambi i genitori fino al quattordicesimo anno di età e segue la condizione giuridica del genitore; analogo trattamento è riservato al minore affidato. Raggiunti i quattordici anni, al minore è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari valido sino alla maggiore età; a quel punto, secondo l'art. 32, allo straniero può essere rilasciato un permesso per motivi di studio, di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura: questo vale, a determinate condizioni, anche per i minori non accompagnati cittadini di Paesi terzi, ossia i minori che si trovino in uno Stato di cui non sono cittadini e siano separati dai genitori e non assistiti da un adulto che sia

responsabile della loro cura e assistenza.

Oltre che a tali soggetti, il disposto dell'art. 32 del T.U. va riferito anche ai minori sottoposti a tutela: questo è quanto emerge dalla **sentenza n. 198 del 2003** della Corte costituzionale, che ha concluso per la non fondatezza “nei sensi di cui in motivazione” della questione di costituzionalità dell'art. 32, comma 1, che, secondo il rimettente, nel prevedere che possa essere rilasciato il suddetto permesso di soggiorno agli stranieri che compiano la maggiore età e siano in condizione di affidamento, non includerebbe i minori sottoposti a tutela. Ad avviso della Corte, la norma censurata non determina alcuna ingiustificata disparità di trattamento in quanto può essere letta in conformità a Costituzione, ossia «integrata in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento». Infatti, i due istituti, pur avendo diversi presupposti – poiché la tutela si apre con la morte o l'assenza dei genitori o l'impossibilità di questi ad esercitare la potestà, mentre l'affidamento può essere disposto allorché la famiglia di origine sia temporaneamente inidonea ad offrire al minore un adeguato ambiente di vita – ed una diversa durata – poiché alla tendenziale definitività della prima si contrappone la temporaneità del secondo – «sono entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore», posto che l'affidamento ha lo scopo di favorire il reingresso nella famiglia di origine, ma compito dell'affidatario è provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione ed istruzione, allo stesso modo del tutore che, oltre ad amministrare il patrimonio, deve prendersi cura dei bisogni del pupillo. A ciò si aggiunga che sarebbe irragionevole una normativa che consentisse il rilascio del permesso di soggiorno “ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale gestito da un ente pubblico o privato” *ex art. 25 della legge n. 189 del 2002* e non lo consentisse, invece, in favore del minore straniero sottoposto a tutela. Pertanto, conclude la Corte, «una interpretazione meramente letterale dell'art. 32, comma 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 condurrebbe ad un sicuro conflitto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione ed in particolare con quanto previsto dall'art. 30, secondo comma, e dall'art. 31, secondo comma, e determinerebbe fondati dubbi di ragionevolezza».

3.4. Le condizioni in presenza delle quali si fa luogo al ricongiungimento

Oltre ai limiti soggettivi, esaminati nei paragrafi precedenti, il diritto al ricongiungimento incontra limiti anche da un punto di vista materiale, nel bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.

Così, già con la **sentenza n. 28 del 1995**, la Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto che il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono diritti fondamentali della persona che spettano in via di principio anche agli stranieri, ha affermato che questi possono, tuttavia, essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale. Ciò è quanto si è ritenuto avvenire nel caso di specie, in cui l'esigenza del ricongiungimento familiare è stata collegata alla condizione che lo straniero immigrato sia in grado di assicurare ai propri familiari «normali condizioni di vita». Il principio è ribadito nella **sentenza n. 203 del 1997**, con l'ulteriore precisazione che, nel caso in cui il ricongiungimento riguardi il genitore straniero di figlio minore legalmente residente in Italia, la medesima condizione potrà essere assolta, secondo i Giudici, sia attraverso le disponibilità economiche dell'altro genitore, sia attraverso le eventuali disponibilità economiche di cui possa godere il medesimo genitore straniero che chiede di ricongiungersi al figlio

minore.

3.5. Il diniego del nulla-osta al ricongiungimento

Nel caso in cui l'autorità amministrativa competente non rilasci allo straniero il visto di ingresso in Italia per ricongiungimento familiare, il legislatore ha previsto una procedura che gli consente di presentare ricorso al giudice del luogo in cui risiede, che provvede *ex art. 737 e ss. cod. proc. civ.* e può, accogliendo il ricorso, disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla osta. Con l'**ordinanza n. 140 del 2001** la Corte ha ritenuto manifestamente infondato il dubbio che investiva proprio quest'ultima norma, contenuta nell'art. 28, comma 6, della legge 6 marzo 1998, n. 40, giudicando non manifestamente irragionevole il modulo procedimentale predisposto dal legislatore: infatti, la procedura *ex art. 737 cod. proc. civ.* – pur in camera di consiglio e senza formalismi non indispensabili, per ragioni di speditezza – è «comunque idonea ad assicurare il rispetto dell'essenzialità del contraddittorio e delle altre generali regole processuali, con la possibilità di partecipazione dell'interessato e dell'amministrazione del cui rifiuto si discute la legittimità», considerato, altresì, che il giudice può avvalersi della documentazione che lo straniero deve aver presentato, in sede di istanza originaria, alla questura competente nonché della documentazione che successivamente abbiano prodotto sia lo straniero che la pubblica amministrazione. A ciò si aggiunga il potere del giudice di assumere informazioni, utilizzabile nei confronti di qualsiasi soggetto o ente pubblico o privato, operante nel settore dell'immigrazione e dell'assistenza.

4. Matrimonio e sessualità

4.1. Matrimonio ed identità sessuale

Con la **sentenza n. 161 del 1985**, la Corte, tra le varie questioni, decide quella avverso l'art. 1 della legge 14 aprile 1982 n. 164, in riferimento all'art. 29 Cost. su un duplice versante.

Il rimettente, da un lato, prende in considerazione l'ipotesi del transessuale che abbia contratto matrimonio prima di aver ottenuto la dichiarazione giudiziale di rettificazione dell'attribuzione di sesso, e, dall'altro, prospetta la diversa ipotesi del transessuale che contragga o celebri matrimonio dopo la dichiarazione giudiziale medesima.

Le questioni così prospettate sono però chiaramente inammissibili per due ordini di considerazioni.

Anzitutto, perché lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato col rito religioso è provocata non dalla rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, di cui all'art. 1 della legge impugnata, ma dalla sentenza che tale rettificazione dispone (art. 454 del codice civile; art. 4 della legge 164 del 1982).

In secondo luogo la norma o meglio le norme censurate vengono indubbiamente sulla base della ricorrente argomentazione per cui, essendo il mutamento di sesso del transessuale meramente apparente, di talché costui continua, in realtà, ad appartenere al sesso originario, lo sconvolgimento dell'«ordine naturale della società familiare» conseguente alla rettificazione giudiziale dell'identità sessuale, del tutto ingiustificata, offenderebbe il dedotto parametro costituzionale sia nell'ipotesi di scioglimento del precedente matrimonio sia qualora il transessuale, ottenuta la rettificazione giudiziale, contraesse (nuovo) matrimonio.

Ora a tacere della considerazione che, nella prima delle ipotesi considerate, l'ordine naturale

della società familiare è sconvolto non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sindrome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato, limitandosi il legislatore a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente, che impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso; a tacer ancora che, nella seconda ipotesi, il giudice a quo, quando non prospetta conseguenze meramente eventuali e di fatto del riconosciuto mutamento di sesso, per le quali, peraltro, l'ordinamento prevede adeguati rimedi (ci si riferisce alla circostanza che il transessuale abbia taciuto al coniuge la propria condizione), perviene ad affermazioni erranee, come nel passo in cui sostiene che il transessuale dopo l'intervento chirurgico non ha capacità copulativa, o in quello dove assume addirittura l'inesistenza del matrimonio da costui contratto, e così arbitrariamente attribuisce alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio; decisivo è il rilievo che l'attore nel giudizio *a quo* non ha mai contratto matrimonio, mentre la circostanza che egli possa contrarlo in futuro, ottenuta che avesse la rettificazione giudiziale dell'attribuzione del sesso, è puramente eventuale.

Uguale conclusione di inammissibilità si impone per la questione sollevata con riferimento all'art. 30 Cost.

A parte che anche il transessuale, ove mai avesse avuto figli da un matrimonio in precedenza contratto o dovesse averne - ma non da lui generati - dal "nuovo" matrimonio, sarebbe tenuto all'adempimento degli obblighi (di mantenimento, educazione ed istruzione) posti dalla legge a carico dei coniugi (secondo anche la specifica previsione di cui all'art. 4 del testo normativo denunziato), certo è che il giudizio *a quo* riguarda un soggetto incapace di procreare già prima dell'intervento chirurgico e che non risulta abbia avuto o abbia figli adottivi.

Né la conclusione di inammissibilità può cambiare perché la questione è prospettata in modo tale da ritenere illegittimo non già il semplice fatto che il transessuale possa svolgere le funzioni di genitore, anzi di genitrice, nella eventuale (nuova) famiglia, ma per l'altrettanto eventuale accavallarsi di funzioni parentali di segno diverso nella famiglia che il transessuale eventualmente costituisse rispetto a quelle esercitate nella (non mai esistita) "vecchia" famiglia. L'assenza di prole, infatti, toglie, nel caso in esame, qualunque rilevanza alla questione così sollevata.

4.2. Matrimonio ed orientamento sessuale

Sul rilievo che la disciplina codicistica (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, 156-*bis*) prevede la eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato, la Corte viene chiamata, nel giudizio definito con la **sentenza n. 138 del 2010**, a dirimere il dubbio di costituzionalità sulla mancata previsione circa la possibilità che persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, denunciandosi la irragionevole disparità di trattamento tra soggetti omosessuali rispetto ai transessuali, nonché la violazione della tutela della famiglia quale "società naturale" nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Le ordinanze di rimessione muovono dal presupposto che l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. In sostanza, l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio».

La Corte deve dunque stabilire se il parametro costituzionale evocato dai rimettenti imponga di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata, estendendo alle unioni

omosessuali la disciplina del matrimonio civile, in guisa da colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale.

L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio.

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.

La questione, sollevata dalle due ordinanze di rimessione, in riferimento all'art. 2 Cost., deve essere, quindi, dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata

Non fondata si rivela, invece, la questione sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost.

Quest'ultima disposizione, che ha dato luogo ad un vivace confronto dottrinale tuttora aperto, pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale" (con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere).

Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principî costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata.

Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il

secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale.

Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto.

Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale.

In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio.

Il richiamo alla legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non è pertinente perché prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali (sentenza n. 161 del 1985).

Come si vede, si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza. La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento.

Al riguardo, si osserva che: a) il richiamo alla citata sentenza della Corte europea (in causa *C. Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002) non è pertinente, perché essa riguarda una fattispecie, disciplinata dal diritto inglese, concernente il caso di un transessuale che, dopo l'operazione, avendo acquisito caratteri femminili aveva avviato una relazione con un uomo, col quale però non poteva sposarsi «perché la legge l'ha considerata come uomo». Tale fattispecie, nel diritto italiano, avrebbe trovato disciplina e soluzione nell'ambito della legge n. 164 del 1982. E, comunque, già si è notato che le posizioni dei transessuali e degli omosessuali non sono omogenee; b) sia gli artt. 8 e 14 della CEDU, sia gli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza contengono disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, peraltro in larga parte analoghe. Invece gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Per il principio di specialità, dunque, sono queste ultime le norme cui occorre fare riferimento nel caso in esame.

Orbene, l'art. 12 dispone che «uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

A sua volta l'art. 9 stabilisce che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

In ordine a quest'ultima disposizione va premesso che la Carta di Nizza è stata recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Infatti, il nuovo testo dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, introdotto dal Trattato di Lisbona, prevede che «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Non occorre affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, specialmente con riguardo all'art. 51 della Carta, che ne disciplina l'ambito di applicazione. Ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi, rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Si deve aggiungere che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo *status* di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «l'articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.

Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.

Sulla base delle suddette considerazioni si perviene ad una declaratoria d'inammissibilità della questione proposta dai rimettenti, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

5. La separazione dei coniugi

5.1. L'uso del cognome del marito

Un irragionevole contrasto con l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi si rinviene nella **sentenza n. 128 del 1970**, che accoglie la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 156 del codice civile per violazione del secondo comma dell'art. 29 della Costituzione, in quanto esso prevede che dalla separazione personale dei coniugi, ove venga disposta per colpa della moglie, possa farsi discendere anche il divieto per costei di usare del cognome del marito, ma non regola il caso inverso di richiesta della moglie, in seguito a separazione avvenuta per colpa dell'altro coniuge, di essere autorizzata a non assumere il cognome di lui.

Infatti, la diversità del trattamento nei due casi, che pur presentano caratteri simili, si pone in

palese contrasto con il principio regolatore del rapporto matrimoniale che sanziona l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, suscettibile di venire limitata per opera della legge solo quando si tratti di salvaguardare esigenze attinenti all'unità della famiglia. Esigenze che nella specie, riferendosi alla situazione di separazione personale, non ricorrono, come risulta del resto dalla stessa disposizione impugnata.

5.2. L'assegnazione del domicilio coniugale

La Corte censura, nella **sentenza n. 171 del 1976**, l'art. 45 del codice civile, primo comma (nel testo anteriore alla sostituzione operata dall'art. 1 della legge 19 maggio 1975, n. 151), nella parte in cui, in caso di separazione di fatto dei coniugi ed ai fini della competenza per territorio nel giudizio di separazione, prevede che la moglie, la quale abbia fissato altrove la propria residenza, conservi legalmente il domicilio del marito.

Il legislatore nella sua discrezionalità può dare rilevanza o meno al domicilio coniugale, ai fini del rafforzamento dell'unità familiare, stabilendo che tale centro debba essere comune al marito e alla moglie quando perdura la loro convivenza. Si tratta di discrezionalità legislativa sottratta, ove razionalmente esercitata, ad ogni sindacato di legittimità costituzionale, sia nella scelta del mezzo che nella scelta del coniuge presso il cui domicilio stabilire quello dell'altro, ed il legislatore può ben mutare la sua valutazione, adeguandosi al mutamento della situazione e della coscienza sociale, così come in effetti ha operato con l'articolo 1 legge 19 maggio 1975, n. 151, ribadendo per i coniugi il principio valido per ogni soggetto per cui ciascuno ha il proprio domicilio nel luogo in cui ha stabilito la sede principale dei propri affari o dei propri interessi.

La discrezionalità in questione trasmoda però in arbitrio e quindi in violazione del generale principio di eguaglianza e dello specifico principio di parità dei coniugi, in quanto non era stato dato rilievo, nella dizione originale dell'art. 45 del codice civile, allo stato di separazione di fatto tra questi. Si prevedeva invece, prima della sostituzione effettuata dall'art. 1 della legge n. 151 del 1975, che soltanto la separazione legale faceva cessare il domicilio, presunto *iuris et de iure*, della moglie presso il marito. Ma il mantenimento anche in questo caso di tale presunzione, attraverso l'uso dell'avverbio "legalmente" nella formula dell'art. 45 c.c., non sembra tutelare alcun interesse tale da derogare all'eguaglianza tra moglie e marito e tanto meno quello specifico dell'unità familiare, considerato dall'art. 29 come peculiare limite alla parità. Ciò perché, la sentenza n. 46 del 1966, per la stessa circostanza della separazione di fatto sono venuti a mancare i presupposti dell'unità, sia che questa si consideri sotto l'aspetto materiale e fisico, essendo cessata la convivenza e con essa la collaborazione della moglie alla gestione domestica, sia sotto quello spirituale, essendosi resa manifesta l'incompatibilità tra i due, tale da rendere non più possibile la vita in comune.

La Corte dichiara, nella **sentenza n. 454 del 1989**, l'incostituzionalità dell'art. 155, quarto comma, del codice civile, "nella parte in cui non consente al coniuge assegnatario della casa coniugale di opporre ai terzi il titolo attribuito l'assegnazione".

La norma impugnata dispone: "L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli".

Trattasi di norma dettata in tema di separazione tra coniugi pronunciata dal giudice in un contesto dedicato ai "provvedimenti riguardo ai figli".

La *ratio* seguita dal legislatore è dichiarata nel comma primo dell'art. 155: "il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di

essa”.

È dunque “l’esclusivo interesse morale e materiale della prole” a determinare la spettanza dell’abitazione al coniuge cui la prole è affidata.

Il termine “abitazione” è qui assunto come voce sostantiva del transitivo verbale “abitare” con oggetto la “casa familiare”, vale a dire quel complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare la esistenza domestica della comunità familiare. Come dunque la “casa familiare” non è esauribile nell’immobile, spoglio della normale dotazione di mobili e suppellettili per l’uso quotidiano della famiglia; così l’“abitazione” non è identificata dal legislatore in una figura giuridica formale, quale potrebbe essere un diritto reale o personale di godimento, ma nella concreta *res facti* che prescinde da qualsivoglia titolo giuridico sull’immobile, di proprietà, di comunione, di locazione. Il giudice della separazione, assegnando l’abitazione nella casa familiare al genitore affidatario della prole, secondo la *ratio legis*, non crea tanto un titolo di legittimazione ad abitare per uno dei coniugi quanto conserva la destinazione dell’immobile con il suo arredo nella funzione di residenza familiare.

Il titolo ad abitare per il coniuge è infatti strumentale alla conservazione della comunità domestica e giustificato esclusivamente dall’interesse morale e materiale della prole affidatagli.

Tale assegnazione, mentre è immediatamente rilevante rispetto al coniuge non affidatario della prole proprio perché escluso dall’abitazione nella casa familiare ancorché ne sia proprietario o titolare di altro diritto di godimento o conduttore, non lo è rispetto ai terzi. La novella del 1975, non prevedendo l’opponibilità al terzo della assegnazione giudiziale dell’abitazione, vanifica il vincolo di destinazione della “casa familiare”.

Il legislatore che ha provveduto, con legge 6 marzo 1987, n. 74, a regolare la fattispecie dell’“abitazione nella casa familiare”, spettante “di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età”, ha invece statuito all’art. 11 che modifica l’art. 6, sesto comma: “L’assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell’articolo 1599 del codice civile”.

Essendo le norme di cui all’art. 155, quarto comma, del codice civile, e all’art. 6, sesto comma, della legge n. 74 del 1987 ispirate alla *eadem ratio* dell’esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale della prole, la diversità di disciplina tra l’assegnazione dell’abitazione nella casa familiare al genitore affidatario della prole opponibile, previa trascrizione, al terzo acquirente nella ipotesi di scioglimento del matrimonio e l’assegnazione dell’abitazione, non opponibile nell’ipotesi di separazione personale dei coniugi, è del tutto priva di ragionevole giustificazione.

La violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione si concreta, non nel peggiore trattamento del coniuge separato rispetto al divorziato, essendo l’uno e l’altro portatori di *status* personali differenziati, ma nella diversità di trattamento di una situazione assolutamente identica, quale è quella della prole affidata ad un genitore separato o ad un genitore non più legato dal vincolo matrimoniale.

Il preminente interesse del minore è, in effetti, il criterio che deve orientare costantemente l’interprete nella lettura delle norme che regolano l’assegnazione della casa familiare in caso di separazione dei genitori: alla luce di tale principio la Corte, con la **sentenza n. 308 del 2008**, ha dichiarato la non fondatezza nei sensi di cui in motivazione della questione avente ad oggetto l’art. 155-*quater*, primo comma, cod. civ., introdotto dall’art. 1, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, anche in combinato disposto con l’art. 4 della stessa legge, nella parte in cui prevede la revoca automatica dell’assegnazione della casa familiare nel caso in cui l’assegnatario conviva *more uxorio* o contraiga un nuovo matrimonio. La Corte ricostruisce anzitutto la normativa vigente in materia: l’art. 155-*quater* afferma che il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente

conto dell'interesse dei figli; tale godimento viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio ed è su queste due ultime ipotesi che si concentrano i dubbi di costituzionalità. Già secondo il diritto vivente formatosi sotto la vigenza della precedente disciplina, l'assegnazione della casa coniugale era strettamente legata all'affidamento della prole. Posto che anche per l'assegnazione della casa familiare vale il principio generale della modificabilità in ogni tempo del provvedimento per fatti sopravvenuti, la misura mantiene, però, sempre la sua funzione, essendo posta ad esclusiva tutela della prole, con la conseguenza che anche in sede di revisione resta imprescindibile il requisito dell'affidamento di figli minori nonché quello dell'accertamento dell'interesse prioritario della prole». Pertanto, non solo l'assegnazione della casa familiare ma anche la cessazione della stessa «è stata sempre subordinata, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole. Conseguentemente, la costituzionalità della disciplina non può essere messa in dubbio ove la normativa sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non viene meno automaticamente al verificarsi degli eventi indicati, ma che la decadenza sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore.

5.3. L'obbligo di mantenimento a carico di un coniuge

Nella **sentenza n. 278 del 1994**, la Corte, al fine di rendere tempestivo ed efficace l'obbligo di mantenere il coniuge bisognoso e soprattutto i figli dichiara l'incostituzionalità dell'art. 156, sesto comma, del codice civile, nella parte in cui non consente che possa essere adottato anche dal giudice istruttore nel corso della causa di separazione personale dei coniugi l'ordine ai terzi – tenuti a corrispondere somme di denaro al coniuge obbligato al mantenimento – di versare una parte delle stesse direttamente agli aventi diritto.

Nella disciplina del giudizio di separazione la possibilità dell'ordine di distrazione delle somme dovute viene menzionata soltanto dal sesto comma dell'art. 156 del codice civile, che appare riferito alla fase successiva alla pronuncia di separazione ed all'accertata inadempienza agli obblighi economici in essa stabiliti.

Di qui la questione se sia coerentemente tollerabile una carenza di immediata tutela – quale quella data dalla possibilità dell'ordine di distrazione – anche nel periodo che va dal momento in cui sono adottati i provvedimenti presidenziali fino a quello della sentenza, e soprattutto se una tale carenza si presenti come violazione di norme costituzionali.

Per dare risposta affermativa si rileva che i provvedimenti presidenziali hanno forza esecutiva anche per gli obblighi economici con essi stabiliti, e che il loro inadempimento può determinare effetti gravemente pregiudizievoli per gli aventi diritto, analogamente sia a quelli accertati nel procedimento *ex art. 148* del codice civile per il regime di convivenza, sia a quelli che vengono a determinarsi per l'inadempienza agli obblighi fissati con la sentenza di separazione personale.

Se la competenza ad emanare l'ordine di distrazione si configura normalmente come accessoria a quella relativa alla determinazione ed alla modifica della misura delle somme dovute per il mantenimento, e se soprattutto tale ordine coercitivo risponde alla stessa *ratio* di dare effettiva soddisfazione ai provvedimenti giudiziali, si perviene alla conclusione che, per evitare la disparità di trattamento degli aventi diritto al mantenimento prima e dopo la sentenza di separazione, ed apprestare un rimedio efficace all'inadempimento di obblighi costituzionalmente tutelati, va riconosciuta anche al giudice istruttore la competenza ad emettere il predetto ordine di distrazione a seguito dell'accertata inadempienza agli obblighi di mantenimento nel corso della causa di

separazione personale.

Le ragioni che hanno indotto la Corte a dichiarare l'illegittimità dell'art. 156, sesto comma, del codice civile, nella parte relativa all'ordine di distrazione delle somme dovute, non possono non valere anche per la parte relativa allo speciale potere di sequestro dei beni del coniuge obbligato, previsto dal medesimo comma (**sentenza n. 258 del 1996**). Entrambe le misure coercitive rispondono infatti alla *ratio* di dare tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del coniuge bisognoso e, soprattutto, dei figli minori, esigenze penalmente tutelate che sussistono anche prima della sentenza di separazione in relazione agli obblighi di mantenimento stabiliti in sede presidenziale. L'omogeneità di dette situazioni postula un eguale trattamento, mancando un valido motivo che giustifichi una diversità di disciplina.

Il provvedimento previsto dall'art. 156 cod. civ. – ancorché denominato “sequestro” – ha caratteri del tutto peculiari rispetto all'ordinario sequestro conservativo disciplinato dagli artt. 671 e seguenti del codice di procedura civile.

Viene riconosciuto, in effetti, che tra le due misure ora indicate esistono significative differenze. Mentre il sequestro conservativo presuppone, secondo una consolidata tradizione, la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, il provvedimento previsto dall'art. 156 cod. civ. presuppone un credito già dichiarato, sia pure in via provvisoria, e può essere disposto pur in mancanza del secondo di detti requisiti, sulla base della semplice inadempienza agli obblighi di mantenimento. Il sequestro conservativo, poi, può essere concesso anche prima dell'inizio della causa di merito, mentre l'applicabilità della misura in esame è stata subordinata dal legislatore alla conclusione del giudizio di separazione (e ora si intende riconoscerla anche nel corso del giudizio).

Ciò comporta, tra l'altro, che, mentre il sequestro conservativo ha un'efficacia strettamente connessa all'esito del parallelo giudizio di merito (art. 669 *novies* cod. proc. civ.) e può colpire anche tutti i beni mobili ed immobili del debitore, avendo natura di mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale finalizzato al pignoramento, la misura di cui all'art. 156 cod. civ. può invece riguardare soltanto “parte dei beni” del coniuge obbligato, non può convertirsi in pignoramento e non ha natura cautelare, essendo finalizzata, come ha riconosciuto la Corte di cassazione, ad una funzione di coazione, anche psicologica, all'adempimento degli obblighi di mantenimento posti a carico di uno dei coniugi.

Per le differenze ora tratteggiate, detto provvedimento non si sovrappone al sequestro conservativo, né è possibile ricomprenderlo nel richiamo che l'art. 669 *quaterdecies* cod. proc. civ. fa alle cosiddette misure cautelari atipiche. Ne deriva che, come si rileva nell'ordinanza di rimessione, il diverso “sequestro” in esame è illegittimamente escluso dalla competenza del giudice istruttore. Tale esclusione è ancor più censurabile ove si pensi che il provvedimento previsto dall'art. 156, sesto comma, cod. civ. si configura con tali aspetti di specialità da doversi ritenere di applicazione prevalente, se non esclusiva, in sede di separazione personale tra coniugi, rispetto all'ordinario sequestro conservativo. La sua ammissibilità deve essere quindi riconosciuta per coerenza con la già riconosciuta ammissibilità dell'ordine di distrazione previsto dalla stessa norma e per rispetto dei principi costituzionali invocati.

Resta ovviamente affidato alla saggia valutazione del giudice istruttore bilanciare in modo equilibrato l'uso dei vari strumenti offerti dalla legge per conseguire il risultato di soddisfare nel modo migliore le ragioni economiche dei componenti più bisognosi della famiglia. In conclusione, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, sesto comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il giudice istruttore possa adottare, nel corso della causa di separazione, il provvedimento di sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato al mantenimento.

Sul piano procedurale, la Corte avverte l'esigenza di agevolare misure idonee a garantire

l'adempimento delle obbligazioni a carico del coniuge non affidatario della prole; ciò che accade nella **sentenza n. 154 del 1999**, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, nella parte in cui non comprende nella esenzione da esso disposta (per tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio) tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi.

Con la **sentenza n. 176 del 1992**, la Corte ha già scrutinato la disposizione impugnata sotto il profilo della mancata estensione della esenzione (non già a tutti gli atti e documenti del giudizio di separazione personale dei coniugi, ma) al solo provvedimento di iscrizione di ipoteca a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge separato, pronunciandosi nei limiti dell'impugnazione.

Le stesse ragioni a suo tempo poste a fondamento del dispositivo di accoglimento – dichiarativo dell'incostituzionalità dell'impugnato art. 19, nella parte in cui non comprende nell'esenzione dal tributo anche le iscrizioni di ipoteca effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel giudizio di separazione – portano ad accogliere le questioni di legittimità costituzionale ora formulate dalle Commissioni tributarie rimettenti in termini più ampi, in relazione alla totalità dei tributi oggetto dell'esenzione.

Il parallelismo, le analogie e la complementarità funzionale dei procedimenti di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e del procedimento di separazione dei coniugi sotto i profili che rilevano ai presenti fini portano anche in questo caso a concludere che il profilo tributario non può ragionevolmente riflettere un momento di diversificazione delle due procedure, atteso che l'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale, che motiva e giustifica il beneficio fiscale con riguardo agli atti del giudizio divorzile, è con ancor più accentuata evidenza presente nel giudizio di separazione: sia perché in quest'ultimo la situazione di contrasto tra i coniugi – ai quali occorre assicurare una se non più ampia, almeno pari tutela – presenta di solito una maggiore asprezza e drammaticità rispetto alla fase già stabilizzata dell'epilogo divorzile; sia in considerazione dell'esigenza di agevolare, e promuovere nel più breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento delle obbligazioni che gravano, ad esempio, sul coniuge non affidatario della prole.

Sulle differenze di presupposti e funzioni tra obbligo di mantenimento dei figli e obbligo degli alimenti legali nei loro confronti fa leva la **sentenza n. 373 del 2008**, per giudicare non irragionevole l'art. 10, comma 1, lettera c), del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, censurato ove esclude la deducibilità dal reddito complessivo, ai fini delle imposte dirette, degli assegni periodici corrisposti al coniuge, a seguito di separazione o divorzio, per il mantenimento della prole. Secondo il diritto vivente della Cassazione l'obbligo di mantenimento consiste nel prestare ai figli quanto occorre per le esigenze di vita, si commisura in proporzione alle sostanze dei genitori, prescinde dallo stato di bisogno dei figli, decorre dal momento in cui sorge il rapporto di filiazione e termina nel momento in cui il figlio maggiorenne è in condizione di avere una propria autonomia economica. Viceversa, l'obbligo di prestare gli alimenti ha un contenuto più ristretto, perché consiste nel somministrare il necessario per le fondamentali esigenze di vita dell'alimentando, considerata la posizione sociale, si commisura in proporzione ai bisogni di chi chiede gli alimenti e alle condizioni economiche di chi li deve somministrare, sorge solo in mancanza di obbligo di mantenimento, quando sussista il presupposto dello stato di bisogno dell'alimentando e la sua impossibilità a provvedere al proprio sostentamento, decorre dalla domanda giudiziale e termina con la cessazione dello stato di bisogno. Così, mentre l'obbligo di mantenimento è espressione del dovere di solidarietà familiare sancito dall'art. 30 Cost. ed assolve la funzione di consentire il pieno sviluppo della personalità dei figli, l'obbligo alimentare sussiste solo ove non vi sia obbligo di

mantenimento ed assolve la diversa funzione di assistenza familiare, in quanto è diretto esclusivamente ad ovviare allo stato di bisogno ed all'incapacità dell'alimentando di farvi fronte.

Pertanto, le situazioni poste a raffronto dal rimettente non sono omogenee e la norma denunciata si sottrae alla censura di ingiustificata disparità di trattamento fiscale rispetto all'assegno alimentare per i figli, poiché la scelta di consentire la deduzione fiscale dell'assegno periodico alimentare e non di quello di mantenimento appare ispirata alla non irragionevole *ratio* non solo di differenziare il trattamento fiscale di prestazioni eterogenee, ma anche di favorire l'adempimento dell'obbligo alimentare che sorge solo ove manchi quello di mantenimento e, quindi, ove sia divenuto meno intenso il vincolo di solidarietà familiare.

6. La famiglia di fatto

6.1. La tutela delle unioni diverse da quelle fondate sul matrimonio

Chiamata a dirimere una questione di costituzionalità sollevata sulla base di una asserita diversità tra convivenza matrimoniale e stato di separazione e di una egualmente asserita omogeneità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, la Corte sottolinea, nell'**ordinanza n. 491 del 2000**, che costituendo la separazione, in conformità alla sua natura ed alle sue origini storiche, una semplice fase del rapporto coniugale, non può certo ritenersi manifestamente irragionevole una disciplina che accomuna convivenza coniugale e stato di separazione; di contro, la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio rappresenta un punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull'ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda.

In un'ottica diversa ci si muove nel giudizio concluso con la **sentenza n. 372 del 2004**. In esso, lo Stato impugna l'art. 4, comma 1, lettera *h*), dello statuto della Regione Toscana, laddove dispone che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il riconoscimento delle altre forme di convivenza» con previsione che, ad avviso del ricorrente, potrebbe costituire la base statutaria di future norme regionali recanti una disciplina dei rapporti tra conviventi lesiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «cittadinanza, stato civile e anagrafi» e di «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettere *i*) e *l*), Cost.). La norma violerebbe, inoltre, l'art. 123 della Costituzione, ed il limite della «armonia con la Costituzione», qualora con essa si «intenda affermare qualcosa di diverso dal semplice rilievo sociale e dalla conseguente giuridica dignità» della convivenza tra uomo e donna fuori del vincolo matrimoniale, ovvero si «intenda affermare siffatti valori con riguardo ad unioni libere e relazioni tra soggetti del medesimo sesso», in contrasto con i principi costituzionali, in relazione a situazioni divergenti dal modello del rapporto coniugale, estranee al contenuto delle garanzie fissate dall'art. 29 della Costituzione, non riconducibili alla sfera di protezione dell'art. 2 della Costituzione.

Ad avviso della Corte, risulta opinabile la «misura dell'efficacia giuridica» di tali proclamazioni considerando che alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto.

Ora, se si accolgono le premesse sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di

natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Nel caso in esame, enunciazioni siffatte si rinvencono nei diversi commi – tra cui in particolare quelli censurati – degli artt. 3 e 4 che non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali. È quindi inammissibile il ricorso governativo avverso le impugnate proposizioni dei predetti articoli, per la loro carenza di idoneità lesiva.

Di analogo tenore è la **sentenza n. 378 del 2004**, che decide il ricorso del Governo avverso l'art. 9, comma 2 dello statuto della Regione Umbria, impugnato nella parte in cui, avendo il primo comma dell'art. 9 riconosciuto i diritti della famiglia e previsto l'adozione di ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida, dispone che la Regione tutela forme di convivenza, in quanto consentirebbe l'adozione di "eventuali future previsioni normative regionali" concernenti i rapporti patrimoniali e personali tra i conviventi.

6.2. Famiglia di fatto e diritto all'abitazione

6.2.1. Il diritto reale di abitazione

Ispirata al *favor* per la famiglia legittima appare la reiezione dell'impugnativa avverso l'art. 540, secondo comma, in quanto non riserva al convivente, anche se escluso dal novero dei successibili a titolo di erede, almeno il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza della coppia, se di proprietà del defunto o comune (**sentenza n. 310 del 1989**).

La Corte ritiene che il giudice *a quo* non ha considerato che i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, attribuiti al coniuge dall'art. 540, secondo comma, cod. civ., sono oggetto di una vocazione a titolo particolare collegata alla vocazione (a titolo universale) a una quota di eredità, cioè presuppongono nel legatario la qualità di legittimario al quale la legge riserva una quota di eredità. Tale collegamento, per cui i detti diritti formano un'appendice della legittima in quota, si spiega sul riflesso che oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, non è il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio, con conseguente inapplicabilità, tra l'altro, dell'art. 1022 cod. civ., che regola l'ampiezza del diritto di abitazione in rapporto al bisogno dell'abitatore.

Pertanto il giudice remittente non chiede alla Corte semplicemente di inserire il convivente *more uxorio* nella previsione dell'art. 540, secondo comma, ammettendo anche questa forma del rapporto di coppia quale possibile referente della nozione di "casa adibita a residenza familiare", bensì sollecita l'introduzione nell'ordinamento della legittima di una nuova fattispecie strutturalmente e funzionalmente diversa da quella portata a modello: strutturalmente, perché il diritto di abitazione sarebbe attribuito al convivente indipendentemente dalla qualità di chiamato all'eredità; funzionalmente, perché, secondo la prospettazione dell'ordinanza di rimessione, il diritto di abitazione sarebbe qui destinato a tutelare direttamente e specificamente l'interesse alla conservazione dell'alloggio.

Una siffatta innovazione nel sistema normativo esula dai poteri della Corte. Spetta al legislatore valutare il grado di meritevolezza di tutela dell'interesse all'abitazione nell'ipotesi in esame, e quindi decidere tra le due forme di tutela possibili, quella – gravemente limitatrice del diritto di proprietà degli eredi – del diritto (reale) di abitazione, ovvero, in assenza di una disposizione

testamentaria più favorevole del *de cuius*, quella più moderata di un diritto personale di godimento temporalmente limitato.

Nonostante il primario interesse per la Corte sia la tutela del diritto all'abitazione rileva comunque, ai presenti fini, la **sentenza n. 559 del 1989**, in cui si rinviene il contrasto con il principio di ragionevolezza – e la violazione del diritto sociale all'abitazione, collocabile fra quelli inviolabili dell'uomo – da parte di una normativa regionale del Piemonte che, dopo aver stabilito, ai fini dell'accesso ai concorsi per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale, l'appartenenza del convivente *more uxorio* e della prole naturale al nucleo familiare dell'assegnatario, esclude tuttavia il diritto del medesimo convivente affidatario dei figli a succedere nella posizione dell'assegnatario se questi – per il venir meno dell'*affectio* – abbandoni l'alloggio.

6.2.2. Le locazioni ad uso abitativo

Si deve all'opera della giurisprudenza costituzionale il riconoscimento della rilevanza giuridica delle unioni libere le volte in cui si rivelava irragionevole sottrarle alle disposizioni dettate esplicitamente per i coniugi legali. In proposito, va segnalata la estensione ai conviventi *more uxorio* del regime delle locazioni abitative.

In un primo tempo, la Corte (**sentenza n. 45 del 1980**) nega il diritto di proroga della locazione in favore del convivente del locatario defunto adducendosi che la convivenza *more uxorio* è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione del convivente *more uxorio* può infatti cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria.

In ordine, poi, alla disparità di trattamento tra convivente superstite, che non ha diritto alla proroga, e figlio naturale dei conviventi, che vi ha diritto è sufficiente rilevare che l'attribuzione ai figli naturali, del diritto alla proroga legale realizza la tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio espressamente prescritta dall'art. 30, comma terzo, della Costituzione, laddove il precedente art. 29, nel riconoscere i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, considera il matrimonio elemento che distingue la famiglia legittima e ne giustifica la particolare rilevanza giuridica.

La Corte cambia radicalmente il precedente indirizzo giurisprudenziale in tema di locazioni con la **sentenza n. 404 del 1988**, che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 6, primo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*. Al riguardo, si ritiene che non viene qui in evidenza un trattamento discriminatorio a sfavore della convivenza *more uxorio*, che violerebbe il principio di uguaglianza e neppure un contrasto con la spontaneità delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo, di cui all'art. 2 della Costituzione.

Come affermato dalla sentenza n. 217 del 1988, il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione.

Quando il legislatore, nel contesto della legge n. 392 del 1978, detta l'art. 6, rubricandolo "Successione nel contratto", esprime il dovere collettivo di "impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione", dovere che connota da un canto la forma costituzionale di Stato sociale, e dall'altro riconosce un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione.

Ciò conduce ad ulteriore sviluppo le considerazioni già svolte nella sentenza n. 252 del 1983.

All'inizio degli anni Ottanta un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale tendeva a costruire il diritto all'abitazione come un diritto soggettivo perfetto, destinato a rendere sempre poizore la posizione del locatario su quella del locatore, suggerendo come modello la disciplina francese e tedesca della locazione abitativa a tempo indeterminato con recesso del locatore solo per giusta causa.

La Corte dovette allora obbiettare che la "stabilità della situazione abitativa" non costituisce autonomo e indefettibile presupposto per l'esercizio dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione.

La Corte invece affermava in proposito che "indubbiamente l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge".

Nel caso in esame, la Corte riconosce di non aver dato, nella sua precedente giurisprudenza, il dovuto rilievo all'abitazione come bene primario, valutando su un piano prospettico di maggiore rilevanza l'estraneità del convivente *more uxorio* dagli elenchi tassativi degli aventi diritto alla proroga dei contratti di locazione di immobili adibiti ad uso di abitazione, in caso di morte del conduttore, sia in base all'art. 2-bis, comma primo, parte prima, della legge 12 agosto 1974, n. 351, sia in base all'art. 1, comma quarto, parte prima, della legge 23 maggio 1950, n. 253.

Ritiene adesso la Corte che la nuova normativa sulla disciplina delle locazioni di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione, introdotta dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, realizzando con il regime dell'equo canone un superamento di quella previgente, fondata sul meccanismo della proroga, determini una minore compressione del diritto del proprietario-locatore e consenta pertanto una più penetrante indagine sui fini che il legislatore ha inteso perseguire nel sostituire la fattispecie "successione nel contratto" a quella della operatività della proroga.

Il legislatore del 1950 ha usato la formula "la proroga opera soltanto a favore del coniuge, degli eredi, dei parenti e degli affini del defunto con lui abitualmente conviventi" (art. 1, comma 4, parte I, l. n. 253/1950); quello del 1974 la variante: "del coniuge, dei figli, dei genitori o dei parenti entro il secondo grado del defunto con lui anagraficamente conviventi" (art. 2-bis, comma 1, parte I, l. n. 351/1974).

La volontà di escludere qualunque soggetto diverso da quelli elencati è fatta palese dall'avverbio "soltanto".

Diversa formulazione è quella dell'art. 6, primo comma, della vigente legge n. 392 del 1978: "in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi".

Le *species* "figli, genitori, parenti entro il secondo grado, con lui anagraficamente conviventi", della corrispondente norma del 1974, si espandono nei genera "eredi, parenti, affini con lui abitualmente conviventi".

Il legislatore del 1978, cioè, ha voluto tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei (potendo tra gli eredi esservi estranei), i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini.

È evidente la volontà legislativa di farsi interprete di quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi.

Se tale è la *ratio legis*, è irragionevole che nell'elencazione dei successori nel contratto di

locazione non compaia chi al titolare originario del contratto era nella stabile convivenza legato *more uxorio*.

L'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza.

Se l'art. 3 della Costituzione è violato per la non ragionevolezza della norma impugnata, l'art. 2 lo è quanto al diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso.

Successivamente, la Corte, ritornando sul tema, ha modo di dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione nella parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, al conduttore di un immobile ad uso abitativo succeda nel contratto di locazione il convivente rimasto nella detenzione dell'immobile, anche in mancanza di prole comune (**ordinanza n. 204 del 2003**).

Il rapporto coniugale e il rapporto di fatto configurano comunque situazioni non assimilabili né parificabili sul piano costituzionale; la convivenza *more uxorio*, basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento; le stesse considerazioni valgono in relazione alla comparazione tra la cessazione della convivenza con prole e la cessazione di quella senza prole, trattandosi, pure in questo caso, di situazioni del tutto disomogenee, rispetto alle quali non sono invocabili né il principio di eguaglianza, né le argomentazioni contenute nella sentenza n. 404 del 1988, la cui *ratio decidendi* per la conservazione dell'abitazione alla residua comunità familiare si fondò appunto sull'esistenza di prole naturale e quindi sull'esigenza di tutelare un nucleo familiare.

6.3. Famiglia di fatto e sospensione della prescrizione tra conviventi

Nella **sentenza n. 2 del 1998** si afferma che non possono essere estese ai conviventi le regole sulla sospensione della prescrizione *ex art. 2941, n. 1), cod. civ.*

Rileva la Corte che l'istituto della prescrizione è finalizzato ad un obiettivo di primaria importanza, che è quello di garantire certezza dei rapporti giuridici, facendo venir meno il diritto non esercitato per un determinato periodo di tempo. In tale prospettiva la sospensione della prescrizione si caratterizza per la peculiarità, costituita dalla tassatività dei casi previsti dalla legge. Se infatti ogni diritto, salvo specifiche eccezioni, "si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge" (art. 2934 cod. civ.), ne deriva coerentemente che non è possibile riconoscere ipotesi di sospensione che non siano espressamente regolate dal codice civile o da altre norme speciali in materia (v., ad esempio, l'art. 168, secondo comma, della legge fallimentare). È per questo che l'art. 2941 cod. civ. contiene un elenco ben determinato di casi, enucleabili in base a rigorosi criteri formali e giustificati dalla particolarità delle situazioni ivi previste.

Il carattere eccezionale della sospensione della prescrizione non impedisce, tuttavia, alla Corte di vagliare la legittimità costituzionale di ingiustificate omissioni da parte del legislatore sotto un diverso profilo ed entro precisi limiti.

Poste queste premesse, la Corte osserva che – anche sotto questo profilo – la questione è infondata per un duplice ordine di considerazioni: a) perché la famiglia legittima, essendo una realtà

diversa dalla famiglia di fatto, non costituisce un adeguato *tertium comparationis*; b) perché la sospensione della prescrizione implica precisi elementi formali e temporali che si ravvisano nel coniugio e non nella libera convivenza.

La Corte ribadisce che il rapporto coniugale implica, secondo quanto previsto dalla legge, una serie di potenzialità che non si esauriscono nel mero dato materiale della convivenza accompagnato dall'*affectio* pur verificabile anche nel rapporto *more uxorio*. I diritti e i doveri inerenti al matrimonio si caratterizzano per la certezza e la disciplina legale del rapporto su cui si fondano; e da ciò consegue che la non omogeneità delle due situazioni non consente di estendere dall'una all'altra le regole sulla sospensione della prescrizione.

D'altronde la stessa natura della prescrizione – istituto finalizzato a conferire stabilità a rapporti patrimoniali – impone per il decorso dei termini l'adozione di parametri di riferimento certi ed incontestabili, quali possono essere offerti soltanto dall'esistenza o dal venir meno di un vincolo giuridico quale il matrimonio.

Da quanto esposto deriva che nella norma denunziata non sussiste alcuna violazione dell'art. 3 della Costituzione.

6.4. Famiglia di fatto e diritto successorio

Nella **sentenza n. 310 del 1989**, la Corte, pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia, riconosce alla famiglia una dignità superiore, con ciò negando una asserita identità di posizione, mirante ad estendere ai conviventi diritti spettanti ai coniugi: così per le successioni *mortis causa*, laddove si impugnavano gli artt. 565 e 582 cod. civ., nella parte in cui non includono tra i successibili *ab intestato*, parificandolo al coniuge, il convivente *more uxorio*.

Per la Corte, la pretesa violazione dell'art. 3 è contraddetta dal rilievo che “la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge” (sentenze n. 45 del 1980, n. 404 del 1988). È vero che l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione “dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio”.

Ma le norme in esame non meritano censura neppure sotto il profilo del principio di razionalità. Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* come titolo di vocazione legittima all'eredità, da un lato, contrasterebbe con le ragioni del diritto successorio, il quale esige che le categorie dei successibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili (quali i rapporti di coniugio, di parentela legittima, di adozione, di filiazione naturale riconosciuta o dichiarata), dall'altro, per le conseguenze che comporterebbe nei rapporti tra i due partners (non solo l'obbligazione alimentare, ma anche qualcosa di simile all'obbligo di fedeltà), contraddirebbe alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci.

Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana. Ammesso, come pure questa Corte ha ritenuto (sent. n. 237 del 1986), che l'art. 2 Cost. sia riferibile “anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità”, ciò non implica la garanzia ai conviventi del diritto reciproco di successione *mortis causa*, il quale certo non appartiene ai diritti inviolabili dell'uomo, i soli presidiati dall'art. 2.

In ordine alla famiglia naturale la discrezionalità lasciata al legislatore ordinario dall'art. 42, quarto comma, Cost. per la determinazione delle categorie dei successibili incontra soltanto il vincolo derivante dalla direttiva di equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi nei rapporti con i

genitori che li hanno riconosciuti o nei confronti dei quali la filiazione è stata dichiarata, sancita dall'art. 30, terzo comma.

6.5. Famiglia di fatto e previdenza ed assistenza sociale

6.5.1. L'integrazione al minimo del trattamento pensionistico

L'impossibilità di estendere, attraverso un mero giudizio di equivalenza, la disciplina prevista per la famiglia legittima alla convivenza di fatto è stata chiaramente evidenziata nella **sentenza n. 127 del 1997** nel corso dell'esame della disciplina della integrazione al minimo del trattamento pensionistico, che prevede, se il titolare della pensione è coniugato e non legalmente ed effettivamente separato, che l'integrazione non spetta a chi possieda redditi propri o cumulati con quelli del coniuge per un importo superiore da tre a cinque volte, a seconda delle disposizioni che si sono succedute nel tempo, il trattamento minimo.

Nell'occasione, la Corte ha rilevato che, se l'integrazione della pensione deve assicurare che la prestazione previdenziale consenta di far fronte alle esigenze di vita minime dell'assicurato e della sua famiglia, per converso non si può escludere che per valutare le necessità della famiglia, cui si debba sovvenire con l'intervento solidaristico, si considerino i redditi percepiti da altri componenti della famiglia medesima.

Con la **sentenza n. 127 del 2007**, la Corte ha negato fondamento alla questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 31, primo comma, della Costituzione, il quale, secondo l'ordinanza di rimessione, sarebbe violato dal cumulo dei redditi propri del titolare della pensione e del coniuge ai fini della integrazione al trattamento minimo, che non agevolerebbe la formazione della famiglia ma incoraggerebbe le famiglie di fatto e la separazione tra coniugi.

Riconoscendo i diritti della famiglia fondata sul matrimonio, la Costituzione impegna ad agevolarne la formazione e l'adempimento dei compiti, con misure in ordine alle quali si dispiega la valutazione discrezionale del legislatore.

Il principio di favore e di sostegno per la famiglia non è contraddetto quando, nell'esercizio di tale discrezionalità, il legislatore condiziona l'attribuzione di una prestazione solidaristica, quale è l'integrazione della pensione al trattamento minimo, ai redditi non solo del titolare della pensione ma anche del coniuge, purché l'importo dei redditi cumulati che escludono l'integrazione sia ragionevolmente determinato in misura adeguatamente superiore a quello dei redditi propri del pensionato che determinano analoga esclusione.

Non si può, infine, ritenere di minore favore per la famiglia il cumulo dei redditi dei coniugi, non legalmente ed effettivamente separati, ai fini dell'integrazione al minimo, cumulo che non opera in caso di convivenza di fatto o di separazione coniugale. Difatti la mancanza o il diverso atteggiarsi dell'obbligo giuridico di assistenza diversifica le altre situazioni considerate dal giudice rimettente dalla condizione della famiglia legittima e non ne consente il raffronto, giacché solo il rapporto coniugale è caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono dal matrimonio.

6.5.2. Il trattamento pensionistico di reversibilità

La mancata inclusione, nel novero dei beneficiari della pensione di reversibilità, del convivente *more uxorio*, anche quando la convivenza presenti i caratteri della stabilità e della certezza propri del vincolo coniugale, non configura disparità di trattamento, rispetto al coniuge beneficiario della pensione, ancorché separato o divorziato, attesa la diversità delle situazioni confrontate (**sentenza**

n. 461 del 2000). Questa la conclusione che motiva il rigetto della questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 del regio d.-l. 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, nella legge 6 luglio 1939, n. 1272, e 9, secondo e terzo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74, nella parte in cui non includono il convivente *more uxorio* fra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità.

Per la Corte, la distinta considerazione costituzionale della convivenza *more uxorio* e del rapporto coniugale, affermata dalla costante giurisprudenza, non esclude affatto “la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell’una e dell’altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell’invocato art. 3 della Costituzione” (sentenza n. 8 del 1996).

L’aspetto particolare che, nella specie, viene in considerazione è quello previdenziale, assumendosi dal rimettente la irragionevolezza della disparità di trattamento insita nel riconoscere la pensione di reversibilità al coniuge, ancorché separato o divorziato, negandola, invece, al convivente *more uxorio* pur se il suo rapporto sia dotato di “quegli stessi requisiti di stabilità e certezza tipici del rapporto di coniugio”.

In contrario, va affermato come gli attuali caratteri della convivenza *more uxorio* rendano non irragionevole la scelta, operata dal legislatore in ambito previdenziale, di escludere il convivente dal novero dei soggetti destinatari della pensione di reversibilità.

La mancata inclusione del convivente fra i soggetti beneficiari del trattamento di reversibilità rinviene una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che tale pensione si ricollega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che nella convivenza *more uxorio* per definizione manca. Con la conseguenza che, anche sotto l’aspetto considerato, deve ribadirsi la diversità delle situazioni poste a raffronto e, quindi, la non illegittimità di una differenziata disciplina delle stesse.

Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana.

E ciò in quanto la riferibilità dell’art. 2 della Costituzione “anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità” non comporta un necessario riconoscimento, al convivente, del trattamento pensionistico di reversibilità che non appartiene certo ai diritti inviolabili dell’uomo presidiati dall’art. 2 della Costituzione. Le esigenze solidaristiche evidenziate dal rimettente possono trovare la sede idonea alla loro realizzazione nell’attività del legislatore e non già nel giudizio di legittimità costituzionale.

6.5.3. La fruizione di una rendita per infortunio

Alle differenze fra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio si richiama anche la **sentenza n. 86 del 2009**, nel dichiarare manifestamente infondato il dubbio di legittimità avente ad oggetto l’art. 85, primo comma, numero 1, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, censurato, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 30, 31, 38 e 117 Cost., ove prevede che, in caso di decesso del lavoratore per infortunio, sia disposta una rendita per il coniuge senza garantire alcunché al convivente *more uxorio*: le differenze, secondo la Corte, si legano ai caratteri di «stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto» dal vincolo coniugale. In particolare, la mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca.

Di interesse in questa sede è anche la seconda questione trattata nella sentenza in esame, che ha concluso per l'incostituzionalità dell'art. 85, primo comma, numero 2), del citato d.P.R. ove, nel disporre che, nel caso di infortunio mortale dell'assicurato, agli orfani di entrambi i genitori spetta il quaranta per cento della rendita, esclude che essa spetti nella stessa misura anche all'orfano di un solo genitore naturale: secondo la Corte, ciò «introduce una discriminazione fra figli naturali e figli legittimi che si pone in contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost.» in quanto, mentre la morte del coniuge per infortunio comporta, in presenza di figli legittimi, l'attribuzione della rendita al superstite nella misura del 50% e a ciascuno dei figli del 20%, la morte del convivente non comporta l'attribuzione al genitore superstite di alcuna rendita per infortunio. Pertanto, «la discriminazione deriva dal fatto che solo i figli legittimi, e non anche quelli naturali, possono godere di quel *plus* di assistenza che deriva dall'attribuzione al genitore superstite del cinquanta per cento della rendita».

6.6. Famiglia di fatto e sistema penale

6.6.1. Famiglia di fatto e processo penale

In ambito processual-penalistico, la Corte nega, con la **sentenza n. 6 del 1977**, la possibilità di estendere al convivente *more uxorio* la facoltà di astenersi dal testimoniare, riconosciuta, invece, ai prossimi congiunti. Nondimeno, viene lasciata al prudente apprezzamento del legislatore la facoltà di valutare la necessità di approntare una disciplina per siffatta situazione, per più versi meritevole di tutela.

Alla Corte è sostanzialmente chiesto di dire se sia o meno conforme all'art. 3 della Costituzione la norma dell'art. 350 del codice di procedura penale nella parte in cui non consente che possa astenersi dal deporre, in aggiunta ai prossimi congiunti di cui all'art. 307, ultimo comma, del codice penale, chi, nei confronti dell'imputato o di uno dei coimputati del medesimo reato, si trovi in una situazione affettiva di natura familiare, basata sulla convivenza e animata da intenti di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identica a quelle disciplinate nel citato articolo del codice penale.

La situazione che, si assume, sarebbe stata omessa nella previsione di cui alla normativa denunciata, sarebbe propria di chi (come l'imputata nel processo *a quo*, di falsa testimonianza) sia legato ad altro soggetto di sesso diverso da una relazione sentimentale e da rapporti sessuali (con la nascita di un figlio dall'unione), ed essa sarebbe identica, di fatto ed oggettivamente, a quella che caratterizza il rapporto coniugale.

La relazione è instaurata, quindi, tra il coniuge e l'unione di fatto tra le dette persone.

Per la Corte non si può ritenere, facendo riferimento alla ratio dell'art. 350 del codice di procedura penale, che gli interessi, i quali stanno a base delle situazioni ivi previste, siano ricorrenti anche in quelle omesse, con la conseguenza, che codesto elemento o profilo comune possa bastare perché tutte le anzidette situazioni (previste e omesse) debbano essere considerate identiche o perché le situazioni omesse siano assimilate a quelle previste.

A tal riguardo, si tiene preliminarmente presente che il legislatore ha accordato ai prossimi congiunti la facoltà di astenersi dal deporre nel processo penale, perché ha ritenuto meritevole di tutela il sentimento familiare (latamente inteso) e, nel possibile contrasto tra l'interesse pubblico, della giustizia, che su tutti gravi il dovere di deporre, e l'interesse privato, ancorato al detto sentimento, che i prossimi congiunti dell'imputato, non siano travagliati dal conflitto psicologico tra il dover deporre e dire la verità ed il desiderio o la volontà di non deporre per non danneggiare l'imputato, ha altresì ritenuto prevalente l'interesse privato e non in generale ed in modo assoluto

ma se ed in quanto l'interessato (e cioè il teste) reputi di non dovere o potere superare quel conflitto, ed a tale fine non ha imposto un divieto di testimoniare. Ciò posto, va considerato che per i prossimi congiunti di cui all'ultimo comma dell'art. 307 del codice penale, nell'articolo 350 del codice di procedura penale si ha una tutela per categorie di soggetti, individuate sulla base di tipici rapporti giuridici (coniugio, parentela e affinità), presupponendosi che – secondo l'*id quod plerumque accidit* – tali soggetti sono portatori dei detti interessi e perseguono quei determinati scopi; e che a proposito delle situazioni che sarebbero state omesse, l'esistenza degli stessi interessi e il perseguimento degli stessi scopi si presentano come dati del tutto eventuali e comunque non necessari ed in ogni caso da dimostrare.

Che in concreto nelle situazioni previste ed in quelle omesse possano anche ricorrere eguali interessi, in sé e finalisticamente considerati, non rileva. Nei due casi, la loro presenza è rispettivamente presunta o da dimostrare. Ciò comporta che, nel processo, solo nel primo di detti casi il giudice possa con immediatezza e sicurezza accertare se il soggetto chiamato a deporre debba essere avvertito, a sensi del terzo comma dell'art. 350 del codice di procedura penale, della facoltà di astenersi dal deporre. Per accertare, nel secondo dei due casi, se la situazione (ivi considerata) presenti i caratteri per cui in fatto possa essere accostata al rapporto di coniugio, e se in essa in concreto ricorra il sopraddetto interesse privato, con il relativo sentimento familiare, occorre, invece, una indagine che può anche non essere breve né facile. Ed allora per tale caso affiora in modo prevalente l'esigenza pubblicistica che il corso del processo non subisca ingiustificate remore in contrasto con il carattere inquisitorio e con i principi della oralità e della concentrazione.

De iure condendo, la normale presenza di quegli interessi, però, non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse ed in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione.

6.6.2. Famiglia di fatto e diritto penale sostanziale

Per la Corte, nella **sentenza n. 237 del 1986**, un consolidato rapporto di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto rappresenta una apertura esplicita nella motivazione relativa alla fattispecie che segue.

Agli effetti della legge penale, l'art. 307, comma quarto, del relativo codice fornisce l'elencazione tassativa dei prossimi congiunti e vi ricomprende il coniuge. Questi, pertanto, non è punibile, giusta il successivo art. 384, allorché costretto a salvare da grave ed inevitabile nocimento l'altro coniuge, così incorrendo con la sua condotta, tra le altre ipotesi contemplate, nel reato di favoreggiamento personale.

La Corte dirime il dubbio di costituzionalità di tale disposizione fondato sul rilievo secondo cui l'omesso inserimento nella elencazione dei prossimi congiunti del convivente *more uxorio* alla pari del coniuge mostrerebbe il non volersi tener conto, nella realtà sociale e nell'ordinamento, dei vincoli di solidarietà pur insiti nella famiglia di fatto, con ciò violando gli artt. 3 e art. 29, primo comma, della Costituzione.

Argomenta la Corte che l'art. 29 riguarda, infatti, la famiglia fondata sul matrimonio, sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale.

In effetti, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto più allorché la presenza di

prole comporta il coinvolgimento attuativo d'altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione.

In altre parole, si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti, in parte da definire nei possibili contenuti.

Comunque, per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione.

Nella fattispecie, tuttavia, l'adeguatezza in concreto di misure protettive d'ordine positivo scaturenti dalla valorizzazione di legami affettivi esistenti di fatto trascende – e proprio per l'esigenza di una complessa chiarezza normativa – i ristretti termini del caso, rivolto al mero intento di parificare il binomio coniuge/convivente in presenza dei reati richiamati dall'art. 384 c.p.

Più incisivamente, va osservato che l'impugnato art. 307, comma quarto racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale: la prospettata parificazione della convivenza e del coniugio, varrebbe, adunque, a coinvolgere automaticamente, non solo le altre ipotesi di reato contenute nell'art. 384 pure impugnato, ma – più ampiamente – altri istituti di ordine processuale penale, quali la ricusazione del giudice (art. 64, nn. 3 e 4 cod. proc. pen.); la facoltà di astensione dal deporre (art. 350) già esaminata dalla Corte nella ricordata sentenza n. 6 del 1977; la titolarità nella richiesta di revisione delle sentenze di condanna e di connesso esercizio dei relativi diritti (artt. 556, 564) ovvero nella presentazione di domanda di grazia (art. 595).

D'altronde, una volta parificato, in ipotesi, il rapporto di fatto a quello del coniugio, non sarebbe dato sottrarsi, contestualmente, alla necessità di regolare la posizione dell'eventuale coniuge separato, sia per il caso di coerenza d'intenti che di conflittualità con il convivente.

Ma su di una regolamentazione esaustiva di tal sorta, necessariamente involgente, senz'altro, scelte e soluzioni di natura discrezionale, la Corte non avrebbe facoltà di pronunciarsi senza invadere quelle competenze che spettano al Parlamento, nel razionale esercizio di un potere che il solo legislatore è chiamato ad esercitare; per il che la Corte rinnova la sollecitazione contenuta nella sentenza n. 6 del 1977.

Sul tema la Corte ritorna nella **sentenza n. 8 del 1996**, in occasione del dubbio di costituzionalità riguardante l'art. 384, primo comma, del codice penale.

Per quanto attiene alla censura sollevata in riferimento all'art. 29 della Costituzione, a ragione l'ordinanza del giudice *a quo* sottolinea la notevole diffusione della convivenza di fatto, quale rapporto tra uomo e donna ormai entrato nell'uso e comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale. Ma questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la giurisprudenza costituzionale non è indifferente, non autorizza peraltro la perdita dei contorni caratteristici delle due figure in una visione unificante come quella che risulta dalla radicale ed eccessiva affermazione, contenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle che scaturiscono dal rapporto matrimoniale e dunque le due situazioni in nulla differirebbero, se non per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. La Corte, al contrario, in diverse decisioni, ha posto in luce la netta diversità della convivenza di fatto, fondata sull'*affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio.

Ma ciò che nel giudizio di legittimità costituzionale più conta è che la Costituzione stessa ha dato delle due situazioni una valutazione differenziatrice. E la valutazione costituzionale del rapporto di convivenza già elaborata nella sentenza n. 237 del 1986 rispetto al vincolo coniugale non può essere

contraddetta da opposte visioni dell'interprete. I punti di vista di principio assunti dalla Costituzione valgono innanzitutto come criteri vincolanti di comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione dei fatti sociali giuridicamente rilevanti.

La pretesa equiparazione della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, nel segno della riconduzione di tutte e due le situazioni sotto la medesima protezione dell'art. 29 della Costituzione, risulta così infondata.

La distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tali, non esclude affatto, tuttavia, la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'invocato art. 3 della Costituzione: un controllo, già in passato esercitato numerose volte dalla Corte costituzionale, il quale, senza intaccare l'essenziale diversità delle due situazioni, ha tuttavia condotto talora a censurare l'ingiustificata disparità di trattamento (a danno ora della famiglia di fatto, ora della famiglia legittima) delle analoghe condizioni di vita che derivano dalla convivenza e dal coniugio.

Nella prospettiva della ragionevolezza delle determinazioni legislative, il giudice *a quo* fonda la sua richiesta sulla *ratio* comune alle cause di non punibilità previste dall'art. 384 del codice penale – in riferimento a ciascuno dei titoli di reato ivi elencati – a favore dei prossimi congiunti, *ratio* di tutela del legame di solidarietà tra i componenti il nucleo familiare e del sentimento che li unisce. Poiché tale sentimento e tale legame possono valere con la stessa intensità tanto per i componenti della famiglia legittima quanto per quelli della famiglia di fatto, non vi sarebbe alcun ragionevole motivo – ad avviso del rimettente – per discriminare questi ultimi dalla protezione accordata ai primi.

Ma neppure sotto questo profilo – che pur si basa innegabilmente su un dato di fatto incontestabile – la questione può essere accolta. Essa infatti mira, come risultato, a una decisione additiva che manifestamente eccede i poteri della Corte costituzionale a danno di quelli riservati al legislatore.

Innanzitutto, l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi ed è stato riconosciuto da questa Corte appartenere primariamente al legislatore.

Nel caso di specie, si tratterebbe di mettere a confronto l'esigenza della repressione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, e quindi la garanzia di efficacia della funzione giudiziaria penale, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall'altro. Ma non è detto che i beni di quest'ultima natura debbano avere esattamente lo stesso peso, a seconda che si tratti della famiglia di fatto e della famiglia legittima. Per la famiglia legittima, non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali. A questa esigenza, può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano. Posto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve dunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittimo, nel settore dell'ordinamento penale che qui interessa, soluzioni legislative differenziate, della cui possibile varietà dà abbondante dimostrazione la comparazione tra le legislazioni di numerosi Paesi.

In più, un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o

all'altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che - come si è detto - non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Non ci sarebbe motivo, infatti, per limitare l'equiparazione del convivente al coniuge, nell'ambito del primo comma dell'art. 384 del codice penale, al solo caso del favoreggiamento personale, anche perché una tale limitazione determinerebbe di per sé ulteriori problemi di costituzionalità, sotto il profilo dell'irrazionalità, all'interno delle stesse fattispecie previste dal medesimo articolo. Ma soprattutto si dovrebbe aprire il problema dell'equiparazione in tutti gli altri numerosi casi di previsioni legislative, talora anche *in malam partem*, che danno rilievo, ai più diversi fini e nei più diversi campi del diritto, all'esistenza di rapporti di comunanza di vita di tipo familiare.

Sotto il profilo dell'irragionevolezza, la dedotta questione di costituzionalità è dunque inammissibile.

Con la sentenza n. **140 del 2009**, la Corte è tornata ancora sulla compatibilità con la Costituzione dell'art. 384, comma 1, cod. pen., ribadendo le posizioni già espresse. Nel concludere per la non fondatezza, i giudici hanno messo in evidenza le differenze esistenti fra i due istituti, valutati in maniera diversa dalla stessa Costituzione che, all'art. 29, riconosce il matrimonio quale «elemento fondante della famiglia come società naturale», mentre dà rilievo costituzionale alla convivenza solo «nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2».

Le diversità delle situazioni giustificano che la legge possa riservare in linea di principio alle due situazioni trattamenti non omogenei. Infatti, se è vero che, in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra i due istituti delle caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identica disciplina, che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza, nella specie, però, il rimettente omette di verificare se i risultati, cui vorrebbe pervenire con l'assimilazione che egli postula tra convivente e coniuge sotto il profilo degli stabili vincoli affettivi, siano compatibili con i poteri che alla Corte competono in relazione alla discrezionalità del legislatore. In effetti, l'estensione delle cause di non punibilità comporta un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti che appartiene *in primis* al legislatore.

Fattispecie del tutto diversa è alla base della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, dell'art. 649, n. 1, del codice penale “nella parte in cui non prevede la non punibilità di chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dal Titolo XIII cod. pen. in danno del convivente *more uxorio*” (**sentenza. n. 423 del 1988**).

La non punibilità, prevista dalla norma impugnata, si fonda sulla presunzione che, ove i coniugi non siano legalmente separati, sussista una comunanza di interessi che assorbe il fatto delittuoso. Tant'è che nella ipotesi di separazione legale la punibilità ricorre, sia pure a querela della persona offesa. Siffatto regime palesa che il legislatore rimette alla volontà del coniuge legalmente separato l'applicazione della legge penale, laddove esclude che questa possa intervenire in costanza della convivenza coniugale.

Fattispecie tutt'affatto diversa è quella della convivenza *more uxorio*, per sua natura fondata sulla *affectio* quotidiana liberamente e in ogni istante revocabile di ciascuna delle parti.

Nel caso che ha dato origine alla questione di costituzionalità, la denuncia-querela della persona offesa, nonché la sottrazione di mobili suppellettili ed elettrodomestici dall'abitazione comune ad opera della convivente, che li ha trasportati in altro alloggio ove si è stabilita con il figlio nato dal rapporto con il querelante, sono atti concludenti che attestano la revocazione dell'*affectio* e dunque

il venir meno della convivenza *more uxorio*.

Non sono pertanto ravvisabili nella norma impugnata profili di contrasto con i valori costituzionali contenuti negli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Nella **sentenza n. 352 del 2000**, la Corte respinge il dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 649 cod. pen., nella parte in cui non stabilisce la non punibilità dei fatti previsti dal titolo XIII del libro II del codice penale commessi in danno del convivente *more uxorio*.

La Corte ribadisce che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale, e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento. In tale prospettiva, non può ritenersi dunque irragionevole ed arbitrario che – particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, quale quella in esame, basate sul “bilanciamento” tra contrapposti interessi (quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione) – il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza *more uxorio*: venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'“istituzione familiare”, basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, ravvisata da alcuni nell'art. 649 c.p. Di qui l'impossibilità di qualificare come illogica e “discriminatoria” la mancata estensione del medesimo regime ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*.

7. Figli legittimi e figli naturali

7.1. Il diritto di procreare ed il riconoscimento dei figli naturali

Di particolare rilievo sono le affermazioni contenute nella **sentenza n. 332 del 2000**, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, punto 3, della legge 29 gennaio 1942, n. 64, nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza, l'essere senza prole.

Preliminarmente, la Corte non condivide la doglianza secondo cui la disposizione denunciata sarebbe priva di ragionevole giustificazione, giacché il riconoscimento di un figlio naturale, da un lato, non imporrebbe “necessariamente anche vincoli di convivenza del nucleo familiare”; dall'altro, determinerebbe “minori obblighi rispetto alla paternità nell'ambito del matrimonio”, compatibili con la frequenza del corso di addestramento per allievi finanziari.

Al riguardo, la Corte sottolinea che la giurisprudenza costituzionale ha censurato il tradizionale disfavore verso la filiazione naturale e ha sottolineato la pienezza della responsabilità e dei doveri che, in base alla Costituzione, derivano per il genitore dal riconoscimento di un figlio naturale. Ancora di recente, la Corte ha chiarito che la posizione giuridica dei genitori nei rapporti tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione peggiore per i figli, perché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione, che richiama i genitori alla loro responsabilità; in altri termini – anche nello spirito della riforma del diritto di famiglia del 1975 – l'esistenza del vincolo sorto tra i genitori non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli, legittimi e naturali

riconosciuti, identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri (sentenza n. 166 del 1998).

Nondimeno, il contrasto della disciplina impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione sussiste, non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione. Una così grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona – suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l'assunzione del servizio permanente – non può, sul piano dei principi costituzionali, ritenersi giustificata dall'intensità e dall'esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole.

Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata. Ripetutamente, del resto, si è chiarito, da un lato, che “la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e riconduce anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini” (sentenza n. 278 del 1987); dall'altro, che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli “cittadini militari” non recede di fronte alle esigenze della struttura militare (da ultimo, sentenza n. 449 del 1999).

Né si potrebbe giustificare la disciplina in esame in base all'art. 51 della Costituzione, che affida alla legge la determinazione dei requisiti per l'accesso ai pubblici uffici.

La mancanza di prole non può costituire requisito attitudinario, traducendosi invece la sua previsione in una indebita limitazione dei diritti della persona.

7.2. La tutela dei figli naturali

7.2.1. In generale

Fin dalle prime pronunce, appare evidente l'esigenza della Corte di assicurare alla filiazione non legittima ogni tutela giuridica personale e patrimoniale.

Una risalente pronuncia (**sentenza n. 7 del 1963**) riguarda la legittimità costituzionale delle disposizioni transitorie del Codice civile contenute nel primo comma dell'art. 123, in quanto riguardo ai figli illegittimi (e per quelli adulterini, nei limiti indicati nell'art. 278 del Codice) nati anteriormente all'entrata in vigore del primo libro (1 luglio 1939) ammettono le indagini, per la dichiarazione giudiziale della paternità, soltanto se ricorrono le condizioni previste dall'art. 189 del Codice del 1865 (ratto o stupro violento). Ma poiché, in base all'art. 269 del Codice vigente, la proponibilità dell'azione è invece estesa ai quattro casi ivi indicati, è palese che, nel passaggio dalla precedente alla nuova legislazione, si è stabilito un trattamento diverso rispetto alla stessa categoria di persone, ricollegato al fatto che la data della nascita delle medesime preceda, o segua, la data di entrata in vigore del Codice.

Nella specie, occorre esaminare se le disposizioni impuginate, intese appunto a regolare, in via transitoria, la materia relativa alle indagini sulla paternità, rispettino o meno il principio fondamentale dell'eguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione. Principio che, come è noto,

secondo la costante giurisprudenza della Corte, consente bensì al legislatore ordinario di emanare norme differenziate riguardo a situazioni obiettivamente diverse, purché queste norme rispondano inoltre all'esigenza che la disparità di trattamento sia fondata su presupposti logici obiettivi, i quali razionalmente ne giustificano l'adozione.

Quest'ultima esigenza, peraltro, non appare soddisfatta dalle disposizioni impugnate, se si tengono presenti, com'è necessario, non soltanto le ragioni che hanno determinato le nuove provvidenze a favore della filiazione illegittima, ma, in special modo, i criteri di maggior larghezza adottati dallo stesso legislatore nel regolarne la retroattività.

Com'è noto, il Codice vigente ha esteso i casi in cui è ammesso il riconoscimento, consentendolo, con qualche limitazione, anche nei riguardi dei figli incestuosi ed adulterini; ed ha pure allargato i limiti per la proponibilità dell'azione circa le indagini sulla paternità (artt. 269 e 278).

Ora, le disposizioni transitorie (art. 122) hanno attribuito piena retroattività a quelle relative al riconoscimento, perché (come si legge nella relazione del Guardasigilli) "una soluzione diversa avrebbe frustrato quasi completamente gli scopi della riforma".

Ed in coerenza con lo spirito della riforma (come pure risulta dalla relazione) hanno inoltre convalidato, in applicazione dello *jus superveniens*, gli atti di riconoscimento compiuti nel vigore della precedente legislazione, quando ricorressero i casi preveduti dalla successiva.

Da queste osservazioni si può trarre agevolmente l'illazione che le provvidenze, stabilite nel Codice vigente, a favore della filiazione illegittima, da tempo e generalmente auspicate, assumevano, nell'intendimento del legislatore, tale rilevanza da rendere necessaria, nei casi ora ricordati, l'efficacia retroattiva delle innovazioni anzidette. Onde non può fondatamente disconoscersi che la limitazione circa le indagini sulla paternità, operata in via transitoria nel primo comma dell'art. 123, e la disparità di trattamento che ne è derivata, costituiscono una deviazione da quella finalità che il legislatore ha espressamente dichiarato di voler perseguire. Deviazione che non trova congrua giustificazione obiettiva, rispetto alla logica del sistema, nella circostanza che il figlio naturale sia nato prima o dopo il 1° luglio 1939. Giacché la discriminazione viene ad essere ricollegata ad un fatto naturale (la nascita del figlio) di carattere analogo a quello cui lo stesso legislatore, pure in altre provvidenze a favore dei figli naturali, come si è già accennato, non ha ritenuto di attribuire alcuna efficacia per escludere, o limitare, la retroattività delle nuove disposizioni.

L'accennata discriminazione, pertanto, nei riguardi della stessa categoria di soggetti, si appalesa in contrasto con i principi sanciti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione.

È da aggiungere che le disposizioni impugnate non sono neppure in armonia con il terzo comma dell'art. 30 della Carta costituzionale. Il quale, come si desume dall'ampia discussione presso l'Assemblea costituente, risponde all'esigenza di un orientamento legislativo, a favore della filiazione illegittima, inteso ad eliminare posizioni giuridicamente e socialmente deteriori, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Ora le disposizioni impugnate vengono, in definitiva, a sminuire questa tutela nei riguardi dei figli naturali nati prima del 1° luglio 1939, in quanto apportano ulteriori e non giustificate limitazioni a quelle che il Codice vigente, circa le indagini sulla paternità, già prevede in relazione all'ultimo comma del ricordato art. 30.

Una interpretazione restrittiva sulla parificazione si avverte però sempre nella giurisprudenza più risalente, laddove si afferma – **sentenza n. 54 del 1960** – che il primo comma dell'art. 30 si riferisce a rapporti che riguardano il figlio naturale ed il suo genitore, cioè alla posizione di quello in un ambiente che non va oltre la persona di questo, e non tocca la famiglia in senso lato; ma ciò è

dovuto solo al fatto che il primo comma, a differenza dal terzo, mira a imporre certi obblighi precisi i quali non possono incombere se non al genitore naturale, dimodoché non avrebbe avuto senso rifarsi agli ascendenti o ai collaterali di lui. Altrettanto si dica dell'art. 29, primo comma, secondo il quale la famiglia legittima è una "società naturale fondata sul matrimonio": questo articolo non consente di affermare che la famiglia legittima, a cui si riferisce il citato art. 30, terzo comma, sia quella formata col matrimonio del padre naturale e non anche quella che si sia costituita col matrimonio degli ascendenti di lui.

Quel che si desume sia dal testo dello stesso art. 30, terzo comma, sia dal travaglio che portò, nell'Assemblea costituente, alla sua formulazione definitiva, è soltanto un innegabile favore per la prole naturale. Questo favore, tuttavia, non si poté concretare in una disciplina precisa da contenere in un articolo, tanto più in quanto un'ampia tutela del figlio naturale poteva e potrebbe anche portare a una profonda revisione di molte norme, e perfino del sistema familiare e successorio, del Codice. Ad avviso della Corte questa è la ragione per cui il terzo comma dell'art. 30 si apre con un accenno al legislatore ordinario e contiene per così dire una riserva che solo la legge potrà sciogliere: sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno *status* e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima.

7.2.2. I figli incestuosi

Una irrazionale discriminazione nei confronti dei figli incestuosi, in contrasto con il divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali e con i doveri dei genitori al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei propri figli, viene rinvenuta, con la **sentenza n. 494 del 2002**, nell'art. 278, primo comma, del codice civile, nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato.

Rileva la Corte che la disciplina della condizione dei figli incestuosi, nati cioè da rapporti sessuali tra soggetti appartenenti alla stessa cerchia familiare, come definita dall'art. 251, primo comma, del codice civile (il matrimonio tra i quali è vietato dall'art. 87 del codice medesimo), è ciò che residua del tradizionale orientamento di radicale disfavore nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio. Da qui, il divieto di attribuire al loro legame biologico con i genitori naturali un valore giuridico formale, tramite riconoscimento o dichiarazione della pubblica autorità.

L'art. 251 stabilisce che «i figli nati da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, non possono essere riconosciuti dai loro genitori». La stessa cosa, in forza dell'art. 269, vale per la dichiarazione giudiziale. In conseguenza, le indagini sulla paternità o sulla maternità dei figli nati dalle persone anzidette non sono ammesse (art. 278, primo comma, del codice civile). Questi divieti non operano soltanto in due casi, relativi a situazioni ed eventi che riguardano i rapporti tra genitori, sui quali comunque il figlio nulla può: l'ignoranza in cui quelli, al momento del concepimento, versassero circa il vincolo esistente tra loro (nel caso in cui uno solo dei genitori fosse in buona fede, solo questi può effettuare il riconoscimento; ipotesi cui è assimilato il caso di chi ha subito violenza sessuale) e, ovviamente, la dichiarata nullità del matrimonio da cui il rapporto di affinità sarebbe derivato.

I figli nati fuori del matrimonio indicati nell'art. 251, primo comma, del codice civile, salvi i limitati casi ora menzionati, sono perciò privati della possibilità di assumere uno *status filiationis*.

Essi non mancano totalmente di una tutela, essendo loro riconosciuta l'azione nei confronti dei

genitori naturali per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione o, se maggiorenni in stato di bisogno, per ottenere gli alimenti (art. 279, primo comma, del codice civile). In conseguenza del divieto di riconoscimento e di dichiarazione, però, nei loro confronti non può operare l'art. 261 del codice civile, secondo il quale il riconoscimento e (per effetto del primo comma dell'art. 277) la dichiarazione comportano da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi, compresa la potestà prevista dall'art. 317-bis; non può operare l'art. 262, secondo il quale il figlio naturale riconosciuto o dichiarato assume il cognome del genitore; non possono operare infine le disposizioni relative alla successione dei figli naturali, che si applicano loro solo quando la filiazione sia stata riconosciuta o giudizialmente dichiarata (art. 573 del codice civile), essendo previsto invece che ai figli naturali aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e alla educazione, a norma del ricordato art. 279 del codice civile, spetti un assegno vitalizio (artt. 580 e 594 cod. civ.).

Dalla disciplina testé indicata deriva, in danno della prole nata da genitori legati dai rapporti familiari indicati dall'art. 251 del codice civile, una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione «figli incestuosi». La violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto.

Si aggiunge la seguente annotazione, circa le conseguenze irragionevoli della normativa vigente. Il figlio che intenda richiedere l'adempimento nei propri confronti dei doveri «naturali» che gravano sui suoi genitori - il mantenimento, l'istruzione e l'educazione - dovrebbe esercitare un'azione, quella prevista dall'art. 279 ricordato, che oggi (dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha reso riconoscibili e dichiarabili giudizialmente tutti gli altri figli nati fuori del matrimonio) è riferibile solo ai «figli incestuosi», in quanto solo rispetto ad essi «non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità» (ancorché la giurisprudenza, talora, con interpretazione antiletterale, abbia riconosciuto l'azione in quella norma prevista anche ai figli naturali riconoscibili ma non riconosciuti o dichiarati). Di conseguenza, il figlio nato da un rapporto tra le persone indicate nell'art. 251, per ottenere l'adempimento dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione nei suoi confronti, si trova nella necessità di proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato; a meno che, comprensibilmente, non preferisca invece rinunciare a ciò che a lui, come a ogni figlio, è dovuto, con la conseguenza paradossale, oltretutto, che i genitori - essi sì «incestuosi» - andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione.

L'attribuzione dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale ai figli di genitori incestuosi, alla stessa stregua di quanto spetta ai figli naturali riconoscibili, è conforme alla classificazione operata dalla Costituzione. Questa, come avviene nella stragrande maggioranza degli ordinamenti oggi vigenti, conosce, all'art. 30, primo e terzo comma, solo due categorie di figli: quelli nati entro e quelli nati fuori del matrimonio, senza ulteriori distinzioni tra questi ultimi. La possibilità di prevedere sub-distinzioni, entro la seconda categoria, è stata tuttavia sostenuta sulla base di due argomenti: (a) l'ordine pubblico familiare e (b) i diritti dei membri della famiglia

legittima.

Come misura di ordine pubblico familiare, la discriminazione dei figli di genitori incestuosi varrebbe a tutela della concezione costituzionale stessa della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla «coscienza sociale» considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali e, a certe condizioni, puniti come reato, restino fuori dell'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*.

La Costituzione contiene bensì una clausola generale di riconoscimento dei diritti della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29, primo comma), e ciò consente di esigere comportamenti conformi e di prevedere conseguenze e misure, anche penali, nei confronti degli autori di condotte che della famiglia compromettano l'identità, ciò che avviene, per l'appunto, nel caso dell'incesto. Ma l'adozione di misure sanzionatorie al di là di questa cerchia, che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità - come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare - non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione «totalitaria» della famiglia. Lo stesso codice civile prende in considerazione ipotesi di involontarietà, riferite ai genitori, di fronte alle quali la difesa della famiglia come istituzione si arresta per fare posto alle posizioni individuali: il primo comma dell'art. 251 attribuisce rilievo, ai fini del riconoscimento, alla buona fede dei genitori incestuosi e il secondo comma dell'art. 278 deroga al divieto di indagini sulla paternità e sulla maternità nel caso di forza maggiore (ratto e violenza carnale). La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il *principio personalistico* che essa proclama, risulta che il valore delle «formazioni sociali», tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani.

Come misura di protezione della famiglia legittima, il divieto di agire per la dichiarazione della filiazione, con le connesse limitazioni delle indagini sulla paternità e maternità naturali, varrebbe ad escludere un evento perturbatore della tranquillità della vita familiare tanto grave, quale è l'ingresso in essa, per atto formale, di figli nati da genitori incestuosi. Il fondamento costituzionale di tale protezione sarebbe il terzo comma dell'art. 30 e la riserva ivi prevista a favore dei diritti dei membri della famiglia legittima.

Senonché tale riserva mal si presta a essere interpretata in modo tanto generico e atecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica, ciò che potrebbe condurre a negare del tutto il riconoscimento giuridico della filiazione naturale, premessa della tutela che la Costituzione vuole assicurare nel modo più pieno possibile a tutti i figli nati al di fuori del matrimonio. I diritti dei membri della famiglia legittima, di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione, sono diritti in senso proprio e il problema della loro compatibilità con la tutela da assicurare ai figli nati fuori del matrimonio nasce logicamente solo in quanto vi sia stata una constatazione formale del rapporto di filiazione. In ogni caso, l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima di per sé non è una violazione di diritti ma un incerto del mestiere di vivere.

Nemmeno varrebbe concepire la disciplina in esame come protezione dell'interesse del figlio medesimo, contro l'eventualità che, con l'accertamento del carattere incestuoso del concepimento,

anziché vantaggi possano derivargli nocimenti morali e sociali. L'interesse del figlio a evitare l'accertamento formale del rapporto di filiazione, nel caso dell'azione proposta per la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali, è *in re ipsa* protetto dal fatto che il diritto di azione è riconosciuto a lui solo (e, in caso di morte, ai suoi discendenti) (art. 270 del codice civile), mentre, per il figlio minore, possono agire, ma nel suo esclusivo interesse, il genitore esercente la potestà o – previa autorizzazione del tribunale per i minorenni – il tutore (o il curatore speciale) (art. 273, primo comma, del codice civile). Inoltre, se il minore è ultrasedicenne, occorre comunque il suo consenso (art. 273, secondo comma), mentre, se è infrasedicenne, la rispondenza al suo interesse dell'azione promossa è oggetto di valutazione da parte del tribunale per i minorenni (art. 274, primo comma).

Dalla conseguente riconosciuta esperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali nelle ipotesi previste dall'art. 251, primo comma, del codice civile e dalla connessa ammissibilità delle relative indagini – accoglimento che non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi – deriva, come conseguenza della presente decisione, che l'art. 269, primo comma, del codice civile, deve essere interpretato (secondo la sua formulazione letterale) nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, ma non nel senso reciproco: cioè anche che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale.

7.2.3. Il diritto all'identità personale

La Corte ha più volte affermato l'opportunità di escludere ogni automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, onde evitare una lesione al diritto all'identità personale.

Esemplare al riguardo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 262 del codice civile, nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere, antepoendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale (**sentenza n. 297 del 1996**).

La Corte motiva che, nella sentenza n. 13 del 1994, si è già riconosciuto che il cognome “gode di una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità”; tutela che è di rilievo costituzionale perché il nome, che costituisce “il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale”, è riconosciuto “come bene oggetto di autonomo diritto” dall'art. 2 della Costituzione. D'altra parte il diritto all'identità personale costituisce tipico diritto fondamentale, rientrando esso tra “i diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana” sicché la sua lesione integra la violazione dell'art. 2 citato.

Orbene, la disposizione censurata – dopo aver previsto (al primo comma) che il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto (con prevalenza del cognome del padre in caso di riconoscimento contemporaneo di entrambi i genitori) – prescrive (al secondo comma) che, se la filiazione nei confronti del padre è accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio naturale possa assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre. In tal modo la norma appronta una specifica e peculiare tutela del diritto all'identità personale, che comprende il diritto al nome come principale segno identificativo della persona. Infatti, è possibile che nell'intervallo di tempo tra il

riconoscimento della madre e quello successivo del padre il figlio naturale abbia maturato una precisa identità personale per il fatto di essere riconosciuto, nella comunità dove è vissuto, con il cognome derivatogli dalla madre. Essendosi così radicata una corrispondenza tra soggetto e nome, riferibile al contenuto tipico del diritto all'identità personale, l'ordinamento appronta un'adeguata garanzia, contemplando la facoltà del figlio naturale di aggiungere (invece che sostituire) il cognome del padre a quello della madre. Una medesima *ratio* è sottesa all'art. 5, terzo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, che, in caso di scioglimento del matrimonio, riconosce la facoltà della donna di conservare il cognome del marito quando sussiste un interesse suo o dei figli meritevole di tutela.

Per contro, analoga tutela la norma censurata non prevede nel caso, sostanzialmente similare, in cui il primo riconoscimento di uno dei due genitori avvenga (come nel caso di specie) in epoca ampiamente successiva alla attribuzione del nome e del cognome da parte dell'ufficiale di stato civile. Anche in questo caso il figlio naturale ha visto intanto radicarsi la sua identità in tale nome, la cui conservazione però non viene salvaguardata – come invece nell'ipotesi precedente – con il riconoscimento della facoltà di aggiungere il cognome del genitore che ha operato il riconoscimento al cognome originariamente attribuitogli. Né rileva il fatto che, ove il figlio – come nella specie – abbia compiuto sedici anni, il riconoscimento non possa avvenire senza il suo consenso, negando il quale l'interessato eviterebbe la conseguenza di vedere sostituire, allo stato attuale della normativa, il nuovo cognome a quello che ormai lo individua nella comunità in cui vive, così preservando il diritto alla sua identità personale: ciò invero potrebbe avvenire soltanto con la rinuncia al riconoscimento stesso, e quindi il figlio ultrasedicenne si troverebbe costretto a scegliere se privilegiare la sua identità personale o il suo stato di filiazione. Alternativa questa del tutto incongrua ed irragionevole, ove si consideri che nessuna situazione di conflitto insorge tra tali diritti, entrambi di rilievo costituzionale, ben potendo la tutela dell'uno conciliarsi con la tutela dell'altro, senza necessità di sacrificare alcuno dei due, con l'attribuzione al figlio naturale, che assume il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, del diritto di conservare – aggiungendolo o anteponendolo, a sua scelta, a questo – il cognome precedentemente conferitogli con atto formalmente legittimo, quando tale cognome – secondo il prudente apprezzamento del giudice – sia da ritenersi divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale.

7.2.4. La ricerca della maternità

Emblematica la soluzione del problema circa il divieto, per un istituto assistenziale, di rivelare i risultati delle indagini sulla maternità dei minori non riconosciuti, ospitati nelle sue strutture.

Con la **sentenza n. 207 del 1975**, la Corte è chiamata a decidere se sia in contrasto con l'art. 30, comma terzo, della Costituzione, che assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, la disposizione contenuta nell'art. 9, comma quarto, del r.d.l. 8 maggio 1927, n. 798, sull'"Ordinamento del servizio di assistenza dei fanciulli illegittimi abbandonati o esposti all'abbandono", la quale, con l'enunciare il divieto penalmente sanzionato a carico della direzione sanitaria dell'istituto ricoverante di rivelare l'esito delle indagini compiute per accertare la maternità degli illegittimi, porrebbe un limite, secondo l'ordinanza di rimessione, alla ricerca e alla dichiarazione giudiziale della maternità.

La Corte premette che la lettera e il contenuto della norma denunciata indicano chiaramente che lo scopo della stessa è unicamente rivolto alla tutela della filiazione naturale.

Dispone, infatti, l'art. 9 che quando venga richiesta la pubblica assistenza per un figlio illegittimo abbandonato o esposto all'abbandono la direzione dell'istituto che provvede al ricovero

“deve compiere riservate indagini per accertarne la madre, allo scopo di constatare le condizioni sanitarie di quest’ultima, di procurare all’infante l’allattamento materno e di indurre la madre stessa a riconoscere il figlio”. In altre disposizioni dello stesso articolo il legislatore ha altresì stabilito che la levatrice ed il medico, che hanno prestato assistenza durante il parto alla madre dell’infante, sono tenuti a rispondere alle domande delle persone incaricate delle indagini”; che, infine, “è rigorosamente vietato di rivelare l’esito delle indagini compiute per accertare la maternità degli illegittimi” sotto comminatoria della applicazione, ove ne ricorrano gli estremi, delle sanzioni stabilite per i reati di rivelazione dei segreti di ufficio e del segreto professionale (artt. 326 e 622 del codice penale).

Questa normativa risulta dettata in relazione ad un fine ben individuabile: agevolare la ricerca della maternità dei fanciulli illegittimi abbandonati per assicurar loro una migliore assistenza. Ed è ovvio che questo fine può essere più agevolmente conseguito attribuendo il carattere della massima riservatezza alle indagini svolte dall’istituto ricoverante.

La sanzione penale posta a garanzia del divieto di rivelare l’esito di dette indagini assolve la funzione di stimolo ed esortazione per la madre che abbia partorito un illegittimo ad avvicinare la sua creatura. La sicurezza che la sua identificazione viene effettuata unicamente allo scopo di giovare al figlio, che l’esito delle indagini resterà rigorosamente segreto nei confronti di tutti e senza eccezione alcuna e non potrà essere utilizzato per diversi scopi, consentirà in modo più efficace la realizzazione della precipua finalità cui è indirizzata la norma in esame che consiste nell’assicurare all’infante, specie nel momento più delicato del primo periodo della sua vita, quella tutela e quell’assistenza di cui ha maggior bisogno e che soltanto la presenza attiva e l’affetto materno possono dare in idonea misura.

E poiché queste finalità, al cui perseguimento concorre la norma censurata, sicuramente rientrano nella tutela sociale che l’art. 30, comma terzo, Cost. garantisce ai figli nati fuori del matrimonio, si conclude per l’infondatezza della proposta questione di legittimità costituzionale.

7.3. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale

7.3.1. I presupposti dell’azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale

Il diritto alla filiazione, a seguito degli interventi della Corte, si caratterizza per il crescente riconoscimento del problema degli interessi meritevoli di tutela, delle scelte e delle diverse esperienze delle persone coinvolte nei rapporti familiari. Esempio è la **sentenza n. 341 del 1990**, con cui si dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 274, primo comma, cod. civ. nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l’azione promossa dal genitore esercente la potestà sia ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all’interesse del figlio.

Per la Corte, dall’art. 250, quarto comma, cod. civ. si argomenta che, se si tratta di minore infrasedicenne, per il quale l’efficacia del riconoscimento non è subordinata al suo assenso, la legge attribuisce un valore assoluto all’interesse di accertamento dello stato di filiazione quando il minore sia privo di *status* o il genitore che per primo lo ha riconosciuto consenta al riconoscimento successivo da parte dell’altro. In questi due casi, con una valutazione tipica, il riconoscimento è reputato senz’altro conforme all’interesse del minore. Quando invece insorga conflitto tra i genitori, in quanto il genitore che ha già riconosciuto il figlio si oppone al riconoscimento tardivo dell’altro giudicandolo non conveniente all’interesse del minore, tale valutazione è assoggettata al controllo del tribunale per i minorenni mediante un procedimento contenzioso promosso dal genitore che a

sua volta intende effettuare il riconoscimento.

Analogo controllo non è previsto nell'ipotesi in certo senso inversa di conflitto, in cui il genitore esercente la potestà sul figlio ritiene conveniente al suo interesse anche il riconoscimento dell'altro e, di fronte all'atteggiamento recalcitrante di questi, decide di promuovere, per conto del minore, l'azione di reclamo della paternità o maternità naturale. Fino al 1983, la diversità di disciplina si poteva spiegare in considerazione della competenza esclusiva del tribunale ordinario per l'azione di cui all'art. 269 cod. civ., cioè di un giudice inadatto ad esprimere valutazioni del tipo di quella in discorso. Ma, una volta trasferita la competenza al tribunale per i minorenni quando l'azione sia proposta nell'interesse di minori di età (art. 38 disp. att., modificato dall'art. 68 della legge 4 maggio 1983, n. 184), non è più giustificabile, alla stregua del principio di pari trattamento di casi simili, la preclusione a questo giudice, specializzato per la tutela dei minori, della possibilità di esplicitare anche in questa ipotesi la sua funzione istituzionale valutando, ove sia in causa un minore infrasedicenne, se l'azione intentata dal genitore che per primo lo ha riconosciuto, al fine di imporre all'altro una paternità o una maternità che quegli rifiuta di riconoscere, sia effettivamente rispondente all'interesse del figlio o non rischi piuttosto di pregiudicarne gli equilibri affettivi, l'educazione e la collocazione sociale. Siffatti inconvenienti non sempre e non interamente possono essere evitati, dopo la costituzione dello *status* di filiazione, con i provvedimenti previsti dall'art. 277, secondo comma, cod. civ.

Indipendentemente dal confronto con l'art. 250, quarto comma, la norma impugnata appare contrastante anche col principio di razionalità, essendo incoerente col rilievo sistematico centrale che nell'ordinamento dei rapporti di filiazione, fondato sull'art. 30 Cost., assume l'esigenza di protezione dell'interesse dei minori.

7.3.2. L'impugnazione del riconoscimento del figlio

Il preminente interesse del minore alla conservazione dell'ambiente familiare nel quale è inserito viene in considerazione nel corso dell'esame della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, indubbiato nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minorenne per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso (**sentenza n. 112 del 1997**).

Al riguardo, la Corte ricorda di avere già avuto modo di affermare che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è ispirata al "principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere", in quanto nella verità del rapporto di filiazione è stato individuato un valore necessariamente da tutelare. L'attribuzione della legittimazione ad agire anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento e la imprescrittibilità dell'azione dimostrano infatti come il legislatore, nel conformare l'istituto in esame, abbia voluto privilegiare il *favor veritatis*, in funzione di un'imprescindibile esigenza di certezza dei rapporti di filiazione.

La tutela della verità deve porsi in relazione anche alla necessità di impedire che attraverso fraudolenti atti di riconoscimento siano eluse le norme in materia di adozione, poste ad esclusiva tutela dei minori. Il legislatore, infatti, per contrastare il diffondersi di prassi illecite, ha ritenuto di dover istituire un sistema di controllo degli atti di riconoscimento, effettuati da parte di persona coniugata, di figli naturali non riconosciuti dall'altro genitore, attribuendo al Tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 74 della legge n. 184 del 1983, il potere di disporre opportune indagini al fine di accertare la veridicità del riconoscimento e, conseguentemente, il potere di nominare al minore un curatore speciale per l'impugnazione del riconoscimento, in presenza di fondati motivi per ritenere che questo non sia veritiero.

La finalità così perseguita dal legislatore deve individuarsi proprio nell'attuazione del diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica, ovvero, qualora ciò non sia possibile, all'acquisizione di uno stato corrispondente a quello dei figli legittimi, ma solo attraverso le garanzie offerte dalle norme sull'adozione.

Non si può contrapporre al *favor veritatis* il *favor minoris*, dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità.

Non ignora la Corte che il perseguimento della verità del rapporto di filiazione può costituire causa di grave pregiudizio per il minore, che può essere costretto, talvolta anche dopo molti anni, ad un repentino allontanamento dall'ambiente familiare nel quale è stato inserito, eventualmente anche con frode. Tale effetto tuttavia non deriva dalla pretesa incostituzionalità della norma censurata, la quale intende tutelare il diritto alla verità del rapporto di filiazione, ma è per lo più connessa ai tempi di durata delle varie fasi e dei gradi del giudizio di impugnazione, durante i quali si possono consolidare legami affettivi, difficilmente rimovibili.

A tali situazioni ben può porsi rimedio con il ricorso ad altri strumenti, tipici di tutela del minore, quali l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lettera c), della legge n. 184 del 1983, molto spesso applicati dai Tribunali per i minorenni. In tal modo si rispetta l'esigenza di verità del rapporto di filiazione, riconosciuta dal nostro ordinamento, e nel contempo si tutelano i legami affettivi instaurati dal minore, che potrebbe restare nella famiglia nella quale si è formata e si è sviluppata la sua personalità, acquisendo lo stato di figlio adottivo.

Sempre con riferimento all'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, nella **sentenza n. 625 del 1987** si dichiara non risulta fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità, anche dopo la legittimazione, da parte di chiunque vi abbia interesse, per il dubbio ch'esso contrasti a) con l'art. 29 della Costituzione, che garantisce e tutela i diritti della famiglia legittima fondata sul matrimonio e quindi anche la condizione dei minori, che da quel matrimonio hanno tratto la fonte della loro legittimazione e b) con l'art. 30 della Costituzione, che riconosce e garantisce pari tutela giuridica e sociale ai figli nati fuori del matrimonio e a quelli legittimi.

I giudici *a quibus* istituiscono un confronto tra l'art. 263 e l'art. 253 del codice civile. Il primo consente l'impugnazione del riconoscimento, per difetto di veridicità, all'autore del riconoscimento, a colui che è stato riconosciuto e a chiunque vi abbia interesse anche dopo la legittimazione e senza limite di tempo. Il secondo vieta il riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato.

Ma le due norme non sono tra loro comparabili, perché regolano oggetti non omogenei: a) il riconoscimento da parte di un genitore esterno alla famiglia nella quale il figlio vive nello *status* di legittimo o legittimato; b) l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, da parte del genitore che ha già effettuato il riconoscimento, del figlio riconosciuto e del terzo che vi abbia interesse.

Non è pertanto causa di contrasto se l'una, l'art. 253 del codice civile, è ispirata al favor per la stabilità della famiglia legittima – ed entro di essa dello stato di figlio legittimo o legittimato – e l'altra, l'art. 263 del codice civile, al *favor* per l'accertamento della verità biologica del rapporto di filiazione.

A diversi ed indipendenti fini dirette, esse sono secondo ragione diversamente orientate: se può essere provata la falsità del riconoscimento proprio o altrui, non può ovviamente essere più oltre garantita la stabilità di una finzione, quale si riduce nella specie la filiazione legittimata; se, invece, si volesse procedere ad un riconoscimento senza la previa dimostrazione del difetto di veridicità di

quello altrui, è giusto che debba prevalere su di esso – fino ad impedirlo come inammissibile – la conservazione dello *status* di figlio legittimato.

I giudici *a quibus* sospettano la incostituzionalità dell'art. 263 del codice civile nella parte in cui, “ammettendo l'impugnativa del riconoscimento, anche dopo la legittimazione, da parte di chiunque vi abbia interesse, consente di sottrarre il minore alla famiglia legittima, per riportarlo, nella più favorevole delle ipotesi, nella situazione deteriore di figlio naturale di genitori che hanno vincoli matrimoniali con persone diverse”.

Ma il minore è parimenti privato della famiglia legittima quando sia il genitore ad impugnare la veridicità del suo proprio riconoscimento o quando sia egli stesso, il minore riconosciuto, a promuovere l'impugnativa.

Ciascuno dei tre legittimati ad impugnare per difetto di veridicità il riconoscimento – l'autore medesimo del riconoscimento, il riconosciuto e il terzo – determina lo stesso effetto dell'uscita del minore dalla famiglia ove egli si trova in forza del riconoscimento e susseguente legittimazione. Non si può dunque far risalire l'effetto, che si presume violare valori costituzionali, solo all'impugnativa del terzo.

È tutta intera la norma che andrebbe allora indubbiata. Ma si è visto già sopra che, dei parametri costituzionali invocati, l'art. 29 della Costituzione non può avere forza per sostenere un vincolo familiare che non sia contemporaneamente naturale e legale.

Quanto al secondo parametro, l'art. 30, terzo comma, della Costituzione, che garantisce tutela ai figli nati fuori del matrimonio, anch'esso non ha forza di conservare ai riconosciuti e legittimati la intangibilità dello *status* acquisito, se questo venga privato del fondamento della verità della filiazione.

La Corte ha già altra volta osservato che la evoluzione della coscienza collettiva, che il legislatore del 1975, nel riformare il diritto familiare, ha inteso interpretare, accorda preminenza al fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione: “questa preminenza non costituisce sopraffazione, né tanto meno negazione del valore legittimità, posto che di legittimità in senso sostanziale metagiuridico si può parlare solo quando l'apparenza del rapporto di filiazione corrisponde alla realtà della procreazione” (sentenza n. 134 del 1985).

Diritto e natura dunque non possono contrapporsi, quando è in discussione il vincolo genetico, in base al principio “*civilis ratio iura naturalia corrumpere non potest*”.

7.3.3. Il disconoscimento della paternità

Nella **sentenza n. 134 del 1985**, la Corte dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 244, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 dello stesso codice, che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie.

La Corte ritiene che, mentre dall'art. 30, comma primo, della Costituzione si possono prendere le mosse solo per sottolineare l'importanza, che dal precetto si desume, del rapporto naturale di filiazione, al fine dei diritti-doveri che ne derivano (avendo la stessa Corte avuto occasione nella sentenza n. 118 del 1974, di affermare che per l'applicazione dell'art. 30 della Costituzione occorre che “siano determinati, cioè individuati” i genitori), l'attenzione deve essere concentrata sulla irrazionalità della limitazione, anzi dell'esclusione, nel caso della scoperta dell'adulterio oltre un anno dopo la nascita del figlio, del diritto del padre ad avvalersi della facoltà, che l'art. 235 c.c. gli attribuisce, di provare “che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità”.

In questo caso si può dire che l'azione sia *inutiliter data* con patente violazione non tanto del diritto di difesa (art. 24, comma secondo, della Costituzione), quanto del diritto di agire in giudizio (art. 24, primo comma).

Viene sottolineato che il rilievo attribuito dal legislatore del 1975, nel nuovo testo dell'art. 235 c.c., all'adulterio della moglie come elemento che facoltizza la prova dell'esclusione della paternità, sta nel fatto che, mentre nella legge precedente l'adulterio era rilevante solo se accompagnato dall'occultamento della gravidanza e della nascita, nel nuovo testo l'adulterio diventa rilevante da solo. Quindi due ipotesi: adulterio o occultamento della gravidanza e della nascita. Rispetto alla seconda ipotesi, il termine accordato al marito per proporre l'azione di disconoscimento decorre sì dal giorno della nascita o, quando il marito era lontano, dal giorno del suo ritorno, ma "in ogni caso se egli prova di non avere avuta notizia della nascita in detti giorni, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia" (art. 244, secondo comma, c.c.).

Rispetto alla prima ipotesi (adulterio), la data di conoscenza non conta più, oppure gratuitamente si presume *iuris et de iure* quella della nascita o quella della conoscenza di essa. E ciò non soltanto è palesemente irragionevole, ma non appare conciliabile con l'insegnamento della Corte (sentenza n. 14 del 1977) che "la garanzia di cui all'art. 24 della Costituzione deve estendersi alla conoscibilità del momento di decorrenza del termine stesso al fine di assicurarne all'interessato l'utilizzazione nella sua interezza".

Sul piano dell'esperienza, l'adulterio è fatto la cui conoscenza può essere preclusa per lungo tempo. Di ciò ha certamente tenuto conto il legislatore quando ha fatto decorrere il termine per l'azione di disconoscimento da parte del figlio divenuto maggiorenne dalla "conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento". Perché per il padre la data di tale conoscenza diventa del tutto irrilevante? Si può osservare, come ha fatto la Corte nella sentenza n. 64 del 1982, che in ciò non si concreti una violazione del principio di eguaglianza, ma è difficile negare la oggettiva irrazionalità della disposizione che impedisce al padre di proporre il disconoscimento dopo essere venuto a conoscenza dell'adulterio, cioè dopo l'avvenimento da cui nasce il suo diritto di azione.

Né per giustificare questo sostanziale diniego del diritto di agire appare sufficiente il rilievo secondo cui la conoscenza della nascita sia un evento di meno aleatoria prova rispetto a quello di conoscenza dell'adulterio.

Un'ulteriore e più puntuale riflessione sul tema porta a considerare che la prova della conoscenza della nascita (quando questa sia stata tenuta celata al marito che era lontano, anche dopo il suo ritorno) possa, in ipotesi, essere altrettanto difficile di quella dell'adulterio.

E, del resto, che non si tratti di prova sempre "aleatoria", e perciò inammissibile, lo riconosce lo stesso legislatore quando ammette il marito a quella prova, purché entro un anno dalla conoscenza della nascita del figlio.

Una delle ragioni che inducono la Corte al riesame della questione è la ulteriore evoluzione della coscienza collettiva nel senso della accordata preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione. Questa preminenza non costituisce sopraffazione, né tanto meno negazione del valore legittimità, posto che di legittimità in senso sostanziale metagiuridico si può parlare solo quando l'apparenza del rapporto di filiazione corrisponde alla realtà della procreazione. Il legislatore del 1975 che, anche in relazione alla sicurezza della prova negativa della paternità assicurata dal progresso scientifico, ha allargato la possibilità di far valere la verità sull'apparenza, pur con uno sbarramento – quello appunto relativo alla decorrenza del termine – estraneo alla logica di quell'allargamento; il legislatore del 1983 che, come si è già ricordato, ha ulteriormente operato, accordando l'azione nell'interesse del minore infrasedicenne al P.M., nel senso di favorire ulteriormente il perseguimento del valore verità, non hanno fatto che seguire la

evoluzione della coscienza collettiva sempre più sensibile a quel valore. La Corte ritiene ancora una volta di poter anticipare il legislatore cogliendo quella evoluzione e armonizzando con i principi costituzionali l'istituto del disconoscimento della paternità.

Nel quadro di questi valori appartenenti alla odierna coscienza sociale va considerato anche l'interesse del figlio e della sua protezione con riferimento non già all'ipotesi di filiazione non contestata, ma alla ipotesi che, accertato l'adulterio nel tempo del concepimento, nasca la possibilità di una prova che escluda la paternità del padre apparente. Da quel momento, o peggio ancora quando la prova legale negativa della paternità stabilita nell'art. 235 sia incontestabilmente raggiunta; quando non soltanto la madre, la cui sola dichiarazione è irrilevante, ma il curatore nominato dal tribunale chiede nell'interesse del minore che la domanda sia accolta, è assai difficile considerare corrispondente all'interesse materiale e spirituale del figlio la coatta continuazione di rapporti familiari già distrutti.

Queste considerazioni tranquillizzano la Corte sulle conseguenze di una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 244, secondo comma, c.c., nella parte in cui non prevede che per il marito il termine dell'azione di disconoscimento di cui al n. 3 dell'art. 235 c.c. decorre dalla conoscenza dell'adulterio della moglie nel tempo del concepimento, conclusione che comunque è comandata dalla accertata irragionevole violazione del diritto di agire.

La Corte ha tratto successivamente un'ulteriore regola, applicata al disconoscimento della paternità, dichiarando – nella **sentenza n. 429 del 1991** – non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione concernente l'art. 244, ultimo comma, cod. civ., modificato dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184, il quale dispone che l'azione di disconoscimento della paternità, di cui all'art. 235, “può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni, o del pubblico ministero quando si tratta di minore di età inferiore”.

La censura investe la norma per la mancata considerazione dell'interesse del minore sia nella fase dell'iniziativa del pubblico ministero, sia in quella del successivo provvedimento del tribunale. Sotto questo profilo, la violazione dell'art. 3 della Costituzione viene argomentata dal confronto con la disciplina dell'azione di dichiarazione della paternità o maternità naturale, quale risulta dopo la sentenza n. 341 del 1990.

Rileva la Corte che il testo dell'art. 244, quarto comma, cod. civ. introdotto dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, considerava soltanto il figlio minore ultrasedicenne, attribuendogli sia la titolarità dell'azione di disconoscimento della paternità, sia la capacità di decidere in merito al suo esercizio e correlativamente, essendo egli privo di capacità processuale, la legittimazione a chiedere al tribunale la nomina di un curatore speciale che lo rappresenti in giudizio.

Il nuovo testo, sostituito dalla legge n. 184 del 1983, ha esteso la titolarità dell'azione al figlio minore infrasedicenne, rimettendone l'esercizio ad un curatore speciale nominato dal tribunale su istanza del pubblico ministero, senza però avvertire la profonda differenza del compito affidato al giudice in quest'altro caso. La formula unitaria in cui la legge racchiude la previsione dei due casi non impedisce tuttavia all'interprete di cogliere tale differenza alla stregua della genesi storica e della *ratio* della norma, valutata anche alla luce della citata sentenza n. 341 del 1990. Da questa si desume una regola per cui, se si tratta di un minore di età inferiore ai sedici anni, la ricerca della paternità, pur quando concorrono specifiche circostanze che la fanno apparire giustificata ai sensi degli artt. 235 o 274, primo comma, cod. civ., non è ammessa ove risulti un interesse del minore contrario alla privazione dello stato di figlio legittimo o, rispettivamente, all'assunzione dello stato di figlio naturale nei confronti di colui contro il quale si intende promuovere l'azione: interesse che dovrà essere apprezzato dal giudice soprattutto in funzione dell'esigenza di evitare che l'eventuale

mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicarne gli equilibri affettivi e l'educazione. In questo caso la decisione deve essere lasciata allo stesso figlio quando avrà compiuto i sedici anni.

Raggiunta questa età, la legge reputa che il minore abbia una maturità sufficiente per valutare autonomamente l'opportunità di esercizio dell'azione. Se ha lo stato di figlio legittimo, il giudice investito della domanda di nomina di un curatore speciale, ai fini della promozione dell'azione di disconoscimento della paternità, non può interferire in tale valutazione, ma deve limitarsi ad appurare, assunte sommarie informazioni, il *fumus boni iuris* circa l'esistenza dei presupposti di fatto ai quali l'azione è subordinata dall'art. 235.

Quando, invece, la domanda di nomina del curatore speciale è proposta dal pubblico ministero nel presunto interesse di un minore infrasedicenne, al giudice è affidato un ufficio di tutela di un soggetto incapace. Egli deve allora allargare il campo di acquisizione delle sommarie informazioni, includendovi tutti gli elementi necessari o utili per valutare la sussistenza dell'interesse del minore all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale. All'uopo il giudice non mancherà, tra l'altro, di ordinare l'audizione dei genitori legittimi ed eventualmente anche delle persone interessate che hanno eccitato l'iniziativa del pubblico ministero. Della purezza delle loro intenzioni, come osserva giustamente la Corte remittente, il tramite del pubblico ministero non è una sicura garanzia.

Perciò, nel secondo caso previsto dalla norma in esame, il provvedimento del tribunale – che ai sensi dell'art. 737 cod. proc. civ. ha la forma del decreto motivato – deve giustificare congruamente la valutazione dell'interesse del minore su cui la decisione si fonda e indicare i mezzi informativi utilizzati. Correttamente interpretato, il diritto vigente fornisce strumenti sufficienti per proteggere il minore contro iniziative avventate e i genitori legittimi contro azioni temerarie o ricattatorie.

Con la **sentenza n. 170 del 1999**, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 244, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare, contemplata dal numero 2) dell'art. 235 dello stesso codice, decorra per il marito dal giorno in cui esso sia venuto a conoscenza della propria impotenza di generare.

A tale conclusione la Corte perviene rilevando che l'art. 235, numero 2), del codice civile, nel consentire l'azione di disconoscimento se nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita del figlio il marito era affetto da impotenza, anche solo di generare, detta una disciplina comune alle diverse forme nelle quali può manifestarsi l'impotenza, la cui distinzione assume invece importanza fondamentale ai fini della verifica di legittimità costituzionale della norma impugnata. Ed invero, in relazione all'*impotentia coeundi* immediatamente conoscibile, appare razionale la scelta del legislatore di imporre il termine di un anno dalla nascita del figlio per la proposizione dell'azione di disconoscimento, non essendo ipotizzabile l'ignoranza di tale forma di impotenza.

L'impotenza di generare rappresenta, al contrario, uno stato fisico che può rimanere per lungo tempo ignoto, poiché in una elevata percentuale di casi consiste in un'affezione, che può essere priva di sintomatologia e di manifestazioni esteriori; inoltre tale stato è diagnosticabile solo attraverso esami clinici cui non si ricorre usualmente.

Dei diversi parametri costituzionali invocati dal rimettente risulta palese la violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Per un verso rispetto a tale forma di impotenza la norma appare irragionevole, in quanto preclude l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, decorso l'anno dalla nascita del figlio, se

il marito non sia stato a conoscenza di un elemento costitutivo dell'azione medesima e precisamente della propria incapacità di generare.

Per altro verso, è irrimediabilmente leso il diritto di azione quando si consente che il termine per il suo esercizio possa decorrere indipendentemente dalla conoscenza dei presupposti e degli elementi costitutivi da cui sorge il diritto stesso; e ciò soprattutto in ipotesi, come quella di specie, in cui è dato di comune esperienza che l'elemento costitutivo dell'azione, rappresentato dall'impotenza di generare, può rimanere a lungo e a volte anche indefinitamente ignoto.

La Corte, nella sentenza n. 134 del 1985, ebbe già ad affermare, in relazione alla decorrenza del termine nell'ipotesi di adulterio di cui all'art. 235, numero 3), cod. civ., la oggettiva irrazionalità della disposizione impugnata, che impedisce al marito di proporre il disconoscimento dopo essere venuto a conoscenza dell'avvenimento da cui nasce il suo diritto di azione; detta norma si ritenne inoltre inconciliabile con il principio in base al quale "la garanzia di cui all'art. 24 della Costituzione deve estendersi alla conoscibilità del momento di decorrenza del termine stesso al fine di assicurarne all'interessato l'utilizzazione nella sua interezza". Le medesime considerazioni valgono in relazione alla questione oggi in esame, nella quale ancora una volta viene in rilievo l'incolpevole ignoranza di un fatto costitutivo dell'azione; determinare in tale ipotesi la decorrenza del termine dall'evento nascita può in concreto vanificare il diritto di azione, il che contrasta insanabilmente con i principi costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Né potrebbe obiettarsi che il termine per l'esercizio dell'azione, essendo subordinato alla conoscenza del fatto costitutivo (il che potrebbe avvenire anche dopo molti anni dalla nascita del figlio), può esporre il medesimo alla perdita del proprio *status* a distanza di tempo.

Il legislatore della riforma del diritto di famiglia ha superato la impostazione tradizionale che attribuiva preminenza al *favor legitimitatis* attraverso la equiparazione della filiazione naturale a quella legittima ed ha di conseguenza reso omogenee le situazioni che discendono dalla conservazione dello stato ancorato alla certezza formale rispetto a quelle che si acquisiscono con l'affermazione della verità naturale; anteriormente alla riforma, infatti, la condizione peggiore del figlio naturale, significativamente denominato "illegittimo", che non poteva nemmeno ottenere il riconoscimento qualora uno dei genitori fosse coniugato, costituiva, unitamente alla riprovazione sociale, una forte remora all'accertamento della verità biologica della procreazione contrastante con quella legale.

L'attribuzione di pari diritti ai figli naturali rispetto a quelli legittimi, ad opera del riformato art. 261 del codice civile, determinando il venir meno della posizione di privilegio di questi ultimi, ha consentito l'acquisizione di *status* conformi alla realtà della procreazione, senza più tema di gravi conseguenze pregiudizievoli legate alla condizione di sfavore della filiazione naturale. Contemporaneamente le ipotesi di accertamento della verità biologica sono state ampliate, sia mediante l'eliminazione del divieto di riconoscimento dei figli "adulterini", sia attraverso l'estensione della categoria dei soggetti legittimati all'esperimento delle diverse azioni di stato, come si è verificato nell'ipotesi dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, consentita anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento, o in quella del disconoscimento di paternità, cui sono oggi legittimati anche la madre, il figlio maggiorenne, il figlio che abbia compiuto i sedici anni e, con la modifica introdotta dall'art. 81 della legge n. 184 del 1983 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), il pubblico ministero quando si tratta di minori di età inferiore.

Le disposizioni normative che consentono di verificare la conformità dello *status* alla realtà della procreazione hanno quindi comportato l'affermazione del principio della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale, la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate

acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini.

Nella crescente considerazione del *favor veritatis* non si è ravvisata una ragione di conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione si è ritenuta una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze nn. 216 e 112 del 1997), rispetto al quale può recedere l'intangibilità dello *status*, allorché esso risulti privato del fondamento della presunta corrispondenza alla verità biologica e quando risulti tempestivamente azionato il diritto.

Certamente, il perseguimento del valore "verità" determina il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquisita *medio tempore* dal figlio; tuttavia, la sofferenza del figlio legittimo consapevole dell'apparenza solo formale del proprio *status* contro la quale nessuno dei soggetti legittimati abbia reagito, non è meno grave e profonda rispetto a quella di chi sia posto innanzi alla verità della procreazione.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale viene estesa, in via consequenziale, all'art. 244, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che anche per la madre il termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità a causa dell'impotenza solo di generare del marito decorra dal giorno in cui essa sia venuta a conoscenza dell'anzidetta impotenza.

Mentre si giustifica la scelta del legislatore di far decorrere il termine semestrale dalla nascita del figlio nelle ipotesi previste dai numeri 1) e 3) dell'art. 235 del codice civile, in considerazione della ovvia conoscenza, da parte della medesima moglie, delle circostanze della procreazione, non altrettanto può dirsi nel caso di impotenza di generare del marito; per quanto già affermato riguardo alle caratteristiche di tale forma di impotenza, deve riconoscersi che anche la moglie può ignorare l'incapacità di procreare del marito, sì che in questo caso le sarebbe precluso l'esercizio dell'azione, in quanto la sola consapevolezza dell'adulterio non è elemento sufficiente ad escludere la paternità del marito.

Una volta riconosciuto a favore della moglie un interesse autonomo all'esercizio dell'azione in esame per tutte le ipotesi contenute nell'art. 235, ciascuna delle quali, pur presupponendo l'adulterio, è tuttavia caratterizzata da una propria *causa petendi*, costituisce evidente lesione del diritto di azione correlare la decorrenza del termine, nell'ipotesi prevista dal numero 2) dell'art. 235, alla nascita del figlio, anziché alla conoscenza della impotenza del marito. Occorre precisare ancora che a differenza della mancata coabitazione dei coniugi, dell'adulterio e del celamento della gravidanza e della nascita – elementi costitutivi dell'azione nei casi rispettivamente previsti dai numeri 1) e 3) dell'art. 235 –, di cui la moglie ha sempre piena, diretta e completa cognizione, l'impotenza di generare del marito è invece circostanza che può rimanere per lungo tempo incognita, onde in tal caso il termine decorrerebbe nell'ignoranza, da parte del titolare dell'azione, di un elemento costitutivo di essa.

Con la **sentenza n. 266 del 2006** la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma, numero 3, cod. civ. – nella formulazione introdotta dall'art. 93 della legge 19 maggio 1975, n. 151 sulla riforma del diritto di famiglia – il quale stabilisce che l'adulterio commesso nel periodo compreso tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno precedente la nascita costituisce una delle ipotesi in cui l'azione di disconoscimento è consentita, e che in tal caso il marito – o altro dei legittimati all'azione – è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità.

La Corte di cassazione, in una ormai risalente pronuncia (sentenza n. 5687 del 1984), aveva

affermato che l'art. 235, comma primo, cod. civ., il quale subordina la esperibilità delle prove cosiddette tecniche, sulle caratteristiche genetiche o sul gruppo sanguigno, alla dimostrata ricorrenza dell'adulterio della moglie, non osta a che il giudice del merito, ove ne ravvisi l'opportunità, possa ammettere ed espletare tali prove tecniche contemporaneamente a quelle inerenti all'adulterio, convalidando ed integrando il proprio convincimento sull'esistenza dello stesso con la valutazione del rifiuto (ingiustificato) opposto dai controinteressati all'espletamento della prova ematologica e ritenendo tale rifiuto come prova della non paternità, e ciò soprattutto perché, a causa del progresso scientifico verificatosi negli ultimi tempi, detta prova ha assunto il valore di piena prova della esistenza o non esistenza del rapporto di filiazione. Tale approccio interpretativo – già all'epoca contrastato – è stato successivamente abbandonato, ed è ormai “diritto vivente” quello per il quale l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, e al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda (v., tra le altre, Cass. n. 2113 del 1992, n. 8087 del 1998, n. 14887 del 2002); con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di prova dell'adulterio, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento della paternità deve essere respinta. In presenza di tale “diritto vivente”, la Corte costituzionale non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative, ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali.

Con la riforma del diritto di famiglia, il legislatore del 1975 ha esteso la legittimazione attiva per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità anche alla madre ed al figlio che abbia raggiunto la maggiore età in tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre (art. 235, ultimo comma, cod. civ.). Successivamente, il legislatore del 1983 ha previsto che l'azione può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni, o dal pubblico ministero, quando si tratta di minore di età inferiore (art. 244, ultimo comma, cod. civ., aggiunto dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184).

Ai fini della decisione della questione assumono, pertanto, rilievo: l'ampliamento della legittimazione attiva; i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche od ematologiche, consentono di accertare la esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione; la difficoltà pratica, chiaramente evidenziata in una delle ordinanze di rimessione, di fornire una piena prova dell'adulterio; l'insufficienza di tale prova ad escludere la paternità.

Il subordinare l'accesso alle prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrelevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e alla identità biologica (sentenza n. 50 del 2006). Ciò comporta la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre», alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

Sempre con riferimento al disconoscimento di paternità, ma in relazione ad una fattispecie di diverso segno rispetto a quelle sin qui evocate, la Corte si pronuncia, con la **sentenza n. 347 del**

1998, sul dubbio di costituzionalità dell'art. 235, cod. civ., in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, in quanto il primo comma, n. 2, consentirebbe di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. Il giudice *a quo* presuppone che nell'attuale sistema, stante il tenore letterale della disposizione in esame, al consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie non possa essere collegato alcun effetto preclusivo dell'azione di disconoscimento, ove ricorra una delle ipotesi (nel caso, impotenza a generare) previste dalla legge.

Per la Corte, il giudice rimettente parte dal presupposto che il caso particolare sul quale è chiamato a decidere (nascita di un bambino mediante fecondazione assistita eterologa, in costanza di matrimonio, col consenso di entrambi i coniugi) rientri nella portata dell'art. 235, primo comma, n. 2, cod. civ., ma solleva dubbi di legittimità costituzionale, considerate le conseguenze che egli ritiene di dover trarre da questa disposizione.

Senonché questa norma riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge.

La possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di *ratio*; nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio.

È quanto accadrebbe una volta che, ai fini dell'esperibilità dell'azione di disconoscimento di paternità, l'ipotesi in esame fosse equiparata a quelle, tanto dissimili, previste dall'art. 235 del codice civile.

L'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata comporta l'inammissibilità della sollevata questione; dalla quale tuttavia emerge una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali.

Nel presente giudizio di costituzionalità si tratta di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. E preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato, non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare.

L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali.

7.4. La legittimazione dei figli naturali

Nella **sentenza n. 237 del 1974**, la Corte rileva che i diritti dei membri della famiglia legittima non sono scalfiti dall'art. 284, n. 2, del codice civile “nella parte in cui esclude la legittimazione per decreto del Presidente della Repubblica quando il genitore che la domandi abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio”.

Per la Corte non vi è dubbio che in via di principio la legge possa circoscrivere la legittimazione dei figli naturali entro quell'ambito che, con valutazione discrezionale, sia ritenuto necessario per la salvaguardia dei diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30, terzo comma, Cost.). occorre, tuttavia, che le limitazioni non siano esorbitanti rispetto a tale scopo.

A nulla rileva – e non vi è violazione né dell'art. 3 né dell'art. 30 Cost. – che la preesistenza di figli legittimati per decreto non sia di ostacolo alla legittimazione per decreto di altri figli naturali e sia, all'opposto, preclusiva la preesistenza di figli legittimati per susseguente matrimonio. Non si tratta, invero, di due situazioni eguali alle quali la legge abbia fatto trattamento diverso. Ed infatti con la legittimazione per susseguente matrimonio è venuta in essere una famiglia legittima comprensiva del coniuge e dei figli; e il legislatore ben può disporre per i figli così legittimati una tutela non diversa da quella che sussiste per i figli nati legittimi.

Rileva, invece, che la preesistenza di figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio o discendenti da essi osti di per sé alla concessione della legittimazione per decreto del Capo dello Stato, mentre la presenza del coniuge la renda possibile ove vi sia il suo assenso.

Posto che anche il coniuge fa parte di quella famiglia legittima a garanzia della quale possono essere fissati ragionevoli limiti ai diritti dei figli nati fuori del matrimonio, non si vede perché quando vi siano figli legittimi e maggiorenni (che, in quanto tali, hanno la capacità di esprimere un valido assenso) la concessione della legittimazione per decreto venga del tutto esclusa e non già solo condizionata al loro assenso. Se il legislatore ha ritenuto che la tutela dei diritti del coniuge sia sufficientemente assicurata condizionando al suo assenso la legittimazione, è certamente irragionevole che la stessa disciplina non debba valere quando preesistano figli legittimi maggiorenni: la norma in esame viola, per questa parte, l'art. 3 Cost., perché impone una limitazione che non appare strettamente necessaria alla tutela dei membri della famiglia legittima.

Il legislatore può, ovviamente, dare nuova strutturazione e nuova disciplina all'istituto della legittimazione, sempreché siano rispettati i principi sanciti nell'art. 30 della Costituzione.

Sempre volta al complesso temperamento tra gli interessi costituzionalmente garantiti al figlio naturale e i diritti dei membri della famiglia legittima, la **sentenza n. 97 del 1979** fa salvezza dell'art. 284 del codice civile denunziato nella parte in cui consente la legittimazione per provvedimento del giudice del figlio naturale concepito in costanza di matrimonio da colui che sia ancora unito in matrimonio con persona diversa dal genitore naturale.

La censura si incentra essenzialmente sul rilievo che non sembra ammissibile la contemporanea esistenza di più nuclei familiari legittimi, il primo fondato sul matrimonio e gli altri, “che potrebbero formarsi con la legittimazione per provvedimento del giudice dei figli concepiti fuori del matrimonio, ma in costanza del matrimonio stesso”.

Ad avviso della Corte occorre considerare che la Costituzione ha enunciato negli artt. 29 e 30 i principi e i presupposti sui quali si fonda l'istituto giuridico della famiglia e ha individuato i doveri e i diritti dei genitori e dei figli, attribuendo al legislatore ordinario il compito di regolare con apposite normative gli istituti famigliari e i reciproci rapporti fra genitori e figli nel rigoroso rispetto dei principi sanciti in tali articoli.

Una nuova disciplina è stata introdotta con la legge 19 maggio 1975, n. 151, che ha modificato l'art. 284 cod. civ. Occorre pertanto verificare se l'art. 284 nella sua nuova formulazione tuteli nei limiti costituzionali gli interessi dei legittimandi e quelli dei figli legittimi e legittimati e tener presente che, contrariamente a quanto mostra di ritenere il rimettente, la legittimazione per provvedimento del giudice di un figlio nato fuori del matrimonio non crea affatto una nuova famiglia legittima che coesisterebbe accanto a quella basata sul matrimonio, ma ha il solo ed esclusivo effetto di attribuire al nato fuori del matrimonio la qualità di figlio legittimo (art. 280 cod.

civ.).

Non sussiste pertanto e non può giuridicamente sussistere il pericolo denunziato dai rimettenti che attraverso la legittimazione possa verificarsi l'esistenza contemporanea di più famiglie.

È infatti in palese contrasto col sistema previsto dalla Costituzione la concezione che il figlio legittimo, in quanto tale, abbia il potere di impedire che altri possa assumere il medesimo stato e che la famiglia legittima cui egli appartiene non possa, indipendentemente dalla sua volontà, modificarsi nella sua consistenza e nel numero dei suoi membri con l'introduzione di altri figli legittimi aventi il suo stesso stato e i diritti che tale stato comporta. Questa situazione può infatti verificarsi sia attraverso la nascita di altri figli legittimi dagli stessi genitori, sia, dopo lo scioglimento del matrimonio di questi per morte di uno dei coniugi, per annullamento o divorzio, attraverso la nascita di altri figli legittimi da un successivo matrimonio del suo genitore con persona diversa dal precedente coniuge (matrimonio per la costituzione del quale si prescinde giuridicamente dalla volontà dei precedenti figli legittimi e legittimati), sia attraverso la legittimazione di figli naturali per susseguente matrimonio di uno dei genitori del figlio legittimo o legittimato, legittimazione che, ai sensi degli artt. 280-283 e del n. 2 dell'art. 284, appare un diritto dei genitori del legittimando, dipendente dalla loro volontà.

Le variazioni attraverso queste introduzioni di altri figli legittimi nel nucleo familiare cui il figlio legittimo appartiene per nascita da genitori uniti in matrimonio, non solo avvengono indipendentemente dalla sua volontà - e anche contro di essa -, ma hanno la conseguenza, oltre che di modificare le sue eventuali aspettative patrimoniali e successorie, anche di far sorgere nei suoi confronti, sempre indipendentemente dalla sua volontà, una serie di rapporti e vincoli di parentela con altri individui entrati a far parte della famiglia legittima e i relativi diritti o obblighi a questi rapporti e vincoli connessi.

Pertanto, nel valutare l'estensione del principio proclamato dalla Costituzione nel comma terzo dell'art. 30 ("la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale") e il limite posto a questa tutela, che cioè essa deve essere "compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima", è chiaro che fra questi diritti non può ritenersi compreso quello che il giudice *a quo* ritiene invece esistere a favore dei figli legittimi, di poter escludere che altri esseri umani acquistino il medesimo stato di figli legittimi dello stesso genitore con i diritti e i doveri a questo stato inerenti.

Nello stesso tempo è però innegabile che esiste un interesse non solo privato dei membri della famiglia, ma anche pubblico in quanto connesso alla conservazione dell'ordine e della pace sociale, che l'unità e l'armonia di un nucleo familiare legittimo e la sua stessa esistenza non vengano turbati e sconvolti da atti quale, in particolari situazioni, può essere la legittimazione di un figlio nato da persona diversa dal coniuge legittimo fuori del matrimonio mentre questo perdura, atti i quali possano, fra l'altro, costituire offesa al coniuge legittimo e favorire giuridicamente un comportamento moralmente riprovevole e contrario all'unità della famiglia.

In questa visuale vanno considerati sia il diritto dei genitori naturali e l'interesse di essi e del figlio naturale ad ottenere, attraverso la legittimazione, l'attribuzione a questo ultimo dei diritti e dei doveri inerenti alla qualità di figlio legittimo sia, d'altra parte, l'esigenza di salvaguardare in determinate circostanze valutabili singolarmente sul piano pratico, l'esistenza e l'unità di una famiglia legittima.

Il legislatore, rispetto alla legittimazione dei figli naturali, ha assolto il compito demandatogli dalla Costituzione di realizzare la compatibilità della duplice esigenza di assicurare ogni tutela giuridica e sociale ai figli nati fuori del matrimonio e di non menomare la posizione giuridica dei membri della famiglia legittima, con la normativa della legge 19 maggio 1975, n. 151, riconoscendo

ai genitori il diritto di legittimare per susseguente matrimonio il figlio naturale e, solo nel caso in cui vi sia per il genitore l'impossibilità o un gravissimo ostacolo ad operare questa legittimazione, affidando con l'art. 284 del cod. civ. alla cauta discrezionalità del giudice la valutazione obiettiva della compatibilità o della incompatibilità di fronte a situazioni volta a volta mutevoli e che nella realtà pratica possono essere profondamente differenziate fra loro.

Questa norma che attribuisce al giudice il potere, in coerenza con quelli previsti in altri articoli del medesimo codice, come, ad esempio, il 151, il 155, il 252, di concedere con suo provvedimento la legittimazione di figli nati fuori del matrimonio, appare corrispondere ai principi e dettati costituzionali con l'osservanza dei limiti da questi imposti.

La condizione posta nel primo comma che la legittimazione può essere concessa dal giudice solo se corrisponda agli interessi del figlio e quella prevista nel n. 4 è conforme ai principi proclamati nel primo e nel terzo comma dell'art. 30 della Costituzione. Le condizioni prescritte nel n. 3 e nell'ultimo comma dell'assenso del coniuge non separato del genitore richiedente la legittimazione e la audizione obbligatoria dei figli ultrasedicenni di questo vincolano il giudice a compiere una valutazione consapevole della situazione della famiglia legittima e nell'interesse di questa, in base alla quale fare luogo o meno alla richiesta concessione.

Non sono pertanto fondate le eccezioni delle ordinanze in epigrafe che l'articolo contempli esclusivamente l'interesse del legittimando e non osservi i limiti indicati dal Costituente nel terzo comma dell'art. 30.

Razionale è la norma del n. 3 dell'art. 284 che richiede l'assenso del coniuge solo quando questo non sia separato. Con la separazione pronunciata dal giudice viene meno l'interesse del coniuge ad evitare la concessione da parte del giudice della legittimazione, concessione peraltro che è sempre affidata alla discrezionalità del magistrato che dovrà in ogni caso tener conto sia dell'interesse del legittimando sia dell'interesse e dei diritti di coloro che sono già membri della famiglia legittima.

Altrettanto razionale appare anche la disposizione di cui all'ultimo comma che in presenza di figli legittimi o legittimati fa obbligo al presidente del tribunale di ascoltare i figli di età superiore ai sedici anni. Questi infatti sono in grado di scienza propria consapevolmente, con la prevedibile esclusione del pericolo che possano essere condizionati o sottoposti a pressioni o persuasioni da parte di altri interessati, di fornire il quadro della situazione familiare al magistrato che deve decidere in merito alla richiesta concessione della legittimazione.

Le condizioni tassativamente stabilite dal legislatore nell'art. 284 senza l'osservanza delle quali il giudice non può emanare il provvedimento di legittimazione non escludono d'altra parte che il giudice nella sua discrezionalità possa assumere le informazioni che ritenga opportune, disporre l'audizione anche del coniuge separato e dei figli infrasedicenni, come di qualunque altra persona che riterrà utile per accertare l'effettiva situazione di fatto, disporre perizie, acquisire documenti e quanto altro allo scopo di conoscere tutte le circostanze e le situazioni oggettive e possa decidere in merito alla richiesta legittimazione compatibilmente agli interessi del legittimando e dei suoi genitori e agli interessi dei membri della famiglia legittima in conformità ai principi enunciati nell'art. 30 della Costituzione ed alla loro applicazione nella specie.

Non sussiste pertanto la denunziata violazione del principio di uguaglianza.

Comunque nel codice civile sono previsti rimedi contro la concessa legittimazione attraverso le azioni esperibili dopo la legittimazione di cui all'art. 289 cod. civ. e l'impugnazione, non soggetta a prescrizione, del riconoscimento anche successivamente alla legittimazione.

7.5. Filiazione naturale ed atti di liberalità

La Corte, nella **sentenza n. 250 del 2000**, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 803, primo comma, del codice civile, nella parte in cui prevede che – in caso di sopravvenienza di un figlio naturale – la donazione possa essere revocata solo se il riconoscimento del figlio sia intervenuto entro due anni dalla donazione.

Al riguardo, si rileva che la revocazione della donazione *ex art. 803 cod. civ.* trova fondamento nell'esigenza di consentire al donante una rivalutazione della perdurante opportunità della donazione stessa in seguito al fatto sopravvenuto della nascita di figli o discendenti, ovvero della conoscenza della loro esistenza. Sulla base di una valutazione legale tipica d'un particolare fatto, potenzialmente idoneo – anche secondo il comune sentire – ad incidere sullo spirito di liberalità manifestatosi nell'atto di donazione posto in essere quando il donante non aveva figli o non sapeva di averli, è stato a lui concesso di riconsiderare appunto la perdurante opportunità di tale atto, alla stregua della nuova situazione familiare venutasi a creare.

La revocazione consegue solo al concreto esercizio del diritto potestativo attribuito dalla norma al donante, il quale è arbitro di decidere se esercitarla, così come, una volta che l'atto sia stato revocato, è libero di disporre a piacimento dei beni rientrati nel suo patrimonio. Per cui va escluso che l'istituto in esame sia approntato ad immediata garanzia degli interessi dei figli sopravvenuti o, più genericamente, degli interessi familiari. Nel contempo, però, non può negarsi che, potenzialmente, i conseguenti effetti patrimoniali si ripercuotono sulla posizione dei figli o dei discendenti, la cui tutela, dunque, è pur sempre da considerare immanente alle finalità della norma. Ed è alla luce di questa premessa che va condotto lo scrutinio di costituzionalità richiesto dal giudice a quo.

La possibilità di agire per la revocazione è dalla legge subordinata ad un duplice presupposto. Negativo il primo, legato al fatto che il donante, nel momento della donazione, non avesse o ignorasse di avere figli o discendenti legittimi; positivo il secondo, alternativamente costituito:

a) dalla sopravvenienza, o dalla intervenuta conoscenza dell'esistenza, di un figlio o di un discendente legittimo del donante, cui vanno equiparate la sopravvenienza della legittimazione del figlio naturale, che ai sensi dell'art. 280 del codice civile attribuisce la qualità di figlio legittimo, e la sopravvenuta adozione, quantomeno quella dei minori prevista dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, poiché l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti (art. 27 della legge stessa);

b) dal riconoscimento di un figlio naturale, ma solo se “fatto entro due anni dalla donazione”.

Ebbene, ove si consideri che, ai sensi dell'art. 261 del codice civile, nel testo novellato dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, il riconoscimento del figlio naturale comporta l'assunzione da parte del genitore (con l'eventuale concorso degli ascendenti) di tutti i doveri che egli ha nei confronti dei figli legittimi, primo fra tutti quello di mantenimento previsto dagli articoli 147 e 148 del codice civile, appare di tutta evidenza come la limitazione temporale in discorso venga a menomare senza ragione la facoltà del genitore (o adolescente) naturale in ordine all'esercizio del menzionato diritto potestativo, allorché egli ritenga che solo riacquistando il bene donato potrebbe adempiere ai suoi doveri, in una situazione di fatto del tutto analoga a quella in cui, viceversa, al genitore (o ascendente) legittimo, ed anche all'adottante, tale facoltà è concessa senza limiti.

Stante la descritta conformazione dell'istituto in esame, una tale disparità di trattamento non si potrebbe certo giustificare facendo riferimento alla previsione costituzionale della necessaria compatibilità della tutela dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, imposta dall'art. 30, terzo comma, Cost.

Neppure varrebbe richiamare le preoccupazioni espresse da parte della dottrina relativamente ad

un'asserita minore garanzia che altrimenti sarebbe offerta al donatario, per via di possibili riconoscimenti pretestuosi fatti dal donante. A quest'ultimo riguardo viene invero osservato, da una parte, che il donatario è dal medesimo art. 803 ammesso a provare "che al tempo della donazione il donante aveva notizia dell'esistenza del figlio" e, dall'altra, che egli è legittimato ad impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 263, primo comma.

D'altronde, a prescindere che identiche se non più gravi preoccupazioni potrebbero derivare al donatario dalla sopravvenienza di un'adozione, è appena il caso di notare che al riconoscimento *ex art. 250* del codice civile è equiparato, *quoad effectum*, l'accertamento giudiziale di cui al successivo art. 277, il quale addirittura suppone una volontà contraria al riconoscimento stesso e, inoltre, per quanto attiene ai figli nati dopo la donazione, di norma viene pronunciato ben al di là del previsto biennio, con la conseguenza che mai il donante così divenuto genitore sarebbe in grado di esercitare il diritto potestativo che il legislatore ha inteso concedergli.

Si conclude, allora, che la denunciata norma potrebbe trovare giustificazione unicamente nel tradizionale disfavore verso la filiazione naturale, che pervadeva ancora il nuovo codice civile nonostante la cauta apertura manifestatasi nella disposizione stessa, in confronto col corrispondente art. 1083 del previgente codice, che considerava del tutto irrilevante il riconoscimento d'un figlio naturale.

Ma un tale disfavore appare incompatibile col principio espresso nell'art. 30, terzo comma, Cost., attuato dal legislatore con la riforma del diritto di famiglia, alla quale la denunciata norma è sfuggita.

Questa, dunque, proprio alla luce del richiamato principio, è da ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto i due concorrenti profili della disparità di trattamento e della palese irragionevolezza.

7.6. Filiazione naturale e diritto successorio

7.6.1. La capacità dei figli naturali di ricevere per testamento

Una accresciuta tutela patrimoniale in sede successoria per i figli naturali si rinviene nella **sentenza n. 205 del 1970**, in cui la Corte ravvisa un contrasto col principio di uguaglianza nell'art. 593, comma primo, del codice civile, dove si stabilisce che, quando il testatore lascia figli legittimi o loro discendenti, i figli naturali non riconoscibili, la cui filiazione risulti nei modi indicati nell'art. 279, non possono singolarmente ricevere per testamento più della metà di quanto consegue nella successione il meno favorito dei figli legittimi e in nessun caso possono complessivamente ricevere più del terzo dell'eredità. Con questa norma il legislatore ha posto in essere una gravissima limitazione della capacità di ricevere per testamento di questi figli naturali.

Orbene, evidente appare l'incostituzionalità della norma ove si ponga mente alla condizione ch'essa riserva ai figli naturali non riconoscibili rispetto a tutti gli altri soggetti estranei alla famiglia legittima. Mentre per questi ultimi sussiste una piena capacità di ricevere per testamento, limitata è, invece, la capacità dei primi con la conseguenza che il testatore può liberamente disporre a favore dei terzi estranei, lasciando ad essi l'intera quota disponibile e non può usare lo stesso trattamento nei riguardi dei figli naturali. Pertanto, proprio in relazione alla loro condizione personale e sociale e cioè alla loro nascita avvenuta fuori del matrimonio, i figli naturali non riconoscibili vengono a trovarsi in condizione di sfavore rispetto agli altri estranei alla famiglia legittima, subendo un sacrificio dei propri interessi che non trova giustificazione né nel contenuto né nella finalità della norma.

7.6.2. Figli naturali e successione legittima

La necessità di garantire una piena tutela ai figli naturali è avvertita dalla Corte, in una particolare ipotesi, nella **sentenza n. 82 del 1974**, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 575 del codice civile nella parte in cui, in mancanza di figli legittimi e del coniuge del genitore, ammette un concorso tra i figli naturali riconosciuti o dichiarati e gli ascendenti del genitore.

Appare evidente l'incostituzionalità della norma impugnata nella parte in cui, pur non essendovi prole legittima e coniuge del genitore, ammette un concorso nella successione degli ascendenti del genitore con i figli naturali attribuendo a questi ultimi i due terzi dell'eredità. Questo trattamento, che è diverso da quello riconosciuto ai figli legittimi, i quali conseguono l'intera eredità escludendo dal concorso gli ascendenti, non è giuridicamente giustificato. I diritti ereditari dei figli naturali riconosciuti o dichiarati possono essere legittimamente limitati allorché essi concorrono con i figli legittimi ed il coniuge del genitore, ma non già quando vi siano soltanto gli ascendenti poiché questi – agli effetti qui considerati – non sono membri della famiglia legittima.

I figli naturali riconosciuti o dichiarati debbono conseguire – nell'ipotesi in cui manchino membri della famiglia legittima e non sussista quindi l'incompatibilità prevista dall'art. 30, comma terzo, Cost. – lo stesso trattamento successorio riservato ai figli legittimi e cioè succedono in tutta l'eredità.

Con la **sentenza n. 76 del 1977**, la Corte respinge la questione di legittimità costituzionale degli artt. 586 e 570 del codice civile in relazione agli artt. 3 e 30 della Costituzione in quanto stabilisce il 586 che in mancanza di altri successibili (fra i quali, dalle disposizioni di legge che regolano le successioni legittime, non è compreso il fratello naturale del *de cuius*) l'eredità è devoluta allo Stato.

Per la Corte, l'art. 570 riguarda la successione dei fratelli e delle sorelle del *de cuius*, ma la parentela collaterale da cui la norma fa discendere il diritto alla successione, fra le persone summenzionate, deve essere legittima e non naturale. Come la famiglia legittima è quella costituitasi col matrimonio e composta dal coniuge e dai figli legittimi e dà vita a rapporti collaterali, la parentela naturale, risultante dal solo vincolo di sangue, acquista valore giuridico se riconosciuta o dichiarata ed opera in modo ristretto in quanto il vincolo che si crea lega soltanto fra di loro figlio naturale e genitore naturale e non ha valore estensivo.

La stessa legge di riforma del diritto di famiglia (19 maggio 1975, n. 151), pur avendo dato larghissimo spazio alla riconoscibilità e dichiarabilità della filiazione anche adulterina e concesso parità di trattamento dei figli naturali e di quelli legittimi non solo sul piano personale ma anche patrimoniale e successorio, non ha tuttavia esteso la parentela naturale al di là del rapporto che unisce vicendevolmente ascendenti e discendenti.

E poiché quando l'art. 30 della Costituzione afferma che la “legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale” si riferisce sempre ed unicamente ai rapporti fra genitori e figli e non a quelli dei figli tra di loro e non sussistono, ragioni costituzionalmente valide per una diversa interpretazione dell'art. 30 della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale avanzate dal tribunale di Catanzaro, in relazione agli artt. 570 e 586 c.c., vanno disattese.

La Corte dichiara, nella **sentenza n. 55 del 1979**, la illegittimità costituzionale dell'art. 565 cod. civ., nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati, per contrasto con gli artt. 3 e 30, terzo comma, della Costituzione.

Motiva la Corte che una posizione di minore tutela del figlio nato fuori del matrimonio in tanto

può trovare una sua giustificazione costituzionale in quanto tale condizione venga a confliggere con i diritti dei membri della famiglia legittima. Ove – come nella specie – tale situazione di conflittualità non possa ipotizzarsi, per essere lo Stato unico chiamato alla successione, la posizione del figlio naturale viene assimilata a quella del discendente legittimo.

In assenza quindi di membri della famiglia legittima, trova giustificazione la successione tra fratelli (o sorelle) naturali nei casi in cui non vi siano altri successibili *ex lege*, ad eccezione dello Stato.

È chiaro, inoltre, che la devoluzione della eredità allo Stato, operante, ai sensi dell'art. 586 cod. civ., nella assenza di altri successibili, è motivata, tra l'altro, da ragioni di ordine generale, per la necessità di impedire che i beni restino in stato di abbandono: il che non ha modo di verificarsi tutte le volte in cui esistano soggetti legati al *de cuius* da vincoli di sangue.

L'art. 565 cod. civ. contrasta anche con l'art. 3 della Costituzione. Ed infatti, una volta ritenuto che la posizione giuridica del figlio nato fuori del matrimonio – ove non sussistano diritti dei membri della famiglia legittima da tutelare – è analoga a quella dei figli legittimi, appare contrastante con il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale un regime successorio che escluda che i fratelli (o le sorelle) naturali possano succedere ai propri fratelli (o sorelle) naturali, stabilendo conseguentemente per essi un trattamento deteriore rispetto a tutti gli altri successibili *ex lege*.

Strettamente connessa alla sentenza che precede è l'**ordinanza n. 363 del 1988**, recante la dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità relativa all'art. 565 cod. civ. “nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, gli zii naturali riconosciuti o dichiarati del *de cuius*”, poiché la qualifica, arditamente ellittica, più volte attribuita dal giudice *a quo* ai fratelli del genitore che ha riconosciuto il figlio naturale o la cui paternità o maternità è stata dichiarata, presuppone la norma alla quale si chiede alla Corte di dare ingresso con una sentenza additiva, cioè una norma che all'accertamento formale della filiazione naturale colleghi l'effetto di far entrare il figlio nella famiglia di origine del genitore, in guisa da attribuirgli uno *status* familiare rapportato non solo a un padre o a una madre, ma anche a nonni, zii e cugini;

Una norma del genere non esisteva nell'ordinamento vigente all'epoca dell'apertura della successione *de qua*, né esiste in quello attuale: l'art. 258, primo comma, cod. civ. (testo del 1942) disponeva che “il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto”, e tale disposizione è riprodotta nel testo novellato dall'art. 108 della legge n. 151 del 1975, con l'aggiunta (superflua) “salvi i casi previsti dalla legge”.

Nessun argomento, nel senso della costituzione di un rapporto giuridico di parentela tra figlio naturale riconosciuto e fratelli o sorelle del genitore, può trarsi dall'art. 87, terzo comma, cod. civ., che dichiara applicabile il divieto di matrimonio tra zio o zia e nipote “anche se il rapporto dipende da filiazione naturale”, perché l'impedimento matrimoniale opera per il solo fatto della consanguineità, indipendentemente dalla circostanza che la filiazione naturale sia stata o no riconosciuta o dichiarata;

Peraltro, la tutela garantita dal terzo comma dell'art. 30 Cost. ai figli naturali, in quanto criterio di conformazione dello *status* di filiazione naturale, è circoscritta al rapporto con il genitore la cui paternità o maternità è stata accertata, come si arguisce sia dal confronto col primo comma, sia dal limite di compatibilità “con i diritti dei membri della famiglia legittima”, unanimemente riferito dagli interpreti alla (piccola) famiglia che il genitore abbia costituito mediante matrimonio con persona diversa dall'altro.

La questione se per effetto del riconoscimento il figlio naturale entri nella famiglia di origine del

genitore, appunto perché estranea ai rapporti del figlio con il genitore, non è pregiudicata dall'art. 30 Cost., e quindi si prospetta come questione di politica legislativa rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore, il quale nemmeno in occasione della riforma del 1975 si è deciso a questo passo.

Affermazioni di notevole interesse sono contenute anche nella **sentenza n. 184 del 1990**, che accoglie la questione di legittimità costituzionale dell'esclusione dei fratelli e delle sorelle naturali dalle categorie dei successibili *ab intestato*, in guisa che è ad essi negato il diritto di successione reciproca pur in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato.

Vengono richiamate due notazioni, tra loro complementari, relative a due aspetti del significato normativo dell'art. 30, terzo comma, della Costituzione.

Il primo significato si esprime in una regola di equiparazione dello *status* di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo *status* di figlio legittimo nei limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima costituita dal matrimonio del genitore con persona diversa dall'altro. In questo senso "l'art. 30 si riferisce ai rapporti tra genitori e figli, e non a quelli dei figli tra loro" (sentenza n. 76 del 1977): il suo ambito normativo è commisurato alla regola dell'art. 258, primo comma, cod. civ., che delimita l'efficacia del riconoscimento.

Nel secondo significato, concernente i rapporti della prole naturale con i parenti del genitore (ossia con la famiglia di origine del genitore e con altri suoi figli, legittimi o naturali riconosciuti), l'art. 30, terzo comma, non impartisce un comando immediato di parificazione giuridica alla prole legittima anche in questi rapporti, ma si pone come "norma ispiratrice di un orientamento legislativo a favore dei figli naturali" (sentenza n. 55 del 1979), la quale esclude che al limite di efficacia del riconoscimento indicato dall'art. 258 cod. civ. possa attribuirsi valore assoluto. In conformità di tale norma il testo novellato dell'articolo aggiunge una riserva che fa "salvi i casi previsti dalla legge".

Coordinato col principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., il principio ora individuato dell'art. 30 implica un limite alla discrezionalità legislativa nella determinazione dei casi e dei contenuti di rilevanza giuridica del riconoscimento nei rapporti con i parenti del genitore. Il limite può essere così formulato: nei detti rapporti le disparità di trattamento delle due specie di filiazione non possono essere conservate più di quanto richiedano un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco e il contemperamento con – o la sottordinazione ad – altri principi di pari o maggior peso.

Alla stregua di questo criterio non vi sono ragioni idonee a giustificare la conservazione della regola del codice civile che esclude il diritto di successione tra fratelli e sorelle naturali pur quando, mancando altri successibili per titolo di coniugio o di parentela, il favore per i figli naturali non entra in conflitto col principio della successione familiare, né con l'interesse dello Stato. L'istituto dell'art. 586 cod. civ. non tutela un interesse patrimoniale dello Stato di natura privata, che possa essere messo a confronto con l'interesse dei fratelli naturali superstiti, bensì l'interesse pubblico alla conservazione dei beni del defunto e alla continuità dei rapporti giuridici che a lui facevano capo, quando manchino soggetti legittimati a raccogliere l'eredità.

Non si può obiettare che l'apertura dell'ordine successorio ai fratelli naturali eccederebbe l'ambito soggettivo della tutela dell'art. 30 Cost. perché avvantaggerebbe anche i figli legittimi del genitore che ha riconosciuto il figlio naturale: in mancanza dei successibili indicati negli artt. 578 e 579 cod. civ., essi potrebbero pretendere l'eredità lasciata dal figlio naturale. Tale possibilità è inclusa per ragione di necessaria reciprocità nella prospettata ultrattività del riconoscimento, la quale investe gli altri figli dello stesso genitore indipendentemente dalla natura del rispettivo *status* di filiazione, tutti essendo, naturali o legittimi, fratelli naturali nei confronti del figlio naturale

considerato.

Nemmeno la norma censurata può trovare una giustificazione tecnico-giuridica nella mancanza di un rapporto civile di parentela tra fratelli e sorelle naturali. Il riconoscimento di un rapporto giuridico di parentela è indubbiamente una scelta spettante alla discrezionalità insindacabile del legislatore; ma è altrettanto fuori dubbio, da un lato, che la rilevanza del riconoscimento nei rapporti con i parenti del genitore non è necessariamente legata al modello dell'efficacia nel rapporto tra genitore e figlio, dall'altro, che il criterio tradizionale per cui i titoli di successione *mortis causa* sono individuati nella sfera dei rapporti familiari del defunto non è assoluto. Il sistema delle successioni a causa di morte ha conosciuto e conosce diritti successori direttamente collegati al fatto naturale della consanguineità, in deroga alla regola della successione familiare.

L'accertamento della non conformità dell'art. 565 cod. civ. al principio sopra spiegato dell'art. 30 Cost., con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua*, comporta l'attribuzione ai fratelli e alle sorelle naturali di un titolo reciproco di successione ereditaria fondato sul vincolo di consanguineità indirettamente risultante dai rispettivi *status* di filiazione, titolo che potrà essere fatto valere in mancanza di successibili per diritto di coniugio o di parentela, e con precedenza sulla successione dello Stato.

La sentenza che precede viene richiamata dalla **sentenza n. 377 del 1994**, che dichiara la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale: a) in linea principale, degli artt. 565 e 572 cod. civ., nella parte in cui non prevedono la successione dei fratelli e delle sorelle naturali del *de cuius* in mancanza di membri della famiglia legittima, intesa in senso stretto; b) in linea subordinata, dell'art. 468 cod. civ., nella parte in cui non ammette i discendenti di fratello o sorella naturale del *de cuius* a rappresentare il genitore che non può o non vuole accettare l'eredità.

Il giudice rimettente richiama il precedente della sentenza n. 184 del 1990, ma la questione da lui sollevata prospetta un intervento sul regime successorio di natura diversa e ben più incisivo. La sentenza n. 184 ha introdotto una nuova categoria (o classe) di successibili, rappresentata dai fratelli e dalle sorelle naturali, senza però alterare l'ordine successorio della parentela del defunto. Per effetto della sentenza i fratelli e le sorelle naturali sono chiamati all'eredità in mancanza di successibili per diritto di coniugio o di parentela, con precedenza soltanto sullo Stato. Poiché la successione dello Stato si inserisce nel sistema della successione legittima non come ordine successorio, ma con funzione suppletiva della *successio ordinum* e come norma di chiusura del sistema, l'attribuzione di un titolo successorio con efficacia così circoscritta non implica la costituzione di uno *status* giuridico, nemmeno ridotto, di parentela col *de cuius*. Come precisa la sentenza citata, il diritto da essa riconosciuto si fonda direttamente sul fatto naturale della consanguineità, valutato alla stregua della direttiva di graduale miglioramento della condizione di diritto familiare della prole naturale anche nei rapporti con i parenti del genitore (e quindi anche nei rapporti dei figli naturali riconosciuti tra loro), enucleata al secondo dei due livelli di interpretazione ammessi dall'art. 30, terzo comma, della Costituzione.

La questione in esame mira, invece, a ottenere l'inserimento dei fratelli e delle sorelle naturali negli ordini successori dei parenti, costituendoli come terzo ordine tra gli ascendenti e i fratelli e le sorelle legittimi (o i loro discendenti) e gli altri parenti collaterali dal terzo al sesto grado, i quali degraderebbero a quarto ordine.

Ora, è vero che la discrezionalità lasciata al legislatore dalla suddetta direttiva costituzionale è soggetta al limite della ragionevolezza dei tempi di attuazione, commisurati alla dinamica evolutiva dei rapporti sociali. Dopo vent'anni dalla riforma del diritto di famiglia appare sempre meno plausibile la regola che esclude dall'eredità i fratelli e le sorelle naturali del defunto a beneficio anche di lontani parenti legittimi fino al sesto grado. Il legislatore deve prendere atto del notevole

incremento verificatosi nel frattempo, sebbene in misura inferiore che in altri paesi, delle nascite fuori del matrimonio e del fenomeno parallelo della famiglia di fatto. Ma l'incostituzionalità dell'impugnato art. 572 cod. civ. non è sostenibile nei termini assoluti e indiscriminati dell'ordinanza di rimessione.

Nell'applicare il criterio di compatibilità "con i diritti dei membri della famiglia legittima", il giudice *a quo* fa riferimento alla famiglia in senso stretto definita dalla sentenza n. 79 del 1969, senza avvertire la diversa referenzialità sottesa ai due significati normativi, primario e secondario, distinguibili nell'art. 30, terzo comma, della Costituzione. Il riferimento alla famiglia che il *de cuius* si è formato mediante il matrimonio con persona diversa dall'altro genitore ha senso solo quando il problema del trattamento dei figli naturali, in rapporto ai figli legittimi, si pone con riguardo alla successione al genitore comune o ai suoi ascendenti. Quando il problema si pone, invece, con riguardo alla successione a chi, avendo lo *status* di figlio legittimo, muore senza lasciare né coniuge, né discendenti, il referente per la ponderazione della tutela costituzionalmente garantita ai fratelli naturali del defunto è la sua famiglia di origine, ossia la parentela definita dall'art. 74 cod. civ., e non vi sono indicazioni, normative o sociologiche, che autorizzino l'interprete a restringerne senz'altro la rilevanza giuridica, sotto questo aspetto, ai membri della famiglia coniugale costituita dai genitori del defunto. In rapporto non solo agli ascendenti e ai fratelli e alle sorelle, ma anche agli zii e alle zie e ai loro figli – parenti di terzo e quarto grado, che già il codice del 1942 distingueva, a certi effetti, dai parenti più lontani di quinto e sesto grado (art. 583, testo originario) – è sicuramente riconoscibile ancor oggi una coscienza della parentela operante come fonte di solidarietà di gruppo.

Di questo dato sociologico e dell'inerente giudizio di valore occorre tenere conto nel bilanciamento di interessi che deve guidare l'attuazione della direttiva costituzionale più volte rammentata: bilanciamento che coinvolge una valutazione complessa eccedente i poteri della Corte, essendo prospettabile una pluralità di soluzioni, non esclusa l'introduzione di nuovi casi di concorso, tra le quali la scelta appartiene alla discrezionalità legislativa.

7.6.3. Il concorso tra figli naturali e figli legittimi

Il rispetto della valutazione discrezionale del legislatore, aderente alla realtà sociale dell'epoca per le successioni apertesi prima dell'entrata in vigore della nuova legge del 1975, comporta – secondo quanto stabilito nella **sentenza n. 168 del 1984** – che nel concorso di figli legittimi e naturali spetti a favore dei primi una quota ereditaria maggiore (cod. civ., art. 541 abrogato dall'art. 177 della legge 19 maggio 1975, n. 151) senza che ciò violi gli artt. 3 e 30, comma terzo, della Costituzione.

La Corte ha ben presente che la modifica introdotta sul punto dalla legge di riforma del diritto di famiglia, la quale, con l'art. 173, ha sostituito il testo dell'art. 537 del codice civile, disponendo, in tema di riserva a favore dei figli, che, nella ipotesi di concorso all'eredità di figli legittimi e naturali, agli uni e agli altri siano attribuiti in egual misura i medesimi diritti successori.

Dai relativi lavori parlamentari si evince che il legislatore, muovendo dalla consapevolezza che "nessuna parte dell'ordinamento giuridico risente come il diritto familiare delle contemporanee ed opposte sollecitazioni della tradizione da un lato e del costume in evoluzione dall'altro", ha inteso impegnare "saggezza ed equilibrio" al fine di "modulare le delicate correlazioni e l'intensità degli strumenti di tutela dei diversi interessi in gioco... per la migliore sistemazione normativa dell'istituto e soprattutto per la sua aderenza alla realtà sociale". Per quanto in particolare concerne l'operata parificazione dei figli naturali ai legittimi nell'ambito successorio, è stato nella medesima sede escluso che "il limite costituzionale ai diritti dei figli nati fuori del matrimonio – rappresentato

dalla tutela della famiglia legittima – implichi una ridotta partecipazione alla successione ereditaria”. Ed all’uopo si è affermato che, se vero che il dettato costituzionale non impone tale parificazione, altrettanto vero è che esso non la vieta, trattandosi di “una scelta sul piano dell’opportunità politica che non coinvolge valutazioni di ordine costituzionale”.

La *ratio* cui risulta ispirata la intervenuta parificazione dei figli naturali ai figli legittimi, in ordine ai diritti riservati ai legittimari nella successione, appare dunque in armonia con quella interpretazione del terzo comma dell’art. 30 della Costituzione, che la Corte aveva già accolto e che qui riconferma, riconoscendo al legislatore ordinario, a proposito della concreta estrinsecazione del limite di “compatibilità” ivi sancito, ampio margine di scelte egualmente ammissibili, pur nella loro diversità: sempre che le scelte medesime non si rivelino palesemente irrazionali o vulnerino interessi costituzionalmente garantiti.

Dalla menzionata disciplina che ha sostituito quella dettata dalla denunciata norma, non può, pertanto, contrariamente all’assunto del giudice *a quo*, trarsi utile argomento per avvalorare il prospettato dubbio di legittimità costituzionale sul quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. Significativa in proposito appare anche la considerazione che la medesima legge di riforma, nel disporre (art. 237) che alcune delle modifiche da essa introdotte (artt. 580 e 594 del codice civile, concernenti i diritti successori dei figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili, nei testi sostituiti rispettivamente dagli artt. 188 e 195) si applichino anche alle successioni apertesesi prima della sua entrata in vigore, non abbia disposto altrettanto per il nuovo testo dell’art. 537, che ha operato, come innanzi detto, la cennata parificazione: il che sembra confermare che, nella elaborazione della riforma del diritto di famiglia, non si è nutrito dubbio sulla legittimità costituzionale dell’abrogato art. 541 del codice civile.

In conclusione, per quanto innanzi esposto, ritiene la Corte che l’art. 541 del codice civile, abrogato dalla legge n. 151 del 1975, ma tuttora applicabile alle successioni apertesesi prima dell’entrata in vigore della legge medesima, nel determinare la quota ereditaria riservata ai figli naturali in misura pari alla metà della quota riservata ai figli legittimi, non contrasti né con il principio della tutela dei figli nati fuori del matrimonio, garantita dall’art. 30, comma terzo, né con il principio di eguaglianza, sancito dall’art. 3 della Costituzione.

La diversità di trattamento cui la denunciata norma dà luogo, in ordine ai diritti riservati ai legittimari nella successione, tra figli legittimi e figli naturali, appare infatti giustificata dall’esigenza, sancita a livello egualmente costituzionale, di una conciliazione della tutela dei figli naturali con i diritti dei membri della famiglia legittima. Frutto di una scelta operata in aderenza alla realtà sociale dell’epoca, ed immune da vizi di irrazionalità, la disposizione in questione rientra invero, nell’ambito che il precetto costituzionale, senza incidervi direttamente, ha lasciato, riguardo ai modi di tale conciliazione, alle valutazioni discrezionali del legislatore.

Analoga questione viene proposta nel giudizio concluso con la **sentenza n. 167 del 1992**, in cui la Corte respinge la questione di legittimità costituzionale dell’art. 574 cod. civ. – abrogato dall’art. 187 della legge 19 maggio 1975, n. 151, ma applicabile nel giudizio *a quo*, in quanto vertente su una successione aperta prima dell’entrata in vigore della legge – nella parte in cui, nel concorso *ab intestato* di figli legittimi con figli naturali, attribuisce a questi metà della quota che conseguono i legittimi, anziché un pari diritto ereditario.

Ad avviso della Corte, non vi sono ragioni per modificare tale giudizio con riguardo alla norma ora impugnata, formalmente diversa, ma sostanzialmente identica a quella oggetto della sentenza n. 168 del 1984.

Le norme abrogate del codice civile del 1942, che definivano i diritti successori dei figli naturali in concorso con figli legittimi, non possono essere valutate anticipando nel tempo i criteri direttivi

della riforma del diritto di famiglia, dopo la quale, e in conseguenza di essa, si è accentuato il mutamento della coscienza e della sensibilità sociale in ordine alla condizione di questa categoria di figli.

Occorre, invece, rifarsi all'interpretazione dell'art. 30 Cost. vigente anteriormente alla novella del 1975, dalla quale emergeva il comando di parificazione dei diritti ereditari dei figli naturali a quelli attribuiti ai legittimi soltanto nelle ipotesi di mancanza di membri della famiglia legittima, intesa nel senso stretto in cui è considerata dalla norma costituzionale.

Nei confronti dei figli legittimi e del coniuge superstite il principio costituzionale di parificazione giuridica dei figli naturali è soggetto al limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima. La determinazione di tale limite appartiene alla discrezionalità del legislatore, di guisa che la disciplina in esame del concorso dei figli naturali con figli legittimi nella successione intestata e nella quota di riserva fu giudicata dalla sentenza n. 79 del 1969 un modo di attuazione *ante litteram* del precetto costituzionale di conciliazione della tutela degli uni con i diritti degli altri.

Per quanto possa oggi apparire severa, l'attribuzione ai figli naturali di una quota ridotta alla metà della quota conseguita dai legittimi non può ritenersi eccedente il limite della ragionevolezza, la quale deve essere valutata nel contesto storico che aveva prodotto la norma. A quell'epoca essa segnò un notevole progresso nell'evoluzione legislativa verso un migliore trattamento dei figli naturali, avendo il codice del 1942 sostituito al precedente criterio di calcolo della quota secondo il sistema della "quota di diritto" il più favorevole sistema della "quota di fatto".

7.6.4. La riserva ereditaria a favore dei figli naturali

La Corte dichiara, nella **sentenza n. 50 del 1973**, l'illegittimità costituzionale dell'art. 539 del codice civile, il quale dispone la riserva a favore dei figli naturali riconosciuti o dichiarati, stabilendo che ad essi debba essere riservato un terzo del patrimonio del genitore se questi lasci un solo figlio naturale, o la metà se i figli naturali sono più, salvo quanto è disposto dagli artt. 541, 542, 543, 545 e 546 per i casi di concorso.

Tale norma stabilisce, per la riserva ereditaria a favore dei figli naturali riconosciuti o dichiarati quando manchino figli legittimi o coniuge del *de cuius* e quindi non sussistano diritti dei membri della famiglia legittima, che l'art. 30, comma terzo, della Costituzione intende espressamente tutelare, una disparità rispetto alla riserva ereditaria a favore dei figli legittimi dichiarata dall'art. 537 del codice civile.

Pertanto, l'art. 539 codice civile, in quanto in contrasto con l'art. 30, comma terzo, della Costituzione, che assicura "ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima" e con l'art. 3 della Costituzione, in quanto stabilisce, in mancanza di membri della famiglia legittima, un trattamento non giuridicamente giustificato, di disparità successoria per i figli naturali rispetto ai figli legittimi, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo «nelle parti in cui fissa la riserva ereditaria a favore dei figli naturali riconosciuti o dichiarati nella misura di un terzo del patrimonio del genitore se questo lascia un solo figlio naturale o la metà se i figli sono più e non nella stessa misura prevista dall'art. 537 del codice civile a favore dei figli legittimi e cioè nella misura della metà se il genitore lascia un figlio solo e di due terzi se i figli sono più».

Dato l'espresso richiamo dell'art. 539 del codice civile agli artt. 545 e 546 stesso codice, la Corte prende in esame anche la legittimità costituzionale dell'art. 545 del codice civile, il quale dispone il concorso di ascendenti legittimi con figli naturali e dell'art. 546, il quale dispone il concorso di ascendenti legittimi, figli naturali e coniuge. Gli artt. 545 e 546 del codice civile risultano

incostituzionali in quanto limitano i diritti del figlio naturale anche quando manchino “membri della famiglia legittima”, non rientrando fra questi gli ascendenti legittimi del *de cuius* e quindi quando non sussiste l’incompatibilità prevista dal citato art. 30, comma terzo, della Costituzione, e in quanto contrastano con l’art. 3 della Costituzione stabilendo un trattamento non giuridicamente giustificato di disparità successoria dei figli naturali rispetto ai figli legittimi. Il concorso del coniuge con i figli naturali è già regolato dall’art. 543 codice civile così come è regolato dall’art. 541 stesso codice il concorso di figli legittimi e figli naturali e dall’art. 542 il concorso di figli legittimi, coniuge e figli naturali. Pertanto i diritti dei membri della famiglia legittima rispetto a figli naturali riconosciuti o dichiarati risultano tutelati in piena conformità della disposizione dell’art. 30, comma terzo, della Costituzione.

Conseguentemente, per l’attuazione del principio costituzionale di cui all’art. 30, comma terzo, della Costituzione, la legge deve stabilire che a favore dei figli naturali, quando la filiazione è riconosciuta o dichiarata, è riservata la metà del patrimonio del genitore se questo lascia un solo figlio naturale o i due terzi se i figli naturali sono più, salvo quanto è disposto dagli artt. 541, 542, 543 per i casi di concorso.

7.6.5. Il diritto di commutazione a favore dei figli legittimi

Immune da censura si rivela l’art. 537, terzo comma, del codice civile, in base al quale “i figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongano. Nel caso di opposizione decide il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali”.

Nella **sentenza n. 335 del 2009**, la Corte, dopo avere menzionato l’art. 30, terzo comma, Cost., ricorda il duplice significato normativo attribuito dalla propria giurisprudenza al precetto costituzionale in esame, che, dal lato dei rapporti tra genitori e figli, si esprime in una regola di equiparazione dello *status* di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo *status* di figlio legittimo nei limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima fondata sul matrimonio; mentre, nei rapporti della prole naturale con i parenti del genitore (ossia con la famiglia di origine del genitore e con altri suoi figli, legittimi o naturali riconosciuti), si pone come norma ispiratrice di una direttiva di sempre più adeguata tutela della condizione di diritto familiare della prole naturale. Di conseguenza, la Corte ha anche chiarito «come dall’art. 30 della Costituzione non discenda in maniera costituzionalmente necessitata la parificazione di tutti i parenti naturali ai parenti legittimi», in quanto «un ampio concetto di “parentela naturale” non è stato recepito dal legislatore costituente, il quale si è limitato a prevedere la filiazione naturale ed a stabilirne l’equiparazione a quella legittima, peraltro con la clausola di compatibilità» (sentenza n. 532 del 2000).

Nello specifico ambito dei rapporti tra il figlio naturale ed i membri della famiglia legittima, è proprio il menzionato criterio di compatibilità che rappresenta lo snodo del sistema costituzionale finalizzato alla composizione dei diritti coinvolti, che deve compiersi in un contesto (non già di discriminazione della posizione dell’uno rispetto a quella degli altri, quanto piuttosto) di riconoscimento della diversità delle posizioni in esame. Diversità nella parità di trattamento, quindi, che si coglie immediatamente dalla semplice considerazione che l’art. 30, primo e terzo comma, Cost., «come avviene nella stragrande maggioranza degli ordinamenti oggi vigenti», conosce «solo due categorie di figli: quelli nati entro e quelli nati fuori del matrimonio, senza ulteriore distinzione tra questi ultimi» (sentenza n. 494 del 2002).

Pertanto, l’approccio alla problematica relativa alla correttezza della scelta delle concrete modalità di realizzazione del menzionato temperamento con (o la sottordinazione ad) altri

principî di pari o maggior peso va interamente condotto sul versante della analisi della ragionevolezza del trattamento differenziato, commisurata «alla dinamica evolutiva dei rapporti sociali» (sentenza n. 377 del 1994).

L'art. 537 cod. civ. (come sostituito dall'art. 173 della legge 19 maggio 1975, n. 151), oltre a prevedere e regolamentare il diritto di commutazione in esame (terzo comma), dispone che, nella ipotesi di concorso all'eredità di figli legittimi e naturali, agli uni e agli altri siano attribuiti in egual misura i medesimi diritti successori (primo e secondo comma). Il legislatore della riforma del diritto di famiglia, quindi – modificando radicalmente quanto in precedenza previsto dall'art. 541 cod. civ. (abrogato dall'art. 177 della stessa legge n. 151 del 1975) – ha equiparato i diritti successori dei figli legittimi e naturali, contestualmente rimodulando il menzionato diritto di commutazione (che riguarda la fase di divisione dell'asse ereditario), trasformato da insindacabile diritto meramente potestativo attribuito ai figli legittimi a diritto ad esercizio puntualmente controllato, in quanto soggetto alla duplice condizione della mancata opposizione del figlio naturale e della decisione del giudice, «valutate le circostanze personali e patrimoniali».

Occorre rilevare che la Corte ha già avuto modo di affermare come la norma impugnata si collochi nella prospettiva del progressivo adeguamento della normativa allo spirito evolutivo promanante dal precetto costituzionale di cui al terzo comma dell'art. 30, che permea la riforma del diritto di famiglia e che caratterizza (ed indirizza) l'ampia discrezionalità lasciata al legislatore in materia; discrezionalità che, tuttavia, oltre a dover rispettare il canone di una ragionevolezza commisurata alla dinamica evolutiva dei rapporti sociali, è soggetta anche al limite, stabilito dalla medesima disposizione costituzionale, della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima (sentenza n. 168 del 1984).

Se, dunque, la completa equiparazione nel *quantum* dei diritti successori dei figli legittimi e naturali, stabilita dai primi due commi dell'art. 537 cod. civ. attua (in modo certamente obbligato) il principio della necessaria uguaglianza delle posizioni dei figli nel rapporto con il genitore dante causa (deceduto *ab intestato*), la scelta del legislatore di conservare in capo ai figli legittimi la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata) come termine di bilanciamento (compatibilità) dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima.

L'espresso riferimento della Costituzione al criterio di “compatibilità” assume la funzione di autentica clausola generale, aperta al divenire della società e del costume.

È appunto in questa prospettiva che si è mosso il legislatore del nuovo diritto di famiglia, attribuendo al giudice – cui viene in definitiva demandato il riscontro della sussistenza o meno di quella che sostanzialmente può definirsi come “giusta causa” dell'opposizione del figlio naturale alla richiesta di commutazione avanzata dai figli legittimi – il ruolo di garante della parità di trattamento nella diversità, attraverso il continuo adeguamento della concreta applicazione della norma ai principî costituzionali. La naturale concretezza della soluzione giurisdizionale (che, ove le circostanze lo esigano, può ovviamente essere a favore del figlio naturale) permette, infatti, di calibrare la singola decisione alle specifiche circostanze personali (attinenti ai pregressi rapporti tra i figli) e patrimoniali (riguardanti la situazione dei beni lasciati in eredità, in considerazione, sia della loro migliore conservazione e gestione, sia del rapporto che lega l'erede al bene), così da scongiurare eventuali esercizi arbitrari, e quindi non meritevoli in concreto di tutela, del diritto di commutazione o della facoltà di opposizione.

D'altronde, la (volutamente) elastica formula linguistica adoperata dal legislatore risulta teleologicamente coerente al sistema, poiché lascia tutto il dovuto spazio all'apprezzamento discrezionale del giudice (le cui decisioni, peraltro, sono soggette, come le altre, ai normali rimedi processuali).

Lungi, dunque, dal dirsi anacronistica, la *ratio* sottesa alla norma in esame, questa – anche per la sua formulazione “aperta” (analoga a quella prevista dall'art. 252 cod. civ. in tema di affidamento del figlio naturale e suo inserimento nella famiglia legittima) – appare viceversa idonea a consentire il recepimento nel suo ambito dispositivo (di volta in volta, e secondo il sentire dei tempi) delle singole fattispecie, commisurate proprio a quella dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale. Ciò, tanto più in quanto il giudice, nella propria opzione ermeneutica, è tenuto a dare una valutazione costituzionalmente orientata, la quale appunto non può ignorare (ma deve necessariamente prendere in considerazione) la naturale evoluzione nel tempo della coscienza sociale e dei costumi.

7.6.6. Il diritto di rappresentazione

La Corte rileva, nella **sentenza n. 79 del 1969** (ripresa più di recente dalla **sentenza n. 259 del 1993**), l'incostituzionalità degli artt. 467 e 577 del Codice civile perché non riconoscono il diritto di rappresentazione ai figli naturali di chi, figlio o fratello del *de cuius*, non abbia coniuge o discendenti legittimi.

La Corte sottolinea che nella Costituzione non è riposto un astratto “favore” per i figli naturali (riconosciuti o dichiarati) da tradursi soltanto ad opera della legge ordinaria in tutela concreta nel contenuto e nei limiti. La garanzia dei diritti del figlio naturale è invece tutta spiegata nel terzo comma, prima parte, dell'art. 30 per il caso in cui non urti cogli interessi “dei membri della famiglia legittima”: vale a dire che l'intervento del legislatore occorrerà solo per conciliare la protezione del figlio naturale coi diritti di costoro. Ne deriva che, per l'ipotesi in cui non sussista una famiglia legittima, una legiferazione speciale non è necessaria: infatti il figlio naturale gode già in virtù dell'art. 30, di un'ampia protezione alla quale il legislatore ordinario è vincolato, diversamente da quanto accade per altre materie.

Più precisamente, la Costituzione garantisce al figlio naturale (riconosciuto o dichiarato), non una generica difesa, ma “ogni” tutela giuridica e sociale: il che non può intendersi altrimenti che come tutela adeguata alla posizione di figlio, vale a dire (sempreché non vi siano membri della famiglia legittima) simile a quella che l'ordinamento attribuisce in ogni campo ai figli legittimi: in ogni campo, compreso evidentemente quello della successione ereditaria, dato che rispetto ad essa lo *status* di figlio (legittimo o naturale) ha, secondo i principi, rilevanza precisa. Con ciò non si vuol dire che la Costituzione abbia del tutto assimilato i figli naturali ai legittimi (ché anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi dev'essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario); ma si riconosce tuttavia che l'assimilazione è innegabile (solo) là dove manchi una famiglia legittima.

La Corte ritiene, scostandosi dalla precedente sentenza, che “famiglia legittima” sia quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi. A questa interpretazione conducono il linguaggio o il contenuto tanto delle norme costituzionali quanto della legislazione ordinaria, oltreché la stessa sistematica del Codice civile.

Infatti, nell'art. 29 la garanzia costituzionale copre il gruppo “società naturale” fondato sul matrimonio, quello, cioè, che, nato da tale unione, riposa appunto sulla parità dei coniugi, anche nel

governo della famiglia, e sull'unità familiare (secondo comma dello stesso art. 29): parità ed unità che non possono esigersi né ipotizzarsi nei riguardi degli ascendenti o collaterali di chi ha costituito col matrimonio una società naturale.

Del resto che solo del coniuge e dei discendenti si sia preoccupato il Costituente risulta anche dall'art. 31, dove la famiglia e i suoi compiti sono quelli che derivano dal matrimonio; risulta inoltre dall'art. 30, comma primo, che riconosce doveri e diritti dei genitori nei confronti dei figli e non nei riguardi dei propri ascendenti o collaterali. Da questo quadro non è verosimile che sia uscito il terzo comma dell'art. 30: anche qui, l'accento alla famiglia legittima di chi ha figli naturali, evidentemente, non comprende gli ascendenti o i collaterali; poiché si contrappongono i figli nati fuori del matrimonio di lui alla sua famiglia legittima, questa non può essere che il gruppo costituitosi col suo matrimonio. In tal senso depongono inoltre innumerevoli testimonianze dei lavori preparatori che sovrastano a un isolato indizio contrario.

D'altra parte la stessa legislazione ordinaria, dinanzi ad un soggetto che abbia contratto matrimonio, rifugge dall'inquadrare nella famiglia di lui tutto il gruppo degli ascendenti e dei collaterali; anzi il Codice individua, dal punto di vista di tale soggetto riguardo a costoro, più che un legame familiare un vincolo di parentela, mentre circoscrive la famiglia alla comunità che quegli ha costituito col suo matrimonio. Anche la norma che sembra comprendere nel concetto di famiglia d'un coniuge il gruppo dei suoi ascendenti e collaterali, in realtà ha un altro senso: l'art. 299, quarto comma, parla di famiglia della moglie (che adotta il figlio del marito) proprio perché allude alla situazione di lei prima del matrimonio e astraendosi da esso. È d'altronde sintomatico come, a parte le convivenze, perfino il documento detto "stato di famiglia" non registri gli ascendenti e i collaterali di chi abbia contratto matrimonio.

Da ciò non si vuol dedurre che la famiglia legittima d'una persona comprenda (come nello "stato di famiglia"), oltre al coniuge, solo i figli "non coniugati" poiché gli altri hanno formato un nuovo gruppo familiare; ma si trae piuttosto argomento per asserire che essa non include mai né i collaterali né gli ascendenti. A livello costituzionale, poi, come ai figli naturali d'un soggetto è dovuta protezione anche se hanno contratto matrimonio, così i figli legittimi di quel genitore vanno difesi pur quando abbiano fondato una propria società coniugale; perciò la famiglia legittima indicata dall'art. 30, terzo comma, ricomprende sicuramente tutti i figli, e coi loro diritti la legge dovrà stabilire la compatibilità della tutela dei così detti illegittimi.

In conclusione, se il genitore naturale non ha coniuge né figli legittimi, manca una famiglia legittima nel senso dell'art. 30, terzo comma, e si apre per il figlio naturale la tutela garantita da questa norma. In particolare, qualora la persona, che non può o non vuole accettare l'eredità od il legato del proprio genitore o fratello, non lasci e non abbia né coniuge né figli legittimi (e loro discendenti che ne prendano il posto *ex art. 469*), al suo figlio naturale deve riconoscersi il diritto di rappresentazione che spetterebbe al legittimo; diritto che appartiene anche quando sussista il coniuge del così rappresentato: infatti, tra il figlio naturale e tale coniuge non v'è contrasto di interessi da conciliare (*ex art. 30 Cost.*), dato che questi, a differenza del figlio naturale e dai discendenti legittimi, non può subentrare per rappresentazione al proprio coniuge.

Di conseguenza, l'art. 467 del Codice civile, che sottrae quel diritto al figlio naturale, deve dichiararsi illegittimo: anche perché la norma costituzionale che si riferisce alle successioni (art. 42, quarto comma), così generica com'è, non legittima l'arbitrio del legislatore ordinario, ma contiene soltanto una riserva di legge.

Per giustificare la disposizione dell'art. 467 la dottrina ha rilevato che, non essendovi "rapporto civile" tra il figlio naturale e il genitore (il fratello) del proprio padre, sarebbe illogico un acquisto ereditario, per rappresentazione, del primo dal secondo. Ma può risponderci che l'affermazione non

è rigorosa se si pensa, a tacere dell'impedimento matrimoniale (art. 87, nn. 1-3 e penultimo comma), all'obbligo alimentare del genitore verso il figlio naturale del proprio figlio (art. 435, terzo comma) e al rapporto di parentela che fra l'uno e l'altro ha introdotto lo stesso articolo 577, come si notò anche durante la compilazione del Codice; inoltre, quali che siano il fondamento e la natura della rappresentazione, in concreto questa tutela gli interessi della famiglia (legittima) del mancato erede o legatario, impedendo che i beni le siano tolti solo perché il genitore non può e non vuole accettarli; perciò, una volta assimilato, rispetto al padre, il figlio naturale al legittimo, mancando l'uno quei beni possono essere sottratti interamente all'altro. Illogico semmai è consentire, con la norma denunciata, che il legato, pur essendo acquisito *ipso iure* al patrimonio del legatario, cioè alle aspettative dei figli naturali, ne possa uscire per sua volontà; e più in generale sembra iniquo che il rappresentato sia arbitro, non accettando, di frustrare volutamente quelle stesse aspettative.

Dichiarata l'illegittimità dell'art. 467 viene dichiarato incostituzionale anche l'art. 468, il quale riserva la successione per rappresentazione ai soli discendenti di chi non può e non vuole accettare: siccome per discendenti si sono intesi sempre, ovviamente, quelli legittimi, anche questa norma è incostituzionale poiché nega il diritto al figlio naturale in assenza di discendenti legittimi del padre.

L'art. 577 ammette alla successione *ab intestato* il figlio naturale del figlio del *de cuius*, ma solo se quest'ultimo non lasci né coniuge né parenti entro il terzo grado. La norma ha come presupposto, nel Codice, l'assenza d'un diritto di rappresentazione del figlio naturale ed è stata emanata (si dice) *aequitatis causa*, proprio in sostituzione di quel diritto. Perciò, comunque si qualifichi la situazione, l'art. 577 è totalmente illegittimo, poiché risponde a un sistema successorio che contrasta col diritto di rappresentazione del figlio naturale. Infatti, dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 467, quegli succede o non succede a seconda che non vi siano o vi siano discendenti legittimi del rappresentato; mentre a norma dell'art. 577 succederebbe o non succederebbe a seconda che non vi fossero o vi fossero coniugi o parenti entro il terzo grado del *de cuius*: il che non si concilia con il principio ricavato dal raffronto dell'art. 467 con l'art. 30 della Costituzione.

7.6.7. La successione dei c.d. parenti naturali

Di particolare rilevanza è la **sentenza n. 352 del 2000**, che respinge la questione di legittimità di costituzionale dell'art. 565 cod. civ., in riferimento agli artt. 3, 29, primo comma, e 30, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui, in mancanza di altri chiamati all'eredità all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima dei c.d. parenti naturali di grado corrispondente al quarto, fino al sesto.

Premette la Corte che, negli ordinamenti contemporanei, l'individuazione degli aventi diritto alla successione in assenza di testamento è espressione di diverse scelte di politica legislativa, sicché vi sono sistemi che tendono a restringere il novero dei successori *ex lege* e sistemi che, al contrario, ampliano in modo significativo dette categorie. Vertendosi in tale ambito, anche il nostro legislatore resta libero di disciplinare la successione legittima facendo uso della sua discrezionalità, non sindacabile da questa Corte se non per violazioni del dettato costituzionale.

Nel caso specifico, a sostegno della predetta questione il giudice rimettente richiama anzitutto i parametri di cui agli artt. 3 e 29 Cost., evidenziando da un lato la "lesione del principio di eguaglianza e di pari dignità sociale", dall'altro quella dei diritti della "famiglia intesa come società naturale, ossia come gruppo che si pone quale fonte di solidarietà". Tali parametri, però, non risultano vulnerati, sol che si consideri la differenza che c'è tra la situazione delle persone tra le quali esiste un rapporto di consanguineità e quella in cui i soggetti sono legati anche dal vincolo di una vera e propria parentela.

Ne consegue che non ha neppure pregio invocare, come fa il rimettente, le sentenze n. 55 del 1979 e n. 184 del 1990, perché la remota consanguineità esistente nei casi in esame non può essere posta sullo stesso piano del vincolo tra “fratelli e sorelle naturali dei quali sia legalmente accertato il rispettivo *status* di filiazione nei confronti del comune genitore” (sentenza n. 184 del 1990), soggetti che rientrano in una ristretta comunità nucleare socialmente rilevante.

È inoltre da considerare che un ulteriore riconoscimento, tramite una sentenza additiva, di altre categorie di eredi legittimi comporterebbe un’incidenza sull’ordine successorio tale da alterare profondamente le scelte compiute dal legislatore. Nell’odierna sede, infatti, la Corte dovrebbe - esulando dai propri compiti - provvedere a valutare ed a indicare l’ordine di precedenza (e di esclusione reciproca) tra le diverse categorie di “parenti naturali”, giustificando razionalmente anche la loro preferenza rispetto alla successione legittima dello Stato.

La Corte rileva inoltre come dall’art. 30 della Costituzione non discenda in maniera costituzionalmente necessitata la parificazione di tutti i parenti naturali ai parenti legittimi. Può dirsi, invece, che un ampio concetto di “parentela naturale” non è stato recepito dal legislatore costituente, il quale si è limitato a prevedere la filiazione naturale ed a stabilirne l’equiparazione a quella legittima, peraltro con la clausola di compatibilità. Tale equiparazione, pertanto, riguarda fondamentalmente il rapporto che si instaura tra il genitore che ha provveduto al riconoscimento del figlio naturale (o nei cui confronti la paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata) ed il figlio stesso. I rapporti tra la prole naturale ed i parenti del genitore, invece, non trovano riferimenti nella Carta fondamentale e restano quindi estranei all’ambito di operatività dell’invocato parametro.

7.7. Le condizioni per il rilascio del passaporto

Con la **sentenza n. 464 del 1997**, la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 3, lettera b), della legge 21 novembre 1967, n. 1185, nella parte in cui non esclude la necessità dell’autorizzazione del giudice tutelare al rilascio del passaporto quando il genitore naturale richiedente abbia l’assenso dell’altro genitore con lui convivente ed esercente congiuntamente la potestà genitoriale, che dimori nel territorio della Repubblica.

Per la Corte, è ben vero che la regola generale cui si ispira la legge n. 1185 del 1967, in tema di rilascio del passaporto al genitore di prole minore, è quella della necessaria autorizzazione del giudice tutelare, a garanzia dell’assolvimento, da parte del genitore, dei suoi obblighi verso i figli. Tuttavia il legislatore ha derogato a tale regola in presenza dell’assenso dell’altro genitore legittimo, non separato e dunque convivente con il richiedente, sull’evidente presupposto che l’assenso dell’altro genitore escluda un consistente rischio che il richiedente si sottragga all’adempimento dei suoi doveri nei confronti del figlio, e che dunque risulti ingiustificato l’intervento autorizzativo del giudice tutelare: il quale, peraltro, ben difficilmente potrebbe negare l’autorizzazione in contrasto con l’assenso dell’altro genitore, senza sovrapporre indebitamente, in assenza di una ragione giustificatrice evidente, la propria valutazione a quella concorde dei genitori. Il legislatore ha evidentemente ritenuto che, in questa situazione, richiedere egualmente l’autorizzazione tutelare significherebbe imporre una limitazione ingiustificata, perché eccessiva, all’esercizio di quello che è pur sempre un diritto di libertà costituzionalmente garantito, e cioè della libertà di espatrio.

La norma denunciata risale ad un’epoca – anteriore alla profonda riforma del diritto di famiglia – in cui la potestà genitoriale, anche nei confronti del figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, era esercitata in via normale dal solo padre, e in cui, soprattutto, la legge non attribuiva alcuna rilevanza, a tal proposito, alla convivenza dei due genitori naturali fra loro e col figlio medesimo. Si comprende dunque che il legislatore del 1967, nel compiere le scelte che si sono

dette, abbia limitato l'esclusione dell'autorizzazione tutelare al caso in cui vi sia l'assenso dell'altro genitore legittimo, non separato e dimorante nel territorio della Repubblica, e non abbia invece contemplato una previsione analoga nel caso di genitori naturali, nei cui confronti non si verificava alcuna situazione pienamente confrontabile.

Ma a seguito della riforma il genitore naturale – il quale è titolare dei medesimi diritti e doveri verso la prole, che spettano al genitore legittimo – si trova, allorquando conviva con l'altro genitore che a sua volta abbia riconosciuto il figlio, in una situazione sostanzialmente identica a quella del genitore legittimo non separato: quella cioè in cui i due genitori esercitano congiuntamente la potestà nei confronti del figlio, e hanno dunque titolo e possibilità effettiva di valutare i rischi di inadempimento, da parte di ciascuno di essi, dei doveri verso il figlio medesimo.

Non si giustifica dunque più la differente disciplina dettata dalla norma impugnata nei confronti del genitore naturale, rispetto a quella prevista per il genitore legittimo. Non è infatti la formale esistenza del vincolo matrimoniale che sta alla base della previsione legislativa di cui alla seconda parte dell'art. 3, lettera b), della legge n. 1185 del 1967, bensì la situazione di convivenza dei due genitori, dei quali ciascuno è in grado di valutare l'affidabilità dell'altro in ordine all'osservanza dei doveri verso il figlio: come è reso palese dal fatto che l'autorizzazione tutelare torna ad essere necessaria qualora i genitori legittimi siano legalmente separati.

La disposizione denunciata risulta pertanto in contrasto con gli artt. 3 e 16 della Costituzione, in quanto non si giustifica ragionevolmente il diverso trattamento del genitore naturale rispetto al genitore legittimo, e non si giustifica l'imposizione, a carico del genitore naturale che abbia l'assenso dell'altro genitore naturale convivente con lui e con il figlio, della limitazione alla libertà di espatrio consistente nella necessità di ottenere l'autorizzazione del giudice tutelare al fine del rilascio del passaporto.

7.8. Filiazione naturale e cessazione della convivenza dei genitori

7.8.1. Il diritto all'abitazione

Nella **sentenza n. 166 del 1998**, la piena equiparazione fra figli, naturali e legittimi, viene sottolineata dalla Corte, con riferimento all'inscindibile nesso tra l'interesse del figlio all'abitazione ed il principio di responsabilità genitoriale. Tanto in occasione del giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 155, quarto comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede la possibilità di assegnare in godimento la casa familiare al genitore naturale affidatario di un minore, o convivente con prole maggiorenne non economicamente autosufficiente, anche se lo stesso genitore affidatario non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile.

La Corte rileva che la questione involge profili di serio ed indubbio rilievo giuridico-sociale in ordine alla concreta ed effettiva equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, che non di rado, in assenza di specifiche previsioni normative, risulta affidata all'opera interpretativa della giurisprudenza.

Gli interventi legislativi succedutisi in materia dimostrano come sia stata riconosciuta all'interesse del minore una posizione preminente. L'espresso riconoscimento del diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia e le norme dirette a garantire concreta assistenza e cura ai minori privi di un idoneo ambiente familiare sono elementi sintomatici della inversione di tendenza verificatasi nella valutazione comparativa dei diversi interessi, che situa in posizione nitidamente sopraordinata le esigenze dei minori; del pari, l'effettiva attuazione dei principi costituzionali a tutela della filiazione naturale può ritenersi una delle principali

caratteristiche della riforma del diritto di famiglia, evidenziata dall'attribuzione di specifici contenuti al canone della equiparazione dei figli – naturali e legittimi – e dalla connotazione di assolutezza riferita al valore della procreazione.

Nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli – legittimi e naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri.

La condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità.

Il valore costituzionale di tutela della filiazione trova concreta specificazione nelle disposizioni previste dagli artt. 147 e 148 del codice civile, che, in quanto complessivamente richiamate dal successivo art. 261, devono essere riguardate nel loro contenuto effettivo, indipendentemente dalla menzione legislativa della qualità di coniuge, trattandosi dei medesimi doveri imposti ai genitori che abbiano compiuto il riconoscimento dei figli naturali.

Il primo obbligo enunciato dall'art. 147 del codice civile consiste in quello di mantenimento della prole: è questo un dovere inderogabile, che nella sua concreta attuazione è commisurato in proporzione alle rispettive sostanze dei genitori e alle capacità di lavoro di ciascuno. Precede per necessità da ciò che i provvedimenti giudiziali inerenti all'entità dell'obbligo, poiché questa è rapportata ad elementi variabili nel tempo, sono soggetti a modifica in conseguenza del mutamento della situazione di fatto. L'assolutezza dell'obbligo in esame e l'indissolubilità del suo legame con il rapporto di filiazione sono confermati dall'intervento imposto dal legislatore agli altri ascendenti legittimi o naturali, che sono tenuti, quando i genitori siano privi di mezzi sufficienti, a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere al loro dovere di cura nei confronti dei figli, il quale dovere resta inderogabilmente a carico dei genitori.

Ora, il concetto di mantenimento comprende in via primaria il soddisfacimento delle esigenze materiali, connesse inescandibilmente alla prestazione dei mezzi necessari per garantire un corretto sviluppo psicologico e fisico del figlio, e segnatamente tra queste, in ordine all'effettivo adempimento del predetto obbligo, assumono profonda rilevanza la predisposizione e la conservazione dell'ambiente domestico, considerato quale centro di affetti, di interessi e di consuetudini di vita, che contribuisce in misura fondamentale alla formazione armonica della personalità del figlio. La tutela dell'interesse della prole rappresenta infatti la *ratio* in forza della quale il legislatore, prevedendo la disciplina circa l'assegnazione della casa familiare in sede di separazione dei coniugi, ha introdotto il criterio preferenziale, ancorché non assoluto, indicato dal quarto comma dell'art. 155 del codice civile, la cui applicazione è rimessa alla valutazione del giudice in relazione alla situazione concreta. Sotto questo profilo l'obbligo di mantenimento si sostanzia quindi nell'assicurare ai figli l'idoneità della dimora, intesa quale luogo di formazione e sviluppo della personalità psico-fisica dei medesimi; onde l'attuazione di detto dovere non può in alcun modo essere condizionata dalla assenza del vincolo coniugale tra i genitori, poiché la fonte dell'obbligo *de quo agitur* è unica, ma sufficiente: quella del rapporto di filiazione.

La mancanza di una specifica norma che regoli le conseguenze, riguardo ai figli, della cessazione del rapporto di convivenza di fatto dei genitori non impedisce allora di trarre da una interpretazione sistematica delle norme in tema di filiazione la *regula iuris* da applicare in concreto, senza necessità di ricorrere all'analogia, né ad una declaratoria di incostituzionalità. L'interprete è infatti al cospetto di un sistema perfettamente coerente con i principi costituzionali, nel quale è già contenuta la norma

che gli consente di regolamentare, *ex latere filii* le conseguenze della cessazione della convivenza di fatto: la linea di guida cui egli deve attenersi è l'interesse del figlio alla abitazione, come al mantenimento, correlato alla posizione di dovere facente capo al genitore.

L'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza *more uxorio* allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve quindi regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status* (sentenza n. 99 del 1997).

La disposizione impugnata si sottrae pertanto alle dedotte censure di incostituzionalità, in quanto il principio invocato dal giudice *a quo* – la tutela del minore attraverso l'assegnazione in godimento dell'abitazione, oltre che la determinazione di una somma dovuta per il suo mantenimento – è immanente nell'ordinamento e deve essere attuato sulla base di una interpretazione sistematica degli artt. 261, 147 e 148 del codice civile in correlazione con l'art. 30 della Costituzione, senza necessità dell'intervento caducatorio della Corte.

Una interpretazione adeguatrice della Corte riguarda gli artt. 261, 147 e 148, 2643, n. 8, 2652, 2653 e 2657 del codice civile, impugnati nella parte in cui non consentono la trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato (**sentenza n. 394 del 2005**).

A conferma della preminenza attribuita al rapporto di filiazione *ex se*, l'art. 261 cod. civ. stabilisce che il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i diritti e doveri che spettano nei confronti dei figli legittimi e l'art. 317-*bis* cod. civ. riconosce ad entrambi i genitori naturali, purché conviventi, la potestà sui figli, in modo corrispondente a quanto sancito per la famiglia legittima dall'art. 316 cod. civ., espressamente richiamato.

Nel menzionare il complesso dei diritti e doveri facenti capo ai genitori, l'art. 261 cod. civ. fa implicito rinvio al disposto degli artt. 147 e 148 cod. civ.

Pertanto, se l'obbligo di mantenimento si traduce anche nell'assicurare ai figli un'idonea dimora, intesa come luogo di formazione della loro personalità, la concreta attuazione dello stesso non può incontrare differenziazioni in ragione della natura del vincolo che lega i genitori.

Attraverso l'interpretazione sistematica delle norme che regolano i rapporti genitori-figli si individua la regola *iuris* cui l'interprete deve attenersi in sede di applicazione concreta, nel rispetto del principio di responsabilità genitoriale, che impone la soddisfazione delle esigenze della prole a prescindere dalla qualificazione dello *status* della stessa.

Se il diritto all'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di prole naturale può trarsi in via di interpretazione sistematica dalle norme che disciplinano i doveri dei genitori verso i figli, alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riguardo alla possibilità per il genitore naturale affidatario di minore – e che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile – di trascrivere il provvedimento di assegnazione nei registri immobiliari, onde garantire effettività alla tutela dei diritti della prole anche in caso di conflitto con i terzi.

Il provvedimento di assegnazione non ha la finalità di attribuire ad uno dei coniugi un titolo di legittimazione ad abitare, ma è funzionale a mantenere la destinazione dell'immobile a residenza familiare e ciò perché «il titolo ad abitare per il coniuge è strumentale alla conservazione della comunità domestica e giustificato esclusivamente dall'interesse morale e materiale della prole affidatagli» (sentenza n. 454 del 1989).

Conseguentemente, il provvedimento di assegnazione deve poter essere trascritto poiché, in caso contrario, l'atto non sarebbe opponibile ai terzi e potrebbe essere vanificato il vincolo di destinazione impresso alla casa familiare.

Di tale necessità si è, del resto, avveduto lo stesso legislatore nel momento in cui ha stabilito che, in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'assegnazione dell'abitazione al genitore affidatario della prole, se trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 cod.civ.

Se la *ratio* sottesa all'istituto dell'assegnazione della casa familiare e alla trascrizione del relativo provvedimento è da ravvisarsi nel preminente interesse morale e materiale dei figli, la conservazione del vincolo di destinazione impresso all'abitazione domestica deve essere garantita agli stessi a prescindere dalle circostanze della nascita: i figli legittimi, di genitori che abbiano ottenuto la separazione, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ed i figli naturali debbono poter fare assegnamento su un identico trattamento e vedersi garantiti gli stessi strumenti di tutela, anche nei confronti di terzi controinteressati.

A tal fine, peraltro, non è necessaria una norma esplicita, dal momento che la *regula iuris* è immanente al sistema e si ricava per via interpretativa applicando il principio di responsabilità genitoriale: l'assenza di una norma *ad hoc* che riconosca specificamente la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare al genitore affidatario della prole naturale non impedisce, anzi suggerisce, di trarre la regola da applicare da un'interpretazione sistematica delle norme del codice civile in tema di tutela della filiazione, lette alla luce del principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 della Costituzione e del superiore interesse del figlio alla conservazione dell'abitazione familiare.

Pertanto, come il diritto del figlio naturale a non lasciare l'abitazione in seguito alla cessazione della convivenza di fatto fra i genitori non richiede un'apposita previsione, anche il diritto del genitore affidatario di prole naturale ad ottenere la trascrizione del provvedimento di assegnazione non necessita di un'autonoma previsione, dal momento che risponde alla stessa *ratio* di tutela del minore ed è strumentale a rafforzarne il contenuto: il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e di garantire loro la permanenza nel medesimo ambiente in cui hanno vissuto con i genitori deve essere assolto tenendo conto, prima che delle posizioni di terzi, del diritto che alla prole deriva dalla responsabilità genitoriale prevista dall'art. 30 della Costituzione e tesa a favorire il corretto sviluppo della personalità del minore.

Il principio evocato dal Tribunale rimettente – la garanzia del minore attraverso la trascrizione del titolo che assegna al genitore affidatario il diritto di abitazione nella casa familiare – è ricavabile da un'interpretazione sistematica delle disposizioni a tutela della filiazione: di conseguenza, le norme censurate, interpretate come in motivazione, debbono ritenersi conformi a Costituzione.

7.8.2. L'obbligo di mantenimento a carico di un genitore

Una interpretazione *secundum constitutionem* consente la salvezza dell'art. 156, sesto comma, del codice civile, nella parte in cui esclude che il provvedimento di sequestro ivi previsto possa essere disposto anche in favore di un figlio naturale riconosciuto, poiché tale omissione si tradurrebbe in un'ingiustificata disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali (**sentenza n. 99 del 1997**).

Premette la Corte che la giurisprudenza costituzionale ha avuto più volte occasione, in applicazione dei principi dell'art. 30 Cost., di estendere ai figli naturali, riconosciuti o dichiarati, ogni forma di tutela, giuridica e sociale, ravvisando talvolta il limite, previsto dalla stessa norma costituzionale, della incompatibilità con i diritti della famiglia legittima.

La disposizione sulla quale il giudice *a quo* richiede un intervento additivo è collocata nell'ambito del procedimento di separazione personale, regolato secondo una autonoma scansione,

al fine di dare un assetto alla famiglia legittima in crisi, affrontando – a seguito dell’autorizzazione dei coniugi a vivere separati – sia le questioni personali (tra le quali l’affidamento dei figli minori) che quelle patrimoniali.

Tale specifica configurazione della norma denunciata nell’ordinanza di rimessione risulta indirettamente confermata nella recente sentenza n. 23 del 1996, in cui questa Corte ritiene che la divaricazione di competenza tra tribunale ordinario e tribunale dei minorenni, in relazione alle controversie patrimoniali tra i conviventi ed alle controversie concernenti i figli naturali, non viola gli artt. 3 e 30 della Costituzione, appunto perché “manca un processo necessariamente unitario che coinvolga il momento della separazione, quello della sorte dei figli comuni e quello del regolamento dei rapporti patrimoniali sia tra loro (coniugi) che relativamente al mantenimento della prole”.

Deve tuttavia rilevarsi che, pur disciplinando le conseguenze dell’allentamento del vincolo matrimoniale, il denunciato art. 156 cod. civ. esprime riguardanti anche la responsabilità dei coniugi in quanto genitori.

Sotto quest’ultimo profilo, osserva la Corte che la riforma del diritto di famiglia, portando a compimento il progetto voluto dalla Costituzione riguardo ai figli naturali, ha sancito, con la modifica dell’art. 261 cod. civ., che “il riconoscimento comporta da parte del genitore l’assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi”. Il genitore naturale, quindi, acquisisce nei confronti del figlio da lui riconosciuto una posizione sostanzialmente analoga a quella del genitore legittimo; con la conseguenza che anche la prole naturale gode delle necessarie garanzie nei confronti del genitore e che i limiti alla tutela essenziale della filiazione naturale – non giustificati dalla incompatibilità con i diritti della famiglia legittima – non sono conformi ai principi costituzionali.

Anche con riguardo agli strumenti processuali, l’ampia discrezionalità riconosciuta in proposito al legislatore trova pur sempre un limite nei casi in cui la disparità di trattamento sia palesemente irrazionale o arbitraria.

Alla luce di tali presupposti, la Corte ritiene che al sistema vigente debba darsi una lettura diversa da quella indicata dal giudice *a quo*, tale da andare indenne da dubbi di costituzionalità. Pur essendo vero, infatti, che la disposizione in esame è inquadrata nel procedimento di separazione dei coniugi in un contesto diverso dalla convivenza e dalla filiazione naturale, è altresì vero che anche il sequestro di cui all’art. 156 cod. civ. è una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio (sentenza n. 258 del 1996), a prescindere dalla qualificazione dello *status*. La norma che tale disposizione esprime deve pertanto ritenersi ugualmente applicabile (al di fuori del procedimento di separazione), da parte del giudice competente nelle controversie concernenti il mantenimento dei figli naturali, poiché il sequestro *de quo* consiste, secondo quanto detto, in un ulteriore mezzo di tutela speciale ma non eccezionale della prole.

Una interpretazione che ne escludesse l’estensione a favore dei figli naturali, riconosciuti o dichiarati, non coglierebbe l’intima *ratio* della norma, né la valenza sistematica del menzionato principio, e condurrebbe ad una inaccettabile disparità di trattamento. È invece possibile una interpretazione *secundum constitutionem*, ritenendosi che lo speciale sequestro in oggetto sia autonomamente enucleabile come specifico strumento processuale entrato a far parte del nostro ordinamento a garanzia del mantenimento dei figli, ivi compresi quelli naturali riconosciuti o dichiarati.

La **sentenza n. 202 del 2003** estende l’esenzione tributaria prevista per vari provvedimenti inerenti ai rapporti familiari ai provvedimenti che definiscono i rapporti patrimoniali tra genitori e figli naturali, dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 8, lettera *b*), della Tariffa, parte prima,

allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nella parte in cui assoggetta all'imposta di registro, nella misura del 3%, gli atti dell'autorità giudiziaria ordinaria e speciale, in materia di controversie civili che definiscono, anche parzialmente, il giudizio, recanti condanna al pagamento di somme o valori, interpretata in modo da comprendere nella tassazione anche i provvedimenti giudiziari emessi in applicazione dell'art. 148 cod. civ. nell'ambito dei rapporti fra genitori e figli.

Rileva la Corte che l'esenzione tributaria disposta in tema di atti recanti condanna al pagamento di somme in materia di procedimenti relativi ai giudizi di separazione e divorzio ricomprende anche i provvedimenti relativi alla prole, come è dimostrato dal richiamo, nell'art. 19 della legge n. 74 del 1987, all'art. 6 della legge n. 898 del 1970, e da ciò deriva che è irragionevole la mancata estensione di tale esenzione anche ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 148 cod. civ., in tema di determinazione del contributo di mantenimento fissato a carico del genitore naturale obbligato ed a favore del genitore affidatario.

La mancanza del rapporto di coniugio fra le parti non può giustificare la diversità di disciplina tributaria del provvedimento di condanna, in quanto ciò che rileva è che si è in presenza di identico provvedimento di quantificazione del contributo di mantenimento a favore della prole, in relazione al quale ricorrono le stesse considerazioni che militano a favore dell'esenzione tributaria qualora lo stesso sia assunto in tema di separazione e di divorzio. La circostanza che tale provvedimento è stato adottato, in un caso, in costanza di un rapporto di coniugio esistente o esistito e, nell'altro, in mancanza di tale rapporto, non giustifica in alcun modo la diversità di disciplina fiscale.

Si rileva, poi, che, in caso di divorzio e di separazione, l'esenzione è prevista anche con riferimento ai provvedimenti di revisione degli assegni e, cioè, in relazione ad ipotesi in cui il rapporto di coniugio non viene in considerazione.

L'esenzione, seppure posta a favore del destinatario delle somme, in realtà tutela il figlio minore per il cui mantenimento è disposta, con la conseguenza che la sua omessa previsione, quando si è in presenza di prole naturale, oltre ad essere irragionevole, con violazione dell'art. 3 della Costituzione, si risolve in un trattamento deteriore dei figli naturali rispetto ai figli legittimi in contrasto con l'art. 30 della Costituzione.

Né in senso contrario può invocarsi la giurisprudenza secondo cui le disposizioni legislative concernenti agevolazioni e benefici tributari di qualsiasi specie, quali che ne siano le finalità, costituiscono il frutto di scelte discrezionali del legislatore, sicché la Corte non può estenderne l'ambito di applicazione, dal momento che la stessa giurisprudenza riconosce che tale estensione è consentita quando lo esiga – come nel caso di specie – la *ratio* dei benefici stessi.

8. L'adozione

8.1. Adozione ordinaria ed adozione speciale

La **sentenza n. 11 del 1981** dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 314/17, primo comma, del codice civile, nella parte in cui, anche quando l'adozione ordinaria è pronunciata da giudice diverso da quello competente per l'adozione speciale, dispone che lo stato di adottabilità cessa per adozione ordinaria.

La pronuncia compone alcuni dissensi sul rapporto, sostanziale e processuale, tra adozione ordinaria e speciale, imperniato sull'interesse del minore alla luce delle finalità imposte dai principi costituzionali.

La Corte ricorda che, con il nome generale di "adozione", si designano, già nelle fonti romane e

medioevali, istituti assai diversi: la pronuncia reca un'ampia ricostruzione dell'evoluzione normativa, dalla quale emergono le forti innovazioni succedutesi nel corso del ventesimo secolo.

Peraltro, la maggiore riforma sopravvenuta in questo campo è sicuramente rappresentata dalla legge 5 giugno 1967, n. 431, che ha inserito nel titolo VIII del libro I del codice civile un nuovo capitolo terzo intitolato "Dell'adozione speciale". Questo complesso normativo, chiaramente indirizzato alla tutela dell'interesse del minore infraotenne in stato di abbandono, interesse considerato in posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri, compresi quelli dei genitori naturali, si caratterizza per alcuni tratti decisamente innovatori: a) ampi poteri degli organi giurisdizionali cui spetta accertare lo stato di abbandono del minore, adottando i migliori mezzi per porvi rimedio; b) applicazione più conseguente del criterio della imitazione della natura, intendendosi offrire al minore una famiglia sostitutiva che, per completezza di ruoli – materno e paterno – e per l'età degli adottanti, meglio supplisca la famiglia di origine; c) miglior garanzia di riuscita dell'inserimento del minore nella nuova famiglia, giacché il provvedimento di adozione speciale deve essere preceduto da un periodo di affidamento preadottivo, di natura esplicitamente sperimentale; d) scelta degli adottanti più idonei in base ad un giudizio attitudinale tra le coppie disponibili all'adozione speciale; e) tra gli altri effetti della adozione speciale, acquisto dello stato di figlio legittimo degli adottanti e cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine (salvi i divieti matrimoniali e le norme penali fondate sul rapporto di parentela).

La riforma del 1967 ha spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato. Ed è innegabile che a livello di legislazione ordinaria la legge n. 431 ha alterato a favore del minore l'equilibrio che poteva ormai riconoscersi, nell'adozione ordinaria per i minori, tra l'interesse di chi si continua attraverso un figlio-erede e l'interesse del minore ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose. Ma lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali.

Del resto, anche sulla base di ben noti documenti di organismi internazionali (né è casuale che la legge n. 431 del 1967 sia stata preceduta di pochi mesi dalla firma a Strasburgo della Convenzione europea in materia di adozione dei minori), deve procurarsi al minore, mediante l'adozione, "*un foyer stable et harmonieux*" (art. 8, n. 2 Convenzione europea - ratificata e resa esecutiva in base a legge 22 maggio 1974, n. 357).

Se dai dati normativi presenti nel nostro ordinamento a livello costituzionale e legislativo risultano il dovere-diritto dei genitori d'origine ed il dovere dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi il diritto del minore all'educazione e all'educazione in famiglia, non si possono trascurare talune conseguenze: così il carattere "funzionale" del diritto dei genitori del sangue, che sta e vien meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione; il carattere di "effettività" che deve rivestire l'assolvimento

dei compiti stessi, non delegabili ad altri e dunque da svolgersi con impegno personale e diretto; infine il carattere di “adeguatezza” che deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva, il che comporta la ricerca della soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”.

La posizione preferenziale riconosciuta alla situazione soggettiva del minore non ha mancato di riflettersi sulla disciplina legislativa delle varie forme di adozione. Per quella speciale è superflua ogni ulteriore considerazione in merito, essendo unanime il riconoscimento che la legge n. 431 del 1967 rappresenta un esempio di legge chiaramente ispirata a precetti costituzionali.

Ma anche la normativa sulla adozione ordinaria dei minori è stata modificata nel periodo 1967-1975, nel senso di consentire condizioni più favorevoli all’assistenza ed all’educazione dei soggetti adottati nonché al loro inserimento nella famiglia adottiva; e le norme costituzionali predette spiegano un’influenza non secondaria nella formazione del giudizio di convenienza per l’adottando che tribunale dei minorenni e Corte d’appello (sezione corrispondente) debbono premettere alla emissione del decreto di adozione (art. 312, n. 3, cod. civ.). Si può dire che la normativa costituzionale ha esercitato una forte spinta tendente ad unificare le due forme di adozione per i minori sul piano delle finalità ad esse comuni, orientando giudici ed amministratori (senza dire degli organi del potere legislativo) a far prevalere, nella maggiore misura possibile, la tutela degli interessi fondamentali del minore.

Questa tendenza unificante, promossa dalla Costituzione e dalla Convenzione europea del 1967, ha reso entro certi limiti compatibili i vari istituti previsti a favore dei minori dal codice del 1942 e dalla legge n. 431 del 1967 ed in particolare le due forme di adozione: ciò spiega perché già con la sentenza n. 158 del 1971 la Corte abbia ritenuto “ben possibile ... che, sia pure rivolti a finalità concorrenti o comuni, coesistano istituti distinti, quali l’affidamento e l’affiliazione, e le due forme di adozione, e le norme circa l’assistenza pubblica all’infanzia abbandonata, ecc., e che la complessiva disciplina sia variamente articolata”.

Peraltro la tendenza all’unificazione, pur agendo vigorosamente sul piano delle finalità degli istituti e degli sviluppi interpretativi in sede giurisprudenziale e dottrinale, non era in grado di superare certi limiti rappresentati dalla profonda diversità di struttura e soprattutto di procedimento caratterizzante le due forme di adozione. La coesistenza può quindi essere pacifica quando ad un unico giudice, territorialmente e funzionalmente competente, fanno capo il procedimento di adozione ordinaria e quello di adozione speciale, per modo che la concordanza pratica dei criteri si realizza attraverso la scelta del giudice, orientato a far precedere, nell’interesse del minore, l’una o l’altra serie procedimentale. Ma la coesistenza rischia di divenire fonte di conflitti, quando diversi siano il giudice chiamato a pronunciare sull’adozione ordinaria (sede dell’adottante) ed il giudice competente a pronunciare sull’adozione speciale e, prima ancora, sullo stato di adottabilità (sede dell’adottando).

È evidente che solo l’auspicata ed auspicabile revisione da parte del legislatore può rimuovere del tutto simili antinomie dal corpo dell’ordinamento, attuando quell’opera coordinatrice e di necessaria convergenza delle discipline richiesta dalla Costituzione, dalla Convenzione europea e dalla unità del sistema. Tuttavia in questo giudizio non si domanda alla Corte costituzionale di porre rimedio ad un mancato coordinamento legislativo, ma piuttosto di verificare se, alla luce degli artt. 2, 3 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione, l’art. 314/ 17, primo comma, del codice civile (secondo l’interpretazione contenuta nel principio di diritto enucleato dalla Corte di cassazione) contrasti in modo positivo e diretto con i parametri costituzionali ora evocati.

Si potrebbe forse nutrire qualche dubbio circa la consistenza del “supporto normativo” che sostiene il risultato ermeneutico acquisito a questo proposito nella pronuncia che ha dato luogo al

giudizio di rinvio; essendo quanto meno opinabile l'affermazione che lo stato di abbandono, da accertare nei confronti dei genitori di origine e dei parenti tenuti all'assistenza del minore, possa automaticamente venir meno, dopo la dichiarazione dello stato di adottabilità, per il sopravvenire del decreto di adozione ordinaria. Ma in relazione ai giudizi di rinvio non può certo disconoscersi la qualità di "diritto vivente" al principio di diritto affermato dalla Cassazione secondo il quale la "dichiarazione definitiva" di adozione ordinaria di un minore nel corso del procedimento di adozione speciale, cui lo stesso sia sottoposto, determina la cessazione dello stato di adottabilità già dichiarato.

Orbene, l'ammettere che il decreto di adozione ordinaria possa *ex se* determinare la caducazione dello stato di adottabilità contrasta, con la particolare tutela riconosciuta al minore dall'art. 30, commi primo e secondo, della Costituzione.

In effetti, non si vede come l'esito di un procedimento che offre minori garanzie (tra l'altro il decreto di adozione ordinaria non deve essere motivato) possa ragionevolmente caducare gli effetti di un atto motivato, che conclude una serie procedimentale in cui i genitori di origine ed i parenti, tenuti all'assistenza del minore, hanno tutti i mezzi per provare la idoneità e disponibilità loro ad assolvere i compiti assistenziali ed educativi previsti in Costituzione. A differenza del decreto di adozione ordinaria, il decreto sullo stato di adottabilità, in sé e nello stato che produce, è poi suscettibile di impugnazione e di revoca, sicché la validità e la sussistenza dei suoi presupposti possono essere rigorosamente vagliati.

Inoltre non si intende come sia possibile far prevalere sul procedimento certamente più "comprensivo" previsto per l'adozione speciale quello in cui un solo soggetto o una sola coppia si propone come adottante: da una parte i requisiti di cui ai nn. 2) e 3) dell'art. 312 del codice civile possono in concreto non equipararsi alle condizioni dell'adottabilità speciale, dall'altra la dichiarazione dello stato di adottabilità è all'origine di subprocedimenti (affidamento preadottivo e dichiarazione di adozione speciale) nei quali si cerca, con criterio comparativo e non assoluto (e cioè non in relazione ad un solo soggetto o ad una sola coppia), la soluzione migliore nell'interesse del minore ad una assistenza ed educazione familiare.

La prevalenza accordata dall'art. 314/17, primo comma, del codice civile (secondo l'interpretazione della Cassazione) al provvedimento di adozione ordinaria non è dunque conforme ai principî costituzionali che impongono – anche sul piano della garanzia della difesa dei diritti in sede di giudizio – una adeguata tutela dell'infanzia quando sia necessario avvalersi di una famiglia sostitutiva di quella originaria; non assicura un trattamento ragionevolmente eguale di tutti i minori in stato di abbandono; ed infine, favorendo indirettamente la conclusione di vicende iniziate in chiara elusione delle norme sull'adozione speciale, può incentivare quel "mercato dei bambini" cui si oppongono non soltanto lo spirito e la lettera della nostra disciplina costituzionale e legislativa ma il comune sentire dei cittadini.

Coesistenza di istituti adottivi in ordine ad uno stesso soggetto di età infraotenne non può quindi significare indifferenza dell'ordinamento riguardo ai procedimenti più o meno idonei che ad essi si ricollegano: sicché non sarebbe in armonia con i principî costituzionali, *ex art.* 30, primo e secondo comma, della Costituzione, un'applicazione ad effetto automatico del criterio di priorità temporale che sacrifichi il preminente interesse del minore alla ricerca della soluzione più adeguata per lo sviluppo della sua personalità. Del resto, anche a voler insistere su considerazioni di ordine temporale, non sembra che debba parlarsi di possibilità di scelta tra la messa in opera dei due istituti soltanto *ex ante*, giacché, quando il procedimento di adozione speciale ha dato luogo alla dichiarazione dello stato di adottabilità, è piuttosto *ex post* che devono valutarsi gli effetti del decreto di adozione ordinaria.

Questo non comporta una opzione in assoluto tra adozione speciale e adozione ordinaria, perché, in concreto, può essere proprio questa forma dell'istituto adottivo ad offrire la soluzione più adeguata alle condizioni particolari di un minore infraotenne (dovendo tra l'altro il giudice valutare sempre la consistenza dei legami affettivi che si siano creati col tempo tra il minore e la famiglia comunque affidataria). Ma ciò non significa che in sede di ricerca della soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore si possa da parte del giudice rimettere in gioco la scelta a suo tempo compiuta dal legislatore, che fa discendere dalla pronuncia di adozione speciale la cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine; in particolare, il mantenimento di tali rapporti non può essere invocato per giustificare l'automatica caducazione dello stato di adottabilità, previsto dall'art. 314/17, primo comma, del codice civile.

Sempre in ordine ai rapporti tra i diversi tipi di adozione, assume rilevanza la **sentenza n. 198 del 1986**, nella quale si valorizzava la finalità, desumibile dalla nuova disciplina dettata dalla legge n. 184 del 1983, diretta a favorire l'adozione legittimante nei confronti dell'adozione ordinaria.

Viene dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 79, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, nella ipotesi di coniugi non più uniti in matrimonio alla data della presentazione della domanda di estensione degli effetti dell'adozione, non consente di pronunciare l'estensione stessa nei confronti degli adottati ai sensi dell'art. 291 del codice civile, precedentemente in vigore.

Motiva la Corte che, stabilendo, in via generale (art. 6), che "l'adozione è permessa (solo) ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra quali non sussista separazione personale neppure di fatto", il legislatore del 1983 ha ribadito una scelta già operata con la legge n. 431 del 1967 sull'adozione speciale, il cui art. 4 inserì nel codice civile una norma di tenore identico (art. 314/2, salvo per quanto attiene alla durata minima del matrimonio in atto, allora fissata in cinque (anziché tre) anni).

La scelta del legislatore appare razionalmente fondata sull'esigenza, da un lato di inserire il minore adottando in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori.

Dal criterio dell'"adeguatezza in concreto" – enunciato nella sentenza n. 11 del 1981 – discende l'esigenza, da un lato che siano conferiti al giudice poteri sufficienti a consentirgli di individuare la soluzione più idonea a soddisfare gli interessi del minore, e dall'altro che possano trovare tutela positivi rapporti creatisi col tempo tra il minore e gli affidatari.

Entrambe queste esigenze hanno ampio riconoscimento nella disciplina introdotta con la legge n. 184 del 1983.

Sotto il primo profilo, si ricordano poteri prescrittivi attribuiti al giudice nei confronti della famiglia di origine (art. 12) e soprattutto gli ampi poteri di indagine e di decisione riconosciutigli sia ai fini della dichiarazione dello stato di abbandono (art. 15), sia ai fini dell'affidamento preadottivo, della sua revoca o proroga e della definitiva dichiarazione di adozione (artt. 22, 23 e 25).

Sotto il secondo profilo, l'esigenza di adeguata considerazione di legami di fatto instauratisi trova nella nuova normativa un riconoscimento tanto penetrante, da indurre il legislatore a derogare, in taluni casi, al requisito generale dell'esistenza o persistenza di un rapporto di convivenza o di coniugio tra gli affidatari. Così si dica: a) per l'ipotesi di cui alla lett. a) dell'art. 44, in cui l'adozione "in casi particolari" viene consentita anche al non coniugato che abbia con l'orfanone un preesistente e stabile rapporto; b) per le ipotesi di cui al quarto e quinto comma dell'art. 25, che consentono, nel superiore interesse del minore, l'adozione nei confronti di uno solo dei coniugi affidatari in caso di morte o sopravvenuta incapacità dell'altro o di separazione intervenuta nel corso dell'affidamento preadottivo.

In tali casi, la considerazione dei legami affettivi di fatto instauratisi prevale su quella – affermata in via generale – di garantire al minore la presenza di entrambe le figure dei genitori; ed in ciò la nuova legge va oltre la disciplina previgente dell'adozione speciale, sia perché nel caso di morte o sopravvenuta incapacità prevede che l'adozione sia pronunciata nei confronti di entrambi i coniugi (e ciò nell'ottica di favorire il più possibile l'acquisizione dello *status* di figlio legittimo) sia, e soprattutto, perché introduce l'ipotesi del tutto nuova della separazione di fatto. Il criterio ispiratore è, anche qui, quello della “adeguatezza in concreto”, nel superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione circa la prevalenza dell'una o dell'altra delle esigenze in gioco – presenza di entrambe le figure dei genitori da un lato; valorizzazione dei rapporti affettivi di fatto instauratisi, dall'altro – sia effettuata in concreto dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore.

Esaminando alla stregua delle suesposte premesse l'impugnato art. 79, è innanzitutto da rilevare che tale disposizione transitoria si iscrive nel quadro della già richiamata tendenza all'unificazione della disciplina dei rapporti adottivi ed è espressione di una scelta – corrispondente a quella fatta col circoscrivere la c.d. adozione ordinaria a casi particolari tassativamente indicati – mirante ad eliminare il più possibile per il futuro (salvo casi particolari) le situazioni in cui il diritto ad essere riconosciuto figlio legittimo *pleno iure* nell'ambito di un'unica famiglia non trova concreta attuazione.

Significativo segnale di tale tendenza è pure la circostanza che con la nuova legge si sia consentita l'estensione degli effetti anche nei confronti dell'adottato con adozione ordinaria che sia nel frattempo divenuto maggiorenne; ipotesi questa che era viceversa esclusa nel corrispondente art. 6 della legge 431/1967.

Anche l'art. 79 è inoltre – come l'art. 25 – ispirato al criterio dell'“adeguatezza in concreto” e della valorizzazione dei legami affettivi esistenti di fatto. A tali criteri si ispirano le disposizioni – parallele a quelle di cui all'art. 25 – che prevedono: a) che l'estensione degli effetti non sia automatica, ma frutto di una valutazione in concreto, da parte del tribunale, dell'interesse dell'adottato, che va compiuto a seguito delle “adeguate indagini” di cui all'art. 57; b) che il minore debba essere sentito se ultradodicescenne, e debba prestare il consenso se ultra quattordicescenne; c) che, sussistendo l'interesse dell'adottato come sopra accertato, l'estensione possa essere disposta anche in caso di irreperibilità o rifiuto non motivato dei genitori di origine; d) che il decreto che nega l'estensione possa essere impugnato anche dall'adottato o affiliato se maggiorenne.

La norma è dunque chiaramente ispirata al criterio – che presiede alla complessiva disciplina di cui alla legge 184/1983 – di garantire il diritto dell'adottato (o affiliato) *ex art. 291 c.c.* ad avere – ove ciò risponda al suo interesse – un'unica famiglia, acquisendo lo *status* di figlio legittimo *pleno iure*, recidendo residui legami con la famiglia di origine e così ponendo fine all'ambiguità della condizione che deriva dalla disciplina dell'adozione ordinaria, in cui da un lato tali legami permangono e, dall'altro, l'inserimento nella nuova famiglia è solo parziale.

Tale ispirazione della disposizione in esame subisce però, in forza del richiamo all'art. 6, una notevole limitazione, che non appare superabile sul piano interpretativo argomentando dal contemporaneo richiamo, contenuto nel settimo comma, agli artt. 25 (che prevede, al quinto comma, l'ipotesi della separazione di fatto) e 27 (che prevede la stessa ipotesi al secondo comma): limitazione della quale tra l'altro non si rinviene nei lavori preparatori specifica motivazione.

La rigidità della preclusione, d'altra parte, non sembra coerente con la complessiva disciplina posta dalla norma impugnata. In aggiunta alle già rilevate caratteristiche di questa, viene in proposito sottolineato, da un lato che il fatto che l'estensione degli effetti non sia automatica ma – come nel caso di cui all'art. 25, quinto comma – rimessa alle valutazioni del tribunale garantisce

che essa venga disposta solo quando risponde in concreto all'interesse dell'adottato, quando cioè, nonostante l'intervenuta separazione o divorzio, legami esistenti siano idonei a soddisfare il bisogno di famiglia di costui; dall'altro che diritti della famiglia di sangue sono garantiti dalla necessità dell'assenso dei genitori, il rifiuto dei quali è preclusivo se adeguatamente motivato.

Rispetto all'ipotesi prevista dall'art. 25, quinto comma, quindi, la fattispecie in esame presenta, oltre alle già rilevate analogie procedimentali, una sostanziale omogeneità sotto due profili che assumono rilievo decisivo. Innanzitutto, in entrambi casi vengono in considerazione situazioni caratterizzate dalla preesistenza di legami tra soggetti dell'instaurando rapporto, della cui consistenza occorre quindi tener conto ai fini della sua regolazione, onde non precluderne *a priori* il consolidamento alla stregua del richiamato criterio dell'adeguatezza in concreto della famiglia sostitutiva. In secondo luogo, in ambedue i casi la legge rimette al giudice la valutazione sul se debba farsi o meno luogo all'adozione, alla stregua dell'interesse dell'adottando.

Il diverso trattamento riservato agli adottati con adozione ordinaria – cui è preclusa l'estensione degli effetti dell'adozione in caso di separazione o divorzio degli adottanti – rispetto ai minori in affidamento preadottivo – nei cui confronti è consentita l'adozione in caso di sopravvenuta separazione dei coniugi affidatari – appare perciò privo di razionale giustificazione. È anzi da rilevare, da un lato, che il rapporto che consegue all'adozione ordinaria ha consistenza ben maggiore, sul piano degli effetti giuridici, di quello scaturente dall'affidamento preadottivo; e dall'altro che, se vincoli affettivi di fatto instauratisi giovano a consentire l'adozione a chi si sia separato nel corso dell'affidamento preadottivo – che ha durata annuale, solo eventualmente prorogabile per un altro anno – a maggior ragione la devono consentire quando risalgono a molto tempo addietro (e sono così diventati più saldi), come di norma accade nel caso dell'adozione ordinaria. È da ritenere quindi giustificato che, in tale ipotesi, l'estensione degli effetti dell'adozione possa essere disposta in caso di separazione e di divorzio tra gli adottanti.

8.2. I soggetti coinvolti nell'adozione

8.2.1. Il limite di età dell'adottando

Con riguardo al limite di età dell'adottando, va segnalata la **sentenza n. 145 del 1969**, che affronta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 314/4 del Codice civile in riferimento all'art. 3 della Costituzione, assumendosi che, in funzione dell'acquisto da parte dei minori in situazione di abbandono dello “stato di adottabile”, sussisterebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che siano e coloro che non siano stati segnalati prima del compimento dell'ottavo anno.

Per la Corte l'asserita portata discriminatoria non è accettabile. È nella logica del procedimento e risponde alla sua natura e funzione che l'inizio di esso sia ricondotto alla conoscenza del fatto da accertare. D'altra parte, l'istituto dell'adozione speciale risponde alla esigenza di consentire e favorire l'adozione del minore nei primi anni di vita, che sono ritenuti i più adatti per il migliore inserimento del minore stesso nella famiglia adottiva.

In sé, quindi, codesta disciplina, la cui concreta determinazione va peraltro ricondotta alla discrezionalità di pertinenza del legislatore, appare certamente appropriata. Con l'art. 314/5, tenuto conto delle possibili situazioni di abbandono dei minori, è dettata una serie di norme in virtù e in forza delle quali tutti coloro che di quelle situazioni siano o vengano a conoscenza, possono o debbono informarne, direttamente o meno, il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni; ed è così previsto un insieme di strumenti e di modi che ragionevolmente dovrebbero essere idonei e

sufficienti per assicurare la conoscenza o conoscibilità di tutte le situazioni di abbandono relative ai minori di età inferiore agli anni otto.

Tutto ciò, ovviamente, non può escludere in fatto che un minore, pur trovandosi in quella situazione, non venga segnalato: ma sembra evidente come da una eventualità del genere non possa dedursi l'esistenza dell'asserita disparità di trattamento giuridico.

Fino al compimento dell'ottavo anno, tutti i minori privi di assistenza materiale e morale (e sempre che la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore) godono sul terreno legislativo di uno stesso trattamento: la situazione di abbandono in cui si trovano, può e deve essere oggetto di denuncia e quindi la possibilità di essere dichiarati adottabili è aperta a tutti.

Il riferimento che con gli artt. 314/4 e 314/5 vien fatto alla denuncia ed al termine massimo entro cui essa può aver luogo, appare sicuramente logico e razionale. E d'altra parte non è censurabile in questa sede che il legislatore abbia scelto come necessaria la via dell'accertamento, ad opera del tribunale per i minorenni, della situazione di abbandono, e non ne abbia ritenuto sufficiente altra tra quelle astrattamente possibili.

Né può influire a favore della contraria tesi il fatto che l'acquisto di una posizione giuridica di vantaggio, per i minori che siano segnalati, ed il mancato acquisto della stessa posizione da parte dei non segnalati, dipendano dal compimento o meno di un dato atto (denuncia) ad opera di soggetti diversi da quelli che siano direttamente e personalmente interessati. Il sistema prescelto, tenuta presente l'età dei soggetti meritevoli di tutela, e valutati gli interessi e le esigenze in considerazione, appare razionale. È previsto come possibile e doveroso l'intervento di chi ha la rappresentanza di quei soggetti o attende alla loro cura o assistenza, ed è previsto pure come possibile l'intervento di chiunque sia a conoscenza di situazioni di abbandono relative a minori di età inferiore agli anni otto; ed è anche ammesso che la segnalazione venga effettuata, con l'istanza di cui al primo comma dell'art. 314/4, dal pubblico ministero, dalle istituzioni per l'infanzia e da chiunque abbia interesse. Si sono, così, tenute presenti le più varie, ampie ed articolate vie di informazione; ed è perciò ragionevole ritenere che l'interesse di tutti i minori in situazione di abbandono sia adeguatamente tutelato e salvaguardato.

Sempre in riferimento all'età dell'adottando, nella **sentenza n. 80 del 1981**, la Corte ritorna sul quesito concernente la razionalità della norma di legge, che fissa il limite di età a otto anni come periodo migliore per l'inserimento del fanciullo nella famiglia adottiva.

Nella specie, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 314/4, primo e terzo comma, del codice civile, per contrasto con l'art. 3, primo comma della Costituzione, perché queste disposizioni stabiliscono una diversa disciplina – in base alla condizione personale dell'età – tra minori infraottenni ai quali può applicarsi l'istituto dell'adozione speciale e minori che, avendo superato l'ottavo anno di età, non possono fruire di questo tipo di adozione: di qui una disparità di trattamento in ordine ad un istituto che offre una tutela più completa al minore al fine del suo inserimento in una famiglia sostitutiva di quella di origine.

Per la Corte la questione non è fondata, tenuto conto che già in precedenti sentenze (n. 145 del 1969 e n. 158 del 1971) si ammetteva senz'altro la possibilità che l'adozione speciale fosse consentita "alle condizioni ed entro i limiti risultanti dalle scelte discrezionali che il legislatore abbia posto in essere in modo adeguato e razionale": atterrebbe poi al merito della normativa la concreta determinazione di una disciplina fondata sul presupposto che i primi otto anni di età del minore rappresentino il periodo più adatto per un buon inserimento nella famiglia adottiva.

Ciò non esclude che, alla luce dell'esperienza maturata nell'applicazione della legge n. 431 del 1967 ed in sede di coordinamento tra la disciplina dell'adozione ordinaria e quella dell'adozione speciale, si riconsideri la normativa denunciata estendendo a tutti i minori la tutela accordata dalla

legge n. 431 del 1967; anche allo scopo di superare le difficoltà nascenti dal contemporaneo abbandono di più fratelli, di cui solo alcuni in possesso del requisito di età attualmente richiesto.

Ma interventi di questa natura competono evidentemente al legislatore, nel quadro, tra l'altro, delle misure da prendere per dare attuazione alla Convenzione europea in materia di adozione dei minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 (ratifica ed esecuzione a seguito della legge 22 maggio 1974, n. 357). L'art. 3 di questa Convenzione contiene in particolare la significativa indicazione di un limite massimo di età, allorché dichiara che l'accordo concerne unicamente l'adozione di un minore il quale, nel momento in cui l'adozione è richiesta, non abbia raggiunto l'età di 18 anni.

8.2.2. Il divario di età tra adottando ed adottante

La Corte, nella **sentenza n. 89 del 1993**, non condivide il dubbio di costituzionalità avverso l'art. 291 del codice civile, nella parte in cui, disciplinando le condizioni dell'adozione di persone maggiori di età, stabilisce che l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età dell'adottando, senza prevedere che il giudice possa ridurre la differenza di età richiesta da questa disposizione, nel caso di adozione del figlio maggiorenne, anche adottivo, dell'altro coniuge.

La Corte d'appello rimettente sollecita, in definitiva, l'applicazione anche all'adozione ordinaria delle ragioni in base alle quali è stata ritenuta costituzionalmente illegittima, per l'adozione di minori in casi particolari, la mancata previsione del potere del giudice di accordare una ragionevole riduzione della differenza di età di diciotto anni tra il coniuge adottante ed il minore adottando, quando quest'ultimo sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge (art. 44, primo comma, lettera b), della legge n. 184 del 1983).

Per la Corte, la premessa della ritenuta identità di situazioni nelle quali verserebbero gli adottandi – nel caso di adozione del figlio del coniuge dell'adottante – tanto che si tratti di adozione ordinaria quanto che si tratti di adozione di minori non è esatta, in ragione della differente disciplina che caratterizza l'adozione di minori rispetto all'adozione di persone di maggiore età.

L'organica disciplina della adozione dei minori, dettata dalla legge n. 184 del 1983, ha come essenziale e dominante obiettivo - in conformità alle convenzioni internazionali - l'interesse dei minori stessi ad un ambiente familiare stabile ed armonioso, nel quale si possa sviluppare la loro personalità, godendo di un equilibrato contesto affettivo ed educativo che ha come riferimento idonei genitori adottivi.

Coessenziali all'adozione dei minori sono l'inserimento nella famiglia di definitiva accoglienza ed il rapporto con i genitori adottivi, i quali assumono la responsabilità educativa dei minori adottati. Ne deriva l'attribuzione ad essi delle potestà e dei doveri che caratterizzano la posizione dei genitori nei confronti dei figli, anche quando, come nella adozione in casi particolari (art. 48 della legge n. 184 del 1983), il minore non sempre versi in stato di abbandono e non cessino del tutto i rapporti con i genitori di origine. In questo contesto, che implica di necessità il pieno inserimento del minore nella comunità familiare adottiva, si colloca l'obbligo dell'adottante di mantenere, istruire ed educare l'adottato, in conformità a quanto prescritto dall'art. 147 del codice civile per i figli nati nel matrimonio (art. 48 della legge n. 184 del 1983).

La specialità di questa disciplina legislativa risponde alla specificità delle esigenze di protezione del minore. In funzione dell'interesse di quest'ultimo il provvedimento di adozione è circondato di particolari cautele ed è pronunciato all'esito di un procedimento che implica un incisivo controllo del Tribunale per i minorenni, volto a verificare, al di là della volontà delle parti interessate, se l'adozione realizza il preminente interesse del minore. Lo stesso procedimento consente inoltre al

giudice di indagare sull'attitudine dell'adottante ad educare il minore, sui motivi dell'adozione, sulla personalità del minore, sulla possibilità di idonea convivenza (art. 57 della legge n. 184 del 1983).

Tutte queste specifiche condizioni hanno consentito di valutare come l'adozione di un minore figlio del coniuge dell'adottante sia necessaria per assicurare all'adottando, con l'inserimento a pieno titolo nella famiglia e con l'attribuzione del cognome dei fratelli uterini generati in costanza di matrimonio, il superamento "del disagio sociale della manifesta diversità di origine con possibile disarmonia nella formazione psicologica e morale del minore stesso". Si è così ritenuto che questo interesse prevalga sul limite del divario di età tra adottante e adottato, limite che può essere eccezionalmente superato quando sia indispensabile, secondo il rigoroso apprezzamento del giudice, per salvaguardare i valori di protezione del minore, assicurando allo stesso una famiglia (sentenza n. 44 del 1990).

L'esigenza di evitare gravi danni allo sviluppo della personalità del minore, causati dal venir meno dell'unità di vita e di educazione tra fratelli minori, uno dei quali già adottato, ha consentito inoltre, in casi altrettanto rigorosamente circoscritti ed eccezionali, il superamento dello stesso limite del divario di età massimo tra adottante ed adottato (sentenza n. 148 del 1992).

L'adozione di persone maggiori di età, invece, non implica necessariamente l'instaurarsi o il permanere della convivenza familiare, non determina la soggezione alla potestà dei genitori adottivi, né impone all'adottante l'obbligo di mantenere, istruire ed educare l'adottato. Inoltre l'adozione di persone maggiori di età è essenzialmente determinata dal consenso dell'adottante e dell'adottando, giacché il controllo del Tribunale verte sui requisiti che legittimano l'adozione, essendo rimesso al giudice il ristretto potere di valutare se l'adozione "conviene" all'adottando (art. 312 del codice civile).

Nell'adozione di persone maggiori di età al giudice non è attribuito alcun discrezionale apprezzamento dell'interesse della persona dell'adottando; né possono essere effettuati quegli incisivi controlli previsti per l'adozione di minori, che significativamente rispecchiano la diversità di presupposti e di finalità dei due istituti.

Risulta quindi razionalmente giustificata una diversità di disciplina anche nel superamento – consentito solo per l'adozione di minori, in casi eccezionali che esigono una specifica indagine e la rigorosa valutazione del giudice – del limite posto dal divario di età ordinariamente richiesto tra adottante ed adottando, superamento che si giustifica in ragione del raccordo tra l'unità familiare ed il momento ineliminabilmente formativo ed educativo, che caratterizza lo sviluppo del minore in una famiglia ed esige una particolare protezione che solo quella famiglia può assicurare.

Parimenti, nella **sentenza n. 500 del 2000**, non viene ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale che investe l'art. 291 del codice civile nella parte in cui non permette l'adozione ordinaria alle persone che non superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare, anche se l'adottando è figlio del proprio coniuge.

Il giudice rimettente, denunciando una ingiustificata disparità di trattamento nella disciplina del divario minimo di età che deve intercorrere tra l'adottante e l'adottando maggiorenne, requisito che ritiene non superabile mediante una diversa interpretazione del sistema normativo pur rimessa al giudice comune nell'applicazione della legge, indica quale termine di comparazione la regola prevista per l'adozione di minori, sul presupposto che le situazioni siano identiche quando l'adozione riguardi il figlio del coniuge dell'adottante.

Questa premessa è stata già ritenuta inesatta, giacché l'adozione ordinaria ha struttura, funzione ed effetti diversi rispetto a quelli che caratterizzano l'adozione dei minori.

Non mancano differenze tra l'adozione di minori e quella di maggiorenni idonee a giustificare

una diversità di disciplina che consenta solo per l'adozione di minori il superamento del divario di età ordinariamente richiesto tra adottante e adottato, in ragione del raccordo tra l'unità familiare e l'ineliminabile momento formativo ed educativo che caratterizza lo sviluppo della personalità del minore in una famiglia e che solo quella famiglia può assicurare. Rimane invece rimessa alla valutazione del legislatore la ponderazione di nuove esigenze sociali, che eventualmente sollecitino una innovazione in questa disciplina.

Sotto un diverso profilo, nella **sentenza n. 303 del 1996**, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

Premette la Corte che la questione, pur riguardando l'adozione di un minore straniero, è tuttavia da considerare riferita al disposto della stessa legge, che stabilisce il requisito, generale e comune tanto all'adozione nazionale che a quella internazionale, del divario di età tra coniugi adottanti e minore adottato.

Difatti il legislatore, nel disciplinare l'adozione dei minori, ha stabilito, tra le disposizioni generali della legge n. 184 del 1983, alcuni requisiti comuni per l'adozione, sia quando essa è direttamente disposta dal giudice nazionale, sia quando, per i minori stranieri, è disposta dallo stesso giudice, ma sul presupposto di un provvedimento di adozione emesso in altri paesi e che solo così può acquistare efficacia in Italia.

L'unificazione dei requisiti risponde al principio della pari protezione dei minori e quindi della omogeneità di disciplina sostanziale per la loro adozione, tanto che siano italiani quanto stranieri, evitando, in danno di questi ultimi, discriminazioni ed abusi (sentenza n. 536 del 1989).

Tra i requisiti comuni alle due forme di adozione, nazionale ed internazionale, l'età degli adottanti, rispetto a quella degli adottandi, ha un rilievo non secondario. Essa è presa in considerazione anche dalla Convenzione europea in materia di adozione di minori, che prevede la regola generale di una differenza di età, tra adottante e adottato, non diversa da quella che intercorre di solito tra genitori e figli.

L'adozione di minori è, difatti, destinata a far cessare ogni rapporto tra la famiglia di origine e l'adottato, il quale viene definitivamente inserito nella famiglia di accoglienza, assumendo in essa la condizione giuridica di figlio legittimo. La famiglia di accoglienza è chiamata, quindi, ad assolvere una funzione completamente sostitutiva della famiglia di origine e deve, pertanto, avere tutti i requisiti di una famiglia nella quale ordinariamente avviene l'accoglienza della nascita, l'assistenza e l'educazione del fanciullo. Così si spiega il divario di età tra genitori adottivi e minore adottato, che deve essere conforme a tale modello.

Il legislatore ha ritenuto, facendo uso della discrezionalità che gli è propria, di stabilire, sia nel minimo che nel massimo (rispettivamente in diciotto e quaranta anni), il divario di età tra adottanti e adottando in modo rispondente alle finalità peculiari dell'adozione legittimante e tenendo conto delle condizioni sociali nelle quali l'istituto è destinato ad operare.

Non viene ora posta in discussione la regola, ragionevolmente stabilita dal legislatore, ma la sua assolutezza, tale da non tollerare eccezione alcuna anche quando l'adozione risponda al preminente interesse del minore e la specifica famiglia di accoglienza, giudicata idonea, sia la sola che possa soddisfare tale interesse, ma sia superato il divario di età rigidamente previsto, pur rimanendo tale divario compreso in quello che di solito può intercorrere tra genitori e figli, sicché l'adozione non può essere disposta ed in concreto ne deriva un danno per il minore stesso.

La Corte ha già ritenuto che la regola del divario massimo di età tra adottante e adottato non può essere così assoluta da non poter essere ragionevolmente intaccata, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire l'affermazione di interessi, attinenti al minore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale, la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale (sentenza n. 148 del 1992).

Sotto questo profilo non viene in considerazione l'interesse dei coniugi ad avere figli legittimi di derivazione adottiva. Né, per gli aspetti considerati, il limite di età stabilito dalla disposizione denunciata per l'adozione di minori può essere valutato in relazione all'interesse ed alla posizione dell'adottante, giacché l'intero sistema dell'adozione di minori è eminentemente incentrato sulla valutazione e sulla protezione della personalità e dell'interesse del fanciullo, alla cui accoglienza è preordinato lo stesso apprezzamento dell'idoneità della famiglia adottiva, e quindi dei requisiti richiesti ai suoi componenti.

In continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale, relativa al superamento dell'assoluta rigidità delle prescrizioni normative, quanto alla differenza di età tra coniugi adottanti ed adottando, deve essere riconosciuta la possibilità che il giudice valuti, con rigoroso accertamento, l'eccezionale necessità di consentire, nell'esclusivo interesse del minore, che questi sia inserito nella famiglia di accoglienza che, sola, può soddisfare tale suo interesse, anche quando, pur rimanendo nella differenza di età che può solitamente intercorrere tra genitori e figli, l'età del coniuge adottante si discosti in modo ragionevolmente contenuto dal massimo di quaranta anni, legislativamente previsto.

Tuttavia, affinché non si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore, l'eccezione deve rispondere ad un criterio di necessità in relazione ai principî ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione).

Nel contesto di un istituto preordinato ad assicurare al minore in stato di abbandono una famiglia di accoglienza idonea ad assolvere pienamente la funzione di solidarietà propria della famiglia legittima, la necessità della deroga al criterio rigido del divario di età (fissato dall'art. 6, secondo comma, della legge n. 184 del 1983) si verifica quando l'inserimento in quella specifica famiglia adottiva risponde al preminente interesse del minore e dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per lo stesso. Pertanto, la questione è, in questi limiti, fondata.

8.2.3. Adozione e presenza di altri figli

La **sentenza n. 557 del 1988** dichiara, in riferimento all'art. 3 Cost., l'incostituzionalità dell'art. 291 cod. civ., in quanto "non consente che possa procedersi all'adozione da parte di persone che abbiano figli legittimi o legittimati, ancorché maggiorenni e consenzienti".

La pronuncia incide notevolmente sulla logica dell'istituto dell'adozione, in quanto tale divieto era imposto dalla funzione stessa dell'istituto – assicurare, nell'interesse dell'adottante, la trasmissione del nome e del patrimonio – poiché la presenza della filiazione legittima avrebbe fatto venir meno tale funzione e non avrebbe più giustificato casualmente il rapporto adottivo.

La Corte rileva come il legislatore possa, nell'esercizio del suo potere discrezionale, contenere l'istituto dell'adozione entro l'ambito ritenuto più opportuno per salvaguardare i diritti dei membri della famiglia legittima.

È tuttavia necessario che la normativa non comporti delle limitazioni eccessive – e come tali irrazionali – rispetto allo scopo perseguito, sì da violare l'art. 3 Cost.

Nella fattispecie, mentre l'esistenza del coniuge non osta all'adozione, sempre che questi presti il

suo assenso (art. 297, primo comma, c.c.), la circostanza che vi siano figli legittimi o legittimati, benché maggiorenni e consenzienti, impedisce che si possa procedere alla adozione medesima.

Tale differente valutazione legislativa dell'assenso di persone (rispettivamente coniuge e figli), tutte facenti parte della famiglia legittima dell'adottante, ed egualmente interessate, sia sotto l'aspetto morale che sotto quello patrimoniale, anche in relazione al *favor* sempre dimostrato del legislatore verso l'istituto, appare chiaramente incongrua.

Non sussiste, infatti, un motivo razionale per ritenere sufficientemente tutelata la posizione del coniuge attraverso la previsione del suo assenso, e per non disporre analogamente, in una situazione sostanzialmente identica, rispetto ai discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti.

In questo quadro, si inserisce la **sentenza n. 345 del 1992**, che interpreta l'art. 291 del codice civile, indubbiato nella parte in cui non permette a chi ha figli legittimi o legittimati maggiorenni, ma incapaci di esprimere il proprio assenso, di adottare altra persona maggiore di età.

Ritiene la Corte che la questione ha per logico presupposto la ritenuta necessità ed inderogabilità della manifestazione di volontà, da parte del figlio legittimo o legittimato, in ordine alla adozione di altra persona maggiorenne voluta dal proprio genitore. Si tratta di una prospettazione che non tiene adeguatamente conto della specifica disciplina normativa dettata dall'art. 297, secondo comma ultima parte, del codice civile, per il caso in cui sia impossibile ottenere l'assenso all'adozione, per incapacità delle persone chiamate ad esprimerlo. In tal caso il Tribunale può egualmente pronunciare l'adozione, con le modalità previste dall'art. 297 del codice civile, apprezzando gli interessi indicati nella stessa disposizione. Questa specifica disciplina, pur se inserita nel contesto delle disposizioni relative all'assenso del coniuge e dei genitori, assume, nel rispetto del tenore letterale del testo normativo che si riferisce a tutte le persone chiamate ad esprimere il proprio assenso alla adozione, un significato ed un contenuto generale e quindi, a seguito della sentenza n. 557 del 1988, deve essere applicata anche ai discendenti legittimi o legittimati dell'adottante, quando è impossibile ottenere il loro assenso per incapacità.

Sotto un diverso profilo, nella **sentenza n. 53 del 1994** si rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 291 e "per quanto vi si connette", dell'art. 297 del codice civile, nella parte in cui non viene consentita l'adozione alle persone che hanno discendenti legittimi o legittimati minorenni.

Appare, invero, evidente la differente condizione di detti figli minori sia rispetto ai figli maggiorenni e consenzienti, sia rispetto ai figli maggiorenni e interdetti per infermità di mente. Gli aspetti differenziali fra queste situazioni sono stati riconosciuti dallo stesso giudice *a quo*, il quale ha, da un lato, ricordato che l'adozione ordinaria ha tra l'altro "le finalità della perpetuazione del nome dell'adottante e della trasmissione del relativo patrimonio"; e, dall'altro, ha rilevato che "la pur prudente valutazione del giudice porterebbe a soluzioni irrevocabilmente privative, per il giovane soggetto interessato, dell'esercizio di quella facoltà personalissima di non assenso con il di lui assoggettamento ai relativi effetti" tanto rilevanti sul piano morale e patrimoniale.

E tuttavia, in modo irragionevole e contraddittorio, il giudice *a quo* conclude ritenendo che tali differenziali aspetti problematici potrebbero "in altra ottica" essere "affrontati con il saggio apprezzamento del giudice".

La Corte rileva, invece, che una tale conclusione non solo porterebbe a parificare situazioni che sono tra loro differenti, privando i figli minori della personalissima facoltà – una volta divenuti maggiorenni – di valutare e decidere sui delicati interessi in gioco, ma snaturerebbe eccessivamente le finalità dell'istituto dell'adozione ordinaria, per la quale non sussistono peraltro né le esigenze, né l'urgenza riscontrabili nell'adozione speciale.

A quest'ultimo proposito, si pone il dubbio circa un ulteriore profilo di disparità di trattamento.

Si fa cioè notare che nell'adozione speciale "l'esigenza di tutela del figlio minore degli adottanti sia identica, se non maggiore con riferimento ai più pregnanti effetti, a quella del figlio minore dell'aspirante all'adozione ordinaria".

A dimostrazione dell'infondatezza di questa tesi, basata sull'asserita identità di situazioni, è sufficiente osservare che, mentre con l'adozione speciale l'ordinamento giuridico intende inserire in una idonea e stabile famiglia (preferibilmente già con figli) un minore moralmente e materialmente abbandonato – e per questo interesse prevalente ritiene secondaria l'eventuale soddisfazione ridotta degli interessi personali e patrimoniali dei figli legittimi (anche se minorenni) degli adottanti –, nel caso invece dell'adozione ordinaria il legislatore non ha riscontrato analogo interesse prevalente, in quanto l'adottando non solo è maggiorenne e continua ad essere legato ai propri genitori, ma, entrando anche in una seconda famiglia, assorbe una parte degli interessi morali e patrimoniali del figlio minore, legato soltanto alla famiglia dell'adottante.

La scelta del legislatore di valutare diversamente le due fattispecie è frutto pertanto di un bilanciamento di interessi che conduce nei due casi a soluzioni differenti: tale bilanciamento non appare irragionevole e pertanto, anche sotto questo aspetto, non risulta violato il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Le pronunce finora esposte hanno lasciato scoperto un ulteriore profilo di incostituzionalità dell'art. 291 c.c. nella parte in cui non prevede che l'adozione di maggiorenni non possa essere pronunciata in presenza di figli naturali, riconosciuti dall'adottante, minorenni o, se maggiorenni, non consenzienti. Omissione cui la Corte pone rimedio con **sentenza n. 245 del 2004**, evidenziando una illegittima disparità di trattamento fra figli legittimi e figli naturali riconosciuti ed in pregiudizio dei secondi, in quanto le ragioni di indole morale e patrimoniale, che consentono ai primi di opporsi all'adozione, valgono anche per i figli naturali. D'altro canto, nella situazione presa in esame non sono ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustificano un trattamento normativo differenziato.

8.2.4. L'adozione del figlio del coniuge

Nella **sentenza n. 27 del 1991**, la Corte affronta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, primo comma, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, "prevedendo l'adozione di un minore da parte del coniuge del genitore biologico del minore stesso, non consente di dichiarare efficace nella Repubblica italiana un provvedimento adozionale straniero con cui si pronunci l'adozione, da parte di entrambi i coniugi, di un minore che è figlio biologico di uno di essi".

Nel dichiarare non fondata la questione, la Corte sottolinea che l'istituto dell'adozione deve avere il proprio centro di gravità nella tutela del preminente interesse del minore, rispetto al quale devono essere subordinati tanto gli interessi degli adottanti (o aspiranti tali), quanto quelli della famiglia di origine. In quest'ottica, la disciplina predisposta deve tendere alla soluzione che sia "in concreto" ottimale per il minore, e quindi, da un lato, conferire al giudice poteri idonei alla sua individuazione e, dall'altro, tenere in adeguata considerazione i legami che il minore abbia instaurato in precedenza (sentenze nn. 11 del 1981 e 198 del 1986). Di conseguenza, ove manchi il basilare presupposto per l'adozione piena costituito dallo stato di abbandono, non può dirsi precluso il ricorso all'istituto dell'adozione ordinaria, sempreché nella sua regolamentazione sia salvaguardata l'esigenza di tutela dei fondamentali interessi del minore.

L'adozione del figlio del coniuge è indubbiamente un "caso particolare" di adozione, e come tale è stata considerata dal legislatore del 1983. La particolarità del caso sta nella congiunta esigenza,

per un verso, di consolidare l'unità familiare, agevolando l'inserimento in essa del minore che sia figlio (anche adottivo) di uno solo dei coniugi, ed in particolare evitando il disagio sociale e le disarmonie nella formazione morale e psicologica che possono derivargli dal restare estraneo all'altro coniuge – pur se a lui affettivamente legato – e dal portare un cognome diverso da quello degli altri figli facenti parte del medesimo nucleo familiare; per altro verso, di evitare che l'instaurazione del nuovo rapporto comporti la rottura di quello esistente con l'altro genitore biologico e/o con i di lui parenti, pur quando con costoro il minore abbia instaurato e mantenga legami significativi.

Nella non facile composizione di tali esigenze, il legislatore del 1983 ha costruito un istituto che non solo è ben lontano dall'adozione ordinaria di tipo tradizionale (ove era prevalente l'interesse di chi si continua attraverso un figlio-erede) ma è effettivamente improntato alla tutela del preminente interesse del minore. È sulla realizzazione in concreto di questo che si incentra infatti la verifica demandata al Tribunale, cui è fatto carico di indagare, tra l'altro, sull'idoneità dell'adottante sul piano educativo, sulla rispondenza all'interesse del minore dei motivi che lo spingono a desiderarne l'adozione e sulla possibilità di idonea convivenza tra i due (art. 57).

Nella medesima prospettiva si colloca anche la disciplina dei presupposti dell'adozione.

Il consenso dell'adottante e dell'adottando (art. 45) non ha infatti carattere negoziale, ma è solo un dato della procedura equivalente a due concorrenti domande di pronuncia dell'autorità giudiziaria; e quello del legale rappresentante del minore non ha più carattere dirimente, essendo degradato a mero parere non vincolante. L'assenso del genitore dell'adottando, poi, ha valore decisivo solo se costui eserciti la potestà sul minore, ed il Tribunale può invece prescindere non solo se egli sia incapace o irreperibile, ma anche quando il rifiuto risulti ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando; ed anche l'eventuale coniuge di questi può impedire l'adozione solo se sia convivente (art. 46).

Sul piano degli effetti, il legislatore ha inteso, da un lato, garantire la pienezza dei rapporti personali tra minore e coniuge del genitore, attribuendo a costui (art. 48) l'esercizio della piena potestà – con i connessi obblighi di mantenimento, educazione e istruzione – e stabilendo che il minore ne assuma il cognome, da anteporre al proprio (art. 55, che richiama l'art. 299 cod. civ.); dall'altro, però, assicurare che il rapporto adottivo, nella sua origine e nel suo svolgersi, sia scevro da interessi di altra natura. Ha disposto, perciò, che l'adottante abbia bensì l'amministrazione dei beni dell'adottato, con obbligo di inventario, ma non abbia l'usufrutto legale sui medesimi e non possa perciò destinarli al mantenimento proprio e degli altri membri della famiglia od all'educazione e istruzione degli altri figli. Coerentemente a ciò, i diritti successori sono regolati a senso unico: l'adottato, cioè, succede pienamente all'adottante, mentre questi non partecipa in alcun modo alla successione del primo (art. 55, che richiama l'art. 304 cod. civ.).

Per converso, all'esigenza che non siano artificiosamente troncati i rapporti del minore con la famiglia di origine – cioè con l'altro genitore biologico e con i suoi parenti – risponde la statuizione per cui il minore, da un lato, mantiene nei confronti di costoro, tutti i diritti (anche successori) ed i corrispondenti doveri; dall'altro, non instaura rapporti con i parenti dell'adottante né partecipa alla loro successione (art. 55, che richiama l'art. 300 cod. civ.).

Certo, una regolamentazione più analitica della materia, che cioè tenesse conto del vario atteggiarsi dei rapporti del minore col genitore biologico non convivente, avrebbe forse potuto suggerire soluzioni parzialmente diverse e magari far propendere, in alcune peculiari situazioni, per l'instaurazione di un rapporto di adozione piena. Ma nella valutazione generale dell'istituto che la Corte è chiamata a compiere in questa sede, deve escludersi che le scelte compiute dal legislatore in ordine al bilanciamento degli interessi in gioco siano meritevoli di censura.

Viene negato, in particolare, che ne resti violato il principio di parità morale e giuridica tra i coniugi (art. 29, secondo comma, Cost.). Sul piano dei rapporti personali, una sostanziale parità è, infatti, assicurata dall'attribuzione ad entrambi della piena potestà sul minore e dei correlativi diritti ed obblighi; su quello dei rapporti patrimoniali, le differenze si connettono non all'intento di privilegiare il genitore biologico ma a quello di meglio garantire l'interesse del minore, nei cui confronti quello del genitore adottivo deve cedere.

La **sentenza n. 315 del 2007** affronta, ritenendolo non fondato, il dubbio di legittimità avente ad oggetto l'art. 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, giudicato dal rimettente irragionevole nella parte in cui non consente l'adozione del figlio del coniuge da parte dell'altro coniuge in caso di decesso del genitore-coniuge avvenuto prima della richiesta, considerato che il successivo art. 47 consente l'adozione non legittimante anche qualora uno dei coniugi deceda durante l'*iter* per l'adozione. L'ipotesi di cui alla norma impugnata – il minore può essere adottato dal coniuge quando sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge – rientra fra le ipotesi eccezionali di adozione non legittimante, casi in cui, in presenza di situazioni che non avrebbero potuto giustificare l'adozione legittimante (o per la mancanza della condizioni di abbandono, o per la difficoltà concreta, in considerazione di condizioni personali del minore), è ammessa una forma di adozione che presenta la peculiarità di non avere effetto legittimante nei confronti dell'adottato, né effetto risolutivo nei confronti della famiglia di origine. La *ratio* della norma è quella di consentire al coniuge di soggetto che sia genitore convivente con il minore una adozione non legittimante dello stesso, inserendolo in una famiglia nella quale si ricostituiscono le due figure genitoriali, una delle quali è già genitore (legittimo, naturale o adottivo), mentre l'altra, l'adottante, lo diventa a seguito dell'accoglimento della relativa domanda; condizione indispensabile è l'esistenza attuale, al momento dell'inizio della procedura e comunque prima della prestazione dell'assenso da parte del genitore, del rapporto di coniugio fra chi intende procedere all'adozione e il genitore del minore adottando, con la conseguenza che la morte di quest'ultimo prima della proposizione della domanda e della prestazione dell'assenso comporta il rigetto della domanda. Il fatto che, invece, nel caso di cui all'art. 47 della stessa legge sia riconosciuta la possibilità dell'adozione non legittimante anche nell'ipotesi in cui uno dei coniugi deceda durante l'*iter* per l'adozione, non rende irragionevole la disciplina censurata: il legislatore, posto di fronte a situazioni che impedirebbero l'accoglimento della domanda per essere venute meno successivamente alla proposizione della stessa le condizioni necessarie previste dalla legge, facendo applicazione eccezionale, in tema di azioni costitutive di uno *status*, del principio secondo cui il tempo necessario per l'attribuzione del bene della vita richiesto non deve risolversi in un danno per l'interessato, ammette l'adozione, purché le condizioni richieste preesistano ad un determinato momento successivo alla proposizione dell'azione ed individuato, in caso di adozione non legittimante, in quello della prestazione dell'assenso. Secondo la Corte, il pur preminente interesse del minore, se può giustificare l'adozione che sarebbe impossibile per il venir meno, successivamente alla proposizione della domanda, delle condizioni dell'azione, all'origine esistenti, non consente che si prescindano da tali condizioni fin dal momento della proposizione della domanda stessa, anche perché ciò si porrebbe in contrasto con i principi dell'adozione, introducendo una incertezza sulle condizioni dell'azione. Peraltro, non è escluso che il legislatore ordinario possa consentire l'adozione al nuovo coniuge, per la tutela dell'interesse del minore, anche in ipotesi di decesso del genitore in un momento precedente la prestazione dell'assenso.

8.2.5. *L'adozione da parte di parenti*

La Corte respinge l'impugnazione avverso l'art. 44, lettera c), della legge 4 maggio 1983, n. 184, laddove non si consenta ai parenti entro il quarto grado l'adozione stessa, poiché la subordina alla constatata impossibilità di affidamento preadottivo e tale situazione verrebbe trattata in modo differente rispetto a quella, ad essa analoga, dell'orfano di padre e di madre, regolata dalla lettera a) del citato art. 44, che invece consente l'adozione da parte di parenti entro il quarto grado (**sent. n. 383/1999**).

A differenza di quella "legittimante", la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore.

Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera c) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento. In realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera c).

Sarebbe invero assurdo pensare, come fanno i giudici *a quibus* che dalla disciplina impugnata discenda l'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che già si prendono cura del minore. Ma l'interpretazione logica e sistematica della lettera c) del citato art. 44 della legge n. 184 non conduce a tale conclusione.

Infatti, qualora vi siano parenti entro il quarto grado, i quali prestino al minore l'assistenza materiale e morale che i genitori non sono più in grado di offrire, la legge, in mancanza del presupposto dell'abbandono, non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità (artt. 8 e 11 della legge n. 184 del 1983): si realizza, così, uno dei casi in cui – esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli l'ambiente adatto alla sua crescita – non è necessario tentare di trovarne altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di un affidamento diverso da quello già in atto.

Una ulteriore conferma della adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'art. 44, anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili, si trae dal disposto del primo comma del precedente art. 11, il quale stabilisce che quando "risultano deceduti i genitori del minore e non risultano esistenti parenti entro il quarto grado, il tribunale per i minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44". È evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore.

L'art. 44, lettera c), non esige, dunque, che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il

quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno.

8.2.6. L'accertamento giudiziale dell'idoneità degli adottanti

Manifestamente infondata viene ritenuta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede che l'inidoneità degli aspiranti all'adozione nazionale che non siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 6 della stessa legge venga dichiarata con un espresso provvedimento del giudice minorile, ritenendo che tale omessa previsione violi gli artt. 24, primo e secondo comma, e 111, primo comma, della Costituzione (**ordinanza n. 192 del 2001**).

Il giudice *a quo* osserva che, mentre nella disciplina dell'adozione internazionale la legge prevede, in esito agli accertamenti compiuti dal tribunale, l'emissione di un provvedimento col quale la coppia che aspira all'adozione viene dichiarata o meno idonea, un analogo provvedimento non è previsto nella procedura di adozione nazionale e che tale omissione lederebbe il diritto degli interessati ad agire e difendersi in giudizio secondo le norme del giusto processo;

Per la Corte, l'equiparazione della adozione nazionale a quella internazionale, da cui prende le mosse il giudice rimettente, appare erronea poiché, pur essendo i due istituti connotati da principi comuni, le relative procedure sono differenziate, dal momento che “solo nella prima il collegamento tra coniugi adottanti e minore da adottare è tale da consentire l'immediata valutazione, da parte del tribunale per i minorenni, dell'idoneità di quei coniugi ad offrire la famiglia di accoglienza adatta al minore per il quale si pronuncia, dopo il periodo di affidamento, il provvedimento di adozione” (sentenza n. 10 del 1998); occorre ulteriormente considerare che la Corte ha già affermato (sentenza n. 281 del 1994) che “l'aspirazione dei singoli ad adottare non può ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo”.

L'adozione dei minorenni, “pur traendo origine da un atto di autonomia degli adottanti, non si perfeziona con la mera domanda dei medesimi” ma solo col provvedimento giudiziario – dal quale discendono le conseguenze giuridiche volute dalla legge – rispetto al cui contenuto il rilievo attribuito alla volontà degli istanti è subordinato “alla preminente considerazione dell'interesse del minore” (sentenza n. 197 del 1986); nella adozione nazionale l'idoneità della coppia adottante deve riferirsi specificatamente al singolo minore adottabile, in modo da consentire un suo inserimento mirato sulla base delle potenzialità di quella specifica coppia, per cui nessuna utilità potrebbe avere un provvedimento che valutasse in astratto tale idoneità.

Nella fase relativa all'accertamento dei requisiti della coppia che aspira all'adozione non vengono quindi per nulla in rilievo posizioni di diritto soggettivo di parti fra loro contrapposte, trattandosi di accertamenti preliminari e propedeutici al successivo, eventuale, provvedimento di affidamento preadottivo, da assumere nello specifico interesse di un minore.

8.2.7. Il consenso all'adozione del legale rappresentante del minore

L'art. 45, comma 2, della legge n. 184 del 1983, prevede che nell'adozione in casi particolari il consenso all'adozione sia prestato dal legale rappresentante. Il problema che viene posto alla Corte riguarda il condizionamento di tale assenso al prevalente interesse del minore.

L'esame della Corte, sorretto da un'ampia motivazione, si conclude con la declaratoria di incostituzionalità degli artt. 45, secondo comma, e 56, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui è previsto il consenso anziché l'audizione del legale rappresentante del minore (**sentenza n. 182 del 1988**). La Corte ricorda di aver già indicato funzione e limite della volontà privata nel procedimento adozionale: “l'adozione, invero, pur traendo origine da un atto di

autonomia degli adottanti, non si perfeziona con la mera domanda dei medesimi, bensì solo con un provvedimento giudiziario rispetto al cui contenuto il rilievo attribuito alla volontà degli istanti soggiace alla preminente considerazione dell'interesse del minore”.

È dunque alla luce di questo unitario e unico principio informatore della legge n. 184 del 1983 – l'esclusivo interesse del minore valutato dal giudice – che deve essere esaminato il regime dei consensi contenuto nelle norme impugnate.

L'art. 45 della legge n. 184 del 1983, pur riproducendo la formulazione dell'art. 296 del codice civile, non suffraga più la precedente costruzione dottrinale, condivisa anche dalla giurisprudenza, di atto complesso negoziale e giudiziale. Se si dà il dovuto rilievo al potere discrezionale del giudice di far seguire o meno la pronuncia dell'adozione dopo che i consensi gli sono stati manifestati, in base alla valutazione dell'esclusivo interesse del minore, non si può non riconoscere nel consenso dell'adottante e dell'adottando un dato del procedimento, equivalente a due concorrenti domande della pronuncia dell'autorità giudiziaria, ormai privo di ogni residuo carattere negoziale.

Se è immediatamente intuibile che in assenza di uno di questi consensi il procedimento non può neppure incardinarsi, non altrettanto può dirsi per il consenso richiesto al legale rappresentante qualora l'adottando non abbia compiuto il quattordicesimo anno. Legale rappresentante nella ipotesi di cui alle lettere a) e c) dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 è il tutore già nominato dal giudice tutelare a seguito dell'apertura della tutela *ex art.* 346 del codice civile o quello nominato dal Tribunale per i minorenni *ex art.* 19, secondo comma, della legge n. 184. Nell'ipotesi *sub b)* del citato art. 44, legale rappresentante è il coniuge di chi richiede l'adozione, nonché l'altro genitore se esistente.

Il consenso del legale rappresentante non è considerato dal legislatore come integralmente equivalente a quello dell'adottando, tanto che, *ex art.* 45, terzo comma, qualora costui abbia compiuto i dodici anni deve essere personalmente sentito, e se ha un'età inferiore può, se opportuno, essere sentito.

Siffatta modalità procedimentale, intesa a rendere il giudice il più possibile edotto e consapevole del reale interesse del minore, attraverso quell'esperimento decisivo che è l'audizione del diretto interessato, postula la non necessaria coincidenza della manifestazione di volontà del tutore con la volontà del minore, e più in generale di ogni altro legale rappresentante con quella del minore. È, pertanto, impropria la costruzione di una *fictio iuris* per la quale la manifestazione di volontà del tutore sostanzia ed esprime la volontà del minore. Essa è invece volontà propria e personale del tutore, che prescinde da quella del minore, ed ha come suo contenuto e fine l'adempimento delle funzioni di cui all'art. 357 del codice civile, cioè la cura della persona del minore, la sua rappresentanza in tutti gli atti civili, l'amministrazione dei suoi beni. Il consenso del legale rappresentante di cui all'art. 45, secondo comma, della legge n. 184 del 1983, non solo non ha carattere negoziale al pari dei consensi dell'adottante e dell'adottando, di cui al comma precedente dello stesso art. 45, ma non è a quelli assimilabile, perché non è identificabile con la volontà dell'adottando. La *fictio iuris* – per cui “la volontà del tutore è considerata, dal punto di vista giuridico, come volontà del minore stesso”, che il giudice *a quo* denuncia come ostacolo al perseguimento del reale interesse del minore – non ha alcun fondamento né storico né dogmatico e non corrisponde al regime funzionalistico che l'ordinamento assegna all'istituto della tutela. Il consenso del legale rappresentante si legittima e si motiva nell'ambito della funzione di protezione degli interessi del minore e pertanto esso è subordinato alla valutazione ultima e decisiva che di quegli interessi è chiamato a dare il giudice.

Il non avere il legislatore preveduto, nel rapporto tra legale rappresentante del minore e giudice

dell'adozione, la dissimmetria tra consenso prestato, che lascia libero il giudice di pronunciare o rifiutare l'adozione, e consenso negato, che vincola il giudice a non pronunciare l'adozione, vizia la norma di irrazionalità, con *vulnus* dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza contenuti nell'art. 3 della Costituzione.

Il consenso del legale rappresentante è dunque più prossimo alla espressione di un parere che ad una manifestazione di volontà ed è dogmaticamente definibile – data la connotazione pubblicistica del procedimento di adozione – come un parere obbligatorio non vincolante. Che ad esso non si accompagni un esplicito onere di motivazione non esclude che possa esserne sindacata la giustificazione, qualora sia rifiutato. L'analisi sinora svolta conduce altresì a rilevare la stretta analogia del consenso del legale rappresentante con l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, il cui rifiuto *ex art.* 46, secondo comma, della legge n. 184 del 1983, qualora il tribunale lo ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, non impedisce che l'adozione, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, sia egualmente pronunciata. Lo stesso art. 46 sancisce la imprescindibilità solo degli assensi dei genitori esercenti la potestà e del coniuge convivente, che se rifiutati risultano insindacabili ed impediscono la pronuncia dell'adozione.

Siffatto limite alla valutazione da parte del giudice dell'interesse dell'adottando ha una giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, cui agli artt. 29 e 30 della Costituzione, che prevalgono anche in presenza degli opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando. L'interesse dell'adottando si deve intendere qui considerato in via definitiva dai genitori o dal coniuge, i quali dalla richiesta di adozione da parte di un determinato adottante o dalla richiesta di aggiunzione di un qualunque rapporto adottivo al vincolo originario di filiazione o a quello di coniugio, l'uno e l'altro attualmente ed effettivamente convissuti, possono ritenere di ricevere pregiudizio o presumere di soffrire turbamento o semplicemente interferenza non gradita nella propria vita di relazione con il minore figlio o consorte.

Nell'ambito del diritto familiare, viene ricordato l'art. 250, quarto comma, del codice civile, che in tema di riconoscimento di figlio naturale dispone che “Il consenso [*scil.* del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento] non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio”.

Anche nel contesto della legge n. 184 del 1983, nell'art. 79, sesto comma, si rinviene la regola della superabilità da parte del giudice del rifiuto dell'assenso dei genitori degli adottati o affiliati, che siano figli legittimi o riconosciuti. I dati richiamati valgono a rivelare l'esistenza di un principio generale nell'ordinamento civilistico, secondo il quale l'atto di autonomia privata del soggetto adulto, chiamato a consentire al riconoscimento del figlio o ad assentire alla adozione legittimante, è subordinato all'interesse preminente del minore, fino al punto che il suo mancato esercizio è sostituito da una pronuncia giudiziale.

Pertanto è sufficiente che il giudice dell'adozione proceda all'audizione del rappresentante e a quella del rappresentato, quando quest'ultima sia richiesta dalla legge o quando sia opportuna, senza spogliarsi del suo potere di ultima valutazione dell'interesse esclusivo del minore ai fini del decidere sulla pronuncia dell'adozione, dopo avere esaurito gli adempimenti di cui all'art. 57.

8.2.8. L'opposizione al decreto di adozione da parte del genitore naturale

Varie questioni di legittimità costituzionale, implicanti la tutela del diritto di difesa, riguardano il procedimento attraverso il quale si perviene alla dichiarazione dello stato di adottabilità. Tra queste, si segnala la **sentenza n. 401 del 1999**, che dichiara infondata la questione di legittimità

costituzionale dell'art. 56, quarto comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, in relazione all'art. 313 del codice civile, nella parte in cui non contempla anche il genitore dell'adottando tra i soggetti legittimati ad impugnare il decreto di adozione in casi particolari.

Secondo la Corte, una lettura adeguatrice della norma in esame impone di includere i genitori del minore tra i soggetti legittimati all'impugnazione e di pervenire quindi ad una interpretazione conforme a Costituzione.

Negare la loro legittimazione a proporre reclamo contrasterebbe con la tutela costituzionale del diritto di azione, spettante a soggetti che in quanto esercenti la potestà genitoriale non possono non essere contraddittori necessari nel procedimento di adozione in casi particolari.

A tal fine, è opportuno sottolineare che l'art. 313 cod. civ., benché modificato proprio dalla legge n. 184 del 1983, è comunque una norma dettata espressamente per l'adozione di maggiorenni ed è quindi destinata ad operare in relazione ad un procedimento nel quale l'adottando ha piena capacità processuale, in quanto dispone del libero esercizio dei diritti che si fanno valere nel detto giudizio; la mancata indicazione dei genitori dell'adottando tra i soggetti legittimati all'impugnazione si spiega quindi agevolmente proprio in base alla considerazione che l'adozione disciplinata dal codice civile riguarda esclusivamente soggetti maggiori di età, ai quali pertanto è riconosciuto un autonomo potere di impugnazione. La diversa natura dell'adozione in casi particolari determina invece la necessità di adattare la previsione stessa alle caratteristiche di tale procedimento; questo infatti concerne i minori, i quali, essendo privi della capacità di agire, non possono stare in giudizio se non rappresentati dai genitori che esercitano la potestà ovvero dal tutore.

È allora evidente che se nell'adozione di maggiorenni la legittimazione al reclamo spetta all'adottando, in quanto provvisto di piena e autonoma capacità processuale, nell'adozione in casi particolari il soggetto legittimato al reclamo deve intendersi non già l'adottando, perché minore, bensì chi eserciti la potestà genitoriale.

Né appare utile al riguardo la distinzione tra l'esercizio dell'azione *iure proprio* e quella *in nomine minoris*. Il fondamento della rappresentanza legale risiede nella assoluta incapacità del minore di esercitare i propri diritti, sì che la cura degli interessi di quest'ultimo è *in toto* affidata ai genitori, ovvero al tutore; essi tuttavia non si limitano ad esprimere e rappresentare la volontà di un soggetto incapace, bensì esercitano la potestà genitoriale in base ad una propria valutazione circa l'utilità e la convenienza per il minore dell'atto o del negozio da compiere. Mentre nella rappresentanza volontaria il rappresentato conferisce ad un terzo il potere di spendere il proprio nome, delimitandone le facoltà, in quella legale è invece il legislatore a conferire tale potere-dovere, senza alcuna limitazione che non sia il perseguimento dell'interesse stesso del minore.

L'art. 57, numero 2), della legge in oggetto impone espressamente al tribunale di verificare "se l'adozione realizza il preminente interesse del minore" ed è opportuno sottolineare che tale finalità può raggiungersi solo attraverso un procedimento che sia esente da vizi sia di merito che di natura formale o processuale; pertanto, il genitore che proponga reclamo può dedurre qualunque motivo a sostegno dell'impugnazione, dal momento che ogni vizio del procedimento può costituire un ostacolo alla realizzazione dell'interesse del minore, nell'ambito del quale interesse deve comprendersi anzitutto quello diretto ad ottenere che la pronuncia sia emanata a seguito di un corretto svolgimento del giudizio. L'impugnazione con la quale si lamenti l'ingiustizia sostanziale del provvedimento e quella con la quale si deduca un *error in procedendo* non possono mai dirsi estranee all'interesse del minore.

Per quanto sin qui affermato si conclude che nel procedimento di adozione in casi particolari la legittimazione all'impugnazione spetta ai genitori dell'adottando, purché non decaduti dall'esercizio della potestà, per far valere qualunque vizio del procedimento che possa essere ostativo alla

concreta ed effettiva realizzazione dell'interesse del minore.

8.3. I presupposti per l'adozione

L'adozione dei minori, in ragione della valenza del presupposto dello stato di abbandono ed in conseguenza del venir meno dei rapporti con la famiglia di origine ha posto diversi problemi interpretativi, che hanno dato luogo a varie questioni di costituzionalità.

Una questione ha riguardato lo stato di abbandono e la forza maggiore (**sentenza n. 76 del 1974**), laddove si è censurato l'art. 314/4 del codice civile in esame, sul rilievo che la situazione di bisogno del minore abbandonato per comportamento comunque imputabile a coloro che sarebbero tenuti a prestargli assistenza non si differenzerebbe, nella sostanza, da quella del minore abbandonato invece per causa di forza maggiore, e sulla affermazione consequenziale che l'esclusione, in quest'ultima ipotesi, della applicabilità dell'istituto della adozione speciale concretirebbe una discriminazione ingiustificata a danno di una categoria di minori abbandonati, priva, anche essa, di quell'assistenza materiale e morale che l'istituto in parola tenderebbe invece a garantire in ogni caso.

La Corte osserva che la situazione del minore abbandonato, in relazione alla applicazione dell'istituto della adozione speciale, non può essere considerata indipendentemente da quello che è lo stato dei suoi rapporti con la famiglia di origine, dato che la legge 5 giugno 1967, n. 431, introduttiva dell'istituto dell'adozione speciale, se è certamente informata all'esigenza di sovvenire alle necessità dei minori abbandonati, ha altresì stabilito, proprio a garanzia della continuità del vincolo istituendo con la famiglia di adozione, una sostanziale cautela prima di sostituire definitivamente al nucleo familiare di origine, inefficiente, quello della famiglia adottiva. Dispone infatti l'art. 314/26 cod. civ. (inserito con la citata legge n. 431 del 1967): "con la adozione speciale cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali e le norme penali fondati sul rapporto di parentela". La presenza di questa grave conseguenza entra indubbiamente quale elemento essenziale nella valutazione della situazione del minore, ai fini della disciplina dell'adozione speciale, nel senso che non può, ovviamente, venire in considerazione soltanto la di lui necessità di assistenza, ma deve tenersi anche conto dell'esigenza, di evidente contenuto umano e sociale, di conservare sino al limite i legami naturali con la famiglia di origine.

Non risponde pertanto ad una necessità costante che, nel conflitto, gli interessi del minore debbano prevalere in modo assorbente su quelli della famiglia di origine.

Elemento determinante, ai fini della prevalenza fra l'esigenza di intervenire a favore del minore da una parte, e quella di salvaguardare i diritti della predetta famiglia, dall'altra, è stato razionalmente identificato, dal legislatore, nella esistenza di constatati motivi di forza maggiore alla base del comportamento omissivo. Motivi di tal natura, invero, che escludono la riferibilità dell'abbandono alla volontà degli obbligati, conferirebbero al previsto distacco definitivo, secondo la valutazione politico-sociale del legislatore, il carattere di un rigorismo eccessivo, come tale da respingere.

Tutto quanto premesso conduce a negare che possano considerarsi indiscriminatamente la situazione del minore abbandonato per forza maggiore e gli altri casi di abbandono volontario, e quindi ad escludere la pretesa omogeneità delle rispettive situazioni.

Parimenti non fondata è la questione sollevata in relazione al preteso contrasto della norma impugnata con l'art. 30, comma secondo, Cost., secondo cui nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. Ed invero, come affermato con la sentenza n. 158 del 1971, "la norma invocata non impone una disciplina unica ed unitaria in ordine ai doveri dei

genitori verso i figli ed in ordine al caso della mancata osservanza degli stessi. È ben possibile, infatti, che sia pure rivolti a finalità concorrenti o comuni, coesistano istituti distinti, quali l'affidamento e l'affiliazione, le due forme di adozione e le norme circa l'assistenza pubblica alla infanzia abbandonata, ecc. e che la complessiva disciplina sia variamente articolata; e che nel campo specifico della adozione speciale, questa sia consentita alle condizioni ed entro i limiti risultanti dalle scelte discrezionali che il legislatore abbia posto in essere in modo adeguato e razionale”.

Sempre con riguardo allo stato di abbandono, incentrata sull'esclusivo interesse del minore si rivela la **sentenza n. 234 del 1975**, laddove la Corte non ritiene che le norme, di cui agli artt. 314/4, 314/8 e 314/11, le quali consentono che sia dato corso alla adozione speciale dei figli legittimi, nonostante l'opposizione dei genitori, siano in contrasto con le disposizioni costituzionali di raffronto.

Per la Corte, pur dovendosi riconoscere che la situazione di abbandono materiale e morale di minori di anni otto, più facilmente si verifica nell'ambito delle famiglie meno abbienti, non si può tuttavia non tener presente che detta situazione, nella previsione normativa e nella sua pratica verifica, non è necessariamente collegata alla condizione economica familiare e può non sussistere anche se i genitori non siano in grado di mantenere i figli (arg. ex art. 314/4, comma secondo).

Non si presta, perciò, ad essere condivisa l'affermazione secondo cui “la legge colpisce unicamente le classi povere, accentuando rispetto ai genitori, le diseguaglianze determinate da situazioni di ordine economico, anziché contribuire a rimuoverle”.

La Corte, con un dispositivo di manifesta inammissibilità (**ordinanza n. 97 del 1990**), decide un giudizio avente ad oggetto l'art. 8 della legge n. 184 del 1983, il quale prevede che la situazione di abbandono sussiste anche quando i minori si trovino in affidamento familiare, la cui finalità consiste nell'ovviare ad una esigenza del minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo e di favorirne il reinserimento nella famiglia di origine. Traendo spunto dal dettato di legge, la Corte viene investita della questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3, secondo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione, dell'art. 8, secondo comma, nella parte in cui, ai fini della dichiarazione di adottabilità del minore, fa consistere la situazione di abbandono nel fatto che il minore sia privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, senza prevedere che il giudice possa valutare singole situazioni diverse da quella tipizzata dal legislatore, come nel caso di specie del minore in stato di affidamento familiare.

Replica la Corte che la *ratio* dell'affidamento familiare risiede nell'assicurare al minore un ambito affettivo ed un'adeguata assistenza in una fase necessariamente transitoria, perché finalizzata al reinserimento nella famiglia d'origine ovvero all'acquisizione dello *status* di figlio adottivo; in quest'ultima prospettiva, l'istituto in esame postula situazione di abbandono configurabile anche soltanto in una riduzione sensibile e non temporanea di cure morali e materiali.

Con la legge 4 maggio 1983, n. 184, il legislatore ha ispirato le sue scelte al valore costituzionale della famiglia naturale come unico luogo di formazione primario della personalità del minore, surrogabile soltanto con la famiglia adottiva, ed escludendo pertanto qualsiasi *tertium genus* privo dei caratteri della stabilità e definitività; quindi, solo al legislatore spetta un intervento qual è quello auspicato dal giudice *a quo*; comunque, l'art. 4 consente di modellare tempi e modi dell'istituto in ragione delle situazioni concrete, ove il mantenimento di uno stato precario possa contingentemente apparire come la migliore soluzione per il minore.

La Corte, nella **sentenza n. 199 del 1986**, si fa carico, nell'ambito di una più ampia tutela dei valori espressi dall'art. 2 della Costituzione, di estendere la protezione assicurata dall'adozione

legittimante anche al minore straniero in stato di abbandono in Italia per il tempo precedente l'entrata in vigore della legge n. 183 del 1983. Viene così dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 76 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui esclude che la nuova normativa sulla disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori in genere e gli artt. 29 e 37 in particolare possano applicarsi alle procedure relative all'adozione di minori stranieri "in corso" al momento dell'entrata in vigore della legge stessa.

Per la Corte, si verifica qui un *vulnus* innanzi tutto dei valori costituzionali di cui all'art. 2 Cost., che non può non essere implicitamente richiamato come norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero. Una lettura dell'art. 5 della legge n. 431 del 1967, norma sull'acquisto della cittadinanza da parte del minore straniero per adozione legittimante, adeguata ai valori dell'art. 2 Cost., conduce a qualificare il minore infraotenne straniero in stato di abbandono in Italia cittadino potenziale cui la protezione assicurata con le procedure conducenti all'adozione legittimante preannuncia lo *status civitatis*.

In tale prospettiva doveri inderogabili di solidarietà richiamati dallo stesso art. 2 Cost. appaiono essere quelli dell'autorità deputata dalle leggi ordinarie a dare effettiva tutela ed esercizio ai diritti umani, tra cui, nella specie dell'abbandonato, il diritto alla famiglia degli affetti in mancanza di quella del sangue. Il che conduce al collegamento con la previsione generale dell'art. 2 di quella specifica di cui all'art. 30, secondo comma, della Costituzione. Impedito dall'art. 76 della legge 4 maggio 1983, n. 184 il dispiegarsi di un *munus* di tale rilevanza costituzionale da parte dell'autorità giudiziaria italiana, si viene a determinare la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., limitandosi il *favor minoris*, cui entrambe le leggi si ispirano, solo al minore italiano e non anche allo straniero in stato di abbandono in Italia, per il tempo precedente l'entrata in vigore della legge recenziata.

Così come innanzi prospettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76 della legge n. 184 del 1983 risulta dunque fondata. Limitatamente all'art. 37, la scelta del legislatore per la irretroattività appare incongrua e non coordinata con il fine del *favor minoris* cui pure essa è in ogni sua parte ispirata. Da tale scelta di generale irretroattività espressa nell'art. 76 viene escluso l'art. 37 proprio per restituire razionalità all'intero *corpus* normativo di entrambe le leggi 431/67 e 184/83.

8.4. Adozione ed ambiente familiare degli adottanti

La Corte non condivide, nella **sentenza n. 361 del 1985**, il dubbio di costituzionalità avverso l'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, stabilendo i requisiti dei coniugi che intendono adottare un minore, prevede che la valutazione della loro idoneità si debba riferire alle attitudini e risorse degli stessi e non all'intero ambiente familiare (nella specie, si evidenziava la presenza di un bambino sieropositivo nella famiglia).

Replica la Corte che la disciplina complessiva dell'adozione delineata dalla legge n. 184 del 1983 ha, come essenziale e dominante obiettivo, l'interesse dei minori ad un ambiente familiare stabile ed armonioso, nel quale essi possano crescere sviluppando la loro personalità in un sano ed equilibrato contesto di vita, affettivo ed educativo. L'adozione implica di necessità il pieno inserimento del minore nella comunità familiare adottiva (sentenza n. 89 del 1993) e presuppone la valutazione dell'idoneità dei genitori adottivi, non nella loro isolata individualità, ma nel contesto della famiglia di definitiva accoglienza, nella quale l'adottato è chiamato ad integrarsi pienamente. Le condizioni di vita e di salute nella comunità familiare concorrono, quindi, ad offrire al prudente apprezzamento del giudice elementi di valutazione dell'idoneità dei coniugi, che nella stessa comunità hanno naturale responsabilità ad educare, istruire e mantenere i figli anche adottivi, ai

quali deve essere garantito un ambiente che prevedibilmente assicuri loro, in un contesto familiare, quella crescita sana e quello sviluppo armonioso, che costituiscono ragione e finalità dell'adozione dei minori. Del resto, l'attitudine ad educare, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare sono, tutti, aspetti che concorrono ad offrire elementi di valutazione dell'idoneità degli adottanti (art. 22 della legge n. 184 del 1983) e che non sono ristretti alla sola adozione nazionale.

Questi principi sono del tutto coerenti con quelli espressi dalle convenzioni internazionali dirette a proteggere in modo specifico i minori, le quali ammettono e disciplinano l'adozione esclusivamente nell'interesse superiore del fanciullo. Così, nel decidere sull'adozione, è previsto che si tenga conto, oltre che della personalità, della salute e della situazione economica dell'adottante, anche della vita della sua famiglia e della situazione del suo ambiente familiare (art. 9 della Convenzione europea in materia di adozione dei minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967, ratificata e resa esecutiva con la legge 22 maggio 1974, n. 357).

Non è dunque escluso dal complesso delle valutazioni rimesse al giudice, che deve decidere dell'idoneità dei coniugi adottanti, l'apprezzamento in concreto, sulla base di tutti gli elementi di fatto ritenuti utili per il giudizio, della loro attitudine ad educare ed istruire i minori tenendo conto dell'intero ambiente familiare, senza che sia in astratto di ostacolo preclusivo, ma neppure in principio indifferente, l'infermità di componenti della comunità familiare nella quale il minore adottando sia chiamato a vivere e ad integrarsi, dovendo ogni situazione essere prudentemente valutata dal giudice nel preminente interesse dell'adottando, anche quando questi, come nell'adozione internazionale, non sia ancora individuato.

Questa interpretazione, coerente con le enunciazioni delle convenzioni internazionali che, rese esecutive, concorrono a configurare il nostro ordinamento normativo, è adeguata ai principi costituzionali indicati dal giudice rimettente e consente di ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale.

8.4.1. Adozione e famiglia di fatto

Nella **sentenza n. 281 del 1994**, non viene condiviso il dubbio di costituzionalità dell'art. 6, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui dispone che ai fini dell'idoneità ad adottare gli aspiranti siano uniti in matrimonio da almeno tre anni. A parere del giudice *a quo*, si ravviserebbe un contrasto con l'art. 2 della Costituzione, per violazione della tutela che deve riconoscersi alla famiglia di fatto come formazione sociale, e con l'art. 3, per disparità di trattamento e irragionevolezza, posto che la tenuta di coppia dei coniugi da poco tempo sposati, ma conviventi da dieci anni, appare superiore a quella offerta da coniugi uniti in matrimonio da un triennio.

Secondo la Corte, non si può invero ravvisare la violazione dell'art. 2 della Costituzione, atteso che, da un lato, l'aspirazione dei singoli ad adottare non può ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo, e, dall'altro, che anche qualificando la famiglia di fatto come formazione sociale, non per questo deriverebbe che alla stessa sia riconosciuto il diritto all'adozione, come previsto per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 della Costituzione).

La questione risulta invece inammissibile in ordine alla denunciata violazione dell'art. 3 della Costituzione. Al riguardo il giudice *a quo* rileva che, se "lo scopo della norma è quello di poter fare affidamento su potenziali genitori forti di un rapporto di coppia già sperimentato come stabile", la tenuta della coppia sposata da poco tempo, ma garantita da un lungo periodo precedente di convivenza potrebbe risultare "superiore a quella offerta da coniugi uniti in matrimonio da più di

tre, cinque o sette anni”. Di qui la doglianza di discriminazione irragionevole.

In proposito, la Corte non ignora, per un verso, il sempre maggiore rilievo che, nel mutamento del costume sociale, sta acquistando la convivenza *more uxorio*, alla quale sono state collegate alcune conseguenze giuridiche. Né può per altro verso negarsi validità alla suggestiva considerazione che, proprio ai fini della tutela dell’interesse del minore, la solidità di una vita matrimoniale potrebbe risultare, oltre che da una convivenza successiva alle nozze protratta per alcuni anni, anche da un più lungo periodo, anteriore alle nozze, caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita della coppia stessa, che assuma poi col matrimonio forza vincolante.

Pertanto, fermo restando questo primo e indeclinabile presupposto matrimoniale (con i diritti e doveri che ne conseguono), la scelta potrebbe, eventualmente, cadere anche su coniugi sposati da meno di tre anni, ma con una consistente convivenza *more uxorio* precedente alle nozze.

Tuttavia, affinché l’esercizio di questo potere di scelta sia garantito da una certa uniformità di ponderato comportamento su tutto il territorio nazionale, tale da evitare, nella delicata materia *de qua*, possibili disparità di trattamento tra adottandi o tra coniugi, occorrerebbe definire alcuni criteri oggettivi, svolgenti l’analoga funzione sopra ricordata del triennio di convivenza matrimoniale, in ordine – ad esempio – alla durata ed alle caratteristiche del rapporto, soprattutto affinché la convivenza non sia meramente occasionale, ma prodromica alla creazione di un “ambiente familiare stabile e armonioso” (sentenza n. 184 del 1994).

Ma ciò appartiene alla competenza del legislatore, cui spetta operare scelte così complesse attraverso una interpretazione combinata di diversi elementi e valori di una società in continua evoluzione.

8.4.2. L’adozione del single

Il tema dell’adozione da parte di persone singole evoca delicati equilibri tra la tutela costituzionale della famiglia, il superiore interesse del minore a crescere in una dimensione che consenta il sano sviluppo della propria personalità, il discusso diritto a divenire genitori.

Al riguardo, va segnalata la **sentenza n. 183 del 1994**, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 6 della Convenzione europea in materia di adozioni di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall’Italia con legge 22 maggio 1974, n. 357, “nella parte in cui permette senza limiti l’adozione di un minore da un solo adottante”. Più esattamente, deve intendersi impugnata *in parte qua* la disposizione della citata legge di ratifica che ha conferito efficacia nell’ordinamento interno all’art. 6 della Convenzione.

Ad avviso del giudice rimettente, la norma denunciata, in quanto “esclude ogni limite a che l’adozione avvenga anche da parte di un singolo adottante”, è ritenuta contrastante con gli artt. 3, 29 e 30 Cost., alla stregua dei quali l’adozione legittimante, giusta il criterio dell’*imitatio naturae*, deve essere “ispirata all’intento di dare una famiglia al minore che ne è privo, garantendogli tranquillità, benessere e sana educazione”. Questo criterio esige che, di regola, “ad adottare sia una coppia di coniugi avente una comunanza continuativa di vita e adeguate capacità educative”.

Premette la Corte che l’art. 6 della convenzione non è stato abrogato, né in tutto né in parte, dalla legge n. 184 del 1983, ma la norma pattizia non conferisce immediatamente ai giudici italiani competenti il potere di concedere l’adozione di minori a persone singole fuori dai limiti entro cui tale potere è attribuito dalla legge nazionale, e nemmeno può essere interpretata nel senso di vincolare il legislatore italiano ad ammettere senza limiti l’adozione del singolo.

Destinatari immediati della norma contenuta nell’art. 6 sono i legislatori nazionali: “la

legislazione non può permettere l'adozione di un minore che da parte di due persone unite in matrimonio, sia simultaneamente sia successivamente, o da parte di un solo adottante". Agli Stati firmatari è impartito il divieto di permettere l'adozione di minori da parte di coppie non sposate e insieme attribuita la facoltà di permettere l'adozione di minori, oltre che da coppie sposate, anche da persone singole, coniugate o no.

L'interpretazione letterale, che ravvisa nell'art. 6 un solo principio vincolante per gli Stati aderenti, cioè l'interdizione dell'adozione da parte di coppie non sposate, risponde al criterio ermeneutico desumibile dal *rapport explicatif* del Consiglio d'Europa, il quale chiarisce che non si tratta di una convenzione di diritto uniforme, bensì di "una convenzione contenente un minimo di principî essenziali cui ciascuna Parte contraente darà effetto" (punto 4), e trova esplicita conferma nel commento all'art. 6, dove si precisa che il paragrafo 1 non rende obbligatoria l'introduzione dell'adozione da parte di una persona sola (punto 23).

In quanto attribuisce al legislatore nazionale una semplice facoltà, la norma in esame non è, per definizione, autoapplicativa, ossia direttamente applicabile nei rapporti intersoggettivi privati, occorrendo a tale effetto l'interposizione di una legge interna che determini i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte di una persona singola. Di tale facoltà la legge n. 184 del 1983 si è avvalsa entro limiti ristretti, ammettendo l'adozione soltanto in speciali circostanze (art. 25, quarto e quinto comma) o "in casi particolari" (art. 44), e in questi ultimi senza gli effetti dell'adozione piena. La norma convenzionale rimane in vigore come norma che autorizza il legislatore, se lo riterrà opportuno, ad ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione di un minore da parte di un solo adottante, qualificandola in ogni caso con gli effetti dell'adozione legittimante.

I principî costituzionali richiamati nell'ordinanza di rimessione non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae* in guisa da non consentire l'adozione da parte di un singolo se non nei casi eccezionali in cui è oggi prevista dalla legge n. 184 del 1983. Essi esprimono una indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, essendo prioritaria l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori.

Fermo questo criterio di preferenza (ribadito nel preambolo della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176), gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono ad un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore.

8.5. Gli effetti dell'adozione

Con riferimento a fattispecie di "comunicazione" degli effetti di un tipo di adozione ad un altro, può menzionarsi, innanzi tutto, la **sentenza n. 158 del 1971**, in cui la Corte nega la sussistenza di un contrasto con gli artt. 3, 29 e 30 della Costituzione nell'art. 6 della legge 5 giugno 1967, n. 431, nella parte in cui "esclude dall'adozione speciale coloro che abbiano compiuto il ventunesimo anno d'età alla data di entrata in vigore della legge stessa e siano affidati o affiliati".

Con l'art. 6 della legge n. 431 del 1967 si consente, in via eccezionale e per la durata di cinque anni, che venga dichiarata l'adozione speciale, prescindendosi dai limiti di età previsti dalla legge per gli adottanti e per gli adottandi, di coloro che siano adottati e dei minori che siano in affidamento o siano affiliati alla data di entrata in vigore della legge.

Il legislatore, ad avviso della Corte, richiede che a quella data tutti i possibili adottandi non siano divenuti maggiorenni.

La contraria tesi, secondo cui solo gli affidati e gli affiliati e non anche gli adottati debbano essere minorenni, poggia sopra argomenti letterali di dubbio valore. Ritenere che gli adottati possano essere anche maggiorenni, solo perché l'art. 6, comma primo, ammette la dichiarazione di adozione speciale "nei confronti di chi... è già adottato"; e che gli affidati e gli affiliati debbano essere minorenni, solo perché, quando fa ad essi riferimento, la norma usa ripetutamente il termine "minori", significa non tenere nel dovuto conto altri argomenti di indubbia importanza, e soprattutto la *ratio* dell'intera legge ed in particolare del regime transitorio.

Va, infatti, considerato che nello stesso art. 6, e nel quarto comma, si dispone che i soggetti, nei cui confronti è chiesta la dichiarazione di adozione speciale, se sono di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni debbono essere sentiti e se hanno compiuto gli anni diciotto debbono, altresì, prestare il loro assenso, e si qualificano codesti soggetti come "minori". E nulla si dice al riguardo di coloro che eventualmente abbiano superato il ventunesimo anno di età, implicitamente ammettendosi che solo la categoria dei minori è destinataria del regime dettato per i primi cinque anni dalla data di entrata in vigore della legge.

Ed ancora non può essere trascurato che il legislatore, dopo avere dettato, al terzo comma, norme per i minori affidati, col successivo comma si è riferito ai "minori" ed evidentemente a tutti i minori, compresi gli affidati e quindi a tutti i soggetti eccezionalmente legittimati a conseguire lo *status* di figlio legittimo per adozione speciale.

Con le norme istitutive dell'adozione speciale, il legislatore ha inteso tutelare l'infanzia abbandonata ed in particolare i minori, privi di assistenza materiale e morale, che siano di regola di età inferiore agli anni otto ed eccezionalmente di età superiore (nel caso in cui abbiano superato gli otto anni durante il corso del procedimento). Con il detto regime transitorio ha reso possibile l'accesso al nuovo *status* alle categorie di soggetti la cui situazione maggiormente si avvicina a quella degli adottabili secondo il regime definitivo, e per tutte ha richiesto la minore età come quella che di solito lascia presumere il bisogno di avere una famiglia, in chi non ne faccia stabilmente parte.

A proposito, poi, di coloro che siano in affidamento o affiliati alla data dell'entrata in vigore della legge, anche la asserita disparità di trattamento in danno di quelli maggiorenni apparirebbe pienamente giustificata: chi è già adottato ha una posizione personale nella famiglia che è ben diversa da quelle dell'affiliato o dell'affidato.

Attiene, infine, al merito della normativa, riservato alle scelte discrezionali del legislatore, l'affermazione del giudice *a quo* secondo cui l'esclusione dall'adottabilità, ai sensi dell'art. 6, opererebbe in danno di coloro che "hanno necessità e bisogno di una certezza giuridica che li leghi al nucleo familiare nel quale sono da grandissimo tempo integrati".

Non sussiste per ciò la asserita violazione dell'art. 3 della Costituzione. E non ricorre neppure il preteso contrasto con gli artt. 29 e 30 della Costituzione.

Dal rilievo che "con l'adozione speciale si è creato uno strumento per proteggere i minori allorché i genitori siano incapaci di adempiere i loro compiti e per dare altresì una tutela giuridica e sociale pari a quella dei membri della famiglia legittima" non si può trarre la conseguenza che l'art. 6, là ove esclude la possibilità dell'adozione speciale per gli affidati ed affiliati ultraventunenni, sia in contrasto con le citate disposizioni della Costituzione. Non appare violato l'art. 29 perché questo tutela la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e garantisce l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi con il rispetto dell'unità familiare. E neppure risultano disapplicati i principi e le disposizioni dell'art. 30, e segnatamente dei primi due commi (essendo gli altri del tutto estranei

alla materia di cui alla specie), atteso che in ordine ai doveri dei genitori verso i figli ed in caso di mancata osservanza degli stessi, non è costituzionalmente imposta una disciplina unica o unitaria. È ben possibile, infatti, che, sia pure rivolti a finalità concorrenti o comuni, coesistano istituti distinti, quali l'affidamento e l'affiliazione, e le due forme di adozione, e le norme circa l'assistenza pubblica all'infanzia abbandonata, ecc., e che la complessiva disciplina sia variamente articolata; e che nel campo specifico dell'adozione speciale, questa sia consentita alle condizioni ed entro i limiti risultanti dalle scelte discrezionali che il legislatore abbia posto in essere in modo adeguato e razionale.

Sempre per quel che attiene alla "comunicazione" degli effetti dell'adozione, è da segnalare la **sentenza n. 197 del 1986**, in cui la Corte, con una pronuncia interpretativa di rigetto, dirime il dubbio di costituzionalità dell'art. 79, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, in quanto tale disposizione, stabilendo che "entro tre anni dall'entrata in vigore" della legge medesima possa essere – a determinate condizioni – dichiarata "l'estensione degli effetti dell'adozione nei confronti degli affiliati o adottati ai sensi dell'art. 291 del codice civile, precedentemente in vigore" (c.d. adozione ordinaria), non prevede che analoga estensione degli effetti della adozione *ex lege* n. 184 possa avvenire nei confronti di coloro che sono stati adottati ai sensi della legge n. 431 del 1967.

Al riguardo, la Corte rileva che l'adozione, quale disciplinata dalla legge del 1983, non è istituito nuovo rispetto all'adozione c.d. speciale di cui alla legge del 1967. Il legislatore, al contrario, nel fondato convincimento che la disciplina dell'adozione dei minori contenuta in tale legge corrispondesse, in linea generale alle direttive costituzionali in materia, ha inteso mantenerla in vita nei suoi tratti fondamentali, elevandola a modello generale di adozione e prevedendo discipline diverse solo per taluni casi particolari, tassativamente indicati. Il legislatore ha così provveduto a redigere un testo organico comprensivo di tutta la materia (ivi compresa la nuova disciplina dell'adozione internazionale), nell'ambito del quale, al titolo secondo, è stata integralmente trasfusa, salvo rettifiche e adattamenti, la previgente disciplina dell'adozione speciale; e correlativamente, il capo III del titolo VIII del libro del codice civile, in cui tale disciplina era stata inserita, è stato espressamente abrogato.

Per quanto in particolare attiene alla disciplina degli effetti dell'adozione, il legislatore, ispirandosi alla fondamentale esigenza di tutela dell'interesse del minore, ha mantenuto la scelta già operata nel 1967 di garantire il diritto dello stesso ad avere un'unica famiglia, ove risulti necessario sostituirla una nuova a quella d'origine. Tale scelta, corrispondente alle direttive di cui agli artt. 30, secondo comma, e 31, terzo comma Cost., è stata anzi rafforzata e perfezionata: sia nel senso di sancire la definitiva parificazione dello *status* del figlio adottivo a quella del figlio legittimo a titolo originario, sia nel senso di recidere residui legami del minore adottato con la famiglia di origine. Sotto il primo profilo, è stata perciò soppressa, nell'art. 27, primo comma, la disposizione – contenuta nel corrispondente primo comma dell'art. 314/26, cod. civ. – che limitava l'acquisizione di un pieno *status* di figlio legittimo escludendo l'instaurazione di rapporti di parentela tra l'adottato ed parenti collaterali degli adottanti. Sotto il secondo profilo, col terzo comma del medesimo art. 27 è stata esclusa la rilevanza del vincolo dell'adottato con la famiglia di origine per quanto attiene agli effetti penali previsti dall'art. 540 c.p., eliminando il rinvio alle "norme penali fondate sul rapporto di parentela" contenuto nel secondo comma del citato art. 314/26 e lasciando inalterata solo per divieti matrimoniali la rilevanza di tale rapporto. La tutela del diritto del minore ad avere un'unica famiglia è stata, poi, ulteriormente rafforzata sia attraverso una più appropriata formulazione della disciplina delle certificazioni attinenti al rapporto adottivo, sia attraverso la configurazione di un'apposita previsione incriminatrice per qualsiasi rivelazione di notizie concernenti lo *status* di figlio legittimo per adozione (art. 73).

Il rimettente, pur ammettendo che “l’adozione prevista dalla legge n. 184/1983 si pone come perfezionamento e compimento della “adozione speciale” senza alcuna soluzione di continuità con essa”, fonda la tesi dell’inapplicabilità della suesposta normativa ai rapporti adottivi sorti nel vigore della legge n. 431/1967 sull’assunto che – “in assenza di esplicite disposizioni in tal senso – non è consentito all’interprete (oltre che di dubbia legittimità costituzionale) ricollegare ad un istituto giuridico, al di fuori della volontà degli interessati, conseguenze diverse e ulteriori rispetto a quelle previste dalla norma nel momento in cui di tale istituto si è fatta applicazione”.

Tale tesi, però, non tiene conto né della natura e funzione della normativa disciplinante l’adozione dei minori, né delle caratteristiche del fenomeno di successione di leggi verificatosi nella specie.

Sotto il primo aspetto, l’assunto secondo cui la piena espansione dello *status* di figlio legittimo dell’adottato *ex lege* 431/1967 non potrebbe verificarsi “al di fuori della volontà degli interessati”, suppone evidentemente una concezione privatistica dell’istituto dell’adozione che non solo è sfornita di qualsiasi aggancio normativo o supporto argomentativo, ma contrasta nettamente con la funzione pubblicistica che a tale istituto va assegnata.

Dai principî costituzionali di cui agli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, Cost., discende, invero, che l’adozione deve trovare nella tutela dei fondamentali interessi del minore il proprio centro di gravità; il che significa, tra l’altro, che a questi interessi vadano subordinati tanto quelli degli adottanti (o aspiranti tali) quanto quelli della famiglia di origine.

La connotazione pubblicistica dell’istituto trovava già sostanziale riconoscimento nella legge 431/1967; ed ora essa è stata per più versi accentuata e rafforzata con la disciplina introdotta con la legge del 1983.

Ora, è evidente che tra preminenti interessi del minore rientra, innanzitutto, l’acquisizione dello *status* di figlio legittimo *pleno iure*: sicché, sotto questo profilo, è quanto meno arduo comprendere – né il giudice rimettente lo spiega – per quali motivi il conseguimento di tale *status* per legge ed “al di là della volontà degli interessati” sarebbe “di dubbia legittimità costituzionale”.

Il rilievo, poi, che si pretende di attribuire alla volontà degli interessati è in netta contraddizione con la struttura dell’istituto, quale configurato sia nella legge del 1967 che nella legge del 1983. L’adozione, invero, pur traendo origine da un atto di autonomia degli adottanti, non si perfeziona con la mera domanda dei medesimi, bensì solo con un provvedimento giudiziario rispetto al cui contenuto il rilievo attribuito alla volontà degli istanti soggiace alla preminente considerazione dell’interesse del minore.

Inoltre, le situazioni giuridiche che da tale provvedimento discendono – cioè gli *status*, le potestà, diritti, le facoltà, gli obblighi, ecc. degli interessati e dei terzi – sono interamente predeterminate dalla legge. Il legislatore perciò, così come è libero – nel rispetto dei principî costituzionali – di configurare in un certo modo tali situazioni, altrettanto è libero – sempre nel rispetto dei medesimi principî – di modificarle.

Ove, poi, per “interessati” il Tribunale rimettente abbia inteso parenti collaterali degli adottanti, nei cui confronti l’adottato acquisisce con la nuova legge un rapporto di parentela, è agevolmente osservabile che essi, allo stesso modo in cui subiscono le conseguenze dell’altrui filiazione legittima o naturale, non possono non subirle ove trattisi di filiazione per adozione: tant’è che nessun ruolo specifico è ad essi riservato nel relativo procedimento.

Sotto il secondo degli aspetti considerati, la legge n. 184 del 1983 ha non solo regolato l’intera materia già disciplinata dalla legge n. 431 del 1967 ma ha, altresì, espressamente abrogato, con l’art. 67, l’intera normativa posta con quest’ultima.

A fronte di tale duplice fenomeno – e tenuto conto che esso verte in materia di *status*, regolati

con una normativa ispirata ad esigenze pubblicistiche – il dato che occorrerebbe desumere da esplicite disposizioni legislative non è quello dell’attitudine della nuova disciplina a regolare per il futuro gli effetti di rapporti anteriormente insorti, bensì quello dell’idoneità in tal senso della normativa abrogata, che comporterebbe una sorta di ultrattività di essa.

A convincere che quest’ultimo fenomeno non si verifichi nel caso in esame, basta considerare la singolarità – oltre che l’evidente contrasto con l’intento legislativo – delle conseguenze implicate dalla tesi prospettata dal Tribunale rimettente: la quale condurrebbe, ad esempio, ad ipotizzare, in relazione all’epoca di insorgenza del rapporto adottivo, un doppio regime di certificazione anagrafica e differenti doveri al riguardo degli ufficiali di stato civile e di anagrafe; ed a ritenere la non configurabilità del reato di cui all’art. 73 1. 184/1983 ove le notizie e rivelazioni vietate da tale disposizione concernano un minore adottato anteriormente all’entrata in vigore di tale legge.

8.6. L’adottato ed i suoi legami pregressi

8.6.1. Il cognome dell’adottato

Nella **sentenza n. 120 del 2001**, la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 299, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che, qualora sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, l’adottato possa aggiungere al cognome dell’adottante anche quello originariamente attribuitogli.

Motiva la Corte che il secondo comma dell’art. 299 cod. civ., nel regolare l’assunzione del cognome in caso di adozione di maggiorenne che abbia la qualità di figlio naturale, prevede, nel suo primo periodo, che, qualora si tratti di figlio naturale non riconosciuto, l’adottato assuma solo il cognome dell’adottante. La *ratio* di tale norma, sulla quale non ha inciso la sostituzione operata dall’art. 61 della legge 4 maggio 1983, n. 184, risiede – come rileva la relazione ministeriale – nella ritenuta opportunità di far scomparire il cognome imposto dall’ufficiale di stato civile ai sensi dell’art. 71, ultimo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238.

Tale scelta, peraltro, risulta in contrasto con l’invocato art. 2 della Costituzione, dovendosi ormai ritenere principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello per cui il diritto al nome – inteso come primo e più immediato segno distintivo che caratterizza l’identità personale – costituisce uno dei diritti inviolabili protetti dalla menzionata norma costituzionale (sentenze n. 297 del 1996 e n. 13 del 1994).

Nel caso in esame, non solo l’interessato ha utilizzato da sempre quel cognome, trasmettendolo anche ai propri figli, ma tale segno distintivo si è radicato nel contesto sociale in cui egli si trova a vivere, sicché precludere all’adottato la possibilità di mantenerlo si risolve in un’ingiusta privazione di un elemento della sua personalità, tradizionalmente definito come il diritto “ad essere se stessi”. Ed è innegabile, d’altra parte, che l’antico sfavore verso i figli nati fuori del matrimonio è superato dalla nostra Costituzione oltre che dalla coscienza sociale. Per queste ragioni il fatto che l’adottato acquisisca uno *status* del quale era privo non è motivo sufficiente per negare la violazione dell’art. 2 della Costituzione.

Non può essere dimenticato, d’altronde, che la norma in esame è anche del tutto irrazionale alla luce della riforma dell’adozione di cui alla legge n. 184 del 1983. Con questa legge, infatti, si è compiuta una netta distinzione fra l’adozione di minori, sia essa legittimante o meno, e quella di maggiorenni, regolata dal codice civile. Se la *ratio* della prima è, almeno in linea di massima, quella di fornire al minore una famiglia che sia idonea a consentire nel modo migliore il suo sviluppo – il che spiega l’assunzione, da parte dell’adottato, del solo cognome dell’adottante e la cessazione di

ogni rapporto con la famiglia d'origine (art. 27 della legge n. 184 del 1983), salvo la c.d. adozione in casi particolari – l'obiettivo della seconda evidentemente non è il medesimo, poiché tale adozione (art. 300 cod. civ.) non crea alcun vincolo di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, tanto che il primo conserva tutti i propri precedenti rapporti, specie quelli con la famiglia di origine (v. sentenze n. 500 del 2000 e n. 240 del 1998 ed ordinanza n. 82 del 2001).

La scomparsa del cognome originario, dunque, nel caso del maggiorenne appare anche priva di razionale giustificazione, sicché risulta violato l'art. 3 della Costituzione.

L'ordinanza di rimessione prospetta un'ulteriore contrarietà agli invocati parametri della regola prevista dal primo comma dell'art. 299 cod. civ., in base alla quale il cognome dell'adottante deve essere anteposto al proprio.

Alla luce delle considerazioni svolte, la precedenza del cognome dell'adottante non appare irrazionale, così come non può costituire violazione del diritto all'identità personale il fatto che il cognome adottivo preceda o segua quello originario. La lesione di tale identità è ravvisabile nella soppressione del segno distintivo, non certo nella sua collocazione dopo il cognome dell'adottante.

Nel giudizio concluso con la **sentenza n. 268 del 2002**, la Corte viene chiamata a dirimere il dubbio di costituzionalità, sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, secondo comma, 30, terzo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione, relativo all'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, rinviando all'art. 299 del codice civile per l'attribuzione del cognome al minore adottato in casi particolari, non consente che il minore, o i suoi legali rappresentanti, o gli adottanti possano ottenere, sempre nell'interesse del minore, che questi mantenga il suo precedente cognome, ovvero lo anteponga o lo aggiunga a quello dell'adottante, o ancora sostituisca il cognome dell'adottante al suo.

Nel dichiarare non fondata la questione, la Corte rileva che, quanto alla violazione dell'art. 2 Cost., costituisce principio consolidato quello per cui il cognome è una "parte essenziale ed irrinunciabile della personalità" che, per tale ragione, gode di tutela di rilievo costituzionale in quanto "costituisce il primo ed immediato elemento che caratterizza l'identità personale"; esso è quindi riconosciuto come un "bene oggetto di autonomo diritto dall'art. 2 Cost." e costituisce oggetto di un "tipico diritto fondamentale della persona umana" (sentenze n. 13 del 1994, n. 297 del 1996 e, da ultimo, sentenza n. 120 del 2001).

In questi casi la Corte ha quindi ritenuto illegittime, per violazione dell'art. 2 Cost., norme che, prevedendo dei criteri rigidi ed automatici per l'attribuzione alla persona di un cognome diverso da quello col quale essa era conosciuta nell'ambiente sociale nel quale aveva sino a quel momento svolto la propria personalità, finivano per far prevalere la corrispondenza del cognome allo *status* familiare, sacrificando nel contempo il diritto all'identità personale del soggetto; in entrambi i casi la soluzione adottata è stata quella di lasciare la scelta se mantenere il cognome originario - solo o in aggiunta a quello adottivo - quale tratto consolidato della personalità.

La rimozione del carattere distintivo della vita precedente del soggetto non si verifica nella disciplina per l'adozione in casi particolari, per la quale è stato previsto che l'adottato assuma il cognome dell'adottante anteponendolo al proprio, che in questo modo non viene cancellato ma continua a costituire, in uno col nuovo cognome attribuito al minore, un tratto essenziale della sua identità personale.

L'adozione in casi particolari, prevista dagli artt. 44 e seguenti della legge n. 184 del 1983, è un istituto diverso sia dall'adozione legittimante sia da quella tra persone maggiori di età, pur avendo in comune con la prima la finalità di perseguire l'esclusivo interesse del minore e con la seconda l'effetto non legittimante del provvedimento, col quale non vengono rescissi i rapporti dell'adottato con la sua famiglia di origine.

Il legislatore, nello stabilire la disciplina dell'adozione in casi particolari, ha quindi compiuto una "non facile composizione" di esigenze diverse, tra le quali quella di "evitare che l'instaurazione del nuovo rapporto comporti la rottura di quello esistente con l'altro genitore biologico e/o con i di lui parenti, pur quando con costoro il minore abbia instaurato e mantenga legami significativi" (sentenza n. 27 del 1991), operando una scelta del tutto conforme alle finalità dell'istituto.

Nel disciplinare l'attribuzione del cognome all'adottato, la scelta fatta dal legislatore, nella sua discrezionalità, è stata quella di non eliminare il legame del minore col proprio passato e, perciò, con la sua identità personale come essa è stata ed è conosciuta nell'ambiente sociale di cui egli è, e deve continuare ad essere, parte; per tale ragione, pur essendo astrattamente possibili soluzioni differenziate per i diversi casi, il legislatore ha previsto una disciplina unitaria, rispettosa della personalità del soggetto come tutelata dall'art. 2 Cost., proprio in quanto mantiene il cognome originario, cui aggiunge, antepoendolo, quello dell'adottante, con ciò dando atto dei precedenti e non interrotti legami familiari dell'adottato.

Non può neppure dirsi che la disciplina prevista dalla legge per l'attribuzione del cognome ai minori adottati in casi particolari violi le altre norme costituzionali indicate dal giudice *a quo*; l'attribuzione del cognome dell'adottante, anteposto a quello originario del minore facente già parte della sua individualità, non può invero essere un ostacolo di ordine sociale allo sviluppo della personalità umana ai sensi dell'art. 3, secondo comma, Cost., o costituire un trattamento deteriore dei figli nati fuori dal matrimonio ai sensi dell'art. 30, terzo comma Cost., o risolversi in una disciplina che non attua la protezione del minore richiesta dall'art. 31, secondo comma, Cost.

Si tratta, al contrario, di una disposizione rispettosa della personalità del minore e non discriminatoria; l'attribuzione del doppio cognome, infatti, sta proprio a significare l'avvenuto inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare, senza che nel contempo venga imposta la perdita del cognome col quale egli era ed è conosciuto nei diversi ambienti che frequenta e dei legami con la famiglia di origine, secondo la *ratio* complessiva della adozione in casi particolari.

Il legislatore, avendo operato, nella sua discrezionalità, una scelta non irragionevole, ha voluto quindi evitare, attraverso il mantenimento del cognome originario cui si antepone quello dell'adottante, proprio quell'effetto di perdita di legami sociali, con conseguente difficoltà allo sviluppo della personalità, che viene paventato dal giudice rimettente.

La norma impugnata non può neppure causare l'effetto di una minor tutela per i figli nati fuori dal matrimonio, come sostiene il rimettente, qualora l'adozione riguardi figli naturali riconosciuti; anche in questo caso, infatti, si tratta di un minore che già ha assunto il cognome del genitore che ha effettuato il riconoscimento e che tramite esso è conosciuto nell'ambiente sociale; la successiva adozione (in casi particolari) da parte del coniuge del genitore che ha effettuato il riconoscimento, anche mediante l'attribuzione del secondo cognome, certamente non comprime la personalità del minore.

Né infine la norma impugnata può integrare una omessa tutela della gioventù prevista dall'art. 31, secondo comma, Cost., dovendo tale norma costituzionale essere più propriamente riferita agli istituti di legislazione sociale a protezione della famiglia e dell'infanzia, piuttosto che al novero dei diritti della persona.

In sostanza, sarebbe contraria alla Costituzione una disposizione che imponesse la cancellazione, attraverso la sostituzione automatica del cognome originario, di un tratto essenziale della personalità del soggetto, mentre la scelta della posizione dei due cognomi, di per sé, non costituisce violazione del diritto della personalità del soggetto.

8.6.2. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini

La volontà dell'adottato di conoscere la propria famiglia biologica può creare problemi con l'esigenza di riservatezza dei genitori naturali.

Nel giudizio concluso con la **sentenza n. 425 del 2005**, alla Corte viene chiesto di vagliare la costituzionalità dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica».

La violazione dell'art. 2 della Costituzione è prospettata dal rimettente sotto il profilo che la norma impugnata farebbe prevalere in ogni caso l'interesse della madre naturale all'anonimato sul diritto inviolabile del figlio all'identità personale. Censurando particolarmente tale assolutezza, il rimettente chiede alla Corte una sentenza additiva che dichiari la norma costituzionalmente illegittima nella parte in cui, ove la madre naturale abbia manifestato la volontà di non essere nominata, non condiziona il divieto per l'adottato di accedere alle informazioni sulle origini alla previa verifica, da parte del giudice, dell'attuale persistenza di quella volontà.

A prescindere da ogni altra considerazione sulla portata di una tale pronuncia, la tesi del rimettente è infondata.

La norma impugnata mira evidentemente a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi.

L'esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità spiega perché la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà.

Pertanto la norma impugnata, in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con l'art. 2 della Costituzione.

La violazione dell'art. 3 della Costituzione è dedotta sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione. Il rimettente ritiene irragionevole la scelta legislativa di vietare al primo l'accesso alle informazioni sulle proprie origini e consentirla invece al secondo, mentre l'equilibrio dell'adottato e quello dei genitori adottivi può essere esposto nell'ultimo caso ad insidie maggiori che non nel primo, nel quale il genitore biologico a distanza di anni potrebbe avere elaborato la condotta passata.

La censura è infondata, perché la diversità di disciplina fra le due ipotesi non è ingiustificata. Solo la prima, infatti, e non anche la seconda, è caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto

dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato.

8.7. L'adozione internazionale

L'art. 32, comma 1, lettera c), della legge n. 184 del 1983, nel testo previgente le modifiche apportate dalla legge n. 476 del 1998, prevedeva che il Tribunale per i minorenni dichiarasse l'efficacia nello Stato dei provvedimenti di adozione stranieri purché il provvedimento stesso non fosse contrario «ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori».

Tale disposizione è stata portata al vaglio della Corte per i seguenti diversi profili: a) il provvedimento adottivo straniero viene assunto nel nostro ordinamento quale mero presupposto per l'instaurazione di una procedura che sfocia in un'adozione con effetti diversi da quelli che gli sarebbero propri nello Stato in cui il provvedimento stesso è stato emanato, con conseguente violazione dell'art. 10, comma 1, Cost., per lesione della norma di diritto internazionale, universalmente riconosciuta, del rispetto della sovranità degli Stati; b) la disposizione, come interpretata dalla Cassazione, consentirebbe che siano dichiarati efficaci provvedimenti stranieri fondati sul solo consenso dei genitori biologici all'adozione, in violazione del principio di ragionevolezza, in quanto si porrebbe in contrasto con le finalità della legge n. 184 del 1983 che, al fine di tutelare l'infanzia abbandonata, ha ripudiato il modello adottivo c.d. consensuale. La norma, inoltre, confliggerebbe con l'art. 2 Cost., in quanto consentirebbe di recidere il legame del minore con la propria famiglia di origine, anche in mancanza di un effettivo stato di abbandono, nonché con l'art. 3 Cost., in quanto il *favor minoris*, del quale è permeata la disciplina dell'adozione legittimante, sarebbe riservato al solo minore di cittadinanza italiana. L'art. 3 Cost., infine, sarebbe violato anche in ragione dell'ingiustificato privilegio accordato alle coppie italiane in grado di disporre delle somme necessarie per le adozioni consensuali di minori stranieri, rispetto agli aspiranti all'adozione sprovvisti di tali mezzi.

Replica la Corte, nella **sentenza n. 536 del 1989**, che la scelta del legislatore di attribuire all'adozione dei minori stranieri effetto legittimante anche se il contenuto del provvedimento straniero corrisponde ad un diverso modello di adozione, è coerente con i principi costituzionali, sia perché risponde all'esigenza di favorire lo sviluppo della personalità dell'adottato (art. 2 Cost.) e gli assicura parità di trattamento nei confronti del minore italiano (art. 3 Cost.), sia perché, conformemente agli artt. 30, comma secondo, e 31, comma terzo, Cost., soddisfa il suo, preminente interesse all'acquisizione, dello *status* di figlio legittimo *pleno iure*. Né è dimostrato che esista – e, pertanto, che sia violata – una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta la quale riponga che il provvedimento straniero sia rispettato nel suo contenuto senza modifiche.

Inoltre, l'interpretazione (della Cassazione) secondo cui l'art. 32, lett. c), legge n. 184 del 1983, consente la dichiarazione di efficacia delle adozioni c.d. consensuali di minori stranieri non contrasta, sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, con i principi ispiratori della stessa legge n. 184, in quanto è coerente con l'esigenza che l'adozione internazionale possa operare con ampiezza per realizzare gli obiettivi di solidarietà e collaborazione verso la popolazione infantile di altri paesi, perseguiti dal legislatore.

Si sottolinea, altresì, che il principio secondo cui il minore ha diritto alla formazione della sua personalità primariamente nell'ambito della famiglia di origine (art. 1, legge n. 184 del 1983), ha valore generale, sicché anche per il minore straniero (come per quello italiano) l'adozione legittimante postula un effettivo stato di abbandono, che non può desumersi in modo automatico dal consenso all'adozione prestato dai genitori biologici, ma va valutato in un quadro di risultanze

obiettive – fra cui quelle del provvedimento straniero (giurisdizionale o amministrativo) – che dia sufficienti garanzie circa la rispondenza dell'adozione all'interesse del minore.

La Corte conclude ribadendo il principio secondo cui l'individuazione della famiglia sostitutiva deve rivestire carattere di "adeguatezza" (artt. 2 e 30, commi primo e secondo, Cost.) è valido anche per l'adozione di minori stranieri, e riguardo ad essa la scelta di adottanti "idonei" non è rimessa ai genitori biologici, ma a parte il controllo dell'autorità straniera, è sufficientemente garantita da valutazioni preventive e successive del giudice italiano, circa l'attitudine in concreto, degli aspiranti adottanti ad educare un minore straniero e circa gli esiti del congruo periodo di affidamento preadottivo richiesto dalla legge.

In tema di adozione di minori stranieri va segnalata anche l'**ordinanza n. 415 del 2002**, che dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, comma 2, e 35, commi 3 e 6, della legge 31 dicembre 1998, n. 476 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri), nella parte in cui non prevedono, per l'adozione internazionale, l'affido preadottivo del minore per la durata di un anno quale principio fondamentale del diritto italiano di famiglia e dei minori.

Al riguardo, le norme italiane sull'adozione internazionale devono tenere conto della necessità di favorire accordi tra gli Stati, volti alla creazione di una disciplina uniforme che consenta all'adozione di operare con ampiezza, al fine di realizzare in concreto obiettivi di solidarietà e collaborazione coi Paesi di provenienza dei minori che versano in condizioni di grave difficoltà.

La Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 e resa esecutiva in Italia con la legge n. 476 del 1998, costituisce un atto di diritto internazionale che intende raggiungere l'obiettivo di un diritto internazionale uniforme nell'ambito di equi rapporti in materia di adozione internazionale. La Convenzione, all'art. 24, prevede il principio del riconoscimento dei provvedimenti di adozione pronunciati dalle autorità dei Paesi di provenienza dei minori, da parte degli altri Stati contraenti – salvo il caso in cui l'adozione risulti contraria all'ordine pubblico interno e tenuto sempre conto del migliore interesse del minore – e il legislatore nazionale, ratificando la Convenzione con la legge n. 476 del 1998, ha recepito tale principio, innovando il procedimento col quale viene data esecuzione in Italia ai provvedimenti stranieri che, nel concorso di tutte le condizioni richieste, non necessitano di un ulteriore periodo di affidamento preadottivo in Italia. La legge di ratifica, in linea con le disposizioni convenzionali, ha comunque previsto che l'efficacia diretta nell'ordinamento interno dell'adozione pronunciata all'estero sia subordinata ad una serie di adempimenti e controlli – l'obbligo per i genitori adottivi, preventivamente dichiarati idonei, di rivolgersi esclusivamente ad uno degli enti autorizzati, la non contrarietà ai principî fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, la certificazione di conformità dell'adozione alla Convenzione e l'autorizzazione all'ingresso ed alla permanenza del minore rilasciate dalla Commissione per le adozioni internazionali – tali da comportare una verifica, da parte del giudice italiano, effettiva e non limitata ad aspetti solamente formali, in ordine ai presupposti richiesti per il riconoscimento ed alla regolarità della procedura.

Nessuna disparità di trattamento sussiste perciò tra le norme relative al procedimento previsto per l'adozione nazionale e quelle che regolano il riconoscimento dell'adozione pronunciata all'estero, dovendosi ribadire che il legislatore ha ampia discrezionalità nel prevedere diverse forme per i diversi tipi di adozione; il minore adottato all'estero risulta comunque tutelato dalle disposizioni censurate dal tribunale per i minorenni rimettente, pur in assenza di un periodo di

affidamento preadottivo in Italia, la cui previsione, del resto, verrebbe a porsi in insanabile contrasto con la Convenzione e con lo stesso sistema del diritto internazionale privato.

Peraltro, nessuna norma costituzionale impone di riconoscere quale principio fondamentale del nostro diritto di famiglia e dei minori l'obbligatoria previsione di un periodo di affidamento preadottivo in Italia per il minore adottato all'estero.

8.8. La revoca dell'adozione

La centralità dell'interesse del minore viene in rilievo nel corso dell'esame del dubbio della legittimità costituzionale dell'art. 27 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede che possa essere pronunciata la revoca per gravi motivi, nell'interesse dell'adottato, dell'adozione e dell'acquisto dello stato di figlio legittimo (**sentenza n. 344 del 1992**).

La Corte sottolinea che la disciplina dell'adozione, quale risulta dalla legge n. 184 del 1983, è volta ad attribuire al minore, che versa in stato di abbandono, un ambiente familiare definitivamente stabile, idoneo ad assicurargli la educazione, la istruzione ed il mantenimento da parte dei genitori adottivi, con i quali si costituisce, nell'interesse del minore, un vincolo di filiazione assimilato a quello della filiazione legittima.

Il legislatore ha ritenuto opportuno costruire come definitivo questo vincolo, rendendo irretrattabile la adozione, indipendentemente dalle vicende che seguono nella famiglia adottiva, nella quale si intendono affermare rapporti affettivi, rischi di difficoltà, opportunità di un loro superamento, non dissimili da quelli propri di ogni altra comunità familiare. Perché si possano produrre effetti così profondi e duraturi il legislatore ha preordinato una procedura complessa, articolata in più fasi volte ad accertare rigorosamente, prima della definitiva pronuncia di adozione, la esistenza dei presupposti oggettivi per una adozione preordinata all'interesse del minore, la idoneità dei soggetti, la sperimentata integrazione tra adottanti e adottato in una funzionale unità familiare. Risultano così circondati da particolari cautele, in un disegno normativo che esige grande accuratezza ed elevata responsabilità nelle sue applicazioni, la dichiarazione di adottabilità dei minori che versano in stato di abbandono, la valutazione della idoneità dei coniugi che intendono adottare un minore per svolgere in piena responsabilità il ruolo di genitori, la verifica della soluzione adottiva che si prospetta, sperimentandone gli esiti nel corso del necessario e controllato periodo di affidamento preadottivo.

In questo contesto, la scelta operata dal legislatore di escludere la revocabilità della adozione muove in un ambito di discrezionalità che non attinge alla irragionevolezza. Inoltre, non può essere invocata, come elemento di comparazione della assenza di tale revocabilità, la revoca dell'adozione in casi particolari, prevista dagli artt. 51 e 53 della stessa legge n. 184 del 1983 per eventi del tutto eccezionali nel rapporto tra adottante ed adottato (attentato alla vita, commissione di altri delitti dell'uno in danno dell'altro o viceversa; violazioni dei doveri incombenti sugli adottanti).

Difatti, al di là della diversità di effetti e della non piena comparabilità tra adozione legittimante ed adozione in casi speciali, per quest'ultima manca comunque la verifica che con l'affidamento preadottivo precede la definitività dell'adozione.

Utili argomenti a favore della necessaria previsione dell'istituto della revoca della adozione non possono neppure essere tratti dalla Convenzione europea in materia di adozione di minori, invocata dal giudice rimettente, indipendentemente dal valore da attribuire a tale Convenzione quale ipotetico parametro di raffronto. Difatti la Convenzione europea non prevede la necessità dell'istituto della revoca dell'adozione, ma impone piuttosto cautele nel caso in cui la revoca sia ammessa, come può esserlo, in base ad una valutazione discrezionale di opportunità operata dalla

legge (art. 13).

Parimenti inconferente si palesa il prospettato riferimento all'art. 30, secondo comma, della Costituzione, se si considera che l'istituto dell'adozione di minori rappresenta uno dei modi con cui si tende, nel disegno normativo, e si deve tendere, nella concretezza della esperienza, a provvedere affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità.

8.9. Adozione ed attività lavorativa degli adottanti

8.9.1. L'astensione dal lavoro

La Corte dichiara, nella **sentenza n. 104 del 2003**, l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità), nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, «entro il primo anno di vita del bambino» anziché «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia».

Premette la Corte che gli istituti a protezione della maternità nascono e vivono per un certo tempo in un contesto sociale e ordinamentale nel quale da un canto l'adozione, ed in particolare quella dei minorenni, ha scarsa applicazione e svolge una funzione ben diversa da quella che avrebbe successivamente assunto, dall'altro il ruolo del padre nella società e nella famiglia è ancora concepito come del tutto secondario riguardo alla crescita e alla educazione dei figli nei primi anni della loro vita, sicché ciò che ha preminente rilievo è pur sempre la maternità biologica.

Il quadro muta radicalmente a partire dagli anni settanta per effetto di una serie di leggi di riforma (diritto di famiglia, parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro, adozione dei minori) e di alcune decisioni della Corte.

L'art. 6 della legge n. 903 del 1977 ha esteso alle madri adottive o affidatarie gli istituti dell'astensione dal lavoro obbligatoria e facoltativa e l'art. 7 ha attribuito anche al padre lavoratore il diritto all'astensione facoltativa, ma solo a determinate condizioni.

La legge, stabilendo che i benefici potevano essere goduti, in caso di adozione o affidamento, nel primo anno d'ingresso del bambino nella famiglia dell'adottante o dell'affidatario, anche se limitatamente all'ipotesi che il bambino non avesse superato i sei anni di età, ha attribuito rilievo alla diversità di esigenze del bambino adottato rispetto a quelle proprie del bambino che vive con i genitori naturali o con almeno uno di questi.

La Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme disciplinanti gli istituti a protezione della maternità e dei minori, in particolare sotto il profilo della loro mancata o non totale estensione al padre lavoratore oppure ai genitori legali (adottanti o affidatari).

Per effetto di una serie di decisioni, tutte di accoglimento, il diritto all'astensione obbligatoria ed ai riposi giornalieri, a determinate condizioni, è stato esteso al padre lavoratore (**sentenza n. 1 del 1987**); il diritto all'astensione facoltativa è stato riconosciuto alla madre affidataria provvisoria e quello all'astensione obbligatoria alla madre affidataria in preadozione (**sentenza n. 332 del 1988**); il diritto all'astensione nei primi tre mesi dall'ingresso del bambino nella famiglia è stato attribuito al padre lavoratore affidatario di minore per i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia in alternativa alla madre (**sentenza n. 341 del 1991**); il diritto ai riposi giornalieri, infine, è stato esteso, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore in alternativa alla madre consenziente, per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita (**sentenza n. 179 del 1993**).

Da quanto sinteticamente esposto risulta che gli istituti dell'astensione dal lavoro, obbligatoria e

facoltativa, ora denominati congedi, e quello dei riposi giornalieri oggi non hanno più l'originario necessario collegamento con la maternità naturale e non hanno più come esclusiva funzione la protezione della salute della donna ed il soddisfacimento delle esigenze puramente fisiologiche del minore, ma sono diretti anche ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità.

Ciò che più rileva è la piena coincidenza tra la *ratio* delle decisioni della Corte appena richiamate e l'attività del legislatore. Questi, nel momento in cui ha esteso misure previste in caso di filiazione naturale alla filiazione adottiva ed all'affidamento ha avvertito che l'età del minore diveniva un elemento, se non trascurabile, certamente secondario, mentre veniva in primo piano il momento dell'ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria, in considerazione delle difficoltà che tale ingresso comporta sia riguardo alla personalità in formazione del minore, soggetta al trauma del distacco dalla madre naturale o a quello del soggiorno in istituto, sia per i componenti della famiglia adottante o affidataria.

I riposi giornalieri, una volta venuto meno il nesso esclusivo con le esigenze fisiologiche del bambino, hanno la funzione di soddisfare i suoi bisogni affettivi e relazionali al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità. Essi, pertanto, svolgono una funzione omogenea a quella che assolvono i congedi e, più specificamente, i congedi parentali. Ora, per questi il legislatore ha ritenuto rilevante, in caso di adozione o di affidamento, il momento dell'ingresso del minore nella famiglia, considerando l'età del minore, peraltro diversamente disciplinata a seconda delle varie ipotesi di adozioni o affidamenti, esclusivamente come un limite alla fruizione dei benefici. Ne consegue che restringere il diritto ai riposi per gli adottanti e gli affidatari al primo anno di vita del bambino non soltanto è intrinsecamente irragionevole, ma è anche in contrasto con il principio di eguaglianza, perché l'applicazione agli adottanti ed agli affidatari della stessa formale disciplina prevista per i genitori naturali finisce per imporre ai primi ed ai minori adottati o affidati un trattamento deteriore, attesa la peculiarità della loro situazione.

Né può indurre a diversa conclusione la richiamata disposizione sulla disciplina dei riposi in caso di parto plurimo, poiché non solo le esigenze fisiche ma anche quelle affettive richiedono un tempo maggiore quando debbono essere soddisfatte riguardo a più persone.

8.9.2. L'indennità di maternità

Un'ingiustificata disparità di trattamento fra i coniugi, nonché una disparità di trattamento tra liberi professionisti e lavoratori dipendenti, viene rinvenuta negli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non consentono al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare – in alternativa alla madre – dell'indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia.

Al riguardo, la Corte ricorda, nella **sentenza n. 385 del 2005**, che il d.lgs. n. 151 del 2001 rappresenta l'esito di un'evoluzione legislativa che ha modificato profondamente la disciplina della tutela della maternità, estendendo al padre lavoratore ed ai genitori adottivi i diritti in precedenza spettanti alla sola madre, a protezione del preminente interesse della prole.

Tale evoluzione è espressa dal d.lgs. n. 151 del 2001 che, nel provvedere alla ricognizione organica della materia, pone su un piano di parità ed uguaglianza i genitori che svolgono attività lavorativa e sancisce definitivamente l'equiparazione dei genitori adottivi o affidatari a quelli biologici.

La tutela offerta dalla normativa in esame non è, peraltro, completa.

Per il caso di adozione o affidamento, l'art. 31 stabilisce che il congedo di maternità di cui ai

precedenti artt. 26, primo comma, e 27, primo comma, nonché il congedo di paternità di cui all'art. 28 spettano, a determinate condizioni, anche al padre lavoratore.

Le espressioni “lavoratore” e “lavoratrice” che compaiono in tale norma devono essere interpretate alla luce del disposto dell'art. 2, comma 1, lettera e), secondo cui «per “lavoratrice” o “lavoratore”, salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti [...] di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative»: la lettera della legge è, pertanto, esplicita nell'escludere che in detta nozione possano essere fatti rientrare coloro che esercitano una libera professione, con la conseguenza che agli stessi l'art. 31 non può essere applicato.

Alle madri libere professioniste è dedicato il Capo XII del d.lgs. n. 151 del 2001: in particolare, l'art. 70, primo comma, riconosce «alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza [...] un'indennità di maternità [...]», che l'art. 72, primo comma, estende, poi, all'ipotesi di adozione o affidamento. Anche in questo caso, la lettera della legge è di chiara interpretazione e, nel fare esclusivo riferimento alle libere professioniste, esclude in linea di principio i padri liberi professionisti dal godimento del detto beneficio.

Pertanto, il d.lgs. n. 151 del 2001 ha testualmente riconosciuto il diritto all'indennità al padre adottivo o affidatario che sia lavoratore dipendente, escludendo, viceversa, coloro che esercitano una libera professione, i quali non hanno, perciò, la facoltà di avvalersi del congedo, e dell'indennità, in alternativa alla madre.

Tale discriminazione rappresenta un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore.

Gli istituti nati a salvaguardia della maternità, in particolare i congedi ed i riposi giornalieri, non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino, che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità.

Ciò è tanto più vero nell'ipotesi di affidamento e di adozione, ove l'astensione dal lavoro non è finalizzata alla tutela della salute della madre, ma mira in via esclusiva ad agevolare il processo di formazione e crescita del bambino, creando le condizioni di una più intensa presenza della coppia, i cui componenti sono entrambi affidatari, e come tali entrambi protagonisti, nell'esercizio dei loro doveri e diritti, della buona riuscita del delicato compito loro attribuito.

Pertanto, se il fine precipuo dell'istituto, in caso di adozione e affidamento, è rappresentato dalla garanzia di una completa assistenza al bambino nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia, il non riconoscere l'eventuale diritto del padre all'indennità costituisce un ostacolo alla presenza di entrambe le figure genitoriali. Occorre garantire un'effettiva parità di trattamento fra i genitori – nel preminente interesse del minore – che risulterebbe gravemente compromessa ed incompleta se essi non avessero la possibilità di accordarsi per un'organizzazione familiare e lavorativa meglio rispondente alle esigenze di tutela della prole, ammettendo anche il padre ad usufruire dell'indennità di cui all'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001 in alternativa alla madre. In caso contrario, nei nuclei familiari in cui il padre esercita una libera professione verrebbe negata ai coniugi «la delicata scelta di chi, assentandosi dal lavoro per assistere il bambino, possa meglio provvedere» alle sue esigenze, scelta che, secondo la giurisprudenza menzionata di questa Corte, non può che essere rimessa in via esclusiva all'accordo dei genitori, «in spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del figlio» (sentenza n. 179 del 1993).

La violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il

legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgano un'attività di lavoro dipendente: il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure (differenze che non riguardano, certo, il diritto a partecipare alla vita familiare in egual misura rispetto alla madre), e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva.

Appare discriminatoria l'assenza di tutela che si realizza nel momento in cui, in presenza di una identica situazione e di un medesimo evento, alcuni soggetti si vedono privati di provvidenze riconosciute, invece, in capo ad altri che si trovano nelle medesime condizioni.

Rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta anche al lavoratore padre un'adeguata tutela.

Di contro, non viene accolta – nella **sentenza n. 285 del 2010** – la denuncia avverso l'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui esso, nel fare esclusivo riferimento alle «libere professioniste», non prevede il diritto del padre libero professionista di percepire, in alternativa alla madre biologica, l'indennità di maternità.

Il rimettente basa il proprio dubbio di costituzionalità sul presupposto che la disposizione, non consentendo al padre libero professionista di usufruire, al posto della madre, della indennità di maternità, non tiene conto del principio secondo cui, in ragione del preminente interesse del bambino, i genitori devono godere di analoghe tutele in ambito lavorativo e, in particolare, del fatto che il suddetto beneficio è riconosciuto al padre adottivo, libero professionista, per effetto della sentenza n. 385 del 2005, e al padre lavoratore subordinato, in applicazione dell'art. 28 del d.lgs. n. 151 del 2001.

Tale questione non tiene conto che le situazioni poste a raffronto sono tra loro differenti, pur essendo esse accomunate dalla finalità di protezione del minore.

Il legislatore, con il d.lgs. n. 151 del 2001, ha voluto disciplinare i diversi istituti posti a fondamento della sopra indicata tutela (congedi, riposi, permessi), valorizzando l'uguaglianza tra i coniugi e tra le varie categorie di lavoratori, nonché tra genitorialità biologica e adottiva, al fine di apprestare la migliore tutela all'interesse preminente del bambino.

Sul punto assumono rilevanza le norme che riconoscono in condizione di parità, al padre e alla madre, indipendentemente dall'essere genitori naturali o adottivi, il congedo parentale (artt. 32 e 36 d.lgs. n. 151 del 2001) e i riposi giornalieri (artt. 39, 40 e 45 del d.lgs. n. 151 del 2001).

Ora, l'uguaglianza tra i genitori è riferita a istituti in cui l'interesse del minore riveste carattere assoluto o, comunque, preminente, e, quindi, rispetto al quale le posizioni del padre e della madre risultano del tutto fungibili tanto da giustificare identiche discipline. Diversamente, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre.

Sul punto appaiono significativi gli artt. 16 e 28 del d.lgs. n. 151 del 2001.

L'art. 16, nel disciplinare il congedo di maternità, stabilisce che la donna lavoratrice dipendente non può essere adibita al lavoro nei due mesi antecedenti al parto e nei successivi tre. L'art. 28 prevede poi che «il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre». Al suddetto periodo è ricollegato il godimento dell'indennità di maternità pari all'80 per

cento della retribuzione (art. 22 del d.lgs. n. 151 del 2001).

Dalla lettura dell'art. 28 risulta evidente che la posizione del padre naturale dipendente non è, come invece erroneamente sostenuto dal rimettente, assimilabile a quella della madre, potendo il primo godere del periodo di astensione dal lavoro e della relativa indennità solo in casi eccezionali e ciò proprio in ragione della diversa posizione che il padre e la madre rivestono in relazione alla filiazione biologica.

Nel caso di specie, alla tutela del nascituro si accompagna, appunto, quella della salute della madre, cui è finalizzato il riconoscimento del congedo obbligatorio e della collegata indennità.

Nella sentenza n. 1 del 1987 si è affermato che il fine perseguito dal legislatore mediante l'istituto dell'astensione obbligatoria è quello di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente precedente e successivo al parto, tenendo conto anche delle esigenze relazionali e affettive del figlio in tale periodo. Pertanto, la Corte ha ritenuto irragionevole non estendere al padre il diritto all'astensione obbligatoria e, conseguentemente, all'indennità di maternità ad essa collegata, nei casi in cui la tutela della madre non sia possibile a seguito di morte o di grave impedimento della stessa, e ciò in quanto in simili ipotesi gli interessi che l'istituto dell'astensione obbligatoria può tutelare sono solo quelli del minore ed è quindi rispetto a questi che esso deve rivolgersi in via esclusiva. Tali condizioni non ricorrono evidentemente nel caso di specie.

9. La potestà genitoriale

9.1. La potestà sul figlio naturale riconosciuto

L'inadeguatezza dei rapporti familiari, disciplinati dal codice previgente, alla luce dei parametri costituzionali è pienamente avvertita nella **sentenza n. 71 del 1966**, laddove viene denunciato l'art. 260, comma secondo, del Codice civile in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione: la norma stabilisce che, se un figlio naturale è riconosciuto da entrambi i genitori, i diritti derivanti dalla patria potestà sono esercitati di regola dal padre.

Per la Corte la questione è infondata, "anche se si deve ancora una volta osservare che la norma impugnata e le altre che disciplinano i rapporti familiari richiedono ormai una revisione legislativa".

In ogni caso, motiva la Corte, poiché i genitori naturali non costituiscono una famiglia e tanto meno una famiglia legittima, l'art. 29 della Costituzione, che riguarda solo la "società naturale fondata sul matrimonio", è male invocato.

Quanto poi all'art. 3, sia che lo si guardi da solo sia che lo si legga insieme con l'art. 29, se ne potrebbe vedere la violazione qualora la norma denunciata apparisse arbitraria. Ma ciò deve escludersi quando si pensi che la patria potestà non è soltanto un diritto, ma notoriamente un potere da esercitarsi nell'interesse del figlio e che questo è un motivo per cui, anche nella famiglia legittima, il Codice ne attribuisce l'esercizio di regola al padre.

Il legislatore ha voluto evitare tra l'altro che il dissenso dei genitori possa compromettere l'educazione o l'amministrazione dei beni dei figli. La norma, come che se ne giudichi il contenuto, non è irrazionale perché, considerato pericoloso per i figli l'esercizio collegiale della patria potestà là dove non esiste neanche l'unità familiare, non si poteva che attribuirlo ad uno dei genitori; salvo a sostituirlo con l'altro o comunque a prevedere l'intervento del giudice "se l'interesse del figlio lo esige" (art. 260, comma terzo).

9.2. L'assistenza ai figli minori da parte del genitore detenuto

Il diritto-dovere dell'assistenza ai figli minori riconosciuto ad entrambi i genitori consente alla Corte di estendere anche al padre una serie di diritti inizialmente previsti solo per la madre lavoratrice, come nel caso della **sentenza n. 215 del 1990**, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, primo comma, n. 1, della legge 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare, concedibile alla madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, possa essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Motiva la Corte che il trattamento differenziato previsto per la prole infratreenne che, pur avendo la madre detenuta, è ammessa dalla legge impugnata a godere dell'assistenza della genitrice mediante l'istituto della detenzione domiciliare, rispetto alla sorte di coloro che, essendo la madre deceduta o impossibilitata, non possono ricevere pari beneficio riguardo al padre detenuto, non sembra ispirato a razionalità alcuna.

In effetti, la manifesta incompatibilità di tale situazione nei confronti dell'art. 3 della Costituzione emerge particolarmente del collegamento con i principî consacrati negli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione stessa.

Il riconoscimento della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, e il riconoscimento stesso dei diritti della famiglia (art. 29), il dovere e il diritto dei genitori di mantenere ed educare i figli, e soprattutto, le provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità (art. 30), la protezione che la Carta fondamentale accorda all'infanzia, sollecitando la Repubblica a favorire gli istituti necessari a tale scopo (art. 32), rappresentano un complesso di eminenti valori che, mentre rendono intollerabile la denunciata discriminazione, fondano a loro volta specifiche incompatibilità.

La previsione dell'art. 47-ter, secondo cui soltanto alla madre viene riconosciuto, mediante la concessione della detenzione domiciliare, il diritto-dovere di assistere la prole infratreenne, nega implicitamente al genitore l'esercizio dello stesso diritto e l'adempimento dell'identico dovere per il caso in cui la madre manchi o sia assolutamente impossibilitata ad espletare quel compito: eppure si tratta di compiti doverosi che la Costituzione affida, invece, alla pari responsabilità dei genitori.

Altrettanto dicasi per le provvidenze che la Costituzione impone alla legge quando i genitori non siano in grado di espletare quei compiti. La legge impugnata prevede bensì la provvidenza della detenzione domiciliare per la madre detenuta, ma non analoga provvidenza per il padre, quando questi versi nello stesso stato di detenzione e la madre non vi sia, o sia comunque impossibilitata all'osservanza di quei doveri.

Senonché, poi, se fino a questo punto la tutela dei diritti e dei doveri dei genitori in condizioni di parità, nel generale contesto dei diritti della famiglia, lascia intravedere anche l'interesse tutt'altro che secondario dei figli minori, con il secondo comma dell'art. 31 la protezione dell'infanzia emerge in primo piano come valore centrale, e con essa gli istituti necessari a quella protezione.

L'articolo impugnato è, invece, particolarmente carente proprio sotto tale profilo, perché, precludendo all'infante la possibilità di ricevere l'assistenza del padre detenuto, quando la madre si trovi nell'assoluta impossibilità di provvedere, viola direttamente anche la protezione costituzionale che l'art. 31 accorda all'infanzia, particolarmente in quanto non prevede, in tale caso e a tale scopo, la detenzione domiciliare anche per il padre.

Principî tutti che, vuoi di per se stessi, vuoi in correlazione a quello di eguaglianza, la Corte ha già solennemente riaffermato in analoghe situazioni, anche considerando la rilevante influenza che

essi hanno esercitato sui nuovi profili del diritto di famiglia; con essi sono stati conferiti ad entrambi i genitori quei compiti di mantenimento, educazione ed istruzione di cui parla l'art. 143 del codice civile, o è stata stabilita per entrambi, in condizioni di parità, la potestà sui figli (art. 316 del codice civile), o infine affidata a ciascuno di loro, in caso di assenza o assoluto impedimento dell'altro, la titolarità esclusiva della detta potestà (art. 317 del codice civile).

9.3. La rappresentanza dei figli

L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi viene, nella **sentenza n. 102 del 1967**, armonizzata e giustificata con la patria potestà del marito in occasione dello scrutinio di costituzionalità dei previgenti artt. 316 e 320 del Codice civile nelle parti con cui attribuiscono al marito l'esercizio della patria potestà, e rispettivamente la rappresentanza dei figli in tutti gli atti civili nonché l'amministrazione dei loro beni.

Nell'occasione la Corte ritenne che la patria potestà, cioè quel complesso di poteri e di doveri tendenti appunto al mantenimento, alla educazione ed alla istruzione della prole, come alla cura dei relativi interessi patrimoniali, è attribuita in modo congiunto ad entrambi i genitori, così come risulta evidente dalla detta norma impugnata secondo cui "il figlio è soggetto alla potestà dei genitori"; sicché ciascuno di essi, quando esercita la potestà, lo fa "iure proprio". La madre quindi, (mentre ha sempre il diritto-dovere di esercitare le funzioni inerenti alla patria potestà, sia pure in conformità delle direttive paterne) quando, nelle ipotesi previste dalla legge, viene autonomamente chiamata a tale esercizio, assume la pienezza di un potere di cui, peraltro, era già titolare. Con ciò, pertanto, può escludersi senz'altro che alla madre venga conferita solo una potestà puramente astratta e priva di pratica efficacia, come è invece sostanzialmente affermato nell'ordinanza di rinvio.

E se indubbiamente, secondo il sistema del Codice, è riconosciuta una prevalenza della volontà del padre in ordine alle funzioni in esame, è altresì vero che questa distinzione ripete la sua origine dalla esigenza, comunemente avvertita in ogni umano consorzio, di apprestare i mezzi per la formazione di una volontà unitaria riferibile al consorzio stesso. Questa esigenza infatti non può ritrovarsi anche nella società familiare che, pur essendo una istituzione a base essenzialmente etica, è tuttavia un organismo destinato a vivere ed operare nell'ambito dei concreti rapporti umani per l'attuazione dei suoi fini sociali, primo fra i quali, indubbiamente, emerge quello dell'allevamento e dell'educazione dei figli. È, pertanto, evidente la necessità che la legge garantisca nella famiglia la formazione di una volontà unitaria che si traduca in un indirizzo unitario ai fini del conseguimento dello scopo suddetto. Il sistema posto in essere dal legislatore quindi, sia pure risentendo indubbiamente della tradizione storica che ha visto nel padre il capo della famiglia, non ha fatto che provvedere alla descritta esigenza fondamentale quando ha affidato l'esercizio della potestà ad uno solo dei genitori.

Ciò ovviamente non esclude la perfettibilità della soluzione adottata, nel senso di un sempre più stretto coordinamento della disciplina di questo essenziale settore della vita sociale col precetto costituzionale; ed anzi deve darsi atto della tendenza che in tale direzione si va attualmente manifestando nel mondo giuridico.

D'altra parte, la parità morale e giuridica dei coniugi è garantita dall'art. 29 secondo comma della Costituzione "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia della unità familiare". Il che vuol dire che il legislatore ordinario è appunto autorizzato ad individuare e codificare quelle limitazioni che siano obiettivamente necessarie ai fini delle fondamentali "esigenze di organizzazione della famiglia e che, senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, fanno tuttora del marito, per

taluni aspetti, il punto di convergenza della unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale” (sentenza n. 64 del 1961).

Sempre nell’ottica del diritto-dovere dei genitori di rappresentare gli interessi del figlio, di interesse in questa sede è altresì la **sentenza n. 438 del 2008**, che, muovendo dalle censure rivolte all’art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21, secondo cui il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori e i tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto, ha puntualizzato il significato del c.d consenso informato. La Corte specifica anzitutto che detto consenso, da intendersi «quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», si configura come «vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi» negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, essendo sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all’autodeterminazione e quello alla salute: infatti, «se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative». Tali informazioni debbono essere le più esaurienti possibili, «proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32 della Costituzione». Di conseguenza, il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale. Le norme censurate sono, pertanto, costituzionalmente illegittime, poiché con esse la Regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del consenso, ma ha disciplinato «aspetti di primario rilievo dell’istituto, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale».

9.4. L’amministrazione dei beni dei figli

Nella **sentenza n. 49 del 1966**, la Corte non condivide la denuncia avverso l’art. 340 del Codice civile per disparità di trattamento tra vedovo e vedova: mentre il vedovo che contrae nuovo matrimonio conserva il potere di amministrare i beni dei figli minori di primo letto, la vedova, prima di passare a nuove nozze, deve avvisarne il tribunale, che può anche toglierle l’amministrazione, dalla quale decade, del resto, se manca quel preavviso.

La norma fa parte di quella complessa disciplina dei rapporti familiari sulla quale è opportuno un sistematico intervento legislativo. Tuttavia la questione è infondata.

Poiché l’art. 29 della Costituzione garantisce l’eguaglianza dei coniugi come fondamento e ordine del matrimonio, appare manifesto che l’una è voluta solo in funzione dell’altro; dimodoché col cessare del vincolo matrimoniale, pur dovendosi rispetto al principio generale d’eguaglianza (art. 3 della Costituzione), cade la ragione di quella speciale garanzia. Cade non tanto perché non si possa ipotizzare un’eguaglianza fra i coniugi se uno di loro è mancato, quanto perché, con la cessazione del matrimonio, vengono meno quei rapporti interconiugali che esigono l’assoluta parità morale e giuridica dei soggetti: da quel momento, infatti, il rapporto familiare si pone soltanto fra il coniuge superstite e i figli, la cui posizione inoltre, per la possibilità del genitore di crearsi un’altra famiglia con un nuovo matrimonio, richiede una particolare tutela legislativa.

Dato ciò, nel sancire che alla madre rimasta vedova, e non al padre rimasto vedovo, possa essere negata l’amministrazione dei beni, il legislatore è stato mosso indubbiamente dal proposito di tutelare gli interessi dei figli di primo letto: se, da questo punto di vista e con questa preoccupazione, ha ritenuto che la madre, per essersi creata una nuova famiglia ed essendo distratta

dalle cure che essa importa, possa dare minore affidamento od avere minori attitudini alla buona amministrazione di quei beni, la norma, anche perché il suo motivo ispiratore ritorna in altre disposizioni del Codice, non può dirsi arbitraria. Cosicché non risulta violato nemmeno il principio generale d'eguaglianza (art. 3 della Costituzione), mentre una dichiarazione di illegittimità costituzionale assimilerebbe la vedova al vedovo, ma sottrarrebbe al minore quella garanzia che, sia pure limitatamente alla madre, la norma impugnata oggi gli offre.

9.5. La sottrazione di minori

La Corte, nella **sentenza n. 231 del 2001**, respinge il dubbio di costituzionalità in riferimento agli artt. 2, 3, 11 e 31 della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 7 della legge 15 gennaio 1994, n. 64, nella parte in cui non consentono al giudice che ha emesso l'ordine, previsto dall'art. 12 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, di ritorno immediato del minore illecitamente trasferito o trattenuto, di revocare – anche, eventualmente, d'ufficio – il suddetto provvedimento qualora successivamente risulti la sussistenza della opposizione del minore al ritorno che, ai sensi dell'art. 13, secondo comma, della convenzione, avrebbe potuto giustificare il rifiuto di emissione dell'ordine stesso.

La Corte rileva che alla stregua della disciplina essenziale dettata dalla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 appare evidente che l'art. 12 della suddetta Convenzione configura l'ordine di ritorno come provvedimento urgente, da adottarsi in tempi brevissimi, fondato sulla ragionevole presunzione che, in caso di illecita sottrazione internazionale di minore, l'interesse del minore stesso vada innanzitutto tutelato mediante il ripristino immediato della situazione *quo ante*, salvo che nell'immediatezza emerga taluna delle circostanze ostative all'emissione dell'ordine indicate all'art. 13 ovvero la richiesta di rientro sia in contrasto con i principî relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Risulta, pertanto, del tutto coerente con la *ratio* dell'istituto l'esclusione di qualsiasi possibilità di riesame del provvedimento, d'ufficio o su istanza di parte, in capo al medesimo giudice che lo ha emesso, riesame che sarebbe del resto difficilmente compatibile con la stessa previsione di immediata esecutività del decreto, non oggetto di specifica censura da parte del rimettente.

La disciplina dettata dalla convenzione, d'altro canto, non pregiudica in alcun modo i provvedimenti di merito in materia di affidamento, ma semplicemente postula che tali provvedimenti vengano adottati – qualora la giurisdizione appartenga alle Autorità dello Stato nel quale il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto – dopo la cessazione della condotta illecita, anche, evidentemente, al fine di impedire che l'autore dell'illecito possa trarre vantaggio dal suo comportamento nel giudizio di merito grazie al consolidarsi della situazione di fatto in tal modo creata.

Qualsiasi circostanza sopravvenuta, o comunque non conosciuta al momento dell'emissione dell'ordine, potrà pertanto essere valutata non già in una fase di (inammissibile) riesame del provvedimento di carattere urgente bensì nella sede di un eventuale giudizio sull'affidamento del minore.

La normativa denunciata risulta in definitiva finalizzata alla più efficace tutela dei minori, mediante la previsione di una procedura d'urgenza, aggiuntiva agli ordinari mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti degli Stati contraenti, e non contrasta perciò né con l'art. 2 Cost., posto a presidio dei diritti fondamentali dell'uomo, né con l'art. 31 Cost., che impone la protezione dell'infanzia e della gioventù, né con l'art. 11 Cost., evocato dal rimettente in riferimento alla convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. Deve d'altra parte escludersi la denunciata

violazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., attesa l'inesistenza di qualsiasi discriminazione tra minori italiani e stranieri, dal momento che la Convenzione si applica, ricorrendone i presupposti, agli uni ed agli altri con identiche modalità.

10. Diritto penale e tutela della moralità dei rapporti familiari

Nell'**ordinanza n. 535 del 1987**, la Corte ha modo di riaffermare che la diversa rilevanza dei reati attinenti ai rapporti familiari al fine della scelta delle modalità di impulso processuale è materia di politica legislativa e sfugge a censure di legittimità costituzionale sotto l'aspetto della conformità all'art. 29 Cost.; con ciò dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 570 cod.pen. che prevede la procedibilità a querela per il reato di condotta contraria alla morale della famiglia.

La Corte, nella **sentenza n. 518 del 2000**, non condivide il dubbio di costituzionalità rivolto all'art. 564 del codice penale, nella parte in cui punisce – con la reclusione da uno a cinque anni – chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un affine in linea retta.

Soffermandosi sul “bene giuridico” protetto dalla norma, la Corte esclude innanzitutto che esso consista nella difesa delle relazioni familiari dalle prevaricazioni di natura sessuale. L'incesto è atto di persone consenzienti, la violenza (effettiva o presunta) rilevando rispetto ad altri reati, non a questo. È altresì da escludere che la norma miri a proteggere la fedeltà coniugale.

L'art. 564 del codice penale, invece, offre protezione alla famiglia, come è testimoniato dalla sua collocazione nel Titolo XI del Libro II del codice penale, “Dei delitti contro la famiglia”. Più precisamente, in corrispondenza ad un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare. Non c'è nessuna ragione per escludere che il legislatore possa dettare norme per il perseguimento di queste finalità: finalità che non corrispondono solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia. E, allo stesso modo, non c'è motivo di dubitare che al legislatore spetti altresì il potere – da esercitare nell'ambito delle sue facoltà di apprezzamento discrezionale, censurabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale nei soli limiti della manifesta arbitrarietà – di valutare l'estensione dei tipi di relazione familiare, cioè di definire i confini della famiglia nella specie rilevante, in cui il divieto penalmente sanzionato viene fatto operare. Sotto questo profilo – diversamente da ciò che si dovrebbe ritenere se la *ratio* della norma denunciata fosse da rinvenire nella protezione di un interesse eugenetico – non sembra potersi dubitare che l'inclusione degli affini in linea retta tra i soggetti i cui rapporti sessuali integrano il reato di incesto rientri nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore che questa Corte deve rispettare. Le ragioni anzidette conducono così a ritenere l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte del legislatore.

Il giudice rimettente trae motivi di dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 564 del codice penale dalla previsione del pubblico scandalo per farne dipendere l'irrogazione della pena prevista. La sanzione penale mirerebbe alla salvaguardia di un'immagine esteriore della famiglia come valore astratto, al quale le posizioni dei singoli sarebbero finalizzate e, se del caso, sacrificate. Dalla norma penale, per il modo in cui è strutturata, risulterebbe che lo stesso fatto di incesto, se confinato nello spazio privato delle relazioni interpersonali, è penalmente irrilevante; se viene invece a essere conosciuto all'esterno provocando scandalo, solo allora assume rilievo penale. I

singoli colpiti dalla sanzione penale fungerebbero da mezzi; il fine sarebbe la moralità, o la percezione sociale della moralità della famiglia. Ma – questa è la conclusione del giudice rimettente – nel sistema costituzionale fondato sulla priorità della persona rispetto agli organismi sociali in cui si svolge la personalità, sono i secondi a poter essere finalizzati alla prima, non viceversa.

L'opportunità della previsione del pubblico scandalo fu oggetto di una certa divisione di opinioni e lo stesso Ministro guardasigilli dell'epoca oscillò. Il Progetto preliminare del codice penale lo menzionava solo come aggravante. Negli argomenti portati a favore della soluzione adottata, non mancarono certo toni che avvalorano il punto di vista del giudice rimettente, come quando si osservò, ancora dal Ministro che aprire l'adito a indagini nell'interno delle famiglie sarebbe stato gravissimo per le "funeste conseguenze" che ne sarebbero derivate, con "danno incalcolabile alla morale pubblica". Tuttavia, la scelta alla fine prevalsa si può giustificare semplicemente come un non irragionevole bilanciamento (non infrequente ove si abbia a che fare con la vita familiare) tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato (ricerca che in ipotesi potrebbe non avere esito, derivando da informative infondate, pretestuose o persecutorie). Una volta verificatosi il pubblico scandalo, però, non vi è più ragione per frapporre ostacolo all'azione repressiva dello Stato. Così ragionando, senza evocare impegnativi dilemmi ideologici, si finisce per giustificare la scelta, conforme a quella contenuta nel codice Zanardelli, compiuta dal legislatore penale del 1930 e per escludere la violazione dell'invocato art. 2 della Costituzione.

Viene altresì respinto il dubbio di costituzionalità formulato in riferimento all'art. 13, primo comma, in relazione all'art. 2 della Costituzione, sotto il profilo della necessaria proporzione tra il valore del bene protetto dalla norma penale e il valore della libertà individuale: dubbio prospettato dal giudice rimettente sulla base della convinzione che la norma denunciata, per avere incorporato l'elemento del pubblico scandalo, sia posta a presidio di un mero modo di apparire dell'istituto familiare. Una volta confutata questa premessa, cade la possibilità di ragionare nei termini proposti di esigenze di proporzionalità rispetto al valore della libertà personale.

Anche rispetto al principio della finalità rieducativa della sanzione penale (art. 27, terzo comma, della Costituzione), la questione di costituzionalità non è fondata. Il giudice rimettente è scettico sulla possibilità che, quando siano in campo relazioni affettive e sessuali, la pena detentiva possa di per sé promuovere la rieducazione del condannato, secondo l'espressione e l'intendimento della Costituzione.

Senonché, l'argomento speso dal giudice rimettente, rilevante in sede di politica delle pene, andrebbe troppo in là se applicato nel giudizio di costituzionalità sulle leggi. Esso assolutizza nella sola rieducazione la funzione della pena e introduce una valutazione sulla congruità del nesso tra tipo di reato e tipo di pena che, potendosi applicare per qualunque fattispecie incriminatrice, potrebbe finire per sconvolgere il sistema sanzionatorio penale. E porterebbe all'assurda conclusione che, per fatti di possibile rilevanza penale, possa accadere che non vi siano pene idonee, per irraggiungibilità del risultato al quale, secondo l'art. 27, terzo comma, della Costituzione, esse devono tendere.

Queste considerazioni portano a concludere che le censure mosse dal giudice rimettente all'art. 564 del codice penale non si basano su vizi rilevabili nel giudizio di legittimità costituzionale ma si risolvono in critiche di opportunità alla norma, il cui apprezzamento rientra nella discrezionalità del legislatore.

FAMIGLIA LEGITTIMA, FIGLI NATURALI, ADOZIONI E RAPPORTI DI FATTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

*Quaderno predisposto in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i
Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*

a cura di B. Randazzo

I - RIFERIMENTI NORMATIVI

1. Convenzione europea dei diritti dell'Uomo
2. Altre convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa
 - 2.1 *Convenzione europea sull'adozione dei minori (1967), ratificata dall'Italia nel 1976 e riveduta nel 2008. La revisione non è stata ancora firmata dall'Italia.*
 - 2.2 *Convenzione europea sullo status giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio (1975), firmata dall'Italia nel 1981, ma non ancora ratificata.*
 - 2.3 *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori (1980), ratificata dall'Italia nel 1995.*

II - LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

II.1. MATRIMONIO E FAMIGLIA

1. Sulla nozione di matrimonio e di famiglia ai sensi dell'art. 12 CEDU
2. Sulla nozione di "vita familiare" nell'art. 8 CEDU e sulle differenze strutturali rispetto al diritto a contrarre matrimonio *ex art. 12 CEDU.*

II.2 FILIAZIONE

1. Sul diritto a procreare: l'art. 8 CEDU e le pratiche di fecondazione assistita

II.3. AFFIDAMENTO DI MINORI IN CASO DI DIVORZIO

1. In tema di affidamento dei minori in caso di separazione dei genitori e sui diritti del genitore non affidatario.

II. 4. ADOZIONE

1. Sulle condizioni del consenso della madre naturale alla dichiarazione di abbandono del minore
2. Sull'adozione di minore da parte di single omosessuale
3. Sul divieto posto ad una persona single di una certa età di adottare un secondo bambino
4. Sulla revoca dell'adozione per divorzio dei genitori adottivi

II. 5. DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

1. Sulla portata del divieto di discriminazione tra coppie sposate, coppie di fatto e altre convivenze, tra figli naturali e legittimi (artt. 8 e 14 CEDU)
2. In ordine al divieto di discriminazioni basate sulla nascita

II. 6. RICONGIUNGIMENTI FAMILIARI

1. Su stranieri e ricongiungimenti familiari
2. Su vita familiare ed espulsione di straniero.

I - RIFERIMENTI NORMATIVI

1. Convenzione europea dei diritti dell'Uomo

Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Articolo 12 - Diritto al matrimonio

A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

Articolo 14 – Divieto di discriminazione

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Articolo 5 del Protocollo 7 – Parità tra i coniugi

I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli.

2. Altre convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa

2.1 Convenzione europea sull'adozione dei minori (1967), ratificata dall'Italia nel 1976 e riveduta nel 2008. La revisione non è stata ancora firmata dall'Italia.

Riassunto

L'obiettivo della Convenzione è di prendere in considerazione le evoluzioni della società e del diritto, nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sottolineando che l'interesse superiore del bambino deve prevalere su qualsiasi altra considerazione.

Le nuove disposizioni introdotte dalla Convenzione sono le seguenti:

- È richiesto in ogni caso il consenso del padre, anche quando il minore è nato fuori dal matrimonio.
- È necessario il consenso del minore, se è in grado di esprimerlo.
- La Convenzione estende la possibilità di adozione a coppie eterosessuali non sposate, se registrate presso un registro delle unioni civili negli Stati che riconoscono tale istituzione. Lascia inoltre agli Stati la libertà di estendere la portata della Convenzione e di consentire l'adozione a coppie omosessuali e dello stesso sesso che vivono insieme nel quadro di una convivenza stabile.
- Il nuovo testo della Convenzione garantisce un miglior equilibrio tra il diritto del minore adottato di conoscere le proprie origini, e quello dei genitori biologici di rimanere anonimi.
- L'età minima per l'adottante deve essere compresa tra i 18 e i 30 anni, la differenza di età tra l'adottante e l'adottato deve essere preferibilmente di almeno 16 anni.

2.2 Convenzione europea sullo status giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio (1975), firmata dall'Italia nel 1981, ma non ancora ratificata.

Riassunto

Le regole previste dalla Convenzione hanno per scopo di assimilare lo *status* giuridico dei figli nati al di fuori del matrimonio a quello dei figli nati durante il matrimonio ed anche di contribuire all'armonizzazione delle legislazioni delle Parti in questo campo. In ogni caso, nell'ipotesi in cui tale risultato non possa essere raggiunto nell'immediato da tutte le Parti, la Convenzione prevede un sistema di riserve che permettono alle Parti interessate di realizzarlo gradualmente. Infatti, possono essere formulate delle riserve su, al massimo, tre dei nove articoli che prevedono degli obblighi, ma tali riserve hanno efficacia per un periodo non superiore ai cinque anni; successivamente le riserve sono soggette ad un nuovo esame. Le disposizioni più significative della Convenzione riguardano la filiazione paterna e materna, il riconoscimento o la contestazione della paternità, l'attribuzione della patria potestà ed i diritti successori dei minori.

2.3 Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori (1980), ratificata dall'Italia nel 1995.

Riassunto

La Convenzione protegge il diritto di custodia e di visita nelle situazioni internazionali e prevede l'assistenza gratuita, sollecita e non burocratica da parte di autorità centrali designate da ciascuna parte per ritrovare e riportare un minore che è stato ingiustamente tolto.

Le richieste di ripristino della custodia di un minore possono essere direttamente indirizzate sia ai tribunali sia alle autorità centrali di ogni Parte interessata. Le autorità centrali sono incaricate in particolare:

- di assistere il richiedente nella sua azione;
- di rintracciare il luogo in cui si trova il minore;
- di evitare, anche attraverso misure provvisorie, che gli interessi del minore o del richiedente siano lesi;
- di assicurare il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni sulla custodia del minore;
- di assicurare la consegna del minore al richiedente quando l'esecuzione della decisione sia accordata.

La Convenzione contempla diverse situazioni e prevede specifiche soluzioni. Così, se la richiesta è presentata nel termine di sei mesi a decorrere dal momento dall'ingiustificato allontanamento del minore, il ripristino della custodia dovrà essere immediato, senza essere sottoposto a nessun'altra condizione dopo avere verificato:

- che il minore è stato allontanato senza diritto, che il minore ed entrambi i genitori abbiano solo la nazionalità dello Stato in cui la decisione sulla custodia è stata resa e che, in aggiunta, il minore abbia la sua abituale residenza in quello Stato, o
- che il minore non sia stato rimpatriato dopo una visita all'estero in violazione delle condizioni concernenti l'esercizio del diritto di visita.

Se le condizioni non sono soddisfatte, ma la richiesta è introdotta nel termine dei sei mesi, il ripristino della custodia è subordinato a delle condizioni più severe. Trascorso invano il termine dei sei mesi, il ripristino della custodia è sottoposto a delle ulteriori condizioni, tenuto conto del fatto che il minore può essere stato già integrato in un altro ambiente.

II - LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

II.1. MATRIMONIO E FAMIGLIA

1. Sulla nozione di matrimonio e di famiglia ai sensi dell'art. 12 CEDU

Ancora di recente la Corte EDU, constatando la violazione dell'art. 12 CEDU da parte della Polonia, il cui ordinamento non consente di contrarre matrimonio ad un soggetto detenuto in carcere, ha ribadito che la suddetta disposizione convenzionale: i) garantisce il diritto di un uomo e di una donna di sposarsi e di fondare una famiglia; ii) riconosce che spetta al legislatore nazionale disciplinare la materia sia sul piano procedurale che sostanziale, disciplinando ad esempio le condizioni del matrimonio; iii) chiarisce che il margine di apprezzamento degli Stati tuttavia non può estendersi sino al punto di introdurre limitazioni che intacchino il nucleo essenziale del diritto [si cfr. *Jaremowicz c. Polonia* (ricorso n. 24023/03), sentenza del 5 gennaio 2010 §§ 48-50 e di pari data e nello stesso senso: *Frasik c. Polonia* - ricorso 22933/02; si v. altresì *Hirst c. Regno Unito* (n.2) (ricorso n. 74025), sentenza del 6 ottobre 2005 (Grande Camera)].

Il giudice europeo ha precisato inoltre che le leggi nazionali non possono privare una persona o una categoria di persone (legalmente pienamente capaci) del diritto di sposarsi con una persona di loro scelta (§ 49).

A partire dal celebre caso *Goodwin c. Regno Unito* (ricorso n. 28957/05), sentenza dell'11 luglio 2002 (Grande Camera), spec. §§ 98-100, sul matrimonio tra transessuali, la Corte europea si è scostata dall'orientamento inaugurato col *caso Rees* del 1986 affermando che la possibilità di procreare e fondare una famiglia non è condizione del diritto a sposarsi.

Nel *caso Goodwin* la Corte chiarisce altresì che la garanzia del diritto a sposarsi di un uomo e di una donna non implica che il sesso debba essere determinato secondo criteri puramente biologici.

Proprio di recente, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04), sentenza 22 giugno 2010, la Corte europea si è poi pronunciata sulla portata dell'art. 12 CEDU in riferimento al problema del matrimonio tra omosessuali.

Nella specie i ricorrenti, una coppia di cittadini tedeschi dello stesso sesso, lamentavano innanzi alla Corte di Strasburgo di essere stati discriminati a causa del loro orientamento sessuale (art. 14, in combinato disposto con l'articolo 8) dal momento che le autorità nazionali avevano negato loro il diritto di sposarsi e non avevano altra possibilità di riconoscimento legale del loro rapporto. I ricorrenti avevano chiesto alle autorità nazionali competenti di contrarre matrimonio e la

loro richiesta era stata respinta assumendo che il matrimonio può essere contratto solo tra due persone di sesso opposto. Essi avevano impugnato l'atto di diniego dinanzi al governatore regionale di Vienna e la Corte costituzionale, ma i loro ricorsi venivano respinti: sia il Governatore sia la Corte costituzionale ritenevano oggettivamente giustificata la limitazione della nozione di matrimonio al concetto tradizionale di matrimonio, riservato alle persone di sesso diverso.

Anche la Corte europea esclude che vi sia stata violazione dell'art. 12: pur ammettendo che la possibilità di procreare non è un elemento indispensabile ai fini di contrarre matrimonio civile (cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, 2002), la necessità d'interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni attuali non consente di giungere alla conclusione che l'art. 12 imponga agli Stati l'obbligo di garantire la possibilità di sposarsi alle coppie dello stesso sesso.

Tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, infatti, non c'è consenso sulla disciplina delle unioni omosessuali. La Corte osserva anche che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel garantire il diritto al matrimonio, pur senza fare riferimenti al sesso dei nubendi, conferisce al diritto dei singoli Stati la decisione sulla disciplina da adottare nei confronti delle coppie dello stesso sesso.

Le autorità nazionali, ribadisce la Corte EDU, si trovano nella posizione più adeguata per rispondere ai bisogni della società in questo settore, dato che il matrimonio è un istituto che ha profonde radici nella società e nella cultura nazionale e che, quindi, può differenziarsi grandemente tra i diversi Paesi.

Si segnala altresì, da ultimo, il caso *Dadouch c. Malta*, sentenza del 20 luglio 2010 sul rifiuto prolungato di registrazione di matrimonio contratto all'estero. La Corte afferma che, benché l'articolo 8 CEDU non imponga agli Stati un generale obbligo di rispettare la scelta di coppie sposate di risiedere nel loro territorio, il ritardo nell'accogliere la domanda di registrazione di un matrimonio contratto all'estero e l'opposizione di ostacoli burocratici a tale domanda può avere conseguenze che vanno al di là del tema dell'immigrazione e può incidere sulla vita privata e familiare sia dei cittadini che degli stranieri.

2. Sulla nozione di “vita familiare” nell'art. 8 CEDU e sulle differenze strutturali rispetto al diritto a contrarre matrimonio ex art. 12 CEDU.

Fin dalla sentenza *Marckx c. Belgio* (ricorso n. 683/74) del 13 giugno 1979, la Corte ha esteso la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 anche alla famiglia non legittima che, nel caso di specie, era costituita da una madre e dalla figlia nata fuori dal matrimonio. E così nel caso *Keegan c. Irlanda*, sentenza del 26 maggio 1994 ha affermato che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio e può oltrepassare di fatto i legami familiari quando

le parti convivono fuori dal matrimonio. Nella specie la legge irlandese sull'adozione negava al padre naturale, convivente di fatto con un'altra donna al momento della nascita del figlio, il diritto di prestare il proprio consenso all'affidamento del bambino da parte della madre.

Ancora nel caso *X., Y. e Z. c. Regno Unito*, sentenza del 22 aprile 1997, la Corte europea ribadiva che la nozione di vita familiare non è limitata alle coppie sposate e sottolineava che i criteri rilevanti per la definizione sono *la convivenza della coppia, la lunghezza della relazione, la presenza di figli*. Occorre quindi accertare l'*esistenza di una relazione effettiva*. Nel caso di specie, la Corte riteneva si potesse parlare di "vita familiare" in relazione alla situazione di convivenza tra un transessuale, la compagna e la figlia nata dalla loro unione.

Nel caso *Jaremowicz c. Polonia* (ricorso n. 24023/03), sentenza del 5 gennaio 2010, la Corte dei diritti sottolinea le affinità e le differenze "strutturali" tra il diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU e il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU; le differenze in particolare si riflettono sull'ampiezza del sindacato che può operare in materia la stessa Corte: nel caso dell'art. 12 CEDU, infatti, il controllo di conformità alla convenzione deve limitarsi alla verifica dell'arbitrarietà e sproporzionalità delle scelte operate dagli Stati in virtù del margine di apprezzamento che la Convenzione riserva loro in materia (§ 50).

Così anche nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia* (ricorso n. 16318/07), sentenza del 27 aprile 2010, la Corte ribadisce che l'art. 8 trova applicazione anche rispetto a legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva. I ricorrenti si erano visti rigettare la domanda di adozione di un neonato che, subito dopo la nascita, era stato collocato provvisoriamente presso di loro, in quanto la madre aveva rifiutato di riconoscerlo. La Corte europea osserva che *l'art. 8 è applicabile anche* nei confronti dei ricorrenti, benché essi non abbiano potestà genitoriale sul bambino, perché tale disposizione si applica anche *ai legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva*. La Corte, notando che i ricorrenti hanno vissuto con il bambino delle tappe importanti nella vita di quest'ultimo (in particolare, tutti gli stadi di sviluppo nei primi 19 mesi) e che questo appariva ben integrato nella famiglia, ravvisa una violazione dell'art. 8 nel rigetto della domanda di adozione e nel collocamento del minore presso un altro nucleo familiare.

II.2 FILIAZIONE

1. Sul diritto a procreare: l'art. 8 CEDU e le pratiche di fecondazione assistita

Nel caso *Evans c. Regno Unito*, sentenza del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la ricorrente lamentava che il diritto del Regno Unito autorizzasse il suo partner a revocare il consenso già dato alla conservazione e all'utilizzazione di embrioni creati congiuntamente da loro due, il che le impediva di avere un figlio geneticamente suo (avendo successivamente subito l'asportazione delle

ovaie). La Corte nota che non è impedito alla ricorrente di divenire madre in senso sociale, giuridico e anche fisico, poiché il diritto interno non vieta né di adottare, né di avere un figlio concepito *in vitro* con i gameti di un donatore. Ritiene che la questione più circoscritta posta dalla ricorrente, circa il consenso del partner all'utilizzo di embrioni già creati congiuntamente, e quindi il vantato diritto al rispetto della decisione di divenire genitore genetico, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 8. Nel caso si trovavano in conflitto diritti di due individui fondati sull'articolo 8, e l'interesse di ciascuno dei due era totalmente inconciliabile con quello dell'altro. Erano coinvolti altresì interessi di ordine generale come la tutela del principio del consenso e la certezza giuridica. La questione principale è sapere se l'applicazione fatta nella specie del diritto interno ha realizzato un giusto equilibrio fra gli interessi pubblici e privati concorrenti. I problemi sollevati rivestono un carattere eticamente delicato. Non esiste in questo campo un approccio comune da parte degli Stati membri. La Corte ritiene inoltre legittimo e auspicabile che gli Stati si diano un quadro giuridico che tenga conto della possibilità tecnica che, con la fecondazione *in vitro*, intercorra un lasso di tempo fra la creazione dell'embrione e il suo impianto nell'utero; e osserva che la legge britannica è stata adottata dopo un'analisi eccezionalmente minuziosa delle implicazioni sociali, etiche e giuridiche dei progressi in materia di fecondazione ed embriologia umana, e dopo un vasto dibattito. Le norme del diritto interno sul consenso e la sua revoca erano state nella specie osservate. Quanto all'equilibrio fra i diritti in conflitto fra loro, la Grande Camera ritiene che, specialmente in assenza di un consenso europeo sulla questione, non si può dare prevalenza al diritto della ricorrente al rispetto della sua scelta di avere un figlio biologico rispetto al diritto del partner al rispetto della sua volontà di non avere un figlio biologico con la ricorrente. La scelta legislativa di non ammettere eccezioni alla regola del consenso si fonda sulla preoccupazione di far prevalere il rispetto della dignità umana e della libera volontà nonché di realizzare un giusto equilibrio fra i soggetti che partecipano alla pratica della fecondazione *in vitro*. Gli interessi generali perseguiti sono secondo la Corte legittimi e compatibili con l'articolo 8. Essa conclude dunque che non vi è stata violazione dell'articolo 8. Quattro giudici hanno sottoscritto un'opinione dissenziente.

E' nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ricorso n. 57213/00), sentenza del 1° aprile 2010 (I Sezione), che per la prima volta la Corte europea affronta *funditus* il tema della fecondazione assistita.

I ricorrenti erano due coppie sposate: i due componenti della prima erano entrambi affetti da sterilità, e chiedevano di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore (fecondazione eterologa); la seconda coppia chiedeva di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con ricorso ad ovuli di una donatrice. La legge austriaca permette la donazione di sperma solo in casi eccezionali, ma con fecondazione *in vivo* e non *in vitro*, e vieta la donazione di ovuli. I

ricorrenti lamentavano la violazione dell'articolo 8 e dell'articolo 14 CEDU per la disparità di trattamento rispetto ad altre coppie che praticano la fecondazione assistita senza dover ricorrere alla donazione di sperma o di ovuli.

La Corte nota che non c'è un approccio uniforme da parte dei paesi membri sul tema della procreazione assistita, che gli Stati non sono tenuti ad autorizzare: ma, se l'autorizzano, la normativa deve essere coerente e tenere in conto i diversi legittimi interessi. Si chiede dunque se sia giustificata la disparità di trattamento lamentata dai ricorrenti.

Quanto alla prima coppia, la Corte osserva che la richiesta di fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore combina due tecniche entrambe consentite dalla legge austriaca, se utilizzate separatamente (la fecondazione *in vitro* omologa, e la fecondazione *in vivo* con donazione di sperma). Essa ritiene non convincenti le ragioni addotte per vietare la combinazione delle due tecniche, e cioè la tesi secondo cui sarebbe difficile controllare l'applicazione della donazione di sperma con fecondazione *in vivo*, e giudica perciò non giustificata la differenza di trattamento lamentata, e dunque violato l'articolo 14 in combinazione con l'articolo 8.

Quanto alla seconda coppia, la Corte ritiene non convincenti gli argomenti addotti dal Governo austriaco, secondo cui il divieto assoluto della donazione di ovuli sarebbe l'unico mezzo per evitare i rischi (di sfruttamento delle donne o di utilizzo a fini eugenetici o rischi per la salute della madre) collegati a tale tecnica - rischi che valgono anche per le modalità consentite di fecondazione *in vitro*. Né condivide l'argomento secondo cui la donazione di ovuli creerebbe delle relazioni familiari inusuali, poiché anche con l'adozione si realizza una scissione fra legame di sangue e legame familiare giuridico. Ancora una volta dunque la Corte conclude per la violazione dell'articolo 14 in combinazione con l'articolo 8.

II.3. AFFIDAMENTO DI MINORI IN CASO DI DIVORZIO

1. In tema di affidamento dei minori in caso di separazione dei genitori e sui diritti del genitore non affidatario.

Nel caso *Hokkanen c. Finlandia* (ricorso n. 19823/92), sentenza del 23 settembre 1994, la Corte europea ricorda che l'obbligo per le autorità nazionali di approntare misure per facilitare la riunione tra genitori e figli non è assoluto. Se le autorità nazionali devono fare il massimo sforzo per agevolare il ricongiungimento, è comunque necessario considerare gli interessi, i diritti e le libertà di tutte le persone coinvolte. In particolare, prioritario è l'interesse del minore e, pertanto, quando i contatti con il padre rischierebbero di produrre una lesione dei suoi diritti, spetta alle autorità nazionali trovare un equo bilanciamento delle posizioni coinvolte.

Ciò che è decisivo è che le autorità nazionali compiano ogni tentativo possibile per agevolare il ricongiungimento, tenendo conto delle speciali circostanze di ciascun caso concreto.

Nel caso di specie un padre divorziato era stato privato della possibilità di vedere la figlia, affidata ai genitori della moglie dopo la morte di quest'ultima. I nonni della bambina si rifiutavano di farla incontrare con il padre, nonostante le decisioni dei giudici nazionali. La Corte europea ritiene che tale negazione del diritto di visita del ricorrente costituisca una violazione del suo diritto al rispetto per la vita familiare.

Nel caso *Sahin c. Germania* (ricorso n. 30943/96), sentenza dell' 8 luglio 2003, la Corte europea afferma che il diritto di visita del genitore non può essere disciplinato diversamente a seconda del fatto che i figli siano nati in costanza di matrimonio o al di fuori di esso.

Nel caso di specie, tuttavia, le autorità nazionali avevano negato al padre la possibilità di vedere la figlia in considerazione della situazione altamente conflittuale esistente tra questi e la madre. I giudici tedeschi avevano individuato nella forte ostilità della madre verso il padre i gravi motivi che consentivano la limitazione del diritto di visita.

La Corte europea, invece, ritiene che tale circostanza sia insufficiente a giustificare la discriminazione.

Nel caso *Macready contro Repubblica Ceca* (ricorsi n. 4824/06 e n. 15512/08), sentenza del 22 aprile 2010 (V Sezione), il ricorrente, cittadino americano, è padre di un bambino nato negli Stati Uniti e affidato congiuntamente ai genitori dopo il loro divorzio, ma portato dalla madre, senza il consenso del padre, nella Repubblica ceca, ove questi non era riuscito a ottenerne dai tribunali locali il ritorno negli USA, ma aveva potuto solo fruire di visite al figlio in forza di misure provvisorie. La Corte afferma che il legame fra il ricorrente e il figlio riguarda la vita familiare nel senso dell'articolo 8 CEDU, e condivide la filosofia cui si ispira la convenzione dell'Aia sugli aspetti civili del prelievo (sottrazione) internazionale di bambini. Tuttavia il tempo trascorso rendeva praticamente non realizzabile il ritorno del bambino negli Stati Uniti, che avrebbe potuto danneggiarlo aggravando i suoi disturbi di tipo autistico. Ma la Corte afferma che il ricorrente non aveva potuto ottenere adeguate possibilità di avere relazioni con il figlio, in quanto i tribunali della Repubblica ceca non avevano preso alcuna misura atta a creare *pro futuro* le condizioni necessarie alla realizzazione del diritto di visita del padre. Pertanto la Corte conclude che il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare non era stato protetto in modo effettivo, con violazione dell'articolo 8.

Nel caso *Zaunegger contro Germania* (ricorso n. 22028/04), sentenza del 3 dicembre 2009 (V Sezione), il ricorrente è padre naturale di una figlia che aveva vissuto, dopo la separazione della

coppia genitoriale, dapprima col padre, quindi con la madre, la quale non consentiva a chiedere l'affidamento congiunto. Il codice civile tedesco non prevede che l'affidamento congiunto di un figlio naturale possa essere disposto senza il consenso di entrambi i genitori, e la relativa norma era stata giudicata non illegittima dalla Corte costituzionale, secondo cui il legislatore aveva potuto legittimamente supporre che l'affidamento congiunto contro la volontà di uno dei genitori presentasse più inconvenienti che vantaggi per i figli. Secondo la Corte europea l'interessato è stato trattato in modo diverso rispetto ai genitori sposati o divorziati, per i quali non è necessario il consenso di entrambi per l'affidamento congiunto, e questa differenza di trattamento può giustificarsi solo con dei motivi particolarmente imperiosi. Essa riconosce che le decisioni dei giudici nazionali perseguivano il fine legittimo di proteggere l'interesse superiore del minore: ma ritiene, a differenza delle autorità interne, che non si può presumere che l'affidamento congiunto senza il consenso della madre sia contrario all'interesse del bambino. Benché sul punto non vi sia consenso comune fra gli Stati membri, l'elemento fondamentale comune alla maggioranza degli Stati è che le decisioni in materia devono fondarsi sull'interesse superiore del minore ed essere sottoposte al controllo del giudice anche in caso di conflitto fra i genitori. Inoltre non appariva dimostrata la ragione per cui i tribunali dovrebbero avere meno poteri rispetto a quelli che esercitano nei riguardi dei padri sposati. Pertanto la Corte ritiene che non vi sia un rapporto di proporzionalità fra il divieto per il giudice di modificare l'originario affidamento alla madre, previsto dalla legge, e lo scopo perseguito di proteggere l'interesse superiore del minore. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 CEDU.

Sull'esercizio del diritto di visita di un padre non affidatario del figlio nel contesto di lunghi periodi di soggiorno all'estero della madre va ricordato il caso *R.R contro Romania* (ricorso n. 1188/05) sentenza del 10 novembre 2009 (III Sezione). La Corte, nel caso di un padre non affidatario, a cui favore è stato stabilito il diritto di visita del figlio, che la madre affidataria portava con sé per lunghi soggiorni all'estero (negli Stati Uniti), afferma che l'articolo 8 CEDU, interpretato alla luce della convenzione dell'Aia sugli aspetti civili della sottrazione (prelevamento) internazionale di minori, non pone a carico degli Stati una obbligazione positiva tendente al ritorno in patria del minore, ma solo l'obbligo di adottare delle misure per il rientro del minore ai fini dell'esercizio del diritto di visita del padre.

II. 4. ADOZIONE

1. Sulle condizioni del consenso della madre naturale alla dichiarazione di abbandono del minore

Nel caso *Todorova c. Italia* (ricorso n. 33932/06), sentenza del 13 gennaio 2009, la ricorrente aveva dato alla luce due gemelli, senza però riconoscerli immediatamente e anzi chiedendo di rimanere anonima e di poter beneficiare di un periodo di riflessione prima di decidere sul da farsi.

Nel frattempo, i minori erano stati collocati in un centro d'accoglienza ed era stato nominato loro un tutore provvisorio. Dopo alcune settimane, il tribunale italiano ha dichiarato i minori adottabili. La ricorrente aveva chiesto che la procedura di adozione fosse sospesa, ma i giudici hanno rigettato la richiesta.

La Corte europea, ribadendo che in tali situazioni complesse deve essere data preminenza all'interesse del minore, giudica troppo radicale la decisione del tribunale italiano di dichiarare adottabili i due gemelli pochi giorni dopo la nascita e senza chiedere il parere della madre. L'Italia è stata ritenuta responsabile di una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto non ha adempiuto all'obbligo di verificare che il consenso dato dalla madre all'abbandono dei suoi figli fosse chiaro e inequivocabile.

2. Sull'adozione di minore da parte di single omosessuale

Nel caso *E.B. c. Francia* (ricorso n. 6339/05), sentenza del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la ricorrente, celibe e omosessuale, ricorreva contro il rifiuto delle autorità francesi di assentire a una domanda di adozione.

La Corte europea osserva che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la questione dell'attitudine della compagna, con la quale ha stabilito una relazione stabile, a prendersi cura del minore non è senza rilievo, perché attiene alle condizioni nelle quali questo si troverà a vivere.

Tuttavia, nonostante la motivazione del provvedimento di diniego facesse riferimento solo allo stato celibe della ricorrente (si noti che in Francia le persone non sposate possono presentare domanda di adozione), l'istruttoria ha consentito di accertare che, in realtà, le autorità interne hanno respinto la richiesta perché era stata presentata da una persona omosessuale. Per questo la Corte dichiara la violazione degli art. 8 e 14 CEDU.

3. Sul divieto posto ad una persona single di una certa età di adottare un secondo bambino

Nel caso *Schwizgebel contro Svizzera* (ricorso n. 25762/07), sentenza del 10 giugno 2010 (I Sezione), la Corte ha giudicato che non vi è stata violazione dell'articolo 8 per il fatto che le

autorità svizzere hanno negato ad una donna single di 47 anni e mezzo, che già aveva un figlio adottato otto anni prima, l'autorizzazione ad adottare un secondo figlio, a causa dell'eccessivo divario di età. La Corte ha ritenuto, stante il largo margine di apprezzamento riservato agli Stati in questa materia, che nella specie la determinazione delle autorità interne non sia stata arbitraria ma ispirata all'interesse superiore del minore adottando e dell'altro figlio adottivo della ricorrente. Il criterio della differenza di età fra adottante e adottato non era fissato in maniera rigida dalla legge ma è stato applicato dal Tribunale svizzero in modo elastico e avendo riguardo alle circostanze del caso concreto.

4. Sulla revoca dell'adozione per divorzio dei genitori adottivi

Nel caso *Kurochkin c. Ucraina* (ricorso n. 42276/08), sentenza del 20 maggio 2010, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla revoca dell'adozione. Le autorità ucraine avevano disposto la revoca dell'adozione di un figlio da parte del ricorrente e della di lui moglie successivamente divorziata, su richiesta di questa, a causa dell'atteggiamento aggressivo dell'adottato nei confronti della madre adottiva, non difesa dal padre adottivo. La Corte ha ritenuto che la misura, ancorché prevista dalla legge e diretta ad uno scopo legittimo, e nonostante il margine di apprezzamento riservato allo Stato in materia, non sia stata proporzionata e "necessaria in una società democratica", ritenendo ingiustificata la statuizione secondo cui il padre adottivo non sarebbe stato idoneo a crescere il figlio in un ambiente familiare. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 CEDU.

II. 5. DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

1. Sulla portata del divieto di discriminazione tra coppie sposate, coppie di fatto e altre convivenze, tra figli naturali e legittimi (artt. 8 e 14 CEDU)

Nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04), sentenza 22 giugno 2010 (già richiamata sopra), la Corte esclude anche che vi sia stata violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. Il giudice della Convenzione riconosce che la situazione dei ricorrenti, coppia omosessuale convivente in maniera stabile, ricade nella nozione di "vita familiare", come vi ricadrebbe, in ipotesi, la situazione di una coppia di conviventi eterosessuali.

Tuttavia, la Convenzione deve essere letta in maniera armonica: avendo escluso che l'art. 12 imponga agli Stati di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, si deve altresì respingere la tesi che quest'obbligo possa ricavarsi dall'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8.

Inoltre, la Corte non ritiene costituiscono una discriminazione le differenze di disciplina tra le coppie sposate e quelle meramente registrate presso il Registro delle Unioni civili (Registered

Partnership Act). Il fatto che uno Stato scelga di offrire alle coppie dello stesso sesso una forma di riconoscimento alternativa al matrimonio non gli impone di conferire loro uno status equivalente a quello delle coppie sposate.

Nel caso *Kozak c. Polonia* (ricorso n. 13102/02), sentenza del 2 marzo 2010 (IV Sezione), giunge ancora alla Corte un ricorso avente ad oggetto il diritto di successione nel contratto di locazione di coppie omosessuali, già considerato nel precedente di Grande Camera *Karner c. Austria* (ricorso n. 40016/98).

La Corte dei diritti constata la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Il giudice europeo ribadisce che quando una differenziazione di trattamento tocca la sfera intima e vulnerabile dell'orientamento sessuale devono ricorrere gravi ragioni giustificatrici, considerato lo stretto scrutinio sul margine di apprezzamento che la Corte è tenuta a condurre. E' comunque violata la Convenzione se le ragioni giustificatrici della differenziazione di trattamento sono basate esclusivamente sull'orientamento sessuale del ricorrente. Nella specie le autorità polacche avevano giustificato la disparità di trattamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali allo scopo di proteggere la famiglia fondata sull'unione di un uomo e di una donna ai sensi dell'art. 18 della Costituzione. La Corte europea ammette che tale ragione possa giustificare una differenza di trattamento, tuttavia, reputa che a tale scopo siano molteplici le misure che uno Stato può adottare, anche tenendo conto dell'evoluzione della società, conciliando gli opposti punti di vista ed interessi sottesi al bilanciamento tra la protezione della famiglia in senso tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali.

Nel caso *Burden e Burden c. Regno Unito* (ricorso n. 13378/05), sentenza 12 dicembre 2006, la Corte europea, in un passaggio della motivazione, afferma che la diversità di trattamento, per quanto riguarda la pensione di reversibilità, tra una persona non sposata che abbia convissuto a lungo con il defunto e una vedova nella stessa situazione, è giustificata, perché il matrimonio rimane un'istituzione che conferisce un particolare *status* a coloro che vi entrano. La Corte ha deciso nel caso *Shackell* che la promozione del matrimonio mediante la concessione di benefici per il vedovo (o la vedova) non può dirsi eccedente il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati. Nel caso di specie, peraltro, lo Stato aveva reso disponibili questi benefici anche alle coppie omosessuali, ma li negava a persone che, come le ricorrenti, convivevano da tempo senza avere una relazione sentimentale. Secondo la Corte, tale disciplina può ritenersi giustificata.

2. In ordine al divieto di discriminazioni basate sulla nascita

Nel caso *Marckx contro Belgio* (ricorso n. 683/74), sentenza del 13 giugno 1979 (già richiamata sopra), la ricorrente, figlia illegittima, chiedeva una quota dell'eredità materna.

La Corte europea ha ricordato che la giurisprudenza europea sull'art. 8 non distingue la famiglia "legittima" da quella "illegittima", perché tale discriminazione sarebbe incompatibile con i termini "ogni persona" che si trovano nel testo della disposizione. L'interpretazione ampia dell'art. 8 è confortata dal testo dell'art. 14, che vieta discriminazioni basate sulla "nascita".

La Corte ha concluso che la ricorrente era stata vittima di una violazione dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14, perché la legge limitava la sua possibilità di ereditare beni dalla madre ed escludeva ogni diritto ereditario sulle proprietà della famiglia materna.

II. 6. RICONGIUNGIMENTI FAMILIARI

1. Su stranieri e ricongiungimenti familiari

Nei casi in cui vengono in rilievo la vita familiare e l'immigrazione, l'ampiezza della discrezionalità dello Stato nell'ammettere o meno sul suo territorio i congiunti di persone che già vi risiedono varia a seconda della particolare situazione delle persone coinvolte e dell'interesse generale. I fattori che devono essere presi in considerazione sono: 1) in quale misura vi è effettivamente un ostacolo alla vita familiare; 2) l'estensione dei legami che le persone coinvolte hanno con lo Stato membro interessato; 3) l'esistenza o meno di ostacoli insormontabili a che la famiglia viva nel paese di origine di una delle persone coinvolte; 4) l'esistenza di elementi riguardanti il controllo dell'immigrazione (come precedenti infrazioni alle leggi sull'immigrazione) o di considerazioni di ordine pubblico che depongano a favore di una esclusione. [Si cfr. es. *Solomon c. Paesi Bassi* (ricorso n. 44328/98), decisione del 5 settembre 2000].

Nel caso *Ahmut c. Paesi Bassi* (ricorso n. 73/1995/579/66), sentenza del 28 novembre 1996, la Corte di Strasburgo ha ribadito i principi fissati nella sentenza *Gül*, secondo i quali lo Stato non è obbligato ad autorizzare la scelta dello straniero circa il luogo nel quale sviluppare la propria vita familiare ed ha perciò concluso nel senso che il mancato rilascio di un permesso di soggiorno ad un minore non concretava nella specie una violazione dell'art. 8 CEDU, potendosi svolgere altrove la vita familiare.

2. Su vita familiare ed espulsione di straniero.

Nel caso *Omojudi c. Regno Unito* (ricorso n. 1820/08), sentenza del 24 novembre 2009 (IV Sezione), un cittadino nigeriano, residente da ventisei anni nel Regno Unito, dove vivevano i suoi tre figli, tutti cittadini britannici, uno dei quali padre di una figlia di due anni, era stato colpito da ordine di espulsione giustificato da esigenze di prevenzione del crimine e di protezione della salute e della morale, a seguito di alcune condanne di cui l'ultima – successiva al rilascio di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato – a quindici mesi di reclusione per un lieve fatto di violenza

sessuale. La Corte, stante la solidità dei legami familiari del ricorrente nel Regno Unito, la durata della sua residenza e le difficoltà che i figli avrebbero dovuto affrontare se costretti a tornare in Nigeria, ha ritenuto che l'espulsione non fosse proporzionata al legittimo scopo perseguito, con conseguente violazione dell'articolo 8 CEDU.

**LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA IN TEMA DI FAMIGLIA
LEGITTIMA, FIGLI NATURALI, ADOZIONI E RAPPORTI DI FATTO**

*Quaderno predisposto in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i
Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*

a cura di T. Giovannetti

INDICE

1. Premessa.....	7
2. La giurisprudenza comunitaria.....	9
2.1. Matrimonio e divorzio	9
2.1.1. <i>Sussistenza del vincolo matrimoniale e diritto di soggiorno</i>	9
Sentenza della Corte di giustizia 13 febbraio 1985, causa 267/83, <i>Diatta</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 7 luglio 1992, causa C-370/90, <i>Singh</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 11 luglio 2002, causa C-60/00, <i>Carpenter</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 23 settembre 2003, causa C-109/01, <i>Akrich</i>	
Sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, <i>Orfanopoulos</i>	
2.1.2. <i>Matrimonio tra transessuali</i>	13
Sentenza della Corte di giustizia 7 gennaio 2004, C-117/01, <i>K.B.</i>	
2.1.3. <i>Divorzio e competenza giurisdizionale</i>	15
Sentenza della Corte di giustizia 10 giugno 1999, causa C-430/97, <i>Johannes</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 16 luglio 2009, causa C-168/08, <i>Hadadi</i>	
2.1.4. <i>Obbligazioni alimentari</i>	17
2.1.4.1. ...nei confronti dell'ex coniuge.....	17
Sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 1997, causa C-220/95, <i>van den Boogaard</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 17 maggio 1972, causa C-24/71, <i>Meinhard c. Commissione</i>	
Sentenza del Tribunale 21 aprile 2004, T-172/01, <i>M. c. Corte di giustizia</i>	
2.1.4.2. ...e nei confronti di altri membri della famiglia.....	21
Sentenza del Tribunale 18 dicembre 1992, causa T-85/91, <i>Khouri c. Commissione</i>	
Sentenza del Tribunale 18 dicembre 1992, causa T-43/90, <i>Diaz Garcia c. Parlamento</i>	
2.2. Unioni diverse da quelle matrimoniali: unioni registrate e rapporti di fatto	23
2.2.1. <i>Nozione di coniuge e coppie di fatto eterosessuali</i>	23
Sentenza del Tribunale 17 giugno 1993, causa T-65/92, <i>Arauxo-Dumay</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 17 aprile 1996, causa C-59/85, <i>Reed</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 22 giugno 2000, causa C-65/98, <i>Eyüp</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 23 marzo 2006, causa C-408/03, <i>Commissione c. Belgio</i>	
2.2.2. <i>Coppie di fatto omosessuali</i>	28
Sentenza della Corte di giustizia 17 febbraio 1998, causa C-249/96, <i>Grant</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, <i>D. e Regno di Svezia c. Consiglio</i>	
Sentenza della Corte di giustizia, 1 aprile 2008, causa C-267/06, <i>Tadao Maruko</i>	
2.3. I figli	33
2.3.1. <i>L'attribuzione del cognome</i>	33
Sentenza della Corte di giustizia 2 ottobre 2003, causa C-148/02, <i>Garcia Avello</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 27 aprile 2006, causa C-96/04, <i>Standesamt Stadt Niebüll</i>	

2.3.2. <i>Responsabilità genitoriale e diritto di affidamento</i>	36
Sentenza della Corte di giustizia 11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, <i>Rinau</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 1 luglio 2010, causa C-211/10 PPU, <i>Povse</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 15 luglio 2010, causa C-256/09, <i>Purrucker</i>	
2.3.3. <i>La nozione di figlio a carico</i>	42
Sentenza della Corte di giustizia 18 giugno 1987, causa C-316/85, <i>CPAS de Courcelles</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 16 ottobre 2001, causa C-212/00, <i>Stallone</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 28 novembre 1991, causa C-132/90 P, <i>Schwedler c. Parlamento</i>	
Sentenza del Tribunale 3 marzo 1993, causa T-69/91, <i>Peroulakis</i>	
Sentenza del Tribunale 11 luglio 2000, causa T-134/99, <i>Skrzypek c. Commissione</i>	
Sentenza del Tribunale 30 gennaio 2003, causa T-307/00, <i>C. c. Commissione</i>	
2.3.4. <i>I figli come soggetti autonomi</i>	45
Sentenza della Corte di giustizia 5 febbraio 2002, causa C-255/99, <i>Humer</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 17 settembre 2002, causa C-413/99, <i>Baumbast</i>	
Sentenza della Corte di giustizia 19 ottobre 2004, causa C-200/02, <i>Chen</i>	

1. Premessa.

È noto come i Trattati istitutivi della Comunità europea non attribuissero – né, come subito diremo, attribuiscono oggi – alle istituzioni comunitarie una specifica competenza in materia di diritto di famiglia: il diritto sostanziale di famiglia è stato – ed è – tradizionalmente appannaggio del diritto statale, il quale disciplina le relazioni familiari ispirandosi a principi e modelli culturali, sociali, etici e religiosi spesso differenti, quando non addirittura opposti. In questo quadro, come giustamente sottolineato in dottrina, il crescente intrecciarsi di rapporti personali e patrimoniali tra persone appartenenti a diversi ordinamenti statali o tra persone con la stessa cittadinanza ma che si spostano dal Paese di origine per stabilirsi in un Paese diverso, rendono talvolta assai complicata la già difficile questione della disciplina materiale applicabile alla famiglia. Se è vero che il tentativo di assicurare un coordinamento reale ed efficace tra le varie normative nazionali è, in primo luogo, condotto dal diritto internazionale privato e processuale, da un lato, e da specifiche convenzioni internazionali, bilaterali e multilaterali, dall'altro, è vero anche che un certo spazio in questo ambito ha iniziato a ritagliarsi anche il diritto comunitario.

Tuttavia, come anticipato, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nulla ha mutato in punto di attribuzione all'Unione di una specifica competenza in materia di diritto di famiglia. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea conserva, infatti, un silenzio pressoché totale sul tema, fatta eccezione per l'odierno art. 81 (corrispondente all'art. 65 TCE, che risulta in parte modificato): tale disposizione, nel prevedere la competenza dell'Unione a sviluppare una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, anche attraverso l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, precisa che "le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale", fatta salva la possibilità per il Consiglio di adottare, su proposta della Commissione, "una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria".

Fugaci riferimenti al diritto di famiglia sono altresì contenuti, oltre che nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – il quale, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconosce il diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare –, negli artt. 9 e 33 della stessa: il primo stabilisce che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; il secondo prevede che la protezione della famiglia è garantita sul piano giuridico, economico e sociale, e che, «al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

Nella Carta sono, invero, rintracciabili altre norme che interessano la vita familiare. Oltre al generale divieto di discriminazione sancito dall'art. 21, l'art. 14, nel disciplinare il diritto all'istruzione, stabilisce, tra l'altro, che il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e

pedagogiche, deve essere rispettato secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. L'art. 24, dedicato ai diritti del bambino, prevede, al suo ultimo comma, che ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

Questa sia pur rapida ricognizione delle norme di diritto comunitario primario che sfiorano il tema della famiglia consente di capire come uno dei possibili fronti di espansione del diritto dell'Unione nel settore del diritto di famiglia sia, dunque, quello della tutela dei diritti fondamentali (e del connesso divieto di discriminazione). Ma esso non è il solo: l'azione comunitaria finisce, già oggi, per intercettare il campo della disciplina dei rapporti familiari anche quando si tratti, ad esempio, di regolare l'esercizio di una delle fondamentali (e tradizionali) libertà previste dai Trattati, quale la libera circolazione delle persone, o, ancora, quando si tratta di operare nel senso dell'uniformazione del diritto internazionale privato e processuale.

Se, dunque, non esiste (né può, ad oggi, esistere, stante l'evocato difetto di una specifica competenza dell'Unione) una completa e organica disciplina comunitaria del fenomeno familiare (tuttora essenzialmente ascrivibile alla competenza dei singoli Stati membri), ciò che (già) esiste è una serie di atti (a carattere vincolante e non) di origine comunitaria variamente incidenti sul diritto di famiglia. Sia pure con una certa approssimazione, tali atti possono essere suddivisi, a seconda dell'ambito materiale di disciplina, tra quelli riguardanti il tema della cooperazione giudiziaria in materia civile (tra cui particolare rilievo assumono il Regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che ha abrogato il regolamento (CE) n. 1347/2000; il Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; il Libro verde della Commissione sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, del 17 luglio 2006); gli atti concernenti il tema della libera circolazione delle persone (su tutti, la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che ha modificato il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed ha abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE); la normativa in tema di immigrazione ed asilo (tra cui, in particolare, la Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare); la normativa antidiscriminatoria (in particolare, la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro); la normativa sui funzionari dell'Unione europea (in particolare il Regolamento CE, CECA, Euratom n. 628/2000 del Consiglio, del 20 marzo 2000, recante modifica del regolamento CE, Euratom, CECA n. 259/68 che definisce lo statuto dei funzionari delle Comunità europee nonché il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità).

2. La giurisprudenza comunitaria

La carenza di una competenza specifica in materia e il (in qualche modo conseguente) difetto di organicità della normativa prodotta dalle istituzioni comunitarie, caratterizzata dalla evocata dispersione delle disposizioni tangenzialmente incidenti sui problemi della famiglia e della filiazione, contribuiscono a rendere tutt'altro che agevole una presentazione sistematica della giurisprudenza comunitaria su questi temi. Lo schema seguito in questa sede, con la generale suddivisione tra le tematiche relative al matrimonio, quelle relative alle unioni diverse da quelle matrimoniali (ivi compresi i rapporti di fatto) e quelle concernenti la filiazione, e le relative articolazioni interne, è il risultato, come ogni classificazione, di una scelta soggettiva, è come tale inevitabilmente opinabile.

2.1. Matrimonio e divorzio

2.1.1. Sussistenza del vincolo matrimoniale

Nella **sentenza 13 febbraio 1985, causa 267/83, Diatta**, la Corte di giustizia è stata chiamata a decidere se i familiari di un lavoratore migrante, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento n. 1612/68, dovessero necessariamente coabitare con lui in modo permanente per esser titolari di un diritto di soggiorno in forza di tale disposizione, e se l'art. 11 del medesimo regolamento conferisse un diritto di soggiorno autonomo rispetto a quello di cui all'art. 10. Le questioni, sollevate dal *Bundesverwaltungsgericht*, nascevano nell'ambito di una controversia fra una cittadina senegalese e il *Land* di Berlino. La cittadina senegalese aveva sposato un cittadino francese, che risiedeva e lavorava, appunto, a Berlino. Dopo aver coabitato per un certo tempo col marito, nell'agosto del 1978 ella si era separata da lui con l'intento di divorziare e da allora aveva abitato in un proprio alloggio distinto. Alla scadenza del permesso di soggiorno, la cittadina senegalese ne aveva sollecitato la proroga e il questore di Berlino aveva respinto la domanda in quanto la richiedente non era più membro della famiglia di un cittadino di uno Stato membro e non coabitava più col marito. Il provvedimento del questore era stato confermato dal *Verwaltungsgericht*, a causa della non coabitazione dei coniugi. La ricorrente aveva impugnato detta pronuncia sino a giungere davanti al *Bundesverwaltungsgericht*, il quale aveva chiesto l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia. Ad avviso di quest'ultima, il diritto di soggiorno contemplato a favore dei familiari del lavoratore migrante, benché presupponesse, ai sensi del n. 3 dell'art. 10, che l'alloggio di cui il lavoratore disponeva potesse considerarsi normale per ospitare la famiglia, non era tuttavia subordinato al fatto che l'alloggio familiare permanente fosse unico. L'art. 11 dello stesso Regolamento attribuiva, dal canto suo, ai familiari del lavoratore migrante unicamente il diritto all'esercizio di qualsiasi attività subordinata nell'intero territorio dello Stato ospitante e non poteva, quindi, costituire la base giuridica di un diritto di soggiorno autonomo, indipendentemente da quanto stabilito dall'art. 10. Ai fini dell'applicazione di questa disposizione, che contemplava il diritto del coniuge del lavoratore migrante di stabilirsi con lui, il vincolo coniugale non poteva considerarsi sciolto fino a che non vi fosse stato posto fine dalla competente autorità e ciò non avviene nel caso dei coniugi che vivono semplicemente separati, nemmeno quando hanno l'intenzione di divorziare in seguito.

Nella **sentenza 7 luglio 1992, causa C-370/90, Singh** la Corte di giustizia ha affrontato un'altra questione vertente sul rapporto tra vincolo matrimoniale e titolarità del diritto di soggiorno sollevata dalla *High Court of Justice, Queen's Bench Division*. Il giudice del Regno Unito aveva chiesto se le disposizioni dell'allora art. 52 del Trattato CEE e della direttiva 73/148 dovessero essere interpretate nel senso di obbligare uno Stato membro ad autorizzare l'entrata e il soggiorno nel suo territorio del coniuge, indipendentemente dalla sua cittadinanza, di un cittadino di tale Stato che si fosse recato, con detto coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un'attività lavorativa subordinata, ai sensi dell'art. 48 del Trattato CEE, e che fosse ritornato a stabilirsi, ai sensi dell'art. 52 del Trattato CEE, nel territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza. Per risolvere la questione la Corte ha ricordato come le norme del Trattato sulla libera circolazione delle persone siano volte a facilitare ai cittadini comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura in tutto il territorio della Comunità ed ostino a provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora desiderino svolgere un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro. Per questo i cittadini degli Stati membri dispongono del diritto, conferito loro direttamente dagli artt. 48 e 52 del Trattato CEE, di entrare e soggiornare nel territorio degli altri Stati membri per esercitarvi un'attività economica ai sensi delle suddette disposizioni. Secondo la Corte, un cittadino di uno Stato membro potrebbe essere dissuaso dal lasciare il suo paese d'origine per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma nel territorio di un altro Stato membro se non potesse fruire, allorché ritorna nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, di agevolazioni almeno equivalenti a quelle di cui può disporre, in forza del diritto comunitario, nel territorio di un altro Stato membro. In particolare, egli sarebbe dissuaso dal farlo se il suo coniuge e i suoi figli non fossero anch'essi autorizzati ad entrare e a soggiornare nel territorio di tale Stato a condizioni almeno equivalenti a quelle che sono loro garantite dal diritto comunitario nel territorio di un altro Stato membro.

Tali considerazioni hanno indotto la Corte a dichiarare che le disposizioni dell'art. 52 del Trattato CEE e quelle della direttiva 73/148 dovessero essere interpretate nel senso che esse obbligano uno Stato membro ad autorizzare l'entrata e il soggiorno nel suo territorio del coniuge – indipendentemente dalla sua cittadinanza – del cittadino di tale Stato che si sia recato, con detto coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un'attività subordinata, ai sensi dell'art. 48 del Trattato CEE, e che ritorni a stabilirsi, ai sensi dell'art. 52 del Trattato CEE, nel territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza. Il coniuge deve godere quantomeno degli stessi diritti che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) entrasse e soggiornasse nel territorio di un altro Stato membro.

Ancora al problema del godimento del diritto di soggiorno da parte del coniuge di un cittadino comunitario è dedicata la **sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, Carpenter**. Nel 1994 la signora Carpenter, cittadina delle Filippine, aveva ottenuto un permesso d'ingresso nel Regno Unito per sei mesi come visitatore. In questo Paese era rimasta oltre la fine di tale periodo, omettendo di richiedere una proroga, e aveva sposato, nel maggio del 1996, il sig. Carpenter, cittadino britannico e dirigente di un'impresa con sede nel Regno Unito ed esercitante un'attività economica transnazionale di prestazione di servizi. Nel luglio del 1996 la sig.ra Carpenter aveva richiesto al *Secretary of State* un permesso di soggiorno come coniuge di un cittadino britannico, ma l'autorità competente aveva respinto tale domanda,

adottando una decisione di espulsione nei suoi confronti per il fatto che essa non aveva rispettato la durata del suo permesso d'ingresso iniziale. La sig.ra Carpenter ha contestato tale decisione dinanzi all'*Immigration Appeal Tribunal* che ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, chiedendo se il diritto comunitario potesse conferire alla moglie, cittadina di un paese terzo, di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, il diritto di soggiorno nel Regno Unito, Stato membro di origine del sig. Carpenter.

Dopo aver ricordato che il legislatore comunitario riconosce l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato CE, la Corte ha riconosciuto essere pacifico che la separazione dei coniugi in seguito all'espulsione della sig.ra Carpenter nuocerebbe alla loro vita familiare e, pertanto, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale per il sig. Carpenter: tale libertà, infatti, non potrebbe esplicare pienamente i suoi effetti se il sig. Carpenter fosse dissuaso dall'esercitarla a causa degli ostacoli frapposti, nel suo paese di origine, all'ingresso e al soggiorno di sua moglie. A questo proposito, la Corte ha rilevato che uno Stato membro può addurre motivi di interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora tale misura sia conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto.

La decisione di espulsione della sig.ra Carpenter costituiva un'ingerenza nell'esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare, diritto riconosciuto dalla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e rientrante nel novero dei diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario. La Corte ha osservato come pur non essendo il diritto di uno straniero ad entrare o a risiedere nel territorio di un determinato paese garantito dalla convenzione, l'esclusione di tale persona dal paese in cui vivono i suoi congiunti possa, in alcuni casi, costituire un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare.

Nel caso di specie, la decisione di espulsione della sig.ra Carpenter non rispettava il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, cioè, da un lato, il diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare e, dall'altro, la salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Infatti, pur non potendosi negare che la moglie del sig. Carpenter avesse violato le leggi del Regno Unito sull'immigrazione per non aver lasciato il territorio nazionale dopo la scadenza del suo permesso di soggiorno come visitatore, il suo comportamento, dal momento del suo arrivo nel Regno Unito nel settembre 1994, non aveva formato oggetto di alcuna censura tale da far temere che essa potesse rappresentare in futuro un pericolo per l'ordine pubblico e per la pubblica sicurezza. A questa considerazione doveva aggiungersi quella per cui il matrimonio dei coniugi Carpenter, celebrato nel Regno Unito nel 1996, era un matrimonio autentico e che in tale paese la sig.ra Carpenter conduceva una vita familiare effettiva, occupandosi in particolare dei figli di suo marito nati da un primo matrimonio. La Corte ha, quindi, concluso che il principio della libera prestazione dei servizi previsto dal Trattato CE, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, ostava a che lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi che è stabilito in questo stesso Stato e che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri neghi il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, cittadino di un paese terzo.

In tema di rapporti tra matrimonio e diritto di soggiorno merita segnalare, altresì, la **sentenza 23 settembre 2003, causa C-109/01, Akrich**, in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a decidere se lo Stato membro d'origine di un cittadino comunitario possa rifiutare al suo coniuge, cittadino di un paese terzo, il diritto di entrare, e possa prendere in considerazione l'intenzione dei coniugi di reclamare il beneficio di diritti derivanti dal diritto comunitario al loro ritorno nello Stato membro d'origine. La questione era nata nell'ambito di una controversia tra il *Secretary of State for the Home Department* ed il sig. Akrich, cittadino marocchino. Quest'ultimo, durante il suo soggiorno illegale nel Regno Unito, aveva sposato, nel 1996, una cittadina britannica e, in qualità di coniuge di quest'ultima, aveva richiesto un permesso di soggiorno. Nell'agosto 1997 egli era stato espulso verso Dublino, dove la moglie si era stabilita dal giugno 1997 e dove ella lavorava come lavoratrice dipendente. Ad essa veniva offerto un impiego nel Regno Unito a partire dall'agosto 1998. All'inizio del 1998, il sig. Akrich richiedeva alle autorità britanniche un permesso di entrare nello Stato in qualità di coniuge di una persona stabilita nel Regno Unito. La sua domanda si fondava sulla sentenza *Singh*, in cui, come ricordato *supra*, la Corte aveva dichiarato che un cittadino di uno Stato membro, che ha lavorato come lavoratore subordinato ai sensi del diritto comunitario in un altro Stato membro, ha la possibilità, quando rientra nel proprio paese, di farsi accompagnare dal suo coniuge, indipendentemente dalla sua cittadinanza. Quest'ultimo gode, in forza della normativa comunitaria, di un diritto di ingresso e di soggiorno che può far valere direttamente nei confronti dello Stato membro di cui il lavoratore è cittadino.

La domanda era stata respinta dal *Secretary of State for the Home Department*, il quale aveva ritenuto che il trasferimento in Irlanda non fosse altro che un'assenza temporanea, deliberatamente diretta a far sorgere un diritto di soggiorno per il sig. Akrich e ad eludere la normativa del Regno Unito. Di qui il ricorso all'*Immigration Appeal Tribunal* ed il sorgere della questione pregiudiziale.

La Corte di giustizia ha affermato che per poter fruire, in una situazione come quella di cui alla causa principale, dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, deve soggiornare legalmente in uno Stato membro nel momento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui il cittadino dell'Unione emigra o è emigrato. Secondo la Corte l'art. 10 non è applicabile quando il cittadino di uno Stato membro e il cittadino di un paese terzo hanno contratto un matrimonio di comodo, al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini di paesi terzi. Inoltre, in presenza di un matrimonio autentico tra un cittadino di uno Stato membro e un cittadino di un paese terzo, la circostanza che i coniugi si siano stabiliti in un altro Stato membro per godere dei diritti conferiti dal diritto comunitario al momento del ritorno nello Stato membro di cui il primo è cittadino non è pertinente ai fini della valutazione della loro situazione giuridica da parte delle competenti autorità di quest'ultimo Stato. Ciò precisato, la Corte ha altresì affermato che, quando il matrimonio è autentico, «nel momento in cui un cittadino di un primo Stato membro, coniugato con un cittadino di un paese terzo con il quale vive in un secondo Stato membro, ritorna nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per ivi esercitare un'attività lavorativa subordinata, se il suo coniuge non fruisce dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68, non avendo soggiornato legalmente nel territorio di uno Stato

membro, le autorità competenti del primo Stato membro devono comunque, per valutare la domanda di ingresso e di soggiorno del detto coniuge nel territorio di quest'ultimo Stato, tener conto del diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Il crescente rilievo acquisito dal diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza comunitaria è ancora confermato dalla **sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos**, in cui la Corte ha ribadito che «nell'ambito del diritto comunitario, è stata riconosciuta l'importanza di assicurare la tutela della vita familiare dei cittadini comunitari al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato», e che è quindi «pacifico che l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8 della CEDU, il quale fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario».

2.1.2. Transessualità e matrimonio

La tematica della transessualità e del matrimonio è stata dalla Corte affrontata con riferimento al caso specifico del rifiuto, da parte delle autorità statali, di attribuire una pensione di reversibilità ad un convivente transessuale. Tale questione, risolta con la **sentenza 7 gennaio 2004, C-117/01, K.B.**, era stata sollevata nell'ambito di una controversia tra K.B., iscritta al regime pensionistico del *National Health Service* (servizio sanitario nazionale), da un lato, e l'*NHS Pensions Agency* (Ufficio pensioni dell'NHS) e il *Secretary of State for Health* (Ministro della Sanità), dall'altro.

K.B., ricorrente nella causa principale, era una donna che aveva lavorato per circa 20 anni presso l'NHS ed era iscritta all'*NHS Pension Scheme*. Ella aveva da diversi anni una relazione affettiva e di convivenza con R., una persona nata di sesso femminile e registrata come tale allo stato civile che, in seguito ad un'operazione medica di cambiamento di sesso, era diventata un uomo, anche se non aveva potuto modificare il suo atto di nascita per formalizzare tale cambiamento. Per questa ragione, e contrariamente alla loro volontà, K.B. e R. non avevano potuto unirsi in matrimonio. Proprio in ragione della mancanza del matrimonio, l'*NHS Pensions Agency* aveva informato K.B. che, nel caso in cui questa fosse deceduta prima di R., quest'ultimo non avrebbe potuto ricevere una pensione di reversibilità in quanto il beneficio di tale prestazione era riservato al coniuge superstite, e che nessuna disposizione del diritto del Regno Unito riconosceva la qualità di coniuge in assenza di legittimo matrimonio. K.B. ha adito l'*Employment Tribunal* (Commissione per le controversie di lavoro del Regno Unito), sostenendo che le disposizioni nazionali che limitavano le prestazioni ai vedovi ed alle vedove di iscritti costituivano una discriminazione fondata sul sesso, contraria all'art. 141 CE e alla direttiva 75/117. Secondo K.B., tali ultime disposizioni esigevano che la nozione di «vedovo» fosse interpretata in maniera tale da includere anche il membro superstite di una coppia che avrebbe acquistato tale qualità se la sua identità sessuale non fosse stata il risultato di un'operazione medica di cambiamento di sesso.

I giudici inglesi di prime cure avevano ritenuto che il regime pensionistico in parola non fosse discriminatorio, mentre la *Court of Appeal* (England & Wales) (*Civil Division*) aveva deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se l'esclusione del

convivente transessuale (una persona originariamente di sesso femminile) di una donna iscritta al *National Health Service Pension Scheme*, in forza del quale le prestazioni per persone a carico spettano solo al vedovo, costituissero, appunto, una discriminazione basata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla direttiva 75/117.

La Corte ha, innanzitutto, rilevato che la «decisione di riservare determinati benefici alle coppie coniugate, escludendone tutti coloro che convivono senza essere sposati, è affidata sia alla scelta del legislatore, sia all'interpretazione effettuata dai giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno, senza che un soggetto possa far valere alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario». Nel caso di specie, una tale condizione non poteva, di per sé, essere considerata come discriminatoria in funzione del sesso, poiché il fatto che il richiedente fosse un uomo o una donna risultava indifferente ai fini della concessione della pensione di reversibilità. Questa constatazione non ha, però, impedito alla Corte di riconoscere la sussistenza di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incideva su una delle condizioni per la sua concessione: detta disparità riguardava non il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, vale a dire la capacità di contrarre matrimonio. Nel Regno Unito, infatti, le coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due membri deriva da un'operazione di cambiamento di sesso, possono contrarre matrimonio e, eventualmente, godere di una pensione di reversibilità, che costituisce un elemento della retribuzione di uno di essi, mentre ad una coppia quale quella formata da K.B. e R. è radicalmente impedito di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria ai fini della concessione di una pensione di reversibilità. La Corte ha, infatti, ricordato che l'«origine di tale impossibilità oggettiva risiede nel fatto, innanzi tutto, che la legge del 1973 sul matrimonio considera nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile; poi, che si considera come sesso di una persona quello risultante sull'atto di nascita, e, infine, che la legge sulla registrazione delle nascite e dei decessi vieta ogni modifica del registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale». Il supremo giudice comunitario ha, a questo proposito, richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed in particolare le sentenze 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito* e *I. c. Regno Unito*, con cui è stato riconosciuto che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso – dipendente dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengano allo stesso sesso, dato che la normativa del Regno Unito non permetteva il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale – costituiva violazione del diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU.

Anche sulla scorta di questo precedente, la Corte di giustizia è giunta alla conclusione che una legislazione che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro, doveva «essere considerata, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 CE». Ciò non toglie, tuttavia, che, spettando agli Stati membri determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona nella situazione di R., era comunque compito del giudice nazionale «verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K.B.

po[tesse] invocare l'art. 141 CE affinché le [fosse riconosciuto] il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità».

2.1.3. Divorzio e competenza giurisdizionale

Con la **sentenza 10 giugno 1999, causa C-430/97, Johannes**, la Corte ha risolto le questioni pregiudiziali sollevate da un giudice tedesco nell'ambito di una controversia tra la signora Johannes e il suo ex marito, dal quale era divorziata, in merito al versamento a favore dell'attrice nel procedimento principale di un'indennità compensativa dei diritti a pensione maturati dal signor Johannes durante il loro matrimonio.

Il giudice chiedeva alla Corte se lo Statuto del personale, e in particolare l'art. 27 del suo allegato VIII, ostasse all'applicazione di disposizioni di diritto nazionale come quelle di cui all'art. 1587 e seguenti del BGB, che prevedevano la ripartizione compensativa dei diritti a pensione tra coniugi divorziati. Per risolvere tale questione, la Corte ha ricordato che il legislatore comunitario non è competente per stabilire i diritti dei coniugi in un procedimento di divorzio, ivi compresi quelli risultanti dall'eventuale compensazione dei diritti a pensione quale prevista dalla normativa tedesca, e che «tali diritti sono disciplinati dalle disposizioni di diritto privato e di diritto di famiglia applicabili negli Stati membri e che rientrano nella competenza di tali Stati membri». Poiché lo Statuto del personale ha «come unica finalità quella di disciplinare i rapporti giuridici tra le istituzioni europee e i loro dipendenti stabilendo una serie di obblighi e doveri reciproci e riconoscendo, a favore di taluni membri della famiglia del dipendente diritti che essi possono far valere presso le Comunità europee», esso non osta in alcun modo all'applicazione, tra due ex coniugi, di disposizioni di diritto nazionale, come gli artt. 1587 e seguenti del BGB, che prevedono la compensazione dei diritti a pensione tra coniugi divorziati.

Nella medesima pronuncia la Corte ha risposto anche ad un'altra questione sollevata dal giudice tedesco, volta a capire se l'allora art. 6 del Trattato ostasse a che il diritto di uno Stato membro che disciplina le conseguenze del divorzio tra un dipendente delle Comunità e il suo ex coniuge comportasse che, in ragione della sua nazionalità, tale funzionario sopporti oneri più gravi di un dipendente di un'altra nazionalità che si fosse trovato nella medesima situazione. La Corte ha risposto negativamente, ricordando come la portata del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità sia limitata all'ambito di applicazione del Trattato, e le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato che determinano il diritto materiale nazionale applicabile agli effetti di un divorzio tra coniugi, e le disposizioni nazionali di diritto civile che disciplinano materialmente tali effetti non rientrano nel campo d'applicazione del Trattato. Di conseguenza il diritto comunitario non può impedire che il diritto di uno Stato membro prenda in considerazione la nazionalità dei coniugi in quanto fattore di collegamento che consente di determinare il diritto materiale nazionale applicabile agli effetti di un divorzio.

Nella recente **sentenza 16 luglio 2009, causa C-168/08, Hadadi** la Corte di giustizia ha, invece, affrontato una questione inerente la competenza giurisdizionale degli Stati membri in tema di scioglimento del matrimonio. La *Cour de Cassation* francese aveva, infatti, chiesto chiarimenti in ordine all'interpretazione delle norme sulla competenza giurisdizionale previste nel Regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al

riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in relazione all'ipotesi di coniugi aventi la doppia cittadinanza comune (nel caso di specie, ungherese e francese), i quali non abitavano più nel paese di origine (Ungheria) da tempo ed il cui unico elemento di collegamento con questo paese era, appunto, la cittadinanza (ungherese).

Detto regolamento prevede, infatti, in primo luogo, diversi criteri di attribuzione della competenza giurisdizionale a conoscere delle azioni relative allo scioglimento del vincolo matrimoniale e, in aggiunta a taluni criteri basati, sotto vari profili, sulla residenza abituale dei coniugi, sancisce il criterio della cittadinanza. In secondo luogo, il regolamento prevede, in linea di principio, che le decisioni di divorzio pronunciate in uno Stato membro siano riconosciute dagli altri Stati dell'Unione e che non si possa procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine, a meno che, in forza delle norme transitorie sul riconoscimento enunciate nello stesso regolamento, la decisione di divorzio sia stata emanata prima della sua entrata in vigore, giacché in questo caso la competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro di origine deve, in via eccezionale, essere soggetta a riesame (nel caso di specie il regolamento era applicabile a decorrere dal 1° marzo 2005, ad eccezione degli artt. 67-70, peraltro non rilevanti ai fini della soluzione della causa principale).

Il sig. Hadadi e la sig.ra Mesko, entrambi cittadini ungheresi, avevano contratto matrimonio in Ungheria, erano emigrati in Francia ed avevano acquisito la cittadinanza francese per naturalizzazione, conservando allo stesso tempo quella ungherese. Nel 2002 il sig. Hadadi aveva proposto ricorso per divorzio dinanzi al Tribunale di Pest (Ungheria) e l'anno successivo la sig.ra Mesko aveva fatto altrettanto dinanzi al *Tribunal de grande instance de Meaux*.

Il 4 maggio 2004, qualche giorno dopo l'adesione della Repubblica di Ungheria all'Unione europea, il Tribunale di Pest aveva pronunciato sentenza di divorzio tra il sig. Hadadi e la sig.ra Mesko. In seguito a detta sentenza, il giudice francese aveva dichiarato irricevibile la domanda di divorzio presentata dalla sig.ra Mesko, la quale proponeva appello avverso tale decisione dinanzi alla *Cour d'appel de Paris*, che riteneva che la sentenza del Tribunale ungherese non potesse essere riconosciuta in Francia, dato che la competenza giurisdizionale di quest'ultimo appariva «in realtà molto fragile», laddove la competenza giurisdizionale del Tribunale della residenza coniugale, stabilita in Francia, risultava, in confronto, «particolarmente forte». La *Cour d'appel de Paris*, di conseguenza, aveva dichiarato ricevibile la domanda di divorzio presentata dalla sig.ra Mesko.

Avverso tale decisione il sig. Hadadi aveva proposto ricorso per cassazione e la *Cour de cassation*, chiamata ad applicare, riguardo alla sentenza di divorzio pronunciata dal Tribunale ungherese, le norme transitorie sul riconoscimento enunciate nel regolamento al fine di determinare se i giudici ungheresi avrebbero potuto essere competenti a conoscere della domanda di divorzio proposta dal sig. Hadadi, ha sollevato la questione pregiudiziale.

La Corte, dopo aver rilevato che il regolamento non effettua distinzioni a seconda che una persona possieda una o più cittadinanze, ha affermato che la disposizione del regolamento che prevede la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato membro della cittadinanza dei coniugi non può essere interpretata diversamente a seconda che i due coniugi abbiano la doppia cittadinanza comune o solo la stessa cittadinanza: in caso di doppia cittadinanza

comune, il giudice adito di una domanda di divorzio non può ignorare il fatto che gli interessati possiedano la cittadinanza di un altro Stato membro. In tal senso, al fine di applicare le norme transitorie sul riconoscimento enunciate nel regolamento, i giudici francesi devono tener conto del fatto che il sig. Hadadi e la sig.ra Mesko possiedono anche la cittadinanza ungherese e che, pertanto, i giudici ungheresi, in applicazione del regolamento, avrebbero potuto essere competenti a conoscere di una domanda di divorzio tra le dette persone.

Secondo la Corte, il regolamento non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, essendo invece prevista espressamente la coesistenza di più giudici competenti di pari rango. Inoltre, la Corte ha rilevato che il regolamento, facendo della cittadinanza un criterio di competenza, privilegia un elemento di collegamento certo e facile da applicare. Esso non prevede alcun altro criterio afferente alla cittadinanza, quale, in particolare, la prevalenza di quest'ultima. Infatti, la necessità di un controllo degli elementi di collegamento tra i coniugi e le loro rispettive cittadinanze renderebbe più onerosa la verifica della competenza giurisdizionale, risultando in tal modo contraria all'obiettivo di facilitare l'applicazione del regolamento mediante l'utilizzo di un criterio di collegamento semplice e univoco. Infine, la Corte ha ricordato che, in forza del regolamento, una coppia che possieda unicamente la cittadinanza di uno Stato membro sarebbe sempre in grado di adire i giudici di quest'ultimo, sebbene la sua residenza abituale non sia più situata in tale Stato da lungo tempo ed esistano solo scarsi elementi di collegamento reale con quest'ultimo. Alla luce di ciò, la Corte ha concluso che, qualora entrambi i coniugi possiedano la medesima doppia cittadinanza, il regolamento osta a che la competenza giurisdizionale dei giudici di uno degli Stati membri interessati resti esclusa per il fatto che il ricorrente non presenti altri elementi di collegamento con tale Stato e che i giudici degli Stati membri di cui entrambi i coniugi possiedano la cittadinanza sono competenti, potendo questi ultimi adire, a loro scelta, i giudici di uno o dell'altro di questi Stati.

2.1.4. Obbligazioni alimentari...

2.1.4.1. ...nei confronti dell'ex coniuge

Nella **sentenza 27 febbraio 1997, causa C-220/95, van den Boogaard**, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una questione relativa all'interpretazione della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sollevata nell'ambito di una controversia sorta tra il signor Van den Boogaard e la signora Laumen a proposito di una domanda diretta a far rendere esecutiva nei Paesi Bassi una sentenza pronunciata il 25 luglio 1990 dalla *High Court of Justice of England and Wales*. Il signor Van den Boogaard e la signora Laumen si erano sposati nei Paesi Bassi nel 1957 in regime di comunione dei beni e nel 1980 avevano stipulato, sempre nei Paesi Bassi, una convenzione che aveva trasformato tale regime in regime di separazione dei beni. Nel 1982 essi si erano stabiliti a Londra. Con sentenza 25 luglio 1990, la *High Court* ha sciolto il matrimonio e si è inoltre pronunciata su una domanda accessoria di liquidazione globale («*full ancillary relief*») proposta dalla signora Laumen. Poiché questa desiderava una rottura chiara e netta dei rapporti con il marito, il giudice inglese le ha assegnato un capitale al fine di rendere superfluo il versamento periodico di un assegno alimentare. Esso ha, inoltre,

ritenuto la convenzione sulla separazione dei beni stipulata nei Paesi Bassi irrilevante ai fini della sua pronuncia. In tale sentenza la *High Court* ha stimato in 875 000 UKL la somma complessiva di cui la signora Laumen doveva disporre per sovvenire ai propri bisogni. Una parte di tale somma, ossia 535 000 UKL, era coperta da denaro che ella possedeva e dai proventi della vendita di beni mobili, nonché dalla cessione di un quadro e di una proprietà immobiliare. Per il resto, il giudice inglese aveva dichiarato che il signor Van den Boogaard doveva corrispondere alla signora Laumen la somma forfettaria di 340 000 UKL, cui si aggiungevano 15 000 UKL per spese relative ad un precedente giudizio. La signora Laumen ha chiesto l'*exequatur* della sentenza inglese in base alla Convenzione dell'Aia 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari ed il presidente dell'*Arrondissementsrechtbank* ha accolto l'istanza. Contro tale ordinanza il signor Van den Boogaard ha proposto opposizione. L'*Arrondissementsrechtbank* di Amsterdam, competente a statuire sull'opposizione, ha in sostanza chiesto alla Corte se una decisione emessa in una causa di divorzio e che dispone il pagamento di una somma forfettaria e il trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei due ex coniugi all'altro sia esclusa dalla sfera d'applicazione della Convenzione di Bruxelles in base all'art. 1, secondo comma, punto 1, di questa, in quanto si riferisce al regime patrimoniale fra coniugi, oppure possa rientrarvi in quanto relativa ad obbligazioni alimentari, nonché se in proposito rilevi il fatto che il giudice originario abbia escluso l'applicazione di una convenzione matrimoniale ai fini della sua decisione.

La Corte ha ritenuto che se dalla motivazione di una decisione emessa nell'ambito di un procedimento di divorzio risulta che la prestazione che essa dispone è diretta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilirne l'ammontare, la decisione riguarda un'obbligazione alimentare e rientra quindi nella sfera d'applicazione della Convenzione sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Invece, quando la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, la decisione concerne il regime patrimoniale e quindi non può essere resa esecutiva in base alla Convenzione di Bruxelles. Una decisione nella quale sono disciplinati entrambi gli aspetti può essere resa parzialmente esecutiva, ai sensi dell'art. 42 della detta Convenzione, qualora ne emergano chiaramente gli scopi ai quali corrispondono rispettivamente le varie parti della prestazione disposta. Ne consegue che una decisione emessa in una causa di divorzio e che dispone il pagamento di una somma forfettaria e il trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei due ex coniugi all'altro deve considerarsi vertere su obbligazioni alimentari e, quindi, ricompresa nella sfera d'applicazione della Convenzione se è diretta a garantire il sostentamento dell'altro ex coniuge. Secondo la Corte, il fatto che il giudice originario abbia escluso l'applicazione di una convenzione matrimoniale ai fini della sua decisione è irrilevante a questo proposito.

Nella più risalente **sentenza 17 maggio 1972, causa C-24/71, Meinhard c. Commissione** la Corte di giustizia si pronunciò, invece, su un ricorso diretto all'annullamento di una decisione con cui la Commissione aveva rifiutato alla ricorrente la quota di pensione vedovile cui, a norma degli artt. 27 e 28 dell'allegato VIII dello Statuto del personale, aveva diritto la moglie divorziata del dipendente defunto, in caso di concorso con la vedova dello stesso. In sintesi, secondo l'art. 79 dello Statuto, la vedova del

dipendente aveva diritto alla pensione vedovile, alle condizioni contemplate dall'allegato VIII dello Statuto stesso: secondo l'art. 27 dell'allegato, la moglie divorziata, che non fosse passata a nuove nozze, aveva diritto alla stessa pensione se il divorzio era stato concesso per colpa esclusiva del marito, mentre l'art. 28 contemplava l'ipotesi del concorso della vedova e della moglie divorziata, stabilendo che in tal caso la pensione vedovile dovesse essere ripartita in proporzione alla durata dei rispettivi matrimoni.

La Corte ha osservato come queste disposizioni non abbiano lo scopo di garantire alla vedova o alla moglie divorziata la continuazione, sotto altra forma, di un'obbligazione alimentare nascente dal matrimonio o dal divorzio, ma creano un diritto che lo Statuto attribuisce direttamente alle interessate nella loro qualità di vedova o di moglie divorziata non risposata. Tuttavia, a norma dell'art. 28, l'importo spettante alla moglie divorziata non può essere superiore a quello degli alimenti assegnabile dalla sentenza di divorzio.

L'art. 28 non riguarda l'esistenza del diritto alla pensione vedovile, ma unicamente la determinazione della quota spettante alla moglie divorziata, in caso di concorso con la vedova, il che risulta confermato dal secondo comma di detto articolo, secondo il quale, in caso di decesso di una delle aventi diritto alla pensione vedovile, la sua quota va ad accrescere quella dell'altra.

La Corte, dopo aver affermato che l'esistenza e l'importo dell'obbligazione alimentare del dipendente nei confronti della moglie divorziata vanno, in linea di principio, determinati in base alla legge che regola gli effetti del divorzio, ha osservato come in numerosi Stati gli alimenti fra coniugi in caso di divorzio non debbano (e, in certi casi, persino non possano) essere liquidati con la sentenza di divorzio o con sentenza successiva, bensì possano, fra l'altro, essere determinati mediante accordo fra le parti.

Esigere che l'esistenza e l'importo degli alimenti siano provati mediante un provvedimento giudiziario, mentre la legge che regola gli effetti del divorzio ignora o, comunque, non impone un siffatto requisito, significherebbe rendere, in determinati casi, impossibile l'esercizio del diritto alla pensione vedovile attribuito dallo statuto alla moglie divorziata per colpa esclusiva del marito. Poiché questa non poteva essere stata l'intenzione degli autori dello Statuto, è evidente che l'ultima frase dell'art. 28, comma 1, non può essere intesa nel senso che essa escluda altri mezzi di prova, circa l'obbligazione alimentare, imposti o ammessi dalla legge che regola gli effetti del divorzio, avendo tale disposizione solo lo scopo di fissare un punto di riferimento sicuro, traendolo dal diritto nazionale degli interessati.

Su un'analogha questione si è più recentemente pronunciato il Tribunale con la **sentenza 21 aprile 2004, T-172/01, M. c. Corte di giustizia**. La ricorrente aveva contratto matrimonio nel 1981 con il sig. M., che aveva prestato servizio come giudice presso la Corte di giustizia dal 1983 al 1997. Il loro matrimonio era stato sciolto mediante divorzio pronunciato con sentenza definitiva nel luglio del 1998. Il certificato religioso di divorzio, la cui redazione costituisce, in Grecia, una formalità necessaria in caso di matrimonio religioso, era stato rilasciato il 4 marzo 1999.

Il sig. M. è deceduto il 23 marzo 2000. Come coniuge divorziato di un ex membro di un'istituzione comunitaria, la sig.ra M. ha chiesto all'amministrazione della Corte l'attribuzione di una pensione di reversibilità del defunto sig. M., facendo valere un accordo

che sarebbe intervenuto tra lei ed il medesimo sig. M. relativo al versamento di una pensione alimentare che suo marito aveva eseguito ancor prima della pronuncia di divorzio.

L'amministrazione della Corte ha risposto alla ricorrente che poteva essere ammessa al beneficio della pensione di reversibilità di cui all'art. 15 del trattamento economico, a condizione che ella dimostrasse di avere avuto diritto per proprio conto, al momento del decesso del suo ex marito, ad una pensione alimentare a carico di quest'ultimo fissata mediante decisione giudiziaria o mediante convenzione tra lei e il defunto sig. M.

In sostanza, la sig.ra M. fondava la sua pretesa su una convenzione conclusa oralmente: la sua richiesta veniva pertanto respinta dalla Corte, poiché la sig.ra M. non aveva dimostrato di beneficiare per proprio conto di una pensione alimentare a carico del suo ex marito fissata mediante sentenza o mediante convenzione. La ricorrente ha, quindi, chiesto al Tribunale di annullare la decisione impugnata e riconoscere il suo diritto all'attribuzione di una pensione di reversibilità.

Tra i vari motivi di ricorso proposti dalla ricorrente, giova ai nostri fini richiamare il terzo, relativo al presunto errore di diritto conseguente al rifiuto da parte dell'istituzione convenuta di ritenere dimostrato il diritto della ricorrente ad una pensione alimentare fissata mediante convenzione, ai sensi dell'art. 27 dell'allegato VIII dello Statuto. Secondo il Tribunale, per pronunciarsi sulla fondatezza della decisione impugnata occorre stabilire se potesse ritenersi dimostrato il diritto della sig.ra M. a una pensione alimentare fissata mediante convenzione orale tra i due ex coniugi M. e di cui il sig. M., al suo decesso, sarebbe stato debitore a favore della ex moglie, accertando, in via preliminare, se l'asserita convenzione poteva essere legalmente conclusa in forma orale.

Il Tribunale ha così sottolineato come la nozione di «pensione alimentare (...) fissata (...) mediante convenzione tra gli ex coniugi», ai sensi dell'art. 27, primo comma, dell'allegato VIII dello Statuto, non possa essere oggetto di un'interpretazione comunitaria autonoma, giacché la nozione di obbligazione alimentare convenuta tra ex coniugi a seguito del loro divorzio attiene alle conseguenze patrimoniali che discendono dalla sentenza di divorzio pronunciata in base alle norme del diritto civile applicabile. Poiché i presupposti di validità di una convenzione che stipula il pagamento di una pensione alimentare a favore del coniuge divorziato di un dipendente delle Comunità vanno, in linea di principio, determinati in base alla legge che regola gli effetti del divorzio (nella fattispecie la legge greca in forza della quale è stato pronunciato il divorzio), e considerando che le disposizioni pertinenti del codice civile greco ammettono, in caso di divorzio, la costituzione di un diritto ad una pensione alimentare a favore di un ex coniuge mediante semplice convenzione orale tra gli ex coniugi, la stipula mediante convenzione orale deve ritenersi valida.

Quanto alla prova della sua esistenza, occorre ancora far riferimento al diritto nazionale, fatta salva la facoltà del Tribunale di verificare il suo rispetto. La prova testimoniale era dunque ammissibile, ma l'insieme delle circostanze della fattispecie – su cui non è qui possibile indugiare – non consentivano di ritenere dimostrata l'ipotesi di una volontà del sig. M. di assumersi l'obbligazione giuridica di attribuire alla ex moglie una pensione alimentare. Secondo il Tribunale, la proposta fatta dal sig. M. alla ex moglie di versarle del denaro era ispirata dall'intento di mettersi la coscienza in pace e di conformarsi alle proprie convinzioni religiose e morali, e una preoccupazione del genere, nata allorché

gli obblighi giuridici derivanti dal matrimonio erano estinti, fa parte delle motivazioni idonee a ispirare atti di cortesia che non producono effetti vincolanti.

La transazione oggetto della causa poteva – ad avviso del Tribunale – essere considerata solo un atto di pura cortesia compiuto dal sig. M. nei confronti della sig.ra M. e mediante il quale egli non intendeva assolutamente assumere l'obbligo giuridico di versare una pensione alimentare di cui si sarebbe ritenuto debitore verso l'interessata rispetto ai terzi o alle giurisdizioni competenti.

La mancanza di un accordo di volontà che dispiega effetti giuridici vincolanti tra gli ex coniugi M. sarebbe, poi, stata ulteriormente corroborata, nel caso di specie, dal fatto che mancava una dimostrazione credibile dell'esecuzione da parte del sig. M. di una convenzione che fissi una pensione alimentare. È vero che, in linea di principio, l'accertamento dei pagamenti mensili effettivi di una pensione alimentare che sia stata fissata oralmente nonché la prova dell'ammontare di tali versamenti, della loro regolarità, continuità e causa giuridica possono permettere di desumere il consenso del *de cuius* ad obbligarsi, fino al suo decesso, con una convenzione orale avente ad oggetto una siffatta pensione a favore della ex moglie. Tuttavia nella fattispecie, nessun documento probatorio, bancario o di altra natura, suffraga l'ipotesi di versamenti regolari e la stessa ricorrente dichiara, in definitiva, solo due versamenti in contanti che sarebbero stati eseguiti per il tramite di una terza persona.

2.1.4.2. ...e nei confronti di altri membri della famiglia

Con la **sentenza 18 dicembre 1992, causa T-85/91, *Khouri c. Commissione***, il Tribunale ha respinto il ricorso presentato da una cittadina belga, ex agente ausiliario della Commissione, avverso il rifiuto da parte di quest'ultima di riconoscere l'equiparazione di un proprio nipote a un figlio a carico. L'art. 2, n. 4, dell' allegato VII dello Statuto prevedeva, infatti, che in "via eccezionale può essere equiparata al figlio a carico, mediante decisione speciale e motivata dell'autorità che ha il potere di nomina, adottata in base a documenti probanti, qualsiasi altra persona nei cui confronti il funzionario sia tenuto per legge a prestare gli alimenti e il cui mantenimento gli imponga oneri gravosi". A giustificare detto rifiuto era la considerazione per cui, in base alle disposizioni del codice belga, il nipote della richiedente non era una persona nei cui confronti l'interessata era tenuta per legge a prestare gli alimenti come richiesto dall' art. 2, n. 4, dell' allegato VII dello Statuto, non rientrando pertanto ella nel campo di applicazione del suddetto articolo.

Il Tribunale ha, innanzitutto, osservato come, poiché l'equiparazione di un'altra persona ad un figlio a carico riveste, secondo il tenore letterale della citata disposizione, un carattere eccezionale, il presupposto della sussistenza, per il dipendente, di un obbligo alimentare *ex lege* nei confronti di un'altra persona debba essere interpretato restrittivamente.

La nozione di obbligo alimentare legale cui si riferisce lo Statuto si ispira, infatti, agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, i quali impongono per legge ai parenti e/o agli affini più o meno prossimi di grado l' obbligo reciproco di assistenza alimentare. Tale nozione deve essere interpretata nel senso che essa si riferisce unicamente all'obbligo alimentare imposto al dipendente per effetto di una fonte di diritto indipendente dalla volontà delle parti ed esclude che possano prendersi in considerazione obblighi alimentari di indole convenzionale, naturale o risarcitoria.

Giacché né il diritto comunitario né lo Statuto forniscono al giudice comunitario indicazioni che gli consentano di precisare, attraverso un'interpretazione autonoma, il contenuto e la portata dell'obbligo alimentare legale che rende possibile l'attribuzione ad un dipendente dell'assegno per figli a carico ai sensi dell'art. 2, n. 4, dell'allegato VII allo Statuto, è necessario accertare se l'ordinamento giuridico al quale il dipendente interessato è soggetto gli imponga tale obbligo.

Nel caso di specie, poiché non esisteva in diritto belga un obbligo alimentare fra collaterali, essendo tutt'al più ammessa l'esistenza fra collaterali di un obbligo naturale che può trasformarsi in obbligo civile, il Tribunale ha ritenuto che il fatto che la ricorrente potesse eventualmente essere tenuta, nei confronti del nipote, a prestare gli alimenti non configurasse un obbligo imposto da una fonte indipendente dalla volontà delle parti, e non potesse pertanto essere qualificato obbligo alimentare legale ai sensi dello Statuto. Nemmeno l'impegno di assunzione a carico sottoscritto dalla ricorrente a favore del nipote nei confronti delle autorità belghe, anche ammettendo che possa dar origine ad un obbligo alimentare, può essere qualificato obbligo alimentare legale ai sensi dello Statuto, in quanto deriva dalla volontà del dipendente.

Su motivazioni del tutto analoghe è fondata la **sentenza 18 dicembre 1992, causa T-43/90, Diaz Garcia c. Parlamento**, in cui il Tribunale ha esaminato il problema dell'equiparazione ai figli a carico dei figli della convivente *more uxorio*. In estrema sintesi, il ricorrente, signor José Miguel Díaz García, cittadino spagnolo dipendente del Parlamento europeo in servizio a Bruxelles, sposato e padre di un figlio minorenni, viveva separato dalla moglie e dal figlio nato da tale unione. Dal 1987 il ricorrente conviveva *more uxorio* con la signora Visitación Gonzáles Reillo e con i due figli minorenni di costei, figli di cui aveva l'affidamento a seguito di una sentenza di separazione giudiziale. A partire dall'entrata in servizio del ricorrente presso il Parlamento, l'assegno di famiglia e l'assegno per figlio a carico a favore del figlio nato dal suo matrimonio venivano versati a sua moglie.

Per permettere alla sua famiglia di fatto di ottenere l'autorizzazione a risiedere con lui in Belgio, il ricorrente aveva firmato un documento intitolato "Impegno di assunzione a carico", con il quale si impegnava ad assumere, nei confronti dello Stato belga e della concubina (oltre che del coniuge e dei figli minori a carico), l'onere delle cure mediche, delle spese di soggiorno e di rimpatrio della suddetta. La sentenza di divorzio della signora Gonzáles Reillo condannava il suo ex marito a versarle mensilmente una certa somma per il mantenimento dei figli nati dal loro matrimonio.

Per respingere la richiesta di annullamento della decisione del Parlamento che negava al ricorrente la concessione dell'assegno per figlio a carico, il Tribunale ha ribadito quanto sostenuto in via generale nella appena esaminata sentenza *Khouri c. Commissione* ed ha poi osservato come, nel caso specifico, né in diritto belga né in diritto spagnolo sussistesse un obbligo alimentare *ex lege*, derivante da una fonte di diritto indipendente dalla volontà del debitore, nei confronti dei figli del concubino, di talché il ricorrente non era tenuto a prestare per legge gli alimenti, ai sensi dello Statuto, ai figli della signora Gonzáles Reillo. Il Tribunale ha, in particolare, respinto l'argomento del ricorrente, basato sul presupposto che un obbligo civile sorto per novazione di un obbligo naturale costituisca un obbligo legale di prestare gli alimenti ai sensi dello Statuto: sebbene suscettibile di ricevere un'esecuzione *ope iudicis*, un siffatto obbligo civile, in quanto trae origine da un comportamento volontario, non costituisce

un obbligo imposto in forza di una fonte di diritto indipendente dalla volontà delle parti e non può pertanto essere qualificato obbligo alimentare legale ai sensi dello Statuto. Il Tribunale non ha mancato di precisare come, “[n]onostante i cambiamenti che siano potuti intervenire nei costumi dopo la redazione dello Statuto nel 1962, [esso] non è comunque competente ad estendere l’interpretazione giuridica dell’ art. 2, n. 4, dell’ allegato VII dello Statuto al fine di includervi obblighi come quelli invocati dal ricorrente”. Per quanto riguarda l’impegno di assunzione a carico sottoscritto dal ricorrente a favore dei figli della concubina, si conferma come neppure tale impegno, anche ammettendo che possa dar origine ad un obbligo alimentare, può essere qualificato obbligo alimentare legale ai sensi dello Statuto, in quanto deriva dalla volontà del dipendente.

2.2. Unioni diverse da quelle matrimoniali: unioni registrate e rapporti di fatto

2.2.1. Nozione di coniuge e coppie di fatto eterosessuali

Con la **sentenza 17 giugno 1993, causa T-65/92, Arauxo-Dumay**, il Tribunale ha deciso del ricorso presentato dalla signora Monique Arauxo-Dumay, vedova di Louis Dumay, ex dipendente della Commissione delle Comunità europee, contro la Commissione delle Comunità europee, ed avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione con cui la Commissione negava la concessione di una pensione di reversibilità. Dall’ottobre 1986 al signor Dumay veniva applicata, dietro sua richiesta, una misura di cessazione definitiva dal servizio, e fino alla data del suo decesso, il signor Dumay aveva percepito, a norma dell’art. 4, n. 1, del regolamento n. 3518/85, un’indennità mensile pari al 70% del suo stipendio base, da cui veniva dedotto, in conformità al combinato disposto dell’art. 4, n. 7, del regolamento n. 3518/85 e dell’art. 83, n. 2, dello Statuto del personale delle Comunità europee, un contributo per il finanziamento del regime statutario delle pensioni, calcolato sulla base dello stipendio relativo al suo grado e scatto. Egli aveva contratto un primo matrimonio nel 1952, ma conviveva *more uxorio* con la ricorrente sin dall’inizio degli anni ‘80: la sentenza di divorzio, pronunciata nell’aprile 1989, veniva trascritta nei registri dello stato civile solo nel luglio 1989. Nello stesso mese di luglio il signor Dumay sposava la ricorrente, con la quale egli aveva continuato ininterrottamente la convivenza, cosicché alla data del suo decesso la durata di questo matrimonio era stata di poco superiore a due anni e quattro mesi. La Commissione informava dunque la ricorrente dell’impossibilità di essere ammessa al beneficio della pensione di reversibilità in quanto la durata del suo matrimonio era inferiore ai cinque anni.

Il Tribunale, investito del ricorso a seguito della mancata risposta da parte della Commissione al reclamo presentato dalla vedova, ha, in primo luogo, osservato che l’art. 4, n. 8, del regolamento n. 3518/85 poneva quale condizione per l’attribuzione di un diritto ad una pensione di reversibilità a beneficio di un “coniuge superstite” che quest’ultimo fosse “coniugato” da almeno un anno con il dipendente deceduto, al momento in cui l’interessato ha cessato di prestare servizio presso un’ istituzione e che la stessa condizione veniva enunciata, facendo uso dei termini “vedova” e “moglie”, dall’art. 17 bis dell’allegato VIII dello Statuto, fatta salva l’eccezione prevista dall’art. 20 del medesimo allegato, secondo il quale la suddetta condizione di anteriorità non si applica se il “matrimonio”, anche contratto dopo la cessazione dal servizio del dipendente, è durato almeno cinque anni.

Ad avviso del Tribunale, i termini “coniuge”, “vedova” e “moglie”, sia nella loro definizione giuridica che nella loro accezione comune, sono riferiti a soggetti che abbiano formalmente contratto un “matrimonio” civile riconosciuto dall’ordinamento, con tutti i diritti e gli obblighi che ne derivano. Nel caso di specie, era pacifico che un tale matrimonio civile è stato contratto dalla ricorrente con il signor Dumay solo il 27 luglio 1989, vale a dire in data successiva alla cessazione dal servizio del signor Dumay, il 1 ottobre 1986, e meno di cinque anni prima del decesso di quest’ultimo, avvenuto il 1 dicembre 1991. Inoltre, alla data rilevante per la determinazione dei diritti ad una pensione di reversibilità ai sensi dell’art. 17 dell’allegato VIII dello Statuto e dell’art. 4, n. 8, del regolamento n. 3518/85, vale a dire al momento in cui il signor Dumay cessava di prestare servizio presso l’istituzione, nonché per una parte del periodo di cinque anni previsto per la deroga di cui all’art. 20 dell’allegato VIII dello Statuto, il signor Dumay era effettivamente coniugato secondo la definizione sopra menzionata, ma non con la ricorrente.

Ciò precisato con riferimento al caso concreto, il Tribunale, pur consapevole del contesto sociale nel quale il ricorso è stato proposto, non si è ritenuto competente ad estendere l’interpretazione giuridica dei termini precisi utilizzati nello Statuto, al fine di far rientrare nella nozione di “matrimonio” situazioni di convivenza o di unioni di fatto, ovvero nella nozione di “coniuge” o di “moglie” la situazione di un(a) “convivente”. A sostegno di tale conclusione il Tribunale ha osservato che numerose disposizioni statutarie fanno riferimento alle nozioni di coniuge o di matrimonio e che una loro interpretazione in senso estensivo comporterebbe una modifica del fondamento giuridico delle disposizioni di cui trattasi, con rilevanti conseguenze in campo giuridico ed economico sia per le Comunità che per i terzi. Secondo il Tribunale, una modifica di tale portata potrebbe nascere solo da un intervento del legislatore comunitario, qualora quest’ultimo ne ravvisasse l’opportunità.

Il Tribunale ha, altresì, respinto gli argomenti della ricorrente secondo i quali avrebbero dovuto essere prese in considerazione, per estendere la definizione della nozione di matrimonio, talune fattispecie che riflettono l’evoluzione dei costumi nel proprio diritto nazionale: il Tribunale non ha, infatti, ritenuto pertinente, nel caso di specie, il riferimento alle norme nazionali citate ai fini dell’interpretazione delle norme comunitarie. Parimenti respinto è stato l’argomento fondato sul richiamo del principio della parità di trattamento, giacché nella fattispecie si trattava di accertare l’esistenza del diritto ad una pensione di reversibilità del coniuge superstite di un ex dipendente, deceduto successivamente all’applicazione di una misura di cessazione dal servizio e dopo che quest’ultimo aveva fruito delle prestazioni e dei vantaggi previsti da un regolamento che disciplina tale situazione, caratterizzata dall’assenza dell’obbligo di proseguire l’attività lavorativa, situazione che – secondo il Tribunale – differisce sostanzialmente da quella del coniuge superstite di un dipendente che abbia continuato a prestare servizio fino alla data del suo decesso.

Questa lettura restrittiva della nozione di coniuge, strettamente ancorata al tenore letterale della disposizione, è stata confermata nella **sentenza 17 aprile 1996, causa C-59/85, Reed**, in cui la Corte di giustizia ha affrontato una serie di questioni vertenti sull’interpretazione degli artt. 7 e 48 del Trattato CEE, e dell’art. 10 del Regolamento n. 1612 del 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori nell’ambito della Comunità, questioni sorte in occasione di una lite avente ad oggetto il rigetto, da parte del Segretario di stato alla

giustizia, della domanda di permesso di soggiorno presentata dalla signora Reed in quanto compagna di un lavoratore cittadino di un altro Stato membro.

Ai sensi della *Vreemdelingen-circulaire* del 1982, con la quale i Paesi Bassi hanno reso nota la politica che intendevano seguire nei confronti degli stranieri, lo straniero che avesse avuto una relazione stabile con un cittadino olandese o con uno straniero ammesso nei Paesi Bassi come rifugiato o in forza del diritto d'asilo, o ancora con uno straniero titolare di un permesso di stabilimento, sarebbe stato autorizzato a soggiornare nei Paesi Bassi a determinate condizioni. In particolare, i compagni dovevano vivere insieme e costituire un nucleo familiare o aver già costituito un nucleo familiare prima dell'arrivo nei Paesi Bassi, non essere coniugati e possedere dei mezzi di sussistenza sufficienti per il compagno straniero nonché un alloggio adeguato.

La signora Reed, cittadina britannica nubile, era giunta nei Paesi Bassi nel novembre 1981 e si era iscritta fra i disoccupati nel gennaio dell'anno successivo, senza tuttavia riuscire a trovare lavoro. Nel marzo 1982 essa aveva chiesto un permesso di soggiorno, indicando come motivo la propria sistemazione presso il sig. W., il quale, del pari cittadino britannico e celibe, lavorava nei Paesi Bassi dal novembre 1981 ed aveva ottenuto, nel febbraio 1982, un permesso di soggiorno di cittadino di uno Stato membro della CEE, valido per cinque anni. Alla data del provvedimento impugnato, la Reed ed il sig. W. abitavano insieme nei Paesi Bassi ed avevano già una relazione stabile da cinque anni.

La Reed aveva proposto domanda di revisione del rigetto della domanda di permesso di soggiorno da parte del Segretario di Stato alla giustizia ed aveva contestualmente iniziato un procedimento sommario dinanzi al Presidente del tribunale dell'Aja per ottenere che lo Stato olandese si astenesse da qualsiasi provvedimento d'espulsione prima che fosse stato adottato un provvedimento definitivo sulla domanda di permesso di soggiorno. Il Presidente del tribunale aveva accolto la domanda, sostenendo che l'«evoluzione giuridica» implicava che, ai fini dell'applicazione dell'art. 10 del Regolamento n. 1612/68, i compagni non coniugati, per quanto possibile, in un caso come quello in esame, dovessero essere equiparati ad una coppia di coniugi. La Corte d'appello dell'Aja aveva confermato l'ordinanza del Presidente del tribunale, sulla base però di una differente motivazione, imperniata sul divieto di discriminazione basata sulla cittadinanza fra i lavoratori degli Stati membri, divieto che implicava che la politica seguita dallo Stato nei confronti degli stranieri doveva consentire al compagno del lavoratore cittadino di un altro Stato membro occupato nei Paesi Bassi di sistemarsi presso il lavoratore stesso nello stesso modo del compagno del lavoratore cittadino olandese.

Con le prime due questioni pregiudiziali si chiedeva alla Corte, se qualora uno Stato membro, nell'ambito della politica di immigrazione da esso praticata, equipari il compagno che abbia una stabile relazione con un lavoratore, cittadino di tale Stato membro, al coniuge di tale lavoratore, senza operare tale equiparazione nel caso del compagno che abbia una stabile relazione con un lavoratore cittadino di un altro Stato membro, ma occupato e residente nel primo Stato membro, potesse parlarsi di una discriminazione vietata ai sensi degli artt. 7 e 48 del Trattato CEE e se incidesse sulla soluzione di detta questione il fatto che lo Stato membro equipari al coniuge non solo il compagno che abbia una stabile relazione con un proprio cittadino, ma anche il compagno che abbia una stabile relazione con un altro soggetto, in linea di principio titolare di un diritto di soggiorno illimitato in tale Stato membro.

La Corte ha ammesso che la possibilità per il lavoratore migrante di ottenere che il proprio compagno non coniugato, non cittadino dello Stato membro che l'accoglie, sia autorizzato a soggiornarvi con lui, può contribuire all'integrazione nell'ambiente del paese di soggiorno e quindi alla realizzazione dello scopo della libera circolazione dei lavoratori. *Rebus sic stantibus*, questa facoltà deve essere considerata del pari compresa nella nozione di vantaggio sociale di cui all'art. 7, n. 2, del Regolamento n. 1612/68. Di conseguenza lo Stato membro che attribuisca un siffatto vantaggio ai propri lavoratori nazionali non può negarlo ai lavoratori cittadini degli altri Stati membri senza commettere una discriminazione basata sulla cittadinanza, discriminazione vietata dagli artt. 7 e 48 del Trattato. Ciò significa che lo Stato membro il quale consenta ai propri cittadini di ottenere che il compagno non coniugato, non cittadino di questo Stato membro, soggiorni nel suo territorio, non può negare di attribuire lo stesso vantaggio ai lavoratori migranti cittadini di altri Stati membri.

Con l'ultima delle tre questioni da esso sollevate, il giudice olandese chiedeva, poi, alla Corte se l'art. 10, n. 1, prima frase e lett. a), del regolamento n. 1612/68 dovesse essere interpretato nel senso che, a determinate condizioni, il compagno che abbia una stabile relazione col lavoratore di cui a tale disposizione viene equiparato al "coniuge". La Corte ha risposto che, avendo il regolamento portata generale, essendo esso obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente efficace in ciascuno degli Stati membri, ed avendo quindi la sua interpretazione conseguenze in tutti gli Stati membri, l'interpretazione di nozioni giuridiche basata sull'evoluzione della società deve essere effettuata esaminando la situazione nel complesso della Comunità, non già quella di un solo Stato membro.

L'art. 10, n. 1, del Regolamento n. 1612/68 attribuisce a determinati membri della "famiglia" del lavoratore, ivi compreso il "coniuge", qualunque sia la loro cittadinanza, "il diritto di stabilirsi con il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro": la Corte ha, dunque, ritenuto che in mancanza di qualsiasi indizio di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva, e in mancanza di qualsiasi indizio in senso contrario nel Regolamento, usando la parola "coniuge", l'art. 10 del Regolamento si riferiva unicamente al rapporto basato sul matrimonio e non poteva essere interpretato nel senso che il compagno che abbia una relazione stabile col lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato nel territorio di un altro Stato membro deve essere equiparato, a determinate condizioni, al "coniuge" di cui a detta disposizione.

La questione dell'assimilabilità tra matrimonio e convivenza *more uxorio* è lambita anche dalla **sentenza 22 giugno 2000, causa C-65/98, Eyüp** in tema di ricongiungimento e di diritto a svolgere un impiego. La situazione in cui versava la ricorrente nella causa principale era alquanto peculiare, essendo essa una cittadina turca che aveva sposato un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di tale Stato membro dal 1975 e che aveva per questo ottenuto dalle autorità austriache un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare. I coniugi avevano in seguito divorziato, ma avevano continuato a convivere *more uxorio*, cosicché la loro vita comune in Austria non si era mai interrotta dalla data del matrimonio. Quattro dei sette figli della coppia nascevano nel periodo durante il quale essi convivevano senza essere sposati. Nel maggio del 1993 la ricorrente sposava per la seconda volta l'ex marito, il quale riconosceva i quattro figli della coppia nati nel periodo di convivenza extramatrimoniale.

In questo quadro, la ricorrente aveva presentato una domanda con la quale chiedeva che venisse accertato che soddisfaceva la condizione prevista dall'art. 7, primo comma, secondo trattino, della decisione n. 1/80, secondo cui i familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro hanno il diritto di rispondere, fatta salva la precedenza ai lavoratori degli Stati membri della Comunità, a qualsiasi offerta di impiego, se vi risiedono regolarmente da almeno tre anni.

La domanda era stata rigettata poiché le autorità austriache ritenevano che, da un lato, solo il coniuge – e non il convivente *more uxorio* – del lavoratore turco dovesse essere considerato familiare ai sensi dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 e che la convivenza *more uxorio* del signore e della signora Eyüp avesse fatto perdere a quest'ultima il beneficio del periodo di matrimonio maturato tra il 23 settembre 1983 e il 13 novembre 1985. D'altro lato, considerando come punto di partenza la data del secondo matrimonio, la ricorrente nella causa principale non soddisfaceva il requisito temporale previsto al secondo trattino di tale disposizione (secondo cui i familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro beneficiano del libero accesso a qualsiasi attività dipendente di loro scelta se vi risiedono regolarmente da almeno cinque anni), poiché non risiedeva in Austria da almeno cinque anni in qualità di familiare di un lavoratore turco.

La Corte di giustizia ha ricordato che, se lo spirito e la finalità dell'art. 7, primo comma, primo trattino, della decisione n. 1/80 implicano che il familiare è in linea di principio tenuto a risiedere ininterrottamente presso il lavoratore migrante turco per il periodo iniziale di tre anni, tuttavia occorre tener conto, ai fini del calcolo del periodo di residenza regolare di tre anni ai sensi di tale disposizione, delle interruzioni di breve durata della vita in comune effettuate senza l'intenzione di rimettere in discussione la residenza comune nello Stato membro ospitante, quale un'assenza dalla residenza comune per un tempo ragionevole e per motivi legittimi o un soggiorno involontario di meno di sei mesi trascorso dall'interessato nel suo paese d'origine.

Considerati i particolari elementi di fatto della causa principale e, in particolare, la circostanza che il periodo di coabitazione extramatrimoniale del signore e della signora Eyüp si collocava tra i loro due matrimoni, tale periodo non poteva essere ritenuto un'interruzione della loro vita familiare comune in Austria, di modo che deve essere preso integralmente in considerazione ai fini del calcolo dei periodi di residenza regolare ai sensi dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80. La Corte ha pertanto ritenuto che la disposizione *de quo* dovesse essere interpretata nel senso di comprendere la situazione di una cittadina turca che è stata autorizzata, in qualità di coniuge di un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, a ricongiungersi a tale lavoratore quando, dopo aver divorziato prima della fine del periodo di tre anni previsto dal primo trattino di detta disposizione, ha tuttavia continuato di fatto a convivere ininterrottamente con l'ex marito fino alla data in cui i due ex coniugi si sono risposati. Tale cittadina turca doveva pertanto essere considerata regolarmente residente in detto Stato membro, potendosi essa direttamente avvalere del diritto, dopo tre anni, di rispondere a qualsiasi offerta di lavoro e, dopo cinque anni, di accedere liberamente a qualsiasi attività lavorativa subordinata di sua scelta.

Giova segnalare, infine, come nella **sentenza 23 marzo 2006, causa C-408/03, Commissione c. Belgio** la Corte di giustizia abbia, in sostanza, considerato la convivenza

come fattore rilevante ai fini dell'integrazione del presupposto della disponibilità di risorse sufficienti quale condizione necessaria per l'esercizio della libertà di circolazione del non lavoratore. La Corte ha, infatti, ritenuto che venga meno agli obblighi che ad esso incombono in forza dell'art. 18 CE e della direttiva 90/364, relativa al diritto di soggiorno, uno Stato membro che, nell'applicazione della detta direttiva ai cittadini di uno Stato membro che intendono avvalersi dei diritti derivanti da quest'ultima nonché dall'art. 18 CE, esclude, per valutare l'esistenza di risorse sufficienti, i redditi di un partner residente nello Stato membro ospitante, in mancanza di un atto negoziale stipulato dinanzi al notaio contenente una clausola di assistenza. Secondo lo stesso tenore letterale dell'art. 1, n. 1, primo comma, della direttiva 90/364, è sufficiente che i cittadini degli Stati membri «dispongano» delle risorse necessarie, senza che tale disposizione contenga la minima esigenza in merito alla provenienza di queste ultime. Aggiungere alla condizione relativa all'esistenza di risorse sufficienti un requisito attinente alla provenienza delle risorse, e in particolare all'esistenza di un vincolo giuridico tra il dispensatore e il beneficiario delle risorse, costituisca un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e di soggiorno garantito dall'art. 18 CE, in quanto non necessaria al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 90/364, ossia la protezione delle finanze pubbliche dello Stato membro ospitante.

In altre parole, il diritto di soggiorno è concesso – con conseguente garanzia della vita familiare – purché vi siano risorse sufficienti, indipendentemente dal tipo di legame con il soggetto che le fornisce, anche se si tratta di partner non coniugato e rispetto al quale non sia possibile verificare il grado di stabilità del rapporto o l'esistenza di legami giuridici, contrattuali o legali, che impongano la prestazione economica a vantaggio del convivente.

2.2.2. Coppie di fatto omosessuali

Con la **sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/96, Grant** la Corte di giustizia è stata chiamata ad accertare se il diniego, da parte di un datore di lavoro, di concedere agevolazioni di viaggio a favore della persona, dello stesso sesso, con cui un lavoratore ha una relazione stabile, costituisca una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato e dalla direttiva 75/117, qualora un'agevolazione del genere venga concessa a favore del coniuge del lavoratore o della persona, di sesso opposto, con cui quest'ultimo intrattiene una relazione stabile fuori del matrimonio.

La Corte ha, innanzitutto, osservato che, poiché la normativa che si applicava nell'impresa in cui lavorava la signora Grant prevede la concessione di riduzioni sui prezzi dei trasporti al lavoratore, al «coniuge» – cioè alla persona con cui fosse coniugato e da cui non fosse legalmente separato – oppure alla persona di sesso opposto con cui abbia una relazione «significativa» da almeno due anni, ai figli, ai familiari a carico nonché al coniuge superstite, e poiché il diniego opposto alla signora Grant è fondato sul fatto che non possedeva i requisiti previsti dalla detta normativa - non vivendo ella con un «coniuge» o con una persona di sesso opposto con la quale avesse una relazione «significativa» da almeno due anni –, la condizione stabilita dal regolamento aziendale non può essere considerata una discriminazione direttamente fondata sul sesso, applicandosi essa nello stesso modo ai lavoratori di sesso femminile e a quelli di sesso maschile.

Esclusa, quindi, l'esistenza di una tale discriminazione, la Corte ha cercato di capire se le persone che hanno una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso si trovino nella

stessa situazione delle persone coniugate o di quelle che hanno una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno del sesso opposto. Per risolvere detta questione la Corte ha rivolto la sua attenzione al panorama europeo allora vigente, facendo riferimento non solo all'ordinamento comunitario, ma anche alle singole esperienze degli Stati membri, nonché agli orientamenti allora viventi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel far ciò essa ha, quindi, in primo luogo ricordato come, sebbene il Parlamento europeo avesse dichiarato di deplorare qualsiasi discriminazione motivata dalla tendenza sessuale di un individuo, la Comunità non avesse «sino ad ora» emanato norme che comportino un'equiparazione del genere.

In secondo luogo, con riferimento all'ordinamento giuridico degli Stati membri, la Corte ha osservato che, nonostante «per taluni di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso venga equiparata al matrimonio, benché in modo incompleto, nella maggior parte degli Stati membri essa non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio se non per quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare».

In terzo luogo, essa ha ricordato come la Commissione europea dei diritti dell'uomo considerasse (allora) le relazioni omosessuali durevoli come non rientranti nell'ambito d'applicazione del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione e che norme nazionali volte a garantire, a scopo di tutela della famiglia, un trattamento più favorevole alle persone coniugate e alle persone di sesso opposto conviventi *more uxorio* rispetto alle persone dello stesso sesso che avessero relazioni durevoli non erano in contrasto con l'art. 14 della Convenzione che vieta in particolare le discriminazioni fondate sul sesso. All'epoca, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo interpretava, del resto, l'art. 12 della Convenzione nel senso della sua applicabilità unicamente al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso.

Tali osservazioni conducevano la Corte di giustizia a concludere che, «allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto», competendo «unicamente al legislatore emanare eventualmente provvedimenti atti ad incidere su questa situazione».

Ciò detto, la Corte ha affrontato l'argomento proposto dalla ricorrente signora Grant secondo cui, sul modello di talune disposizioni di diritto nazionale o di convenzioni internazionali, le disposizioni comunitarie in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne devono essere interpretate come applicabili alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Il riferimento era, in particolare, al patto internazionale sui diritti civili e politici 19 dicembre 1966, in cui, a parere del Comitato dei diritti dell'uomo istituito conformemente all'art. 28, la nozione di «sesso» riguarderebbe anche le preferenze sessuali.

La Corte, pur riconoscendo che detto patto rientrava nel novero degli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo di cui essa tiene conto per l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario, ha affermato, da un lato, che tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle

disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità e che, d'altro lato, l'osservazione contenuta nella comunicazione del Comitato dei diritti dell'uomo – organo le cui constatazioni sono prive di valenza giuridica vincolante – secondo cui il riferimento al 'sesso' di cui al n. 1 dell'art. 2 ed all'art. 26 deve essere considerato nel senso che ricomprende le preferenze sessuali, «non sembra [...] riflettere l'interpretazione generalmente oggi accolta della nozione di discriminazione fondata sul sesso contenuta in diversi atti internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali», e non poteva quindi condurre la Corte ad ampliare la portata dell'art. 119 del Trattato.

La portata di tale articolo – ricordava la Corte – può essere definita solo tenendo conto del suo dettato e del suo scopo, nonché della sua collocazione nel sistema del Trattato e del contesto giuridico in cui va iscritta tale disposizione, e «allo stato attuale il diritto comunitario non si applica ad una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale».

Peraltro, pur risolvendo la questione nel senso che non costituiva una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato o dalla direttiva 75/117 il diniego, da parte di un datore di lavoro, di concedere una riduzione sul prezzo dei trasporti a favore della persona, dello stesso sesso, con cui il lavoratore ha una relazione stabile, qualora siffatta agevolazione venga concessa a favore del coniuge del lavoratore o della persona di sesso opposto con la quale quest'ultimo ha una relazione stabile fuori del matrimonio, la Corte osservava, in chiusura, come «il Trattato di Amsterdam [...] ha previsto di aggiungere al Trattato Ce un articolo 6 A, il quale, dopo l'entrata in vigore del detto Trattato, consentirà al Consiglio di emanare, a talune condizioni [...] i provvedimenti necessari per l'eliminazione di diverse forme di discriminazione, ed in particolare di quelle fondate sull'orientamento sessuale», lasciando così aperta la porta ad eventuali, futuri *revirements* giurisprudenziali.

A tre anni di distanza dalla pronuncia appena richiamata, la Corte, con la **sentenza 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, D. e Regno di Svezia c. Consiglio**, è stata chiamata a decidere di un caso analogo, riguardante un cittadino svedese, il signor D., dipendente delle Comunità europee in servizio presso il Consiglio, che aveva registrato in Svezia, nel giugno del 1995, un'unione stabile con un altro cittadino svedese dello stesso sesso ed aveva in seguito chiesto al Consiglio di equiparare ad un matrimonio il suo *status* di convivente registrato al fine di ottenere il beneficio dell'assegno di famiglia previsto dallo Statuto. Il Consiglio aveva respinto tale domanda, sostenendo che le disposizioni dello Statuto non consentivano di equiparare, per via interpretativa, la situazione di «unione stabile registrata» a quella del matrimonio. Il reclamo contro tale decisione così come il successivo ricorso al Tribunale di primo grado diretto all'annullamento del rifiuto di riconoscere la sua situazione giuridica di convivenza e di concedere, a lui e al suo convivente, le spettanze cui egli sostiene di aver diritto ai sensi dello Statuto, dei regolamenti e delle altre disposizioni generali applicabili ai dipendenti delle Comunità europee, venivano rigettati. Il signor D. e il Regno di Svezia impugnavano quindi la sentenza del Tribunale.

La Corte ha, in primo luogo, confermato la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha ritenuto che il Consiglio non potesse interpretare lo Statuto in modo da equiparare la situazione di D a quella di un dipendente coniugato ai fini dell'attribuzione dell'assegno di famiglia. Essa ha ribadito essere pacifico che il termine «matrimonio», secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa una unione tra due persone di sesso diverso e che è vero che dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco

del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi. Ciò nonostante, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio, per cui «il giudice comunitario non può interpretare lo Statuto in modo da equiparare al matrimonio situazioni giuridiche che ne sono distinte»: il legislatore comunitario ha, infatti, deciso di accordare il beneficio dell'assegno di famiglia solo alle unioni coniugali, e spetta unicamente al legislatore adottare provvedimenti che possano influire su tale situazione, per esempio modificando i termini dello Statuto. La Corte, fedele al tenore letterale delle disposizioni dello Statuto, ha sottolineato come non solo il legislatore comunitario non abbia manifestato l'intenzione di adottare tali provvedimenti, ma «allo stato attuale» abbia addirittura respinto esplicitamente «qualunque idea di equiparazione al matrimonio di altre forme di convivenza ai fini della concessione dei vantaggi che lo Statuto riserva ai dipendenti coniugati, preferendo attenersi al regime vigente fintantoché non si raggiunga una conoscenza più approfondita delle diverse conseguenze di una tale equiparazione». Di più, «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio».

Parimenti respinto è stato l'argomento secondo cui la decisione di considerare il signor D. come «non coniugato» o come «celibe» avrebbe violato il principio secondo cui ogni cittadino di uno Stato membro ha diritto, su tutto il territorio comunitario, al rispetto dello stato civile che egli possiede nel proprio Stato membro di origine (c.d. «principio dell'unicità della situazione personale»), giacché applicando al ricorrente una disposizione dello Statuto in materia di indennità, l'istituzione competente non ha adottato una decisione che ne pregiudichi la situazione con riferimento allo stato civile.

Analogo destino è toccato ai motivi di ricorso riguardanti la presunta violazione della parità di trattamento e la realizzazione di una discriminazione in base al sesso.

Con riferimento al primo aspetto, la Corte – sulla scorta di quanto già fatto nella sentenza *Grant* – ha osservato che il fatto che il dipendente sia uomo o donna risulta indifferente ai fini della concessione dell'assegno di famiglia, cosicché la disposizione dello Statuto che riserva detto assegno al dipendente coniugato non può essere considerata come discriminatoria in base al sesso dell'interessato né, di conseguenza, contraria all'art. 119 del Trattato. Quanto alla asserita violazione della parità di trattamento tra i dipendenti in base al loro orientamento sessuale, la Corte, muovendo dalla constatazione per cui condizione per la concessione dell'assegno di famiglia non è il sesso del convivente, bensì la natura giuridica dei legami che lo uniscono al dipendente, ha cercato di capire se la situazione di un dipendente che ha fatto registrare una unione stabile tra persone dello stesso sesso fosse analoga a quella di un dipendente coniugato. A questo proposito essa ha sottolineato come la situazione (allora) esistente negli Stati membri della Comunità quanto al riconoscimento delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso fosse caratterizzata da una estrema eterogeneità normativa e da una mancanza generale di equiparazione tra il matrimonio, da un lato, e le altre forme di unione legale, dall'altro, non potendo di

conseguenza essere ammessa una assimilazione tra la situazione di un dipendente che ha fatto registrare un'unione stabile in Svezia con quella di un dipendente coniugato.

Respinto, infine, è stato anche il motivo di ricorso attinente al diritto al rispetto della vita privata e familiare, poiché, secondo la Corte, il rifiuto, da parte dell'amministrazione comunitaria, di accordare un assegno di famiglia ad uno dei propri dipendenti non influisce sulla situazione di quest'ultimo con riferimento allo stato civile e, inerendo solo ai rapporti tra il dipendente e il datore di lavoro, non dà luogo, di per sé, ad alcuna trasmissione di informazioni personali a soggetti estranei all'amministrazione comunitaria.

Intorno al tema dell'assimilabilità delle unioni tra persone dello stesso sesso all'istituto matrimoniale ruota anche la più recente **sentenza 1 aprile 2008, causa C-267/06, Tadao Maruko**, resa dalla Grande sezione della Corte su una questione sollevata da un giudice tedesco che doveva statuire sul ricorso proposto dal sig. Maruko. Quest'ultimo aveva costituito, nel 2001, ai sensi della legge tedesca, un'unione solidale registrata con un costumista teatrale, il quale era iscritto dal 1959 alla *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ente incaricato della gestione dell'assicurazione vecchiaia e superstiti del personale artistico dei teatri tedeschi. Il partner di unione solidale del sig. Maruko era deceduto nel 2005 ed il sig. Maruko ha chiesto di fruire di una pensione di vedovo presso la *Versorgungsanstalt*. La sua domanda è stata respinta in quanto lo statuto della *Versorgungsanstalt* non prevedeva tale beneficio per i partner di unione solidale superstiti. Il giudice tedesco ha, dunque, adito la Corte di giustizia al fine di stabilire se il diniego di una pensione per superstiti ad un partner di unione solidale costituisca una discriminazione vietata dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, direttiva che mira a combattere, fra l'altro, la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Una volta risolta in senso positivo la questione preliminare relativa alla possibilità di qualificare la pensione per superstiti come retribuzione, la Corte ha affrontato il problema centrale, ovverosia se il diniego di concedere la pensione per superstiti al partner di unione solidale registrata costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, e più precisamente se il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 ostasse ad una normativa in base alla quale, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, al pari dei coniugi, i partner di unione solidale sono vissuti in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

Dopo aver constatato che la Germania, pur riservando il matrimonio alle sole persone di sesso diverso, ha tuttavia istituito l'unione solidale, le cui condizioni sono state progressivamente equiparate a quelle applicabili al matrimonio, la Corte ha sottolineato come, poiché le disposizioni dello statuto della *Versorgungsanstalt* limitano il beneficio della pensione per superstiti ai soli coniugi superstiti, e negano tale pensione ai partner di unione solidale, questi ultimi sono effettivamente trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti. Se è vero che ciò ha indotto il supremo giudice comunitario a dichiarare che il diniego di far fruire i partner di unione solidale della pensione per superstiti costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, è vero anche che il medesimo giudice comunitario ha precisato che detta discriminazione sussiste se si ritiene che i coniugi

superstiti e i partner di unione solidale superstiti si trovino in una posizione analoga per quanto concerne tale pensione, circostanza il cui accertamento spetta al giudice tedesco.

2.3. I figli

2.3.1. L'attribuzione del cognome

La questione della trasmissione del cognome ai figli è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella **sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello**. Tale questione è sorta nell'ambito di una controversia tra il sig. Garcia Avello, in qualità di legale rappresentante dei suoi figli, e lo Stato belga in merito a una domanda di cambiamento del cognome di questi ultimi. Il sig. Garcia Avello, cittadino spagnolo, e la sig.ra I. Weber, cittadina belga, risiedevano in Belgio, dove si erano sposati nel 1986, ed avevano avuto due figli, i quali erano in possesso della doppia cittadinanza, belga e spagnola. Conformandosi al proprio diritto nazionale, l'ufficiale di stato civile belga aveva indicato sull'atto di nascita dei figli il patronimico del padre, vale a dire «Garcia Avello», come loro cognome. Per questo i genitori avevano chiesto il cambiamento del cognome dei figli in «Garcia Weber», affermando che, secondo l'uso invalso in diritto spagnolo, il cognome dei figli di una coppia coniugata è composto dal primo cognome del padre seguito da quello della madre. La proposta delle autorità belghe di cambiare il cognome dei figli in «Garcia», in sostituzione del cambiamento auspicato, è stata respinta dai genitori, i quali hanno poi proposto un ricorso di annullamento avverso la decisione di rigetto della loro domanda da parte del Ministro della Giustizia. Il *Conseil d'État*, investito della causa, ha dunque chiesto alla Corte di giustizia se i principi del diritto comunitario in materia di cittadinanza europea e di libertà di circolazione delle persone, riconosciuti in particolar modo agli artt. 17 e 18 CE, dovessero essere interpretati come contrari alla possibilità che l'autorità amministrativa belga, cui è stata rivolta una domanda di cambiamento di cognome per figli minorenni residenti in Belgio e titolari della doppia cittadinanza belga e spagnola, rifiuti tale cambiamento, sulla base della considerazione per cui questo genere di domanda "è abitualmente respinta poiché in Belgio i figli portano il cognome del padre". Il giudice *a quo* sottolineava, infatti, come la prassi generalmente seguita dall'autorità derivi dal fatto che essa ritiene che la concessione di un cognome diverso possa, nell'ambito della vita sociale in Belgio, dare origine a questioni relative alla filiazione del figlio in questione, e come, al fine di attenuare gli inconvenienti connessi alla doppia cittadinanza, venga proposto ai richiedenti che si trovano in tale situazione di adottare solo il primo cognome del padre, ma eccezionalmente, ove sussistano scarsi legami con il Belgio o occorra ristabilire l'unità di cognome tra fratelli, possa essere adottata una decisione favorevole».

In primo luogo la Corte, pur riconoscendo che «allo stato attuale del diritto comunitario, le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrano nella competenza degli Stati membri», ha precisato che «questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, devono tuttavia rispettare il diritto comunitario [...] e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà, riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione, di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri [...]»

Muovendo da questa premessa, la Corte ha affermato che i figli del ricorrente nella causa principale possono avvalersi del diritto, sancito dall'art. 12 CE, di non subire alcuna discriminazione in ragione della propria cittadinanza con riferimento alle norme che disciplinano il loro cognome, potendo in teoria il rifiuto di concedere il cambiamento del cognome in una situazione come quella della fattispecie violare gli artt. 12 CE e 17 CE.

La Corte ha, infatti, osservato come le persone che possiedono, oltre alla cittadinanza belga, quella di un altro Stato membro sono, di regola, trattate allo stesso modo delle persone che abbiano soltanto la cittadinanza belga in quanto, in Belgio, chi possiede la cittadinanza belga è considerato esclusivamente belga. Alla stregua dei cittadini belgi, i cittadini spagnoli che abbiano anche la cittadinanza belga si vedono solitamente negare il diritto di cambiare il cognome in quanto, in Belgio, i figli portano il cognome del padre. Inoltre, la prassi amministrativa belga che ammette deroghe a quest'ultima regola, rifiuta di annoverare tra tali deroghe il caso delle persone che si trovino in una situazione come quella della fattispecie e che tentino di rimediare al fatto che, in base all'applicazione della normativa di due Stati membri, essi risultano avere due cognomi diversi. I cittadini belgi i quali, come i figli del sig. Garcia Avello, posseggono anche la cittadinanza di un altro Stato membro, potrebbero, sulla base del principio di non discriminazione, rivendicare un trattamento diverso da quello riservato alle persone che posseggono soltanto la cittadinanza belga. Infatti, contrariamente alle persone che posseggono unicamente la cittadinanza belga, i cittadini belgi che abbiano anche la cittadinanza spagnola portano cognomi diversi sotto il profilo dei due sistemi giuridici interessati. In particolare, nel caso di specie, i figli si vedono negato il diritto di portare il cognome risultante dall'applicazione della normativa dello Stato membro che ha determinato il cognome del padre.

La Corte ha ammesso che «una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza». A suo avviso, la soluzione proposta dalle autorità amministrative, consistente nel permettere ai figli di portare soltanto il primo dei cognomi del padre, «non costituisce un rimedio alla situazione di diversità di cognomi che gli interessati intendono evitare». Pertanto i cittadini belgi titolari di cognomi diversi a causa delle diverse legislazioni cui sono collegati in forza della propria cittadinanza possono invocare difficoltà peculiari della loro situazione e che li contraddistinguono dalle persone che abbiano soltanto la cittadinanza belga, le quali sono designate da un solo cognome.

La Corte ha respinto le argomentazioni introdotte da alcuni governi fondate sul richiamo al principio dell'immutabilità del cognome quale principio fondante dell'ordinamento sociale, sul fatto che il pregiudizio per i diritti dei figli del ricorrente è ridotto in quanto costoro possono in ogni caso valersi della cittadinanza spagnola e del cognome attribuito secondo il diritto spagnolo in ogni altro Stato membro che non sia il Belgio, nonché sul fatto che il rifiuto di cui è causa agevolerebbe l'integrazione dei in Belgio dei cittadini che abbiano anche un'altra cittadinanza e favorirebbe così la realizzazione dell'obiettivo perseguito dal principio di non discriminazione.

Secondo la Corte, infatti, il principio dell'immutabilità del cognome in quanto strumento destinato a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone,

pur contribuendo ad agevolare il riconoscimento dell'identità delle persone e della loro filiazione, non è tuttavia «tanto indispensabile da non poter ammettere una prassi consistente nel permettere ai figli che siano cittadini di uno Stato membro e che abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato membro di portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dal diritto del primo Stato membro, cognome che costituisce, peraltro, oggetto di un'iscrizione in un registro ufficiale del secondo Stato membro». Inoltre, la Corte ha osservato come «segnatamente a causa della vastità dei flussi migratori all'interno dell'Unione, diversi sistemi nazionali di attribuzione del cognome coesistono in uno stesso Stato membro, cosicché la filiazione non può essere necessariamente valutata nella vita sociale di uno Stato membro con il metro del solo sistema applicabile ai cittadini di quest'ultimo Stato». Infine, un sistema che consenta la trasmissione di elementi del cognome dei due genitori, «lungi dal provocare confusione sul legame di filiazione dei figli, può al contrario contribuire a rafforzare il riconoscimento di questo legame rispetto ai due genitori».

Secondo la Corte, dunque, gli artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro.

Si segnala che dopo la sentenza *Garcia Avello*, la Corte è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il divieto di discriminazione e con i diritti di cittadinanza sanciti dal Trattato CE di una normativa nazionale concernente la determinazione del cognome di un minore nella **sentenza 27 aprile 2006, causa C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll***. La questione sostanziale sollevata era se le norme sulla scelta della legge applicabile potessero condurre ad una determinazione fondata esclusivamente sulla legge dello Stato di appartenenza del minore (e/o dei genitori) – nella fattispecie, la Germania –, prescindendo dal diritto dello Stato di nascita – nella fattispecie, la Danimarca –, con la conseguenza che il nome risulta diverso nei due ordinamenti giuridici.

La Corte non si è, tuttavia, ritenuta competente a pronunciarsi in quanto la questione era stata sollevata da un organo che non esercitava funzione giurisdizionale. Giova, ciò nondimeno, ricordare che l'Avvocato generale si era espresso chiaramente nel senso dell'incompatibilità con gli artt. 17 CE e 18 CE di una normativa di uno Stato membro che non consenta ad un cittadino dell'Unione europea, il cui nome sia stato legittimamente registrato in un altro Stato membro, di ottenere il riconoscimento di tale nome ai sensi della legge del proprio Stato. Secondo l'avvocato, infatti, «al di là degli aspetti pratici, che possono oscillare dal semplice inconveniente al problema estremamente grave – nel clima di sospetto instauratosi in seguito ai fatti dell'11 settembre 2001 –, il nome di una persona è un elemento fondamentale dell'identità e della vita privata, la cui tutela è ampiamente riconosciuta nelle costituzioni nazionali e nei trattati internazionali», risultando «del tutto incompatibile con lo *status* e con i diritti di un cittadino dell'Unione europea – che, per utilizzare i termini impiegati dalla Corte, è «destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» – essere obbligati a portare nomi diversi ai sensi delle leggi di Stati membri diversi».

2.3.2. Responsabilità genitoriale e diritto di affidamento

Sul tema della responsabilità genitoriale, giova innanzi tutto segnalare la **sentenza 11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, Rinau**, che rappresenta, tra l'altro, la prima applicazione di quel procedimento pregiudiziale d'urgenza che è stato istituito, a partire dal 1° marzo 2008, per consentire alla Corte di trattare entro un termine notevolmente abbreviato questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Una questione del genere può porsi, ad esempio, proprio in relazione a controversie sulla responsabilità genitoriale, qualora la competenza del giudice nazionale adito ai sensi del diritto comunitario dipenda dalla soluzione della questione pregiudiziale. E questa era, per l'appunto, la situazione in cui si trovava la Corte suprema di Lituania, di fronte alla quale pendeva un'istanza di non riconoscimento in Lituania di una sentenza pronunciata da un tribunale tedesco che affidava la custodia di una minore al padre, residente in Germania, ed obbligava la madre, residente in Lituania, a riportare la minore al padre.

La sig.ra Inga Rinau, cittadina lituana, aveva sposato nel 2003 il tedesco Michael Rinau. I coniugi Rinau abitavano in Germania. Due mesi dopo la nascita della loro figlia, nel 2005, essi si erano separati, e la bambina aveva continuato a vivere con la madre. Era stato, quindi, avviato un procedimento di divorzio. Nel luglio 2006, dopo aver ottenuto il consenso del marito per partire per due settimane di vacanza all'estero con sua figlia, la sig.ra Rinau aveva lasciato la Germania con la bambina per recarsi in Lituania, dove era rimasta.

Nell'agosto 2006, l'*Amtsgericht Oranienburg* (Germania) ha provvisoriamente affidato la custodia della bambina al padre. Nel dicembre 2006 il tribunale regionale di Klaipeda (Lituania) ha respinto un'istanza del sig. Rinau diretta ad ottenere il rientro della figlia in Germania. Da allora sono state adottate una serie di decisioni da parte dei tribunali tedeschi e lituani sulla questione di un eventuale rientro di Luisa in Germania. In Germania, l'*Amtsgericht Oranienburg* ha pronunciato, il 20 giugno 2007, il divorzio dei coniugi Rinau, attribuendo la custodia di Luisa al papà. Considerata la decisione del tribunale regionale di Klaipeda che negava il rientro in Germania della minore, l'*Amtsgericht* ha ordinato alla sig.ra Rinau di riportare sua figlia in Germania e di affidarne la custodia all'ex marito. In particolare, l'*Amtsgericht* ha rilasciato il certificato che, ai sensi del regolamento comunitario relativo all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, conferisce esecutività alla decisione di rientro e consente il suo riconoscimento automatico in un altro Stato membro.

In Lituania, da un lato, la decisione iniziale che negava il rientro della bambina è stata riformata nel marzo del 2007, avendo la Corte d'appello ordinato il rientro della minore in Germania. Nel frattempo, l'esecuzione di tale decisione è stata sospesa. D'altro lato, la sig.ra Rinau ha presentato in via giudiziaria un'istanza diretta ad ottenere il non riconoscimento della decisione di rientro adottata dall'*Amtsgericht Oranienburg*.

Di conseguenza, la Corte suprema di Lituania si è chiesta se, malgrado l'esecutività della decisione di rientro, essa possa esaminare l'istanza della sig.ra Rinau sulla base del fatto che l'*Amtsgericht* non avrebbe rispettato le procedure previste dal regolamento comunitario. In particolare, la Corte suprema di Lituania chiedeva se l'*Amtsgericht* avesse il diritto di certificare l'esecutività della decisione di rientro sebbene, in seguito alla riforma della decisione contro il rientro adottata dal tribunale regionale di Klaipeda, non fossero più soddisfatte le condizioni alle quali il regolamento subordina il rilascio del certificato. La Corte

ha rilevato che il certificato relativo all'esecutività non può essere rilasciato senza che sia stata prima adottata una decisione contro il rientro. Nella causa principale, tuttavia, la riforma della decisione iniziale di rifiuto da parte della Corte d'appello lituana non impediva all'Amtsgericht Oranienburg di rilasciare il certificato. Infatti, gli incidenti procedurali che si producono o si riproducono nello Stato membro dell'esecuzione dopo l'emanazione di una decisione contro il rientro non sono determinanti e possono essere considerati irrilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento comunitario in questione. Se così non fosse, il regolamento rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto.

La Corte ha concluso che, una volta che una decisione contro il rientro sia stata emanata e portata a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato che conferisce esecutività alla decisione di tale giudice, che la decisione iniziale contro il rientro sia stata sospesa, riformata, annullata o comunque non sia passata in giudicato o sia stata sostituita da una decisione di rientro, quando il rientro del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente alle disposizioni del regolamento, l'opposizione al riconoscimento della decisione di rientro è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività della decisione certificata e pronunciare il rientro immediato del minore.

In tema di responsabilità genitoriale e diritto di affidamento devono poi essere segnalate due recenti sentenze rese dalla Corte nel luglio 2010. Nella prima decisione (**sentenza 1 luglio 2010, causa C-211/10 PPU, Povse**), la questione pregiudiziale riguardava l'interpretazione del regolamento relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale ed era stata sollevata dall'*Oberster Gerichtshof* austriaco nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Povse e il sig. Alpago relativamente al ritorno in Italia della loro figlia Sofia, che si trovava in Austria con la madre, e al diritto di affidamento di tale minore.

I due genitori avevano convissuto *more uxorio* in Italia fino alla fine del mese di gennaio del 2008 con la figlia, nata nel dicembre del 2006. Sebbene il Tribunale per i Minorenni di Venezia, con provvedimento provvisorio e urgente emesso l'8 febbraio 2008 su istanza del padre, avesse disposto a carico della madre – che aveva nel frattempo lasciato l'abitazione comune – il divieto di espatriare con la bambina, nel febbraio del 2008 la sig.ra Povse si era recata con la figlia in Austria, paese in cui si trovano tuttora.

Con decreto adottato nel maggio 2008 il Tribunale per i Minorenni di Venezia aveva disposto temporaneamente l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori, precisando al contempo che la figlia poteva, fino all'adozione della decisione definitiva, risiedere in Austria con la madre. Il giudice italiano disponeva altresì che il padre partecipasse alle spese di mantenimento della figlia, stabiliva modi e tempi di visita di quest'ultimo e ordinava una consulenza tecnica d'ufficio per verificare i rapporti esistenti tra la bambina e i genitori. Nonostante tale decisione, il consulente tecnico d'ufficio ha dichiarato, nella sua relazione peritale, di non aver potuto assolvere il proprio incarico in maniera completa e nell'interesse

della minore poiché le visite del padre erano state permesse dalla madre solo in maniera minima ed insufficiente.

Nel novembre del 2008 il *Bezirksgericht Leoben* (giudice di primo grado del circondario di Leoben, Austria) ha respinto la domanda presentata dal sig. Alpago per ottenere il ritorno di Sofia in Italia, fondandosi sulla decisione del tribunale italiano secondo la quale la bambina poteva rimanere provvisoriamente presso la madre. A seguito della domanda di affidamento della figlia presentata dalla sig.ra Povse, il 26 maggio 2009 il *Bezirksgericht Judenburg* (giudice di primo grado del circondario di Judenburg, Austria), competente per territorio, si è dichiarato competente e ha chiesto al Tribunale per i Minorenni di Venezia di declinare la propria competenza. Allo stesso tempo, nell'aprile 2009 il sig. Alpago aveva adito il tribunale italiano nell'ambito del procedimento ivi pendente sul diritto di affidamento, chiedendo che fosse disposto il ritorno della figlia in Italia. Nel corso di un'udienza tenutasi dinanzi a tale giudice il 19 maggio 2009, la sig.ra Povse si è dichiarata disponibile a seguire un progetto di incontri tra padre e figlia predisposto dal consulente tecnico d'ufficio. Essa non ha fatto menzione del procedimento giudiziario intentato dinanzi al *Bezirksgericht Judenburg*.

Nel luglio 2009 il Tribunale per i Minorenni di Venezia ha confermato la propria competenza, dichiarando che a suo giudizio non ricorrevano i presupposti per un trasferimento di competenza e disponendo il ritorno immediato della minore in Italia. Nell'agosto 2009, il *Bezirksgericht Judenburg* ha emesso un provvedimento provvisorio con il quale Sofia è stata provvisoriamente affidata alla sig.ra Povse e nel settembre dello stesso anno il sig. Alpago ha chiesto ai giudici austriaci l'esecuzione del decreto che aveva disposto il ritorno di Sofia in Italia. La causa è giunta dinanzi alla Corte di cassazione austriaca, che ha sottoposto alla Corte di giustizia varie questioni pregiudiziali relative al richiamato regolamento.

Quest'ultimo dispone, infatti, che, in caso di illecito trasferimento di un minore, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui quest'ultimo aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento. In certi casi, però, detta competenza può essere trasferita al giudice di un altro Stato membro, ad esempio quando il minore ha soggiornato in tale ultimo Stato per almeno un anno, si è integrato nel nuovo ambiente e il giudice inizialmente competente ha emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore.

La Corte ha, innanzitutto, rilevato che la causa principale verteva su una fattispecie di trasferimento illecito di minore e che il giudice competente, quanto meno al momento della sottrazione della minore, era il Tribunale per i Minorenni di Venezia, giudice del luogo di residenza abituale della minore prima dell'illecito trasferimento. Il sistema istituito dal regolamento si impernia, infatti, sul ruolo centrale conferito al giudice competente e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro devono fondarsi sul principio della fiducia reciproca, dovendo i motivi di non riconoscimento essere limitati al minimo indispensabile. Il regolamento mira a dissuadere dal commettere sottrazioni di minori tra Stati membri e, in caso di sottrazione, ad ottenere che il ritorno del minore sia effettuato al più presto. Pertanto il trasferimento illecito di un minore non dovrebbe, in linea di principio, comportare il trasferimento della competenza dai giudici dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento a quelli dello Stato membro in cui è stato condotto. Secondo la Corte, solo una decisione definitiva, adottata sulla

scorta di una disamina completa dell'insieme degli elementi pertinenti, con la quale il giudice competente si pronuncia sulla disciplina dell'affidamento del minore – disciplina che non sia più soggetta ad altre decisioni amministrative o giudiziarie – può avere l'effetto di trasferire la competenza a un altro giudice. Se, infatti, una decisione provvisoria dovesse comportare la perdita di competenza in ordine alla questione dell'affidamento del minore, il giudice competente dello Stato membro della residenza abituale anteriore potrebbe essere dissuaso dall'adottare una siffatta decisione provvisoria, e ciò quand'anche essa fosse necessaria per tutelare gli interessi del minore. A questo proposito la Corte ha precisato che il decreto del Tribunale per i Minorenni di Venezia del 23 maggio 2008, che ha disposto l'affidamento condiviso a entrambi i genitori, non configurava una decisione definitiva sul diritto di affidamento.

La Corte ha, inoltre, affermato che una decisione del giudice competente, certificata in conformità al regolamento e che disponga il ritorno del minore, ha efficacia esecutiva anche qualora non sia preceduta da una decisione definitiva sul diritto di affidamento del minore. Nel caso di specie, il decreto del giudice italiano che ha disposto il ritorno della minore si fondava sulla considerazione che i rapporti tra la bambina e il padre si erano interrotti. Risponde, pertanto, al superiore interesse della minore che tali rapporti siano ripristinati e che, nei limiti del possibile, sia anche assicurata la presenza della madre in Italia, affinché i rapporti della bambina con entrambi i genitori, nonché le competenze genitoriali e la personalità di questi ultimi siano esaminati approfonditamente dai competenti servizi italiani prima dell'adozione di una decisione definitiva sull'affidamento e sulla responsabilità genitoriale.

Da ultimo, la Corte ha affermato non solo che l'esecuzione di una decisione certificata che abbia disposto il ritorno del minore non può essere negata a causa di una decisione emanata successivamente da un giudice dello Stato membro di esecuzione, ma anche che l'esecuzione non può essere negata adducendo che, a causa di un mutamento delle circostanze sopravvenuto dopo l'emanazione della decisione certificata, essa potrebbe ledere gravemente il superiore interesse del minore. Il regolamento delinea, infatti, una netta ripartizione di competenze tra i giudici dello Stato membro d'origine e quelli dello Stato membro di esecuzione, secondo cui il giudice richiesto non può che constatare l'efficacia esecutiva della decisione: le questioni concernenti la fondatezza della decisione nonché un eventuale mutamento delle circostanze possono essere sollevate unicamente dinanzi al giudice competente dello Stato membro d'origine.

Con la **sentenza 15 luglio 2010, C-256/09, Purrucker**, la Corte di giustizia è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, con una questione sollevata dal *Bundesgerichtshof* nell'ambito di un ricorso presentato dalla sig.ra Purrucker, madre dei minori Merlín e Samira Purrucker, avverso la decisione dell'*Oberlandesgericht Stuttgart* con cui era stato concesso l'*exequatur* ad una decisione del *Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial* che attribuiva l'affidamento dei figli al padre.

In estrema sintesi, la sig.ra Purrucker si era trasferita in Spagna con il sig. Vallés Pérez ed aveva dato alla luce due gemelli, nati prematuramente. Il maschio, Merlín, poteva lasciare

l'ospedale nel settembre 2006, mentre la femmina, Samira, poteva farlo solamente nel marzo 2007, a causa di complicazioni sopravvenute nel frattempo.

La sig.ra Purucker e il sig. Vallés Pérez, la cui relazione si era deteriorata, avevano concluso un accordo notarile che doveva essere approvato da un giudice per divenire esecutivo. Tale accordo prevedeva, tra l'altro, che i figli minori della coppia fossero soggetti alla potestà genitoriale del padre e della madre, i quali erano entrambi titolari del diritto di affidamento, fatto salvo il diritto di visita di cui dispone il padre nei confronti dei figli, diritto di cui quest'ultimo può liberamente avvalersi in ogni momento e a suo piacimento.

Quanto al luogo di residenza della madre e dei minori, l'accordo in parola prevedeva che la sig.ra Purucker si trasferisse con questi ultimi in Germania, ivi fissando il suo luogo di residenza permanente con l'obbligo di comunicazione di esso al padre dei minori, il quale acconsentiva al trasferimento, fermo restando il diritto di visita del padre in qualsiasi momento e a suo piacimento, previa comunicazione alla madre delle date della visita.

Tra le parti principali risultavano pendenti 3 procedimenti: il primo, in Spagna, proposto dal sig. Vallés Pérez, riguardante la concessione di provvedimenti provvisori; il secondo, in Germania, proposto dalla sig.ra Purucker, riguardante la concessione dei diritti di affidamento degli stessi minori; il terzo, in Germania, proposto dal sig. Vallés Pérez, concernente l'exequatur della decisione del Juzgado de Primera Instancia n. 4 de San Lorenzo de El Escorial che concedeva provvedimenti provvisori, procedimento, quest'ultimo, che ha dato origine alla domanda di pronuncia pregiudiziale.

Con la sua questione, il Bundesgerichtshof ha chiesto se le disposizioni degli artt. 21 e segg. del regolamento n. 2201/2003 si applichino anche a provvedimenti provvisori esecutivi in materia di diritti di affidamento ai sensi dell'art. 20 di tale regolamento, secondo cui in casi d'urgenza, le disposizioni di esso «non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro». Detti provvedimenti cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.

All'esito di un articolato percorso argomentativo, la Corte è giunta a dare una risposta negativa. L'art. 20 copre, infatti, solo provvedimenti adottati da giudici che non fondino la loro competenza, per quanto attiene alla responsabilità genitoriale, su uno degli articoli compresi nel capitolo II, sezione 2, dello stesso regolamento. Giova ricordare che, facendo parte del diritto dell'Unione, il regolamento prevale sul diritto nazionale, nonché, alle condizioni sancite dai suoi artt. 59-63, sulla maggior parte delle convenzioni internazionali vertenti sulle materie che disciplina.

Quando la competenza di merito di un giudice che ha disposto provvedimenti provvisori non risulta, con tutta evidenza, dagli elementi della decisione adottata, o quando tale decisione non contiene una motivazione scevra da qualsivoglia ambiguità, relativa alla competenza di merito di questo giudice, mediante il riferimento ad uno dei criteri di competenza previsti dagli artt. 8-4 del regolamento, si può concludere che detta decisione non è stata adottata nel rispetto delle regole di competenza da questo sancite. Tuttavia, questa decisione può essere vagliata alla luce dell'art. 20, per verificare se ricade in detta disposizione.

Le autorità giurisdizionali considerate dall'art. 20, n. 1, di detto regolamento sono autorizzate a concedere provvedimenti provvisori o cautelari unicamente nei limiti in cui sia rispettata la triplice condizione per cui i provvedimenti considerati siano urgenti, siano disposti nei confronti di persone situate o di beni presenti nello Stato membro di tali autorità giurisdizionali e abbiano natura provvisoria. Ai sensi dell'art. 20, n. 2, tali provvedimenti cessano comunque di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù di detto regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.

Secondo la Corte, quindi, ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti rientranti nell'art. 20 in ogni altro Stato membro, compreso lo Stato competente nel merito, creerebbe un rischio di elusione delle regole di competenza stabilite da tale regolamento nonché un rischio di «*forum shopping*», circostanza che sarebbe in contrasto con gli obiettivi perseguiti dallo stesso regolamento e, soprattutto, con la considerazione dell'interesse superiore del minore grazie all'adozione delle decisioni che lo riguardano da parte del giudice geograficamente vicino alla sua residenza abituale, considerato dal legislatore dell'Unione alla stregua del giudice che si trova nella situazione più favorevole per valutare i provvedimenti da disporre dell'interesse del minore. Tuttavia, il fatto che i provvedimenti rientranti nell'art. 20 non fruiscono del sistema di riconoscimento e di esecuzione che esso istituisce non impedisce qualsiasi riconoscimento ed esecuzione di questi provvedimenti in un altro Stato membro.

Alla luce dell'importanza dei provvedimenti provvisori – a prescindere dal fatto che siano disposti o meno da un giudice competente nel merito – che possono essere ordinati in materia di responsabilità genitoriale, e in particolare delle loro possibili conseguenze su minori in tenera età, in modo particolare per quanto riguarda gemelli separati l'uno dall'altra, e del fatto che il giudice che ha disposto i provvedimenti, se del caso, ha rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 39 del regolamento n. 2201/2003, nei casi in cui la validità dei provvedimenti provvisori contemplati da tale certificato sia condizionata dalla presentazione di un ricorso di merito entro 30 giorni, è importante che una persona interessata da siffatto procedimento, anche se è stata sentita dal giudice che ha disposto i provvedimenti, possa assumere l'iniziativa di presentare un ricorso avverso la decisione che istituisce i detti provvedimenti provvisori per contestare, dinanzi ad un giudice distinto da quello che ha adottato tali provvedimenti e che si pronunci entro breve, in particolare, la competenza nel merito che si sarebbe assunto il giudice che ha disposto i provvedimenti provvisori o, se dalla decisione non risulta che il giudice sia competente o si sia ritenuto tale nel merito in forza di detto regolamento, il rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 20 di tale regolamento.

Secondo la Corte, dovrebbe essere possibile presentare tale ricorso senza che sia pregiudicata una qualsiasi accettazione, da parte del ricorrente, della competenza di merito che il giudice che ha disposto i provvedimenti provvisori si sia eventualmente riconosciuto.

Come noto, spetta comunque al giudice nazionale applicare, in via di principio, il suo diritto nazionale adoperandosi al contempo affinché sia garantita la piena efficacia del diritto comunitario, e ciò può indurlo a disapplicare, ove occorra, una norma nazionale che vi si opponga o ad interpretare una norma nazionale adottata unicamente in vista di una situazione puramente interna al fine di applicarla alla situazione transfrontaliera di cui trattasi.

2.3.3. *La nozione di figlio a carico*

Nella **sentenza 18 giugno 1987, causa C-316/85, CPAS de Courcelles**, la Corte di giustizia, affrontando una serie di questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del Regolamento del consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e del Regolamento della Commissione 29 giugno 1970, n. 1251, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego, ha sfiorato il tema del familiare a carico, ed in particolare del figlio a carico.

Dette questioni erano sorte nell'ambito di una controversia vertente sulla domanda presentata dalla sig.ra Lebon al *Centre public d'aide sociale* di Courcelles per ottenere la concessione del minimo di mezzi di sussistenza contemplato dalla legge belga. La Lebon, cittadina francese, risiedeva in Belgio presso il padre, pure cittadino francese, che percepiva in detto Stato una pensione di vecchiaia. Ella aveva sempre vissuto in Belgio, con l'unica eccezione di un periodo di due anni.

Il giudice del rinvio si chiedeva, innanzi tutto, se, quando un cittadino di uno Stato membro della Comunità si sia insediato con la sua famiglia sul territorio di un altro Stato membro e vi dimori dopo aver ottenuto una pensione di vecchiaia, i discendenti con esso conviventi, quando hanno raggiunto la maggiore età, non sono più a carico dei genitori e non hanno lo *status* di lavoratori, conservino il diritto alla parità di trattamento sancito dal regolamento n. 1612/68.

La Corte ha ricordato come la parità di trattamento con i lavoratori nazionali di uno Stato membro di cui fruiscono i cittadini di un altro Stato membro lavorando sul territorio del primo stato, per quel che riguarda i vantaggi conferiti ai loro familiari, contribuisce all'integrazione dei lavoratori migranti nell'ambiente di lavoro del paese ospitante in conformità agli scopi della libera circolazione dei lavoratori. Ciò nondimeno, i familiari del lavoratore fruiscono soltanto indirettamente della parità di trattamento loro riconosciuta dall'art. 7 del regolamento n. 1612/68: prestazioni sociali quali il reddito garantito agli anziani dalla normativa di uno Stato membro, o che, in modo generale, garantiscano un minimo di mezzi di sussistenza, giovano ai familiari di un lavoratore solo se possono considerarsi come un vantaggio sociale per quest'ultimo, ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68.

Da ciò deriva che, quando un cittadino di uno Stato membro ha lavorato sul territorio di un altro Stato membro e ha usufruito del diritto di rimanervi, i suoi discendenti che abbiano compiuto 21 anni e non siano a suo carico non possono far valere il diritto alla parità di trattamento garantito dalle norme comunitarie per ottenere la concessione di una prestazione sociale contemplata dalla normativa dello Stato membro ospitante che garantisca, in modo generale, un minimo di mezzi di sussistenza. Infatti, in questo caso, tale beneficio non costituisce un vantaggio sociale per il lavoratore ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68, giacché non provvede più a mantenere il discendente. Ciò significa che i discendenti di un cittadino di uno Stato membro che ha lavorato sul territorio di un altro Stato membro e vi dimora dopo aver ottenuto una pensione di vecchiaia non conservano il diritto alla parità di trattamento per quel che riguarda una prestazione sociale, contemplata dalla normativa dello Stato membro ospitante, che garantisca, in modo generale, un minimo di mezzi di sussistenza quando essi abbiano compiuto 21 anni, non siano più a suo carico e non siano a loro volta lavoratori.

La Corte si è poi dedicata alla questione volta ad accertare se lo *status* di familiare a carico, cui fa riferimento l'art. 10 del regolamento n. 1612/68, risulti da una situazione di fatto – sostegno prestato dal lavoratore – senza che sia necessario determinare i motivi del ricorso a tale sostegno. La Corte è dell'avviso che la condizione di familiare a carico non presuppone l'esistenza di un diritto agli alimenti: se così fosse, il ricongiungimento delle famiglie verrebbe a dipendere dalle normative nazionali, che cambiano da uno Stato all'altro, il che condurrebbe ad un'applicazione non uniforme del diritto comunitario. Inoltre, l'art. 10 del Regolamento va interpretato nel senso che la condizione di familiare a carico risulta da una situazione di fatto, trattandosi di un familiare il cui sostegno è fornito dal lavoratore, senza che sia necessario determinarne i motivi, né chiedersi se l'interessato sia in grado di provvedere a se stesso esercitando un'attività retribuita.

Diversa la questione affrontata dalla Corte nella **sentenza 16 ottobre 2001, causa C-212/00, Stallone**: il caso riguardava un cittadino italiano – il sig. Stallone, appunto – residente in Belgio, il quale, dopo aver prestato attività come lavoratore subordinato dal maggio 1977 al febbraio 1978, aveva ottenuto per la prima volta un'indennità di disoccupazione in Belgio. In occasione della domanda d'indennità, egli precisava di vivere con la moglie ed un figlio. La moglie e i figli del sig. Stallone hanno continuato a risiedere con lui in Belgio sino al 1° maggio 1991, data in cui tornavano a vivere in Italia. Nel 1993, il ricorrente nella causa principale presentava presso l'ONEM (*Office national de l'emploi*), mediante un formulario intitolato «Domanda di deroga per causa di forza maggiore», una domanda per il pagamento dell'indennità di disoccupazione all'aliquota per «capofamiglia», vale a dire l'aliquota maggiorata attribuita ai lavoratori con carichi di famiglia ai sensi dell'art. 110, n. 1, del regio decreto. La sua domanda era fondata sul fatto che, sebbene residenti in Italia, la moglie e i figli sarebbero stati materialmente a suo carico. In seguito al rigetto della domanda da parte dell'ONEM, il sig. Stallone presentava ricorso dinanzi al giudice *a quo* contestando la decisione di rigetto. Il giudice belga chiedeva alla Corte se la normativa comunitaria ostasse ad una normativa nazionale in forza della quale il beneficio dell'indennità di disoccupazione al tasso maggiorato è subordinato alla condizione della coabitazione del disoccupato e dei suoi familiari nel territorio dello Stato membro competente e la Corte ha risposto affermativamente, riconoscendo la contrarietà al diritto comunitario di una siffatta previsione nazionale.

Nella **sentenza 28 novembre 1991, causa C-132/90 P, Schwedler c. Parlamento**, la Corte di giustizia ha affrontato la questione della riduzione fiscale spettante al dipendente comunitario per un figlio a carico, affermando che l'obiettivo di ordine sociale cui è finalizzata detta riduzione impone che si tenga conto, per la sua applicazione, esclusivamente delle spese giustificate da una necessità attuale e certa, connessa all'esistenza del figlio ed al suo mantenimento effettivo. Pur non escludendo che un figlio si possa ritenere effettivamente mantenuto, ai sensi dell'art. 2, n. 2, dell'allegato VII dello Statuto, simultaneamente da più persone o enti diversi e possa quindi essere considerato come simultaneamente a loro carico, la riduzione fiscale per figlio a carico perde tuttavia la sua ragione di esistere quando l'onere di provvedere alle spese di mantenimento del figlio non grava più sul dipendente interessato, ma integralmente su un altro soggetto di diritto. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che quando l'esercito provvede integralmente all'effettivo mantenimento dei giovani chiamati a svolgere il servizio militare di leva, questi ultimi non possono, durante il periodo di leva,

essere considerati a carico del dipendente interessato né dare diritto alla riduzione fiscale per figlio a carico. Se è vero che non esiste un parallelismo perfetto tra l'assegno per figlio a carico e la riduzione fiscale concessa per lo stesso motivo, ciò non toglie che, perseguendo il medesimo obiettivo sociale e rispondendo alla medesima esigenza, le disposizioni relative all'assegno per figlio a carico possano essere prese in considerazione per corroborare l'interpretazione di quelle relative alla riduzione fiscale per figlio a carico.

Nella (di poco) successiva **sentenza 3 marzo 1993, causa T-69/91, Peroulakis**, il Tribunale ha confermato che solo il figlio effettivamente mantenuto dal dipendente può essere considerato figlio a carico ai sensi dell'art. 2, n. 2, primo comma, dell'allegato VII dello Statuto e che soltanto esso conferisce pertanto il diritto agli assegni familiari previsti dall'art. 67, n. 1, dello Statuto. Allo stesso tempo, nulla osta a che un figlio si possa considerare effettivamente mantenuto simultaneamente da più persone. Di conseguenza, due dipendenti comunitari divorziati, se sovengono effettivamente ai bisogni essenziali dei figli nati dal loro matrimonio, avendoli così simultaneamente a loro carico, hanno entrambi diritto all'assegno di famiglia ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. b), dell'allegato VII dello Statuto, nonché all'assegno per figli a carico ed all'indennità scolastica (alle condizioni previste rispettivamente dall'art. 2, n. 1, e dall'art. 3, primo comma, del detto allegato).

Dopo aver ribadito che per determinare la persona o le persone che provvedono effettivamente al sostentamento dei figli occorre considerare la situazione di fatto esistente, il Tribunale ha precisato che l'amministrazione non può basarsi sulla semplice constatazione che, mediante un provvedimento giudiziario, i figli sono stati affidati ad uno dei due dipendenti per concludere che questi provvede, da solo, all'effettivo sostentamento dei figli e quindi per negare all'altro genitore gli assegni familiari.

Gli assegni familiari, che sono esclusivamente destinati al sostentamento dei figli, vanno versati alla persona alla quale, in base a norme di legge oppure con provvedimento giudiziario o dell'autorità amministrativa competente, è affidata la custodia dei figli: nel caso in cui questa persona è uno dei due dipendenti comunitari divorziati, gli assegni familiari le sono versati sia per suo conto e a suo nome sia per conto e a nome dell'altro, fermo restando che, in base al principio generale sancito dall'art. 67, n. 2, dello Statuto, essa non può percepire due volte assegni della stessa natura.

Nella **sentenza 11 luglio 2000, causa T-134/99, Skrzypek c. Commissione**, il Tribunale è tornato sulla questione dell'accertamento del requisito della dipendenza del figlio. Senza scendere nei particolari del caso portato all'attenzione del Tribunale, pare qui sufficiente ricordare come l'art. 2, paragrafi 1-3 dell'allegato VII allo Statuto dei funzionari preveda quanto segue: «[i]l funzionario che abbia uno o più figli a carico beneficia, alle condizioni previste dai paragrafi 2 e 3, di un assegno pari a 348,50 EUR al mese per ogni figlio a carico. È considerato figlio a carico, il figlio legittimo, naturale o adottivo del funzionario o del coniuge, che sia effettivamente mantenuto dal funzionario. Ciò vale anche per il figlio che è stato oggetto di una domanda di adozione e per il quale è stata avviata la procedura di adozione. È equiparato al figlio a carico ogni minore nei confronti del quale il funzionario sia tenuto a prestare gli alimenti in virtù di una decisione giudiziaria fondata sulla legislazione degli Stati membri in materia di protezione dei minori. L'assegno è concesso: a) d'ufficio, per il figlio che non ha ancora raggiunto l'età di 18 anni; b) su richiesta motivata del funzionario

interessato, per il figlio dai 18 ai 26 anni che riceve una formazione scolastica o professionale».

Il paragrafo 7 del medesimo articolo prevede che «[q]ualora il figlio a carico ai sensi dei paragrafi 2 e 3 venga affidato, in virtù di disposizioni legali o per decisione giudiziaria o dell'autorità amministrativa competente alla custodia di un'altra persona, l'assegno è corrisposto a quest'ultima per conto e a nome del funzionario».

Per risolvere il punto controverso, vale a dire se, nel caso di un minore non convivente con il genitore funzionario, le citate disposizioni subordinassero il diritto all'assegno per il figlio a carico alla prova della sostentamento effettivo del minore da parte del funzionario, il Tribunale ha confermato la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui la valutazione caso per caso deve svolgersi sulla base di elementi da cui sia ricavabile la presa in carico effettiva di tutta o di una parte dei «bisogni essenziali del bambino», soprattutto per quanto riguarda l'alloggio, il nutrimento, l'abbigliamento, l'educazione, le cure e le spese mediche, ecc.

Nella **sentenza 30 gennaio 2003, causa T-307/00, C. c. Commissione**, il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi su un ricorso diretto all'annullamento di una decisione della Commissione con cui era stata rifiutata la concessione di una pensione di orfano alla figlia della ricorrente. Annullando detta decisione, il Tribunale ha parificato i figli di coppie sposate a quelli di coppie non sposate, per assicurare ai secondi gli stessi benefici economici garantiti dallo Statuto dei funzionari alla morte di uno dei genitori, anche laddove si tratti di quello che non era dipendente, ma solo ex partner del funzionario. Tutto ciò a condizione che questi abbia riconosciuto formalmente il figlio e che, finché in vita, abbia provveduto al suo mantenimento. Interpretando estensivamente l'art. 80 dello Statuto, il Tribunale ha, infatti, affermato che l'art. 80, paragrafo 4, dello Statuto, operando una differenziazione non giustificata e violando il principio di parità di trattamento, non potrebbe fondare il rifiuto di riconoscere il diritto a una pensione di orfano al figlio di un funzionario in caso di decesso dell'altro genitore che, non essendo il coniuge del funzionario, contribuiva al suo sostentamento sulla base di un'obbligazione legale derivante dal riconoscimento del legame di filiazione.

Il primato dell'interesse della prole al mantenimento è confermato anche dalla già citata **sentenza Carpenter** (vedi *supra*, par. 2.1.1.), in cui la nozione di familiare è stata estesa ai figli del coniuge derivanti da un precedente matrimonio. Al contrario, come ricordato nella **sentenza Diaz Garcia c. Parlamento** (vedi *supra*, par. 2.1.4.2), in mancanza di un nuovo matrimonio, il Tribunale ha negato l'equiparazione del figlio della concubina di un ufficiale ad un figlio a carico avuto dal coniuge (o dall'ex coniuge), attraverso un'interpretazione restrittiva del presupposto della sussistenza in capo al dipendente di un obbligo alimentare legale. Sembra, in sostanza, che mentre la nozione di figlio a carico è intesa in senso ampio e autonomo da qualificazioni nazionali, il concetto di familiare a carico può dipendere dalla qualificazione di obbligazione alimentare, naturale o legale, legata anche al contenuto attribuito dalla legge indicata dalle norme di conflitto del foro competente.

2.3.4. I figli come soggetti autonomi

Con la **sentenza 5 febbraio 2002, causa C-255/99, Humer**, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una serie di questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del

regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nonché del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1615, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. Tali questioni erano state sollevate nell'ambito dell'azione giudiziaria intentata da Anna Humer, figlia minorenni di genitori divorziati, rappresentata dalla madre, al fine di ottenere dal «Fondo per la compensazione dei carichi familiari» il pagamento di anticipi su assegno alimentare dovuto, ma non pagato, dal padre.

Ai fini della presente indagine interesse particolare assume la terza questione sollevata dal giudice austriaco e tendente a stabilire se gli artt. 73 e 74 del regolamento n. 1408/71 debbano essere interpretati nel senso che fondano il diritto di un figlio minorenni, che si trovi in una situazione come quella dell'attrice nella causa principale, all'attribuzione di un anticipo su assegno alimentare ai sensi della normativa austriaca sulla concessione di anticipi per il mantenimento di figli. In estrema sintesi, Anna Humer, cittadina austriaca minorenni nata da cittadini austriaci poi divorziati, era stata affidata alla madre. Inizialmente entrambi i genitori continuavano a risiedere in Austria, fino a quando la madre si era trasferita con la figlia in Francia, paese in cui da allora risiedono abitualmente. Il padre avrebbe continuato a risiedere in Austria fino alla morte, sopravvenuta nel 1999. Nel 1993 il padre si era obbligato, nell'ambito di una transazione giudiziale, a versare mensilmente alla figlia un assegno alimentare di ATS 4 800. All'epoca il padre lavorava come impiegato commerciale, attività che continuava a svolgere almeno sino al 31 gennaio 1998. Quando ancora risiedeva in Austria la madre dell'interessata era insegnante di religione. Dopo aver trasferito la sua residenza in Francia, la madre della ricorrente si trovava di fronte al problema della sua abilitazione all'insegnamento, che in Francia non era riconosciuta. Tuttavia, essa poteva insegnare il tedesco in scuole private frequentando nel contempo all'Università di Nantes un corso di laurea, al termine del quale, nel 1994, aveva conseguito un diploma che la abilitava all'insegnamento del tedesco come lingua viva straniera. Nel 1998 l'attrice nella causa principale, rappresentata dalla madre, richiedeva allo Stato austriaco la concessione di anticipi su assegno alimentare per un importo mensile di ATS 4 800 a far data dal 1° luglio 1998 e per una durata di tre anni. Il padre, nonostante reiterate ingiunzioni, era in ritardo di diversi mesi nel pagamento dell'assegno alimentare e che le mensilità in corso non erano state neppure versate. Il giudice austriaco di primo grado, basandosi sull'art. 2, n. 1, dell'UVG, aveva respinto tale domanda in ragione del fatto che la minore e la madre affidataria risiedevano abitualmente in Francia. Il giudice di appello aveva riformato tale pronuncia e concesso all'attrice nella causa principale un anticipo su assegno alimentare per un importo mensile di ATS 4 800 dal 1° luglio 1998 al 30 giugno 2001. Tale giudice considerava che gli artt. 6, primo comma, e 52 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 12, primo comma, e 43 CE) ostassero all'applicazione di una regola discriminatoria, come la condizione di residenza in Austria prevista dall'UVG. La causa era, quindi, giunta dinanzi all'*Oberster Gerichtshof*, che ha richiesto l'intervento della Corte.

Gli artt. 73 e 74 del regolamento n. 1408/71, prevedono, rispettivamente, che «[i]l lavoratore subordinato o autonomo soggetto alla legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se risiedessero nel territorio di questo, fatte

salve le disposizioni dell'allegato VI», e che «[i]l lavoratore subordinato o autonomo disoccupato che beneficia delle prestazioni di disoccupazione a norma della legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se risiedessero nel territorio di questo, fatte salve le disposizioni dell'allegato VI».

La Corte ha osservato come lo scopo di tali disposizioni sia «per l'appunto quello di garantire ai familiari che risiedono in uno Stato membro diverso da quello competente l'erogazione delle prestazioni familiari previste dalla normativa in vigore» e di «evitare che uno Stato membro possa subordinare la concessione o l'importo di prestazioni familiari alla residenza dei familiari del lavoratore nello Stato membro che eroga le prestazioni, al fine di non dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il diritto alla libera circolazione [...]».

Se è vero che il regolamento n. 1408/71 non considera espressamente le situazioni familiari conseguenti a un divorzio, è altresì vero che nulla giustifica la loro esclusione dall'ambito di applicazione di detto regolamento. La Corte ha constatato come una delle conseguenze abituali del divorzio sia, infatti, che l'affidamento dei figli è attribuito ad uno dei genitori, presso il quale il figlio avrà la residenza, e come sia possibile che, per vari motivi – nel caso di specie a seguito di un divorzio – il genitore cui è affidato il figlio lasci lo Stato membro d'origine e si stabilisca in un altro Stato membro al fine di svolgervi un'attività lavorativa. In un caso del genere la residenza del figlio minorenni si sposterà anch'essa in tale altro Stato membro. Nel caso di specie, l'attrice nella causa principale avrebbe potuto aspirare al beneficio dell'anticipo su assegno alimentare se avesse continuato a risiedere in Austria: il solo motivo per cui essa si trovava esclusa dal beneficio di detto anticipo è l'esercizio da parte delle madre, cui essa è affidata, del diritto alla libera circolazione, il che ha comportato l'applicazione della clausola di residenza contenuta nella legislazione austriaca.

La Corte ha esaminato le due obiezioni sollevate contro l'applicazione degli artt. 73 e 74 del regolamento n. 1408/71 nella causa principale, obiezioni entrambe fondate sul fatto che la normativa nazionale introduce un diritto originario attribuito al figlio stesso.

Da una parte, infatti, in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, nessuno eserciterebbe il diritto alla libera circolazione dei lavoratori conferito dal Trattato: il genitore soggetto alla legislazione dello Stato membro che eroga la prestazione, nella fattispecie il padre, non avrebbe esercitato tale diritto mentre lo spostamento del figlio minorenni, beneficiario della prestazione, in un altro Stato membro non deriverebbe dall'esercizio, da parte sua, del diritto alla libera circolazione dei lavoratori. D'altra parte, gli artt. 73 e 74 prevedrebbero che sia il genitore che lavora nello Stato membro che eroga la prestazione a chiedere le prestazioni familiari a nome dei familiari: in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale sarebbe il figlio minorenni che, per far fronte all'inadempimento di tale genitore, venuto meno al suo obbligo alimentare, cercherebbe di valersi direttamente di tali disposizioni.

La Corte ha osservato, quanto alla prima obiezione, che si desume dal titolo del regolamento n. 1408/71, nonché dal suo art. 2, che tale regolamento disciplina l'applicazione di regimi di previdenza sociale ai familiari dei lavoratori, subordinati e autonomi, che si spostano all'interno della Comunità, di modo che, se il familiare di un lavoratore risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede il lavoratore, le disposizioni del regolamento n. 1408/71 sono, di regola, applicabili. Ciò vale, a maggior ragione, allorché lo

spostamento del figlio del lavoratore, familiare di quest'ultimo, dipende dall'esercizio del diritto di libera circolazione da parte dell'ex coniuge di tale lavoratore.

Quanto alla seconda obiezione, la Corte ha affermato che se è vero che l'UVG introduce un diritto originario conferito al figlio stesso, è vero anche che le prestazioni familiari non possono, per loro stessa natura, essere considerate come dovute ad un individuo a prescindere dalla sua situazione familiare: in merito all'applicazione degli artt. 73 e 74 del regolamento n. 1408/71, ne consegue che, da un lato, la qualificazione giuridica della prestazione nell'ordinamento nazionale non è pertinente per la loro interpretazione e, dall'altro, è irrilevante che il destinatario di tale prestazione sia un familiare del lavoratore anziché lo stesso lavoratore. La Corte ha ricordato come, per giurisprudenza consolidata, il coniuge di un lavoratore subordinato può avvalersi direttamente di un diritto a prestazioni familiari in forza dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71, purché il lavoratore soddisfi le condizioni prescritte dal detto articolo e purché le prestazioni familiari di cui trattasi siano previste dalla normativa nazionale anche per i familiari, nulla ostando dunque a che tale ragionamento sia esteso a tutti i familiari.

Pertanto, il familiare di un lavoratore, ivi compreso un figlio minore, può basarsi direttamente sugli artt. 73 e 74 del regolamento n. 1408/71 per chiedere, senza l'intervento del lavoratore stesso, l'attribuzione di una prestazione familiare, qualora le condizioni per l'applicazione di tali articoli siano per il resto soddisfatte. Questa conclusione si impone a maggior ragione allorché il diritto alla prestazione controversa trova appunto origine nell'inadempimento dell'obbligo, gravante sul lavoratore, di mantenere la famiglia.

Nella **sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast**, la Corte di giustizia ha invece affrontato la questione relativa alla possibilità che i figli di un genitore che si sia avvalso del diritto di soggiorno in quanto lavoratore migrante in uno Stato membro e che si siano stabiliti nello Stato membro medesimo vantino il diritto di soggiorno al fine di ivi proseguire corsi di insegnamento generale, ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 1612/68, ivi compreso il caso in cui il matrimonio dei genitori sia stato nel frattempo sciolto, ovvero solamente uno dei genitori sia cittadino dell'Unione e tale genitore non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante ovvero qualora i figli non siano essi stessi cittadini dell'Unione. La risposta della Corte è perentoria: i figli di un cittadino dell'Unione europea stabiliti in uno Stato membro, ove il genitore si avvalga del diritto di soggiorno in quanto lavoratore migrante nello Stato membro medesimo, godono del diritto di soggiornare in tale Stato al fine di seguirvi corsi di insegnamento generale, conformemente all'art. 12 del regolamento n. 1612/68. Inoltre, la circostanza che il matrimonio tra i genitori dei figli di cui trattasi sia stato *medio tempore* sciolto, la circostanza che solamente uno dei genitori sia cittadino dell'Unione e che tale genitore non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante ovvero la circostanza che i figli non siano essi stessi cittadini dell'Unione risultano al riguardo del tutto irrilevanti.

Nella medesima pronuncia la Corte ha risolto in senso affermativo l'ulteriore questione sollevata dall'*Immigration Appeal Tribunal*, con la quale si chiedeva se, nel caso in cui i figli godano del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante al fine di ivi seguire corsi d'insegnamento generale ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 1612/68, quest'ultima disposizione debba essere interpretata nel senso che consenta al genitore affidatario dei figli, indipendentemente dalla sua nazionalità, di soggiornare con i medesimi in modo da agevolare

l'esercizio di tale diritto, ancorché il matrimonio tra i genitori sia stato nel frattempo sciolto, ovvero il genitore cittadino dell'Unione europea non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante.

Nella **sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, Chen**, la Corte di giustizia ha, infine, affrontato una questione sollevata dall'*Immigration Appellate Authority* nell'ambito di una controversia pendente tra la sig.ra Kunqian Catherine Zhu («Catherine»), cittadina irlandese, e sua madre, la sig.ra Man Lavette Chen (la «sig.ra Chen»), cittadina cinese, da un lato, e il *Secretary of State for the Home Department*, dall'altro. Tale controversia riguardava il rifiuto opposto da quest'ultimo alle domande di Catherine e della sig.ra Chen, dirette ad ottenere un permesso di soggiorno di lunga durata nel Regno Unito.

La sig.ra Chen, infatti, si era recata a Belfast, nell'Irlanda del Nord, per darvi alla luce qualche mese più tardi la sua secondogenita, Catherine. Quest'ultima aveva ottenuto la cittadinanza irlandese, poiché la normativa di tale Paese riconosce tale diritto a chiunque nasca su tutto il territorio dell'isola, mentre non aveva il diritto di ottenere la cittadinanza britannica, né quella cinese. La sig.ra Chen e sua figlia vivono attualmente a Cardiff, nel Galles, dove Catherine riceve servizi medici privati e servizi di puericultura retribuiti. Né la sig.ra Chen né Catherine dipendono da fondi pubblici nel Regno Unito e dispongono entrambe di un'assicurazione malattia.

Essendo loro stato rifiutato un permesso di soggiorno di lunga durata, la sig.ra Chen e sua figlia hanno proposto un ricorso giurisdizionale, nell'ambito del quale l'*Immigration Appellate Authority* ha chiesto alla Corte se il diritto comunitario conferisca a Catherine, da un lato, e a sua madre, dall'altro, un diritto di soggiorno nel Regno Unito.

Per quanto riguarda la figlia, la Corte ha innanzitutto ricordato che il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea sul territorio di un altro Stato membro è riconosciuto dal Trattato CE a tutti i cittadini dell'Unione, nel rispetto di condizioni e limiti previsti da tale Trattato, nonché delle disposizioni adottate per la sua applicazione. Infatti, gli Stati membri possono esigere dai cittadini che vogliono beneficiare del diritto di soggiorno sul loro territorio, di disporre, per sé e per i propri familiari, di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che divengano, durante il loro soggiorno, un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante. La secondogenita della ricorrente disponeva tanto un'assicurazione malattia quanto di risorse sufficienti, fornite da sua madre, per non divenire un onere per l'assistenza sociale del Regno Unito. A nulla rileva, secondo la Corte, il fatto che Catherine non abbia, essa stessa, risorse necessarie, poiché il diritto comunitario non prevede condizioni quanto alla loro provenienza, tanto più che le disposizioni che sanciscono un principio fondamentale come quello della libera circolazione delle persone devono essere interpretate estensivamente.

Quanto al fatto che il soggiorno della sig.ra Chen in Irlanda fosse preordinato a consentire al nascituro l'acquisto della cittadinanza irlandese, la Corte ha precisato che il Regno Unito non può respingere la domanda di un permesso di soggiorno a Catherine per il solo fatto che l'acquisto della cittadinanza irlandese avrebbe la finalità di procurare un diritto di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo: le condizioni di acquisto e perdita della cittadinanza rientrano, infatti, nella competenza di ciascuno Stato membro e uno Stato membro non può limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro.

Per quanto riguarda, invece, il diritto di soggiorno della sig.ra Chen, la Corte ha ricordato che il diritto comunitario garantisce agli ascendenti a carico del titolare del diritto di soggiorno il diritto di installarsi con lui: tale situazione è caratterizzata dal fatto che il sostegno materiale dell'ascendente è garantito dal titolare del diritto di soggiorno. La sig.ra Chen si trova in una situazione inversa, e non potrebbe perciò beneficiare di un diritto di soggiorno in tal senso. Tuttavia, secondo la Corte, negare alla sig.ra Chen la possibilità di soggiornare con sua figlia nel Regno Unito priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno della bimba. Infatti, per poter godere del diritto di soggiorno, Catherine deve avere, a causa della sua tenera età, il diritto di essere accompagnata da sua madre, cioè dalla persona che ne ha la custodia.