

## **Tutela della famiglia di fatto e della prole**

La specificazione “di fatto” che segue il termine “famiglia” esclude che possa farsi riferimento all’ordinamento giuridico per la definizione della accezione di famiglia considerata nella trattazione che segue.

Verrà tenuto presente, perciò, l’aspetto sociologico e antropologico del termine che individua nella famiglia un gruppo sociale caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica e dalla riproduzione.

L’argomento implica una pluralità di piani di analisi, poiché può riguardare la tutela della coppia – contenuto minimo del nucleo familiare - in quanto centro di riferimento di rapporti distinto rispetto ai singoli membri, quella di ciascun membro della coppia nei confronti dell’altro membro e quella, infine, di ciascun membro verso l’esterno.

D’istinto si pone il raffronto con la situazione della coppia coniugata cui vengono riconosciute numerose posizioni giuridiche protette.

Peraltro adottando un istituto giuridico compiutamente disciplinato i soggetti coniugati, diversamente dalle coppie di fatto, hanno assunto degli obblighi reciproci e conseguito delle posizioni giuridiche protette. Le coppie di fatto, nell’esercizio, negativo, della loro autonomia privata, si sono astenute dalla adozione dell’istituto tipico previsto dall’ordinamento – il matrimonio, appunto - e tale elemento differenziale può assurgere ad ostacolo per l’assimilazione delle due situazioni all’interno della medesima categoria essenziale.

### **Pronunce della Corte Costituzionale**

La comparazione tra le due situazioni rivela *ictu oculi* un vantaggio per la coppia coniugata, e mi sembra singolare che si rinvenga - come è stato evidenziato da un autore ( Gentili) - nella giurisprudenza della Corte Costituzionale una risalente decisione – che ha dichiarato incostituzionale il divieto di donazione tra coniugi – sul rilievo che i conviventi potevano reciprocamente donare ed i coniugi no (C. Costit.n. 91/’73).

Nel medesimo senso si pone la sentenza che ha dichiarato incostituzionale la norma sui limiti successori per il binubo, nonché la sentenza che ha dichiarato l’incostituzionalità del trattamento fiscale del reddito dei coniugi, più oneroso rispetto ai conviventi che non erano soggetti al cumulo.

Nella materia penale, vigente il vecchio codice di procedura, posizione più favorevole rispetto ai conviventi era data ai congiunti con la possibilità per questi ultimi di astenersi dal testimoniare, così sancendosi la prevalenza del bene dell’unità e solidarietà tra membri della famiglia rispetto all’interesse pubblico alla amministrazione della giustizia.

Sul rilievo della mancanza di un vincolo tipico tra i conviventi e della revocabilità ad nutum della *affectio* nella famiglia di fatto, la Corte Costituzionale ha dato prevalenza all’interesse pubblico alla amministrazione della giustizia, pur riconoscendo che la situazione appariva meritevole di considerazione da parte del legislatore.

Nelle ulteriori decisioni di rigetto o inammissibilità delle eccezioni sollevate ( in relazione alla definizione dei congiunti, alla causa di non punibilità di cui all’art. 649 c.p.) la Consulta ha chiarito che alla famiglia di fatto non può estendersi la tutela accordata dall’art. 29 della Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio, come si ricava anche dalle modalità di votazione della norma in seno alla assemblea costituente, sicchè la naturalità e il matrimonio sono una “*inseparabile endiadi*”, ma ha osservato che un consolidato rapporto, ancorché di fatto, può trovare rilevanza costituzionale nel

**riconoscimento delle formazioni sociali e “conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche” (art. 2).**

Nella sentenza n. 8 del 1996, dichiarando non fondata l'eccezione di incostituzionalità della mancata estensione ai conviventi more uxorio della causa di non punibilità in relazione al delitto di favoreggiamento, riconosce l'avvenuta accettazione nella coscienza sociale della convivenza di fatto, ma ne riafferma la differenza rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio “riconoscendo a entrambe la loro propria specifica dignità” evitando una “impropria rincorsa verso la disciplina del matrimonio” ed individuando quale canone interpretativo “dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, . . . il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi” e viceversa dando, “nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale”.

La mancata previsione del diritto di succedere al convivente nella successione ad intestato, ha affermato la Corte Costituzionale (nella sentenza n. 310 del 1989) non viola il principio di uguaglianza attesa la differenza di categoria tra coniuge e convivente e neppure quello di ragionevolezza sia sotto il profilo della incontestabilità delle situazioni poste a base del diritto successorio, sia per la insorgenza di obbligazioni reciproche (alimenti, fedeltà) implicata dal riconoscimento di un diritto successorio in capo al convivente.

Inammissibile è stata ritenuta la questione relativa alla mancata previsione a favore del convivente del de cuius del diritto di abitazione sul rilievo che il bene protetto andava individuato non nell'alloggio, ma in altri valori non patrimoniali: decisione che ha suscitato critiche in dottrina circa la individuazione dell'interesse protetto.

Sul rilievo della non omogeneità delle situazioni, anche per la indeterminatezza degli elementi caratterizzanti la convivenza e per la non facilmente accertabile ricorrenza degli stessi, sono stati esclusi i dubbi di costituzionalità delle norme sulla sospensione della prescrizione; sul divieto di espulsione degli stranieri coniugati con cittadini.

L'attribuzione della pensione di reversibilità al coniuge separato e non al convivente, così come la determinazione delle quote della pensione tra il coniuge divorziato e quello superstite con l'omissione dal computo del periodo di convivenza precedente al sorgere del nuovo vincolo, sono state giustificate dalla esistenza, nel primo caso, di un rapporto giuridico che manca per definizione nel secondo.

Il diritto alla successione nel contratto di locazione, è stato riconosciuto in favore del convivente, dalla sentenza n. 404 del 1998, sotto il profilo della tutela del diritto all'abitazione in favore dei conviventi e non per una equiparazione al coniuge.

E così la legge regionale del Piemonte (n. 64 del 1984) in ordine alla assegnazione dell'alloggio popolare all'ex convivente affidatario della prole è stata dalla Corte (sentenza n. 559 del 1989) dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva la cessazione della stabile convivenza come causa di successione nella assegnazione di alloggi di edilizia popolare ed economica, ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole; e ciò a tutela del convivente rimasto nell'immobile abbandonato dall'assegnatario.

Analogo effetto si è escluso in caso di mancanza di prole, per la sottolineata differenza sia con i coniugi, sia con i conviventi con prole.

Una considerazione, contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1998, deve, a mio avviso, essere evidenziata, quasi come un monito all'interprete: “la convivenza more uxorio rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che

l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti. La inapplicabilità della disciplina della separazione dei coniugi alla cessazione delle convivenze di fatto, nel cui ambito sia nata prole, non equivale tuttavia ad affermare che la tutela dei minori, nati da quelle unioni, resti priva di disciplina, essendo invocabile l'intervento del giudice, che, nella pronuncia dei provvedimenti concernenti i figli, è tenuto alla specifica valutazione dell'interesse di questi.”

### **Diritto positivo**

Il legislatore è intervenuto in settori specifici attribuendo rilevanza giuridica ad alcune posizioni del convivente.

In campo processuale penale:

- riconoscendo al convivente la facoltà di astensione dalla testimonianza;
- attribuendo al convivente la legittimazione in ordine alla domanda di grazia.

In campo sostanziale penale:

- comprendendo il convivente nella configurazione di reati a sfondo sessuale.

Estendendo l'analisi ad altri settori dell'ordinamento è dato riscontrare la rilevanza attribuita alla posizione del convivente:

- informazione al convivente dell'avvio del procedimento per l'accertamento della morte cerebrale (legge sui trapianti di organo);
- la “coppia” è destinataria della assistenza da parte dei consultori familiari (art. 1 legge 29 giugno 1975 n. 405);
- Godimento di tre giorni di permesso all'anno per decesso o malattia del convivente (art.4 legge 53 del 2000);
- Per la stessa legge, in ordine ai congedi per assistenza al figlio rimane indifferente sia il rapporto tra i genitori sia la convivenza;
- Ordini di protezione ex 342 bis e ter).
- Incompatibilità nel nuovo ordinamento giudiziario (artt. 18 e 19) estese al convivente;
- Permessi al condannato per eventi riguardanti il convivente con rilevanza ad una situazione di fatto non più esistente, sul presupposto che non abbia perduto la consuetudo revertendi.
- Il detenuto può avere colloqui con il convivente.
- Fecondazione assistita: l'art. 5 della legge 19/02/2004 n. 40 stabilisce che “possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”
- Per la legge n. 179 del 1992 il convivente succede nella qualità di socio della cooperativa ed assegnatario dell'alloggio se mancano coniuge e figli minori.
- La legge regionale Emilia e Romagna n. 313 del 2001 considera nucleo familiare – al fine della assegnazione dell'alloggio popolare - la situazione di stabile convivenza more uxorio da almeno due anni.
- Pensioni di guerra: l'art. 42 legge 18 marzo 1968 n. 313 parifica alla moglie la donna convivente da almeno un anno con il militare deceduto a causa di guerra
- Il convivente dei parlamentari sembra fruisca della pensione di reversibilità.

- Elargizione a favore di persone anche non legate da vincoli familiari alla vittima del terrorismo o della criminalità organizzata: art. 4 legge 20 ottobre 1990 n. 302.

La giurisprudenza ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno morale e materiale per l'uccisione del convivente se la situazione era caratterizzata da serietà e stabilità tali da far presumere che si sarebbe protratta nel futuro (Cass. n. 2988 del 1994)

### **Spazio per l'autonomia privata**

Può accadere che i membri della coppia, i quali non hanno inteso assumere reciprocamente obblighi ed acquistare diritti attraverso l'istituto del matrimonio, intendano tuttavia conseguire posizioni giuridiche protette attraverso la stipulazione di negozi nell'esplicazione della loro autonomia.

Con riguardo a convenzioni aventi ad oggetto doveri personali corrispondenti a quelli che derivano dal matrimonio, quale l'assistenza morale e la fedeltà, dottrina autorevole (Bianca) ne esclude l'ammissibilità sul rilievo che verrebbero a "ledere il diritto fondamentale della persona di gestire liberamente la propria vita affettiva e sessuale".

Con riguardo a rapporti di contenuto economico si discute in dottrina della possibilità di adozione del regime di comunione legale. In generale viene esclusa la possibilità della applicazione in via analogica delle norme sulla comunione legale, oltre che per la non omogeneità delle situazioni, per le difficoltà connesse alla pubblicità; a chi la ammette in forma di convenzione negoziale (Operto) si obietta (Bianca) che l'obbligo di trasferire la metà degli acquisti futuri avrebbe oggetto indeterminato.

Analoghi contrasti esistono in ordine alla possibilità di una pattuizione del pagamento di una somma in caso di interruzione ingiustificata della convivenza.

Sostanziale concordia vi è sulla possibilità di convenire l'obbligo della prestazione di assistenza materiale.

Così, la Corte di Cassazione ha escluso l'illiceità della causa (1993 n. 6381) in relazione ad una scrittura privata con cui un membro della coppia aveva concesso all'altro l'alloggio in comodato vita natural durante, in corrispettivo di servizi e prestazioni già fornite e da fornire, salvo che il comodatario avesse posto fine alla convivenza di sua iniziativa ed ha rigettato la domanda del comodante diretta alla restituzione dell'immobile sul rilievo che la convivenza era cessata per fatto e colpa esclusiva dell'attore il quale era andato a convivere altrove con un'altra donna.

Sono da ritenere possibili:

- rendita vitalizia;
- donazione modale;
- istituzione di erede;
- legato
- contratti di assicurazione sulla vita a beneficio del convivente.

La cessazione della convivenza fa registrare in taluni casi la proposizione di domande volte alla ripetizione delle elargizioni effettuate sia durante il regime di convivenza sia in occasione della sua cessazione, domande rigettate generalmente sotto il profilo della irripetibilità dell'adempimento di obbligazioni naturali. Un autore (F. Balestra) formula la tesi secondo la quale la causa giustificatrice dello spostamento

patrimoniale potrebbe essere individuata nella fattispecie costitutiva dell'istituto famiglia di fatto.

Le domande dirette alla restituzione dei regali sono state volta a volta rigettate individuando nella fattispecie donazioni remuneratorie o liberalità d'uso ovvero accolte escludendone la ricorrenza.

Possono ancora ipotizzarsi domande, tendenti a rivendicare la proprietà indivisa di acquisti effettuati, perdurante convivenza, a nome di uno solo dei membri della coppia, fondate sulla interposizione fittizia ed allegando la impossibilità morale di redigere la controdeklarazione

### **Della prole**

Lo stato di figlio attribuisce diritti e doveri nei confronti di coloro che lo hanno concepito. Se i genitori sono coniugati il figlio è legittimo, altrimenti è figlio naturale di chi lo ha riconosciuto.

Da segnalare la possibilità, per il figlio, di far dichiarare giudizialmente la sua paternità anche se è incestuoso, affermata dalla Corte Costituzionale.

Il genitore naturale assume tutti i doveri e tutti i diritti che ha nei confronti dei figli legittimi (art. 261 codice civile). Esercita la potestà genitoriale, congiuntamente con l'altro genitore se sono conviventi.

La Costituzione (art. 30) afferma la equiparazione, nei confronti dei genitori, dei figli legittimi a quelli nati fuori dal matrimonio e demanda alla legge di assicurare ai figli naturali ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti della famiglia legittima.

La riforma del diritto di famiglia ha eliminato molte delle discriminazioni esistenti a danno dei figli nati fuori dal matrimonio.

Esplicazione della valutazione della menzionata compatibilità si ha nella norma di cui all'art. 252 codice civile circa l'affidamento del figlio riconosciuto da persona coniugata e l'eventuale inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima se rispondente all'interesse del minore e consentito dall'altro coniuge e dai figli legittimi ultrasedicenni conviventi.

I membri della coppia di fatto, non avendo assunto reciprocamente nessun obbligo giuridico, possono far cessare la loro convivenza spontaneamente e l'ordinamento per tale evenienza ha posto regole in ordine all'esercizio della potestà sui figli, regole per così dire naturali rispetto alla situazione, e che valgono anche nel caso in cui tra i genitori non si sia mai instaurata convivenza.

L'esercizio della potestà spetta al genitore con il quale il figlio convive se il figlio non convive con alcuno dei genitori, spetta al genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento.

Accade, tuttavia, che sorga contrasto circa i figli tra genitori non coniugati ed uno di essi si rivolga al Tribunale per i Minorenni: in questa ipotesi le norme che disciplinano i reciproci doveri dei genitori ed i diritti dei figli, naturali o legittimi, sono le medesime. La situazione esposta si è realizzata con la recente legge sull'affido condiviso; mi corre l'obbligo di evidenziare che alcune delle equiparazioni che ora sono esplicitate nella legge era state sancite dalla giurisprudenza prima di merito e poi di legittimità, ed avallate dalla corte costituzionale (ad esempio, la assegnazione della abitazione familiare).

### **Del rapporto tra il figlio naturale e i parenti e i discendenti del suo genitore**

Secondo una diffusa interpretazione tra il figlio naturale non si stabilirebbe alcun legame.

Siffatta interpretazione si fonda sull'art. 258 codice civile che sancisce la limitazione degli effetti del riconoscimento ai rapporti tra il riconosciuto e colui che ha effettuato il riconoscimento, salve le ipotesi previste dalla legge.

Va in primo luogo evidenziato che l'art. 74 del codice civile stabilisce che "la parentela è il vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite" senza porre differenza alcuna tra discendenza legittima e naturale.

Storicamente la norma contenuta nell'art. 258 è sorta per disciplinare gli effetti del riconoscimento effettuato da un genitore nei confronti dell'altro genitore, escludendoli: così nel codice francese, nei codici preunitari e nel codice del 1865 il cui art. 182 chiariva che il riconoscimento da parte di un genitore "non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l'altro genitore".

Peraltro le disposizioni dei commi successivi del citato articolo 258, volte a vietare anche le indicazioni relative all'altro genitore ed a privarle di effetto ove siano state fatte, rendono ancora più palese che lo scopo della norma è quello di escludere che il riconoscimento fatto da un genitore produca qualsiasi effetto nei confronti dell'altro genitore.

Così delimitata la portata della norma, trova ancora giustificazione funzionale l'inciso "salvi i casi previsti dalla legge", rinvenendosi nell'ordinamento alcuni effetti che il riconoscimento del figlio esplica nella sfera dell'altro genitore:

- in tal senso si pone la norma sulla necessità del consenso al riconoscimento da parte dell'altro genitore del genitore che ha riconosciuto per primo (art. 250 codice civile);
- la norma dell'art. 262 codice civile sulla attribuzione del cognome;
- la norma che attribuisce al genitore che ha riconosciuto per primo l'esercizio della potestà nel caso in cui il figlio non conviva con alcuno dei genitori. (317 bis codice civile)

Ulteriore e decisivo argomento può trarsi dalla considerazione che una interpretazione della legge che escludesse l'esistenza della parentela nei riguardi del figlio naturale si porrebbe in insanabile contrasto con il disposto dell'art. 30 della Costituzione che sancisce l'eguaglianza tra i figli legittimi e i naturali, con l'unico limite della compatibilità con i diritti della famiglia legittima, posto che tale esclusione menomerebbe la personalità dell'individuo, mentre l'affermazione della esistenza della parentela appare pienamente compatibile con i diritti della famiglia legittima.

Deve, tuttavia, rilevarsi che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale l'inesistenza della parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore è affermata, ed è tratta dalla interpretazione, sopra confutata, dell'art. 258 del codice civile, sia pure inteso quale limite non rigido.

Non appare pienamente comprensibile la ragione per cui la Corte abbia ravvisato nella norma in questione un ostacolo al riconoscimento di posizioni protette in capo ai figli naturali ed abbia al fine indicato valorizzato la consanguineità invece di orientare l'interpretazione di una norma ordinaria in senso "costituzionale".

Anodina, poi, è l'esistenza di svariate norme che attribuiscono rilevanza alla parentela naturale potendo essere ritenute sia specificazione quasi pleonastica della generale rilevanza, sia affermazione di essa, altrimenti esclusa.

Tra tali norme va ricordato l'art. 148 codice civile, che indica espressamente quali obbligati al mantenimento del figlio gli ascendenti legittimi o naturali dei genitori nel caso che questi ultimi non abbiano i mezzi sufficienti, precetto che non consente in

alcuna ipotesi di escludere che l'obbligo menzionato riguardi anche i figli naturali del proprio figlio (Cass. 23 marzo 1995 n. 3402).

Del pari deve essere evidenziato il secondo comma dell'art. 11 della legge n. 184 del 1983, il quale prevede che il Tribunale per i Minorenni possa sospendere la procedura volta all'accertamento dello stato di adottabilità su richiesta di chi affermi di essere genitore naturale e chiedi termine per provvedere al riconoscimento, "semprechè il minore sia assistito dal genitore naturale o **dai parenti fino al quarto grado**".

La norma menzionata facendo espresso riferimento ai **parenti**, postula all'evidenza la rilevanza della discendenza naturale ai fini della instaurazione dei vincoli tra discendenti da uno stipite comune anche indipendentemente dall'effettuazione del riconoscimento, e prevedendo - con ovvio riferimento alla situazione delineata di assistenza prestata, anche in alternativa al genitore naturale, da **parenti fino al quarto grado** - la chiusura della procedura nel caso di effettuazione del riconoscimento, sancisce anche la definitiva efficacia della assistenza prestata dai parenti.

### **Dei diritti successori**

In materia successoria pesanti discriminazioni gravavano sui figli naturali. La equiparazione in via di principio posta dalla Carta Costituzionale rimanda alla legge la definizione delle concrete posizioni successorie attraverso scelte che valutino la compatibilità con i diritti della famiglia legittima, individuata quest'ultima dalla stessa Corte nel coniuge e nei discendenti legittimi.

In questa linea, anche se non sempre portata alle estreme conseguenze, ai figli naturali è riconosciuto il diritto di rappresentazione.

È prevista "in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato ... la successione legittima 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), sulla base del vincolo di consanguineità, posto che, per la Corte, l'art. 258 codice civile non consente che si costituisca alcun vincolo di parentela per effetto del riconoscimento.

I fratelli naturali restano quindi esclusi dai parenti collaterali del de cuius dal terzo al sesto grado (la sentenza n. 377 del 1994 ha rimesso al legislatore la valutazione, alla stregua del dato sociologico, del temperamento della posizione del fratello naturale del de cuius con le posizioni dei parenti di quest'ultimo, avuto riguardo al livello programmatico del terzo comma dell'art. 30)

Permane la facoltà di commutazione da parte degli eredi legittimi.

L'esame fin qui svolto è tutt'altro che completo.

L'approfondimento e l'ampliamento dell'indagine potrebbero rivelarsi superflui nel caso in cui diventasse legge il disegno di recente approvato, a tenore del quale tutte le questioni trattate sarebbero risolte normativamente, ed analiticamente, nel senso di una totale ed effettiva equiparazione dei figli nati fuori del matrimonio a quelli nati nel matrimonio.

Emanuele Geraci