

LA FAMIGLIA

**nell'ordinamento italiano dopo la legge
n.76/2016 sulle unioni civili e dopo la
riforma del processo canonico di nullità del
matrimonio di Papa Francesco del 2015**



A cura di Antonio Coscarelli

Settembre 2019

Sommario

Presentazione

<u>INTRODUZIONE</u>	5
<u>Cap. I - La famiglia nell'ordinamento costituzionale e civile italiano</u>	7
<u>1.1 - La famiglia fondata sul matrimonio</u>	9
<u>1.2 - Il matrimonio concordatario</u>	13
<u>1.3 - I matrimoni canonici non previsti dall'Accordo</u>	15
<u>1.4 - Il matrimonio degli acattolici</u>	18
<u>1.5 - I Matrimoni Misti</u>	20
<u>Cap. II - I nuovi modelli familiari delle Unioni civili e delle convivenze di fatto, di cui alla legge n. 76/2016.</u>	23
<u>2.1 - Le unioni civili</u>	24
<u>2.2 - Le differenze tra unione e matrimonio</u>	28
<u>2.3 - Le convivenze di fatto</u>	30
<u>2.4 - Le differenze più significative tra unioni civili e convivenze di fatto</u>	35
<u>2.5 - Le unioni civili e le convivenze di fatto secondo la giurisprudenza sovranazionale e italiana</u>	36
<u>Cap. III – La crisi della famiglia e l'istituto del divorzio</u>	43
<u>3.1 - La cessazione delle unioni civili</u>	48
<u>3.2 - La cessazione della Convivenza</u>	52
<u>3.3 - Il “Divorzio breve” dopo la legge n. 55/2015</u>	54

<u>3.5- La negoziazione assistita dagli Avvocati</u>	57
<u>3.6 - La separazione e il divorzio davanti al Sindaco - Ufficiale di stato civile</u>	59
<u>3.7 - L'istituto della dichiarazione di nullità del matrimonio canonico.</u>	61
<u>3.8 - I processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio dopo la riforma del 2015</u>	68
<u>3.9 - Le sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni</u>	71
<u>3.10 - Le problematiche della filiazione dopo la fine della vita familiare</u>	75
<u>3.11 - Le crisi familiari - Indicazioni statistiche e Sociali</u>	78
<u>Cap. IV - L'economia ed i regimi patrimoniali dei modelli familiari</u>	82
<u>Considerazioni finali</u>	87
<u>Bibliografia essenziale</u>	91
<u>Giurisprudenza</u>	94

PRESENTAZIONE

Sono lieto di presentare un lavoro di consulenza giuridica a quanti sono impegnati per il bene delle famiglie, specialmente per quelle in difficoltà. Il testo è frutto del paziente e competente lavoro di Tonino Coscarelli, della nostra Diocesi, giurista, segretario comunale, esperto in diritto amministrativo, Cavaliere al merito della Repubblica, e già Responsabile Diocesano di *Iustitia e Pax*.

E' stato pensato come risposta all'indicazione normativa voluta da Papa Francesco nella lettera apostolica *Mitis Iudex Dominus Iesus*, in cui viene richiamata la responsabilità dei Vescovi di costituire un servizio ecclesiale di accompagnamento e discernimento per i fedeli che vivono situazioni di crisi o difficoltà coniugali.

Il lavoro si presta benissimo come sussidio giuridico per i parroci, gli operatori del diritto, operatori di pastorale familiare, consulenti, avvocati ecclesiastici e comunità cristiana, nel convergere verso una pastorale coordinata.

Inoltre, ritengo che quest'opera, per i suoi preziosi suggerimenti e precisazioni, favorisca due obiettivi: 1) un approccio concreto per quanti si accostano per la prima volta al mondo della giustizia relativa alla nullità matrimoniale rendendo più facile e competente il compito di chi incontra ogni giorno i fedeli che vivono il dramma di un amore ferito; 2) un stimolo per rendere realistica quella necessità, richiamata più volte da Papa Francesco, di attuare una "conversione pastorale delle strutture

ecclesiastiche per offrire *l'opus iustitiae* a quanti si rivolgono alla Chiesa per fare luce sulla propria situazione coniugale”.

Auspico che l'uso di questo sussidio contribuisca ad una maggiore consapevolezza dell'importanza di sentirsi tutti responsabili per saper compiere una corretta consulenza e crescere sempre più nell'arte dell'accompagnamento, del discernimento e dell'integrazione per il bene di tutti i fedeli, in particolar modo per quei fedeli “più fragili, segnati dall'amore ferito e smarrito, ridonando fiducia e speranza, come la luce del faro di un porto o di una fiaccola portata in mezzo alla gente per illuminare coloro che hanno smarrito la rotta e si trovano in mezzo alla tempesta. Non dimentichiamo che spesso il lavoro della Chiesa assomiglia a quello di un ospedale da campo”(Relatio Synodi 2014,28).

Ringrazio il mio amico Tonino Coscarelli, che ancora una volta manifesta la sua grande sensibilità per i problemi sociali ed ecclesiali delle nostre comunità, nella speranza che il suo lavoro possa essere di grande utilità a tutti coloro che ne hanno bisogno, operatori e fede.

Don Emilio Servidio

INTRODUZIONE

La famiglia da sempre costituisce il primo “luogo sociale”, in cui l’essere umano viene a trovarsi sin dalla nascita, e dove si costruisce e si consolida la personalità dei suoi componenti, e, soprattutto, dei figli. Negli ultimi decenni, la “famiglia” è stata oggetto privilegiato degli studi giuridici, sociali, e di interventi rilevanti delle politiche pubbliche, di protezione sociale, e di costante attenzione da parte del magistero della Chiesa fino a Papa Francesco, con il Suo Motu Proprio “Mitis Iudex Dominus Iesus” (recante “Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio”) del 2015. Tale attenzione è stata sollecitata dai profondi mutamenti, economici, culturali, sociali, religiosi e dei costumi che hanno caratterizzato la società italiana, divenuta sempre più, parte integrante dell’Unione europea. Ciò, ha inciso profondamente sulla “famiglia”, che non è più solo quella fondata sul matrimonio, ma già da tempo, una pluralità di forme di “convivenze familiari”, sempre più diffuse in Europa ed anche in Italia. Da alcuni anni, inoltre, in Italia l’attenzione all’universo dei modelli familiari è divenuta di forte attualità, in relazione alla controversa discussione, che ha riguardato l’introduzione o meno nell’ordinamento giuridico nazionale, dei nuovi istituti delle “unioni civili” tra persone dello stesso sesso, e delle “convivenze di fatto”. Il parlamento nazionale con l’approvazione della legge n. 76/2016, ha introdotto e disciplinato le unioni civili e le convivenze di fatto, riconosciute giuridicamente, in quanto “formazioni sociali”, meritevoli di tutela costituzionale, ed ha apportato, con la stessa normativa, rilevanti integrazioni e modifiche al codice civile e alla legislazione civilistica in materia familiare. Scopo prevalente del presente lavoro è quello di esaminare i modelli familiari, dopo l’approvazione della legge n.76/2016, nonché la gestione delle crisi coniugali fino alla loro dissoluzione. Si tratta di una riforma, quella che ha introdotto la regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze di fatto, che ha determinato l’apertura dell’ordinamento verso i nuovi modelli di famiglia, già da tempo presenti in altri Paesi europei ed extraeuropei. Un risultato questo, che il legislatore nazionale, ha ritenuto di declinare, attraverso l’art.2 della Costituzione, in

quanto “formazioni sociali”, meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento giuridico, in questo, sollecitato dalle decisioni delle istituzioni comunitarie, nonché dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e, soprattutto, delle Corti europee (C.E.D.U. e Corte di giustizia dell’U.E.). . Il presente lavoro si propone, quindi, di offrire, sulla base delle disposizioni normative fin qui emanate e vigenti, una trattazione coordinata della legge n.76/2016, e degli istituti più importanti del diritto di famiglia e delle relative vicende evolutive, che trovano nella Costituzione repubblicana, nel codice civile, nella legislazione ordinaria e speciale, e nel diritto ecclesiastico, un’ampia e specifica tutela.

L’AUTORE

Cap. I - La famiglia nell'ordinamento costituzionale e civile italiano

L'art. 29 della Costituzione riconosce e definisce la *“famiglia”* come *“società naturale fondata sul matrimonio”*. Nella Carta Costituzionale rileviamo almeno tre articoli relativi all'istituto della famiglia (artt. 29, 30 e 31).

Dall'esame delle norme costituzionali sulla famiglia, risulta che il Costituente ha avuto presente il modello tradizionale di famiglia. A tal proposito, il codice civile del 1942 conteneva una rappresentazione socialmente inadeguata dell'istituto familiare, tipica di una società prevalentemente agricola, fortemente gerarchizzata e dominata dal *“pater familias”*. Il matrimonio è, infatti, dalla Costituzione repubblicana ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare (art. 29, 2° comma Cost.).

Secondo Martines *“la peculiare genericità del relativo precetto costituzionale (eguaglianza morale) ne rende particolarmente gravosa l'effettiva realizzazione e tutela; proprio perciò appaiono ancora più urgenti (che non per l'uguaglianza giuridica) i futuri interventi sia del legislatore sia del giudice”*.¹ Ed ancora, *“la famiglia, sia pure politicamente ridimensionata, non ha mai cessato di costituire un ideale parametro di riferimento, né ha subito uno svilimento della propria indefettibile funzione sociale”*.²

La Costituzione, inoltre, se da un lato, si preoccupa della situazione familiare della donna, non trascura quella dei figli, anche se nati al di fuori del matrimonio. La rilevanza sociale dell'opera educativa dei genitori è di immediata evidenza nel dettato costituzionale. Inoltre, non può essere trascurato l'impegno che la Costituzione postula affinché la Repubblica agevoli *“con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose”* (art. 31, comma 1), e di proteggere *“la*

¹ MARTINES T., *Diritto Costituzionale*, Editore Giuffrè, Milano 2005, pagg. 606-609.

² *Ibidem*.

maternità, l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo“ (art. 31 comma II), affinché venga assicurata alla famiglia *“un'esistenza libera e dignitosa”* (art. 36, comma I).

Nel nostro ordinamento giuridico vige il principio della libertà matrimoniale, nel senso che chi si vuole sposare, può liberamente scegliere tra le forme di celebrazione rispettivamente del matrimonio civile o di quello religioso, che il sistema prevede. In particolare, la libertà matrimoniale è un diritto fondamentale e inviolabile di ogni individuo, che la Costituzione repubblicana del 1948 e la stessa Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, riconoscono e garantiscono.

Secondo la Costituzione, il matrimonio è l'atto ufficiale e solenne con il quale i coniugi danno vita ad un nucleo familiare basato sulla loro uguaglianza morale e giuridica. Ed ancora, il principio costituzionale dell'uguaglianza delle persone di fronte alla legge, contenuto nell'articolo 3 della Costituzione, è stato declinato anche nei rapporti familiari con la riforma del diritto di famiglia, di cui alla legge n. 151/1975, dove moglie e marito sono diventati effettivamente uguali e titolari, entrambi, di diritti e di doveri reciproci.

Alla famiglia sono, in particolare, dedicate legge speciali, quali: la legge 1 dicembre 1970, n. 898, che ha introdotto l'istituto del “divorzio” nell'ordinamento italiano; la legge 4 maggio 1983, n. 184, sull'adozione e l'affidamento dei minori; la legge 25 marzo 1985, n. 121, esecutiva dell'Accordo Stato Italiano-Santa Sede del 18 febbraio 1984, per la revisione del Concordato del 1929; la legge 10 dicembre 2012, n. 219 ed il d. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, di riforma della “filiazione”.

1.1 - La famiglia fondata sul matrimonio

Fino al 1865, in Italia il matrimonio come istituto di diritto civile non esisteva. Esso doveva essere celebrato secondo il rito della Chiesa cattolica, come prevedeva il Codice Albertino.

Con il codice del 1865, venne riconosciuto il matrimonio civile e la relativa attitudine a produrre effetti giuridici, secondo l'ordinamento dello Stato italiano, mentre il matrimonio religioso non venne più considerato un atto giuridico.

Fu solo dopo il Concordato del 1929, tra lo Stato Italiano e la Chiesa, che si configurarono tre diversi tipi di matrimonio, che tutt'ora vigono rispettivamente:

- a) il matrimonio civile, che si celebra davanti all'Ufficiale di Stato Civile in Comune;
- b) il matrimonio canonico (o concordatario), celebrato davanti al Ministro del culto cattolico e che viene trascritto nei registri dello stato civile;
- c) il matrimonio che si celebra avanti un ministro di culto acattolico, che praticamente è un normale matrimonio civile, con la sola particolarità che viene celebrato avanti ad un ministro di un culto diverso da quello cattolico.

Nel linguaggio legislativo, il termine "famiglia" indica l'insieme dei suoi componenti. E per le esigenze e i bisogni della famiglia, deve così intendersi il complesso degli interessi che fa capo a ciascun suo componente³.

Secondo il diritto civile italiano, la nozione di "*matrimonio*" indica, sia l'atto (c.d. *matrimonium in fieri*) posto a fondamento della famiglia come società naturale, sia il rapporto (c.d. *matrimonium in facto*) preordinato alla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che nell'atto ha la sua fonte.

Secondo il codice civile, il matrimonio è "*il rapporto giuridico*" dal quale derivano, per entrambe le parti, l'obbligo reciproco di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione e coabitazione, di contribuzione ai bisogni della

³ P. PERLINGIERI P. e CHIAPPETTA G., *Manuale di diritto civile*, Editore E.S.I. 2017 pag. 1010

famiglia, nonché il dovere di istruire, educare e mantenere la prole, quale frutto dell'unione coniugale (art.143 e 315-bis del codice civile)

Affinché si perfezioni il matrimonio è necessaria la manifestazione di volontà personale di entrambi gli sposi, di unirsi in matrimonio, da rendere davanti all'autorità competente (l'ufficiale di stato civile, o il ministro di culto cattolico o acattolico) nella piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche che deriveranno dalla loro libera dichiarazione di volontà.

La distinzione del matrimonio come atto e come rapporto, acquista una valenza particolare con riguardo specifico al matrimonio cd. concordatario, scaturito dall'intesa tra lo Stato italiano e la Santa Sede, di cui alla L. 27 maggio 1929, n. 810.

Con il Concordato tra lo Stato Italiano e la Chiesa cattolica, nell'ordinamento italiano convivono due modelli di regime matrimoniale: il matrimonio civile, regolato dalla disciplina statale, e il matrimonio concordatario, celebrato secondo le norme del diritto canonico, al quale l'ordinamento italiano riconosce gli effetti civili. Il matrimonio civile è quello celebrato pubblicamente presso il Comune, avanti all'ufficiale di stato civile del luogo ove si è fatta richiesta di pubblicazioni, dove uno dei futuri sposi ha la residenza.

La pubblicazione di matrimonio consiste nell'affissione alla porta della casa comunale per otto giorni, comprensivi di due domeniche, di un atto contenente le generalità degli sposi, con l'indicazione del luogo dove i nubendi intendono celebrare il matrimonio (artt. 93-94 del codice civile).

L'autorità competente alla celebrazione del matrimonio civile (il Sindaco o un suo delegato), che dovrà per la circostanza indossare la fascia tricolore, è tenuta ad informare le parti di quali sono i diritti e i doveri nascenti dall'unione matrimoniale, come prevedono gli artt. 143, 144 e 147 del libro I, titolo VI, capo IV del codice civile, di cui verrà data lettura agli sposi.

Poiché il matrimonio comporta una rilevante responsabilità affettiva da parte degli sposi, il codice civile si preoccupa che gli sposi abbiano entrambi una adeguata maturità intellettuale e la piena consapevolezza del passo che stanno per compiere.

Il codice civile collega tale maturità al possesso di requisiti e condizioni essenziali, che di seguito vengono indicati.

Infatti, condizioni essenziali per contrarre matrimonio civile sono:

- a. l'età minima che è di 18 anni, sia per l'uomo che per la donna. Con decreto del Tribunale per i Minorenni tale età può essere abbassata a 16 anni compiuti ma solo per gravi motivi (art. 84 del codice Civile);
- b. la salute mentale, per cui chi è destinatario dell'interdizione giudiziale non può contrarre matrimonio (art. 85 del codice Civile.);
- c. la mancanza di determinati vincoli di parentela o affinità tra gli sposi, ai sensi dell'art. 87 del codice Civile.

Infatti, il matrimonio è vietato rispettivamente:

1. tra ascendenti e discendenti in linea retta, legittimi o naturali;
2. tra fratelli e sorelle, siano essi germani (cioè figli degli stessi genitori), consanguinei o uterini (figli delle stesse mamme);
3. tra zii e nipoti, salvo dispensa da parte del tribunale ordinario;
4. tra affini in linea retta (suocero e genero) o collaterale (cognati per i quali è però ammessa dispensa da parte del tribunale ordinario) (art. 87 cod. civ.);
5. la mancanza di vincoli derivanti da adozione (art. 87 cod. civ.);
6. la mancanza del c.d. "*impedimentum criminis*", ovvero il matrimonio tra chi è stato condannato per omicidio consumato o tentato, ed il coniuge della persona offesa dal delitto (art. 88 del cod. civ.);
7. il decorso del tempo connesso al lutto vedovile, che impone alla donna che vuole passare a nuove nozze di aspettare almeno trecento giorni dallo scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio. Comunque, dall'osservanza del lutto vedovile è ammessa dispensa ai sensi dell'art. 89 del codice civile, da parte del tribunale il quale

può autorizzare il matrimonio quando è inequivocabilmente escluso lo stato di gravidanza, o se risulta da sentenza passata in giudicato che il marito non ha convissuto con la moglie nei trecento giorni precedenti lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 89 cod. civ.).

La presenza di una delle predette condizioni impedisce la celebrazione del matrimonio. Trattasi di condizioni chiamate impedimenti. Essi possono essere di due tipi: impedimenti dirimenti (ricorrendo i quali il matrimonio celebrato è annullabile); impedimenti impediendi (ricorrendo i quali l'eventuale matrimonio è irregolare ma resta valido, comportando la sola irrogazione di una sanzione agli sposi come per il caso del lutto vedovile).

La prevalente dottrina (Perlingieri) confermata dalla giurisprudenza, ritiene nullo rispettivamente:

- Il matrimonio contratto in mancanza dello stato libero (art. 86 cod. civ.);
- Il matrimonio contratto in presenza di impedimenti per i quali non può essere concessa dispensa secondo l'art. 87 codice Civile (parentela, affinità, adozione e affiliazione);
- Il matrimonio contratto in violazione dell'impedimento da omicidio tentato o consumato.

Le altre fattispecie rientrano nei casi di annullabilità.

Inoltre, è da prendere in considerazione la distinzione tra invalidità del matrimonio e la sua inesistenza vera e propria. A tal fine, il matrimonio è inesistente, quando nella fattispecie concreta manchi quel minimo di elementi necessari perché si possa identificare in essa un matrimonio.

È essenziale che gli sposi firmino l'atto di matrimonio celebrato dall'autorità civile, ovvero il documento che contiene le generalità delle parti, il luogo e la data di celebrazione delle nozze. Tale atto, infatti, costituisce la prova documentale dello stato coniugale degli sposi. Altri elementi rilevanti sono il riconoscimento di figli

naturali o la scelta per un regime patrimoniale diverso da quello della comunione legale⁴.

Si tratta di scelte, che gli sposi possono dichiarare contestualmente alla celebrazione delle nozze e, che dovranno essere annotate nell'atto di matrimonio, a cura dell'ufficiale dello stato civile.

1.2 - Il matrimonio concordatario

Prima di addentrarci nel sistema giuridico matrimoniale di diritto canonico è opportuno precisare che con l'espressione "*diritto canonico*" in senso stretto si cerca di indicare il diritto proprio della Chiesa Cattolica di rito latino o di tradizione occidentale. L'insieme unitario di norme di cui si è dotata la Chiesa di rito latino dalla fine del primo millennio ai giorni nostri, costituisce il "*diritto canonico*" che è pervenuto fino a noi, che è stato raccolto nel 1917 e nel 1983, ed è confluito nell'attuale *Codex Iuris Canonici*.

Per l'esatta comprensione del sistema giuridico matrimoniale canonico, è utile esporre in via preliminare i fondamenti dogmatici sui quali si basa l'istituto del matrimonio secondo la dottrina cattolica.

Principio fondamentale, chiamato "Casti Connubii", è che il matrimonio religioso non è stato istituito dagli uomini ma da Dio autore della natura, e da Cristo munito di leggi, confermato, ed elevato. L'unione dei due sessi non è però negli uomini lasciata a sè stessa, ovvero alla mera guida degli istinti, ma regolata da leggi naturali.

Queste leggi sono quelle dell'unità o monogamia, della perpetuità o indissolubilità. Secondo la dottrina cattolica i suddetti due caratteri, restaurati da Cristo, della unità e della perpetuità, siccome dipendenti da leggi naturali, sussistono non soltanto per i matrimoni dei cristiani, ma anche per tutti gli altri. Ne deriva, che

⁴ PERLINGIERI P. i op. cit., pag. 997 ss.

la poligamia simultanea (poligamia e poliandria) è stata abolita e condannata anche per gli infedeli, in modo che nessun uomo può contemporaneamente essere unito in valido matrimonio con più di una donna (poligamia), e nessuna donna con più uomini (poliandria).

Il matrimonio concordatario (cd. matrimonio canonico trascritto nei registri dello stato civile) è quello celebrato in Chiesa davanti ad un ministro di culto cattolico, che ha però oltre agli effetti religiosi, previsti dal diritto canonico, anche effetti civili per il nostro ordinamento giuridico. In particolare, per il matrimonio celebrato dinanzi ad un ministro di culto cattolico, il codice civile rinvia al Concordato con la Santa Sede del 1929, integrato nel 1984. Per il riconoscimento degli effetti civili al matrimonio canonico il Concordato prevede una serie di adempimenti puntualmente disciplinati.

Il primo è costituito dalle “*previs pubblicazioni*” presso la casa comunale, con il quale si dà notizia del matrimonio, a cui si intende attribuire rilevanza civile. Con tale adempimento l’ufficiale dello stato civile, in mancanza di opposizioni e impedimenti, rilascia un certificato che garantisce alle parti la certezza sulla trascrizione del matrimonio. Il secondo adempimento, che il parroco è tenuto a compiere, è la redazione in doppio originale dell’atto di matrimonio, celebrato anche con la lettura degli articoli del codice.

L’Accordo concordatario prevede, inoltre, che nell’atto di matrimonio “*potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile*”. Tra queste può essere annotata la eventuale scelta del regime patrimoniale di separazione. L’adempimento si conclude con la richiesta scritta di trascrizione da trasmettere entro cinque giorni all’ufficiale dello stato civile, il quale deve effettuare la trascrizione entro le successive ventiquattro ore, ove ne sussistano le condizioni.

L’aspetto più importante della disciplina vigente è dato dagli impedimenti alla trascrizione, che per evitare discriminazioni vietano il riconoscimento degli effetti civili, in presenza di condizioni preclusive della celebrazione del matrimonio civile. A tal proposito l’articolo 8, lett. a, dell’accordo fa riferimento all’età, che è l’ipotesi

più ricorrente, tenuto conto che per l'autorizzazione alle nozze del minore è prevista l'esistenza di gravi motivi. A tal fine, con l'adempimento civilistico della pubblicazione (che l'art.8 del nuovo Concordato indica con l'espressione "previe pubblicazioni"), chi è a conoscenza di un qualsiasi impedimento può renderlo noto e le persone indicate nell'articolo 102 del codice civile "possono fare opposizione". L'articolo 8, lett. b, dell'accordo fa riferimento ad "*un impedimento che la legge civile considera inderogabile*". Tali impedimenti sono elencati nel Protocollo all'Accordo.⁵

In primo luogo, si fa riferimento all'"*interdizione*". Una seconda ipotesi di intrascrivibilità riguarda "*la sussistenza tra gli sposi di altro matrimonio valido agli effetti civili*". Il matrimonio è intrascrivibile qualora uno degli sposi risulti già coniugato per l'ordinamento statale. La terza ipotesi di intrascrivibilità, riguarda "*gli impedimenti derivanti da delitto o affinità in linea retta*".

La parentela in linea retta, prevista dall'art. 87 del Protocollo, è stabilita quale impedimento inderogabile anche dal diritto canonico. In questo ambito, trova applicazione la regola generale secondo la quale la trascrizione è ammessa quando, per la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non può più essere proposta.

1.3 - I matrimoni canonici non previsti dall'Accordo

I matrimoni canonici non possono essere trascritti, oltre che ricorrendo gli impedimenti riguardanti la situazione delle parti, sopra considerati, nei casi in cui la richiesta di trascrizione non riguardi un matrimonio canonico celebrato in conformità all'Accordo del 18 febbraio 1984.⁶

Tali casi ricorrono, o perché il matrimonio è stato celebrato in una delle forme speciali previsto dal diritto della Chiesa, o perché il matrimonio è stato contratto al di fuori del territorio nazionale. La prima di tali forme speciali è quella del

⁵ *Accordo tra Santa sede e Repubblica Italiana del 18.02.1984 -Protocollo add. art. 8*

⁶ *Legge 25 marzo 1985 n. 121-Ratifica ed esecuzione. dell'accordo con protocollo addizionale, del 18/2/1984 – su G.U. n .85 del 10.04.1985.*

matrimonio segreto o di coscienza (can 1130 e segg. *Codex Iuris Canonici*), consentito dall'autorità ecclesiastica, quando sussistano gravi ed urgenti ragioni che sconsigliano alle parti di rendere pubblica la celebrazione. In tali casi, il matrimonio è celebrato davanti al parroco ed a due testimoni, tutti tenuti al segreto, ed è documentato in un apposito registro conservato nell'archivio segreto del vescovo, e, quindi, non nel registro parrocchiale (can. 1133 *C.I.C.*).⁷

Trattassi di celebrazione, quella segreta, incompatibile con la previa scelta tra matrimonio civile e matrimonio canonico trascritto, che legittima la trascrizione. Né per la predetta fattispecie è ammissibile la “*trascrizione tardiva*”, data l'inammissibilità di un negozio di scelta a favore di una trascrizione futura in una epoca incerta e indeterminata. A tal proposito, è utile precisare che la disciplina della trascrizione tardiva (art. 8.1, 6° comma, dell'Accordo), consente che il matrimonio canonico produca effetti, anche se la richiesta della trascrizione non sia stata effettuata dal parroco celebrante entro i 5 giorni dalla celebrazione. D'altra parte, in questi casi la trascrizione tardiva può essere effettuata solo a richiesta di entrambe le parti o di una sola di esse, ma in questo caso senza l'opposizione dell'altra parte.

La seconda di tali forme speciali è il matrimonio “*in articulo mortis*”, cioè il matrimonio celebrato da un parroco in imminente pericolo per la vita di una delle parti. E' dubbio che sia trascrivibile, essendo incompatibile con tale forma speciale di celebrazione l'effettuazione della trascrizione tempestiva. Fa eccezione il caso in cui la celebrazione fosse stata accompagnata dagli adempimenti previsti dall'articolo 8.1, primo comma dell'accordo (lettura degli articoli del codice civile, redazione dell'atto di matrimonio in doppio originale). In tal caso, infatti, sarà possibile la trascrizione tardiva in presenza del consenso di entrambe le parti nel richiedere tale atto.

Un'altra forma speciale, del tutto non trascrivibile, è il matrimonio canonico celebrato avanti a soli testimoni (can. 1116 *C.I.C.*), i cui effetti civili erano già esclusi dall'art. 5 della legge n. 847 del 1929. Tale regola è stata confermata dal

⁷ IOANNIS PAULI, *Codex Iuris Canonici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1983 can. 1133.

nuovo accordo del 1985, il quale prevede che gli adempimenti civilistici siano effettuati dal parroco o da un suo delegato, subito dopo la celebrazione del matrimonio canonico e, quindi, presuppone che a questa celebrazione abbia assistito il ministro di culto.

Un'altra forma speciale di matrimonio canonico non trascrivibile è il matrimonio celebrato all'estero. Va, però, precisato che se il matrimonio canonico celebrato all'estero è irrilevante, ai sensi dell'accordo del 18 febbraio 1985, tale matrimonio può assumere rilevanza nell'ordinamento dello Stato per altra via: quella del diritto internazionale privato.

Ci si riferisce alle norme degli artt. 26 disp. sulla legge in generale, 115 codice civile e 50 dell'Ordinamento dello stato civile (r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 e ss.mm.ii.), secondo le quali fuori dal territorio dello Stato, il matrimonio fra cittadini, o fra cittadini e stranieri può essere compiuto o, a norma del citato art. 115 codice civile, dinanzi alla competente autorità diplomatica o consolare, ovvero con le forme stabilite dalla legge dello stato estero davanti all'autorità competente.

Ne consegue, se la legge del paese straniero riconosce il matrimonio canonico come forma valida per la costituzione del rapporto coniugale, che tale matrimonio sarà valido anche nel nostro ordinamento, in quanto il matrimonio si rileva nell'ordinamento italiano non come matrimonio canonico, ma come matrimonio civile celebrato all'estero.

Infine, un'altra forma speciale di matrimonio canonico è il matrimonio per procura (can. 1105 *Codex Iuris Canonici.*), la cui trascrizione è ammissibile quando ricorrano le circostanze previste dall'art. 111 codice civile, come nei casi di militari o di personale al seguito delle forze armate per ragioni di servizio, in tempo di guerra, ovvero quando uno degli sposi si trovi all'estero (ad es. per lavoro) e ricorrano gravi motivi.

Per la trascrizione non basta la procura canonica prevista dal can. 1105 § 2 C.I.C., ma occorre che sia rilasciata la procura per atto pubblico, di cui all'art. 111

del codice civile e che le parti abbiano ottenuto l'autorizzazione del tribunale, chiamato per valutare la sussistenza dei "gravi motivi".

1.4 - Il matrimonio degli acattolici

Trattasi di un particolare matrimonio civile che è interamente disciplinato dalla legge statale. Ai cittadini non cattolici viene consentito di avvalersi della celebrazione del matrimonio davanti ai ministri dei culti ammessi dallo Stato.

La legislazione italiana dà a tutte le confessioni religiose la possibilità di sposarsi davanti ad un proprio ministro religioso, accreditato dallo Stato italiano, sempre che tali confessioni non risultino contrari alla Costituzione ed all'ordine pubblico ed al buon costume. Per tale finalità, ovvero affinché il ministro del culto diverso da quello cattolico possa legittimamente celebrare il matrimonio, occorre che la sua nomina sia prima approvata dall'autorità governativa. Anche il ministro del culto ammesso, deve leggere gli articoli del codice civile, redigere l'atto di matrimonio, trasmetterlo all'ufficiale dello stato civile entro cinque giorni, il quale provvederà entro le successive 24 ore a curarne la trascrizione.

A tal proposito, le diverse confessioni religiose accreditate in Italia vanno progressivamente realizzando una serie di intese con l'autorità governativa, che costituiscono la base per successive leggi che regolamentano i loro rapporti con lo Stato italiano, così come previsto dall'art. 8 della Costituzione.

Tra i primi esempi di questa disciplina, è l'intesa stipulata con la Tavola Valdese il 21 febbraio 1984, resa esecutiva dalla legge 11 agosto 1984, n. 449. Sono seguite altre intese e leggi e tra questi: l'intesa con "*L'Unione cristiane delle chiese avventiste del settimo giorno*" (Legge 22 novembre 1988, n. 516); l'intesa con "*Le Chiese cristiane evangeliche associate alle Assemblee di Dio in Italia*" (Legge 22 novembre 1988, n. 517); l'Intesa con "*L'Unione delle Comunità israelitiche italiane*" (Legge 8 marzo 1989, n. 101).

Con le predette intese e leggi sono state ampliate le modalità di celebrazione dei matrimoni, ma a differenza che nel matrimonio concordatario, la validità di tali celebrazioni è stata accertata con riferimento alla disciplina dettata per il matrimonio civile. Ci sono, tuttavia, differenze tra le singole confessioni religiose. Nel rito ebraico è solo lo sposo che deve manifestare espressamente il consenso di volersi sposare. Nella Tavola valdese la redazione dell'atto matrimoniale spetta all'Ufficiale di Stato. Nel rito ebraico tale compito spetta al rabbino.

Diversa la situazione del matrimonio islamico "*nikah*". Infatti, due persone sposate solo "*islamicamente*", non costituiscono una coppia di sposi ai sensi della legge italiana. Essi dovranno sposarsi anche in Comune per avere il riconoscimento legale in Italia del matrimonio contratto secondo la "*Shari'a*".

Secondo le disposizioni contenute nell'articolo 11 della legge n. 449 del 1984, lo Stato "*riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le norme dell'ordinamento valdese, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazione alla casa comunale*". Dalla predetta disciplina si evince che gli impedimenti, i requisiti di capacità, e le cause di nullità del matrimonio sono disciplinati dal diritto italiano e che la Tavola valdese ha ottenuto di attenuare gli adempimenti civilistici posti a carico dei ministri di culto.

Il ministro di culto, per assistere validamente alla celebrazione, non ha bisogno di alcuna approvazione della sua nomina da parte dell'autorità governativa, ma basta che sia iscritto nei ruoli tenuti dalla Tavola Valdese. Subito dopo, effettuata la celebrazione, il ministro di culto forma l'atto di matrimonio in doppio originale, allegando a ognuno di essi uno degli originali del nullaosta rilasciato dall'ufficiale dello stato civile, ed, entro cinque giorni dalla celebrazione, trasmette uno di tali esemplari dell'atto di matrimonio e del nullaosta all'ufficiale dello stato civile del comune in cui è avvenuta la celebrazione. L'ufficiale dello stato civile constata la regolarità dell'atto di matrimonio e l'autenticità del nullaosta ad esso allegato, trascrive il matrimonio nei registri dello stato civile entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e dà notizia dell'avvenuta trascrizione al ministro di culto (art.

11, 4° e 5° comma). Quando l'atto di matrimonio celebrato dal ministro di culto acattolico non sia regolare o non sia trasmesso entro i cinque giorni dalla celebrazione o, comunque, l'ufficiale dello stato civile rifiuti la trascrizione, questa può essere ordinata dal tribunale in sede di procedimento di rettificazione degli atti di stato civile (art. 454 del Codice Civile).

1.5 - I Matrimoni Misti

Secondo Tognetti Bardogna, *“le forme di famiglia mutano anche in relazione alle stesse politiche migratorie le quali possono favorire o ostacolare la costruzione di famiglie nel contesto migratorio, ma anche determinarne la tipologia in relazione alle caratteristiche dei permessi di soggiorno e alla normativa sui ricongiungimenti familiari, ai diritti di cittadinanza di cui gode lo straniero. In emigrazione cambiano i modelli di coniugalità e di coppia, le forme di convivenza e di coabitazione; il processo migratorio scardina la famiglia allargata, determinando nuove forme, nuove dinamiche, nuove pratiche familiari, nuovi ruoli e una diversa distribuzione dei compiti coniugali, i cui contorni sono tutti da definire”*⁸

In dieci anni (2004-2014) i matrimoni tra stranieri e italiani si sono triplicati. Secondo i dati ISTAT, una coppia mista dura in media 13 anni a Lecce, 7 a Milano, 5 ad Ancona. *“Queste famiglie reggono quando hanno un reticolo di sostegno, i fratelli, i genitori. Altrimenti non ce la fanno. Una coppia mista è un bene prezioso per chi le vive attorno ma è anche più fragile, più osservata dai vicini ed ha bisogno di maggiore negoziazione: dai figli, alla gestione dei soldi, tanti sono infatti i motivi di discussione”*⁹

Ma nonostante le tragedie e le rotture i matrimoni misti (uno su sette di quelli celebrati) cresceranno sempre di più, assieme ai divorzi, tenuto conto della crescita, sempre più imponente, di nuovi ingressi di stranieri nel territorio nazionale.

⁸ TOGNETTI BARDOGNA M., *“Ricongiungere la famiglia altrove”*, Franco Angeli Editore 2009, pag. 18.

⁹ IBIDEM.

Secondo Tognetti Bardogna, *”sono delle grandi potenzialità ma sono visti come particolari e diversi dalla Chiesa, dai vicini, dai parenti. E così loro tendono ad auto isolarsi o ad essere isolati”*¹⁰.

Secondo l'ISTAT, nell'ultimo decennio la popolazione straniera residente in Italia si è notevolmente accresciuta. Già i dati del Censimento della popolazione del 2011, segnalavano che il numero degli stranieri residenti è più che triplicato rispetto al Censimento 2001. Il saldo naturale della popolazione straniera - fortemente positivo - ha parzialmente compensato nell'ultimo decennio il saldo naturale negativo della popolazione italiana. Infatti, all'effetto della dinamica naturale si è affiancato il consistente contributo positivo fornito dal saldo migratorio con l'estero della popolazione straniera.

Al 1 gennaio 2012, i cittadini stranieri non comunitari, regolarmente presenti in Italia sono poco più di 3 milioni e 600 mila, circa 100 mila in più rispetto all'anno precedente. Negli ultimi 20 anni aumentano i permessi di soggiorno per famiglia, passando dal 12,8 per cento al 31,1 per cento del totale. Cresce anche la quota di minori non comunitari presenti in Italia, passando dal 12,8 per cento al 31,1 per cento del totale. Cresce anche la quota di minori non comunitari presenti in Italia, passata dal 21,5 del 2011 al 23,9 per cento dei cittadini nel 2012 . Tale quota è più elevata nel Nord che nel Mezzogiorno (rispettivamente 25,4 e 19,2 per cento). Le forze di lavoro straniere rappresentano il 10,2 per cento del totale. Il tasso di occupazione degli stranieri è più elevato di quello degli italiani (66,2 a fronte del 60,7 per cento), come anche il tasso di disoccupazione (rispettivamente 12,1 e 8,0 per cento)¹¹. I flussi sempre più massicci di cittadini stranieri provenienti in Italia, soprattutto dal Nord Africa e dai teatri di guerra del Medio Oriente e non solo, sono destinati a determinare il loro progressivo radicamento, tenuto conto della giovane età media della popolazione migrante e della loro maggiore propensione a spostarsi sul territorio.

¹⁰ TOGNETTI BARDOGNA, op.cit., pag18.

¹¹ ISTAT, *Noitalia – “100 statistiche per capire il Paese in cui siamo”*, 2013, pag. 50.

Si tratta di un fenomeno importante che pone rilevanti problematiche di integrazione con ricadute immediate sui contesti familiari di appartenenza. E ritornando ai matrimoni misti, i dati Istat ci dicono che 8 matrimoni su 10 falliscono¹². Ne deriva, che una conoscenza approfondita delle caratteristiche delle comunità di stranieri presenti sul territorio fornisce un ausilio importante per programmare le politiche di welfare a favore di tali comunità e, quindi, per supportare individui e famiglie a contrastare l'instabilità familiare.

¹² ISTAT, *Noiitalia – “100 statistiche per capire il Paese in cui siamo”*, 2013, pag. 50 e segg.

Cap. II - I nuovi modelli familiari delle Unioni civili e delle convivenze di fatto, di cui alla legge n. 76/2016.

La disciplina normativa delle unioni civili e delle convivenze di fatto, non ha conosciuto un iter parlamentare agevole. Conosciuta come d.d.l. Cirinnà, dal cognome della senatrice prima proponente e firmataria del progetto di legge, è stata approvata al Senato in data 26 febbraio 2016 ed alla Camera in data 11 maggio 2016, e pubblicata, come legge 20 maggio 2016, n. 76 “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, sulla G.U. del 21 maggio 2016.¹³

La legge n. 76 del 20 maggio 2016 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”), è entrata in vigore il 5 giugno 2016, e costituisce l’esito di un processo lungo e complesso nell’evoluzione del diritto di famiglia in Italia. Infatti, il percorso contrastato che ha caratterizzato, l’iter di approvazione della predetta legge, alla fine ha prodotto un testo che è finalizzato ad eliminare ogni differenziazione o discriminazione tra coppie composte da persone di sesso diverso e dello stesso sesso.

Si è cercato di prevedere l’istituto dell’unione civile, sul modello della famiglia, configurando allo stesso tempo la convivenza di fatto, quale somma di due persone che non costituiscono una nuova identità.

Al tempo stesso vengono descritte come “*formazioni sociali*”, di cui all’articolo 2 della Costituzione, per non equipararle alla famiglia, disciplinata dall’art. 29 della Costituzione. Comunque, si costituisce una compagine che è diversa dalla mera convivenza o dalla semplice sommatoria di due individui.

La struttura della legge n. 76/2016, consta di tre parti essenziali: la prima, riguarda i commi 1-35, e tratta le Unioni civili, composte da persone dello stesso sesso; la seconda, riguarda i commi dal 36 al 65, ovvero le coppie cosiddette di fatto,

¹³ Legge 20 Maggio 2016 n° 76 su Gazzetta Ufficiale n° 118 del 21 Maggio 2016

e si riferisce sia alle coppie di sesso diverso, che a quelle dello stesso sesso; e la terza parte, che va dal comma 66 in poi, riguarda la copertura finanziaria della legge.

2.1 - Le unioni civili

La prima parte della legge n. 76/2016, disciplina la *unione civile*, tra persone dello stesso sesso. La legge facendo riferimento specifico agli articoli 2 e 3 della Costituzione, qualifica le coppie omosessuali come “*formazioni sociali*”, meritevoli di tutela (articolo 1, 1° comma L. 76/2016). In tal guisa, le unioni civili tra omosessuali rientrano nei diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, nelle quali si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.).

Un riconoscimento che trova fondamento normativo esplicito nell’articolo 3 della Costituzione, dove è ribadito che: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. Con tale riconoscimento il Parlamento italiano ha ritenuto di adeguare la propria legislazione a quella degli altri paesi europei, e rispondere ai rilievi sollevati dagli organismi dell’Unione europea nei confronti dell’Italia, sulla mancanza di previsioni normative in materia di unioni civili. La costituzione delle unioni civili, può essere richiesta da due persone maggiorenni dello stesso sesso, mediante dichiarazione resa di fronte all’ufficiale dello stato civile ed alla presenza di due testimoni (art. 1, 2° comma). L’ufficiale dello stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso, nell’apposito archivio dello stato civile (art. 1, 3° comma).

Sono cause impeditive per la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le seguenti:

- a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un’unione civile tra persone dello stesso sesso;
- b) l’interdizione di una delle parti per infermità di mente (..);

- c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile (...);
- d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; mentre se è stato disposto soltanto il rinvio a giudizio, ovvero sentenza di condanna di primo o di secondo grado, ovvero una misura cautelare, la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa, sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento (art. 1, comma 4).

Per quanto riguarda i tempi di attuazione della legge di che trattasi, il Governo è stato delegato ad adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della stessa (5.6.2016), uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) adeguamento alle previsioni della predetta legge, delle disposizioni dell'ordinamento dello Stato civile, in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni;
- b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo la applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, regolata dalle leggi italiane, alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo (art. 1, comma 28, lett. a e b).

Sull'operatività della nuova legge, è stato previsto che "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministero dell'Interno, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati ai sensi del comma 28, lett. a) (art.1, comma 34). In particolare, l'articolo 1, comma 34, della legge n. 76 del 2016, di regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, prevede che con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) sono stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio

dello stato civile, nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi, di cui all'articolo 1, comma 28, lettera a) L. 76/2016.

Alla legge n. 76/2016, è stata data attuazione con i decreti legislativi 5, 6 e 7 del 19 gennaio 2017, che hanno integrato la normativa vigente rispettivamente: sullo stato civile (relativamente alla concreta costituzione di una unione civile); sul diritto internazionale privato (relativamente alle unioni che abbiano caratteri di internazionalità, in quanto costituite all'estero, o perchè composte da almeno un partner straniero); e sul diritto penale (ai fini dell'equiparazione, per alcuni reati, tra lo *status* di coniuge e quello di persona unita in una unione civile).

In base all'articolo 1 del D.P.C.M. 23 luglio 2016, due persone maggiorenni dello stesso sesso fanno congiuntamente richiesta allo ufficiale dello stato civile del Comune di loro scelta (1° comma). L'ufficiale dello stato civile verificati i presupposti di legge, redige immediatamente processo verbale della richiesta e lo sottoscrive unitamente alle parti che invita, dandone conto nel verbale, a comparire di fronte a sé, in una data indicata dalle parti immediatamente successiva al termine di cui all'articolo 32, comma 1 del DPCM.

Le parti, nel giorno indicato nell'invito, rendono personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni avanti all'ufficiale dello stato civile del Comune, ove è stata presentata la richiesta, la dichiarazione di voler costituire una unione civile. Nella dichiarazione le parti confermano l'assenza di cause impeditive (art. 3, comma 1°, D.P.C.M.) L'ufficiale dello stato civile ricevuta la dichiarazione, redige apposito processo verbale, sottoscritto unitamente alle parti e ai testimoni cui allega il verbale della richiesta (art. 3, c.2, del DPCM). La registrazione degli atti dell'unione civile, è eseguita mediante iscrizione nel registro provvisorio delle unioni civili, istituito dall'art. 9, 1° comma, del D.P.C.M. (art. 3, comma 3, D.P.C.M.).

Dopo l'entrata in vigore del decreto del 29 luglio 2016, recante le prime istruzioni ai sindaci e dopo l'approvazione dei formulari da utilizzare, sono stati deliberati dal Consiglio dei ministri tre decreti attuativi della legge delega di cui alla

legge n. 76/2016. Si tratta del decreto con le disposizioni di modifica e riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili, del decreto che adegua alla legge n. 76/2016, le norme dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni e del decreto in materia di coordinamento in materia penale.

A proposito dell'adeguamento delle norme di diritto internazionale privato alla legge n. 76/2016, si prevede che ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, contratti all'estero si applichi la disciplina delle unioni civili, di cui alla legge n. 76/2016, e ciò indipendentemente dalla cittadinanza (italiana o straniera) delle parti. Nei casi, invece, delle unioni costituite all'estero, è previsto che si applichi la legge n. 76/2016, alle unioni “*totalmente italiane*”, che siano state deliberatamente trasformate in “*transnazionali*”, allo scopo di applicare un regime giuridico non previsto dalla legge italiana. Se, invece, l'unione è stata costituita all'estero da cittadini italiani abitualmente residenti fuori dai confini, o da soggetti entrambi non cittadini, o ancora da un cittadino italiano e uno straniero, non sarà ravvisabile alcun comportamento elusivo e, quindi, si applicheranno le disposizioni della legge n. 218/1995 (“*riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”)¹⁴.

Per quanto riguarda le norme dell'ordinamento dello stato civile, assumono rilievo i casi in cui il partner dell'unione civile, come per il matrimonio, aggiunge al suo il cognome del partner, senza perdere il suo cognome di origine. Il recente decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri, inoltre, stabilisce che, nel caso in cui si verifichi la necessità di costituire l'unione in un Comune diverso rispetto a quello in cui è stata presentata la richiesta, l'ufficiale dello stato civile, su istanza delle parti, potrà delegare un suo corrispettivo presso il nuovo comune indicato. Inoltre, nel caso in cui si verifichi un imminente pericolo di vita di una delle parti, indipendentemente del luogo, l'ufficiale di stato civile potrà procedere alla costituzione dell'unione¹⁵.

¹⁴ CERISANO F.-MIGLIORINI B, “*Unioni civili con registri a sé*”, articolo su Italia Oggi del 5.10.2016.

¹⁵ *Ibidem*

Un altro aspetto importante riguarda il registro delle unioni civili, che con il nuovo decreto attuativo resta un registro a parte rispetto ai registri di matrimonio. La prima versione del decreto prevedeva infatti un registro unico suddiviso in quattro serie. Oltre a quelle già esistenti, contraddistinte con le lettere A, B e C (destinate alle trascrizioni ed iscrizioni di atti concernenti il matrimonio), veniva aggiunta un'ulteriore serie individuata con la lettera D, destinata alle trascrizioni ed iscrizioni di atti concernenti le Unioni civili¹⁶.

A proposito delle modifiche al codice penale, si realizza anche in sede penale l'equiparazione del partner dell'unione civile al coniuge. Si può così configurare il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, quando le inadempienze siano del partner dell'unione civile nei confronti dell'altro. Così come si potrà applicare al reato di omicidio l'aggravante dell'essere la vittima, coniuge dell'autore, anche quando il fatto avvenga tra due soggetti legati da unione civile.

Nella dichiarazione di costituzione dell'unione civile, le parti possono rendere la dichiarazione di scelta del regime patrimoniale della separazione dei beni (art. 3, comma 4, del DPCM). A tal proposito, il regime patrimoniale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione matrimoniale, è costituita dalla comunione dei beni (art. 1, comma 13, L. 76/2016).

2.2 - Le differenze tra unione e matrimonio

Una prima differenza con il matrimonio è l'assenza dell'obbligo di fedeltà che caratterizza l'unione civile. Secondo Colaianni sussisterebbe il sospetto che si sia voluto conservare una immagine libertina e licenziosa dell'unione omosessuale rispetto al matrimonio eterosessuale: “uno stigma nello atto stesso dell'introduzione del nuovo istituto sul presupposto, peraltro di un concetto di fedeltà limitata alla sfera sessuale ormai superato dalla giurisprudenza”¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ COLAIANNI N., *La lotta per la laicità, Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci editore, 2017, 238

D'altra parte, il concetto di fedeltà diventa molto simile a quello di lealtà, giacché la fedeltà secondo la giurisprudenza della Cassazione, “impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro, l'infedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda”¹⁸.

La norma di chiusura contenuta nel comma 20, aiuta a comprendere l'intento del legislatore di assimilazione dell'unione civile al matrimonio. Infatti, “al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, ”coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”.

Ma è, soprattutto, il discorso dell'adozione, di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184, che sembrerebbe un'eccezione. Il riferimento è all'articolo 44 della Legge n. 184/1983, che consente “oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato” l'adozione di minori, pur non dichiarati in stato di adottabilità, e dei quali vi sia la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

Trattasi di una norma che consente l'adozione nell'ambito di coppie non coniugate, anche omosessuali. Un orientamento avallato dalla Corte di Cassazione, che si è pronunciata sull'adozione “in casi particolari”, di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983. Una casistica che “prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché, alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore”¹⁹. Si tratta, in larga parte, dei casi finalizzati a rispettare vincoli affettivi e relazionali

¹⁸ cfr. Cassazione Civile, 11 giugno 2008, n. 15557

¹⁹ cfr. Cassazione, 26 maggio 2016, n. 12962, su *La lotta per la laicità*, op. cit. 239

preesistenti, nelle quali l'interesse superiore del minore ad un'idonea collocazione familiare deve prevalere su ogni altro interesse. Trattasi, in sostanza, di soluzioni finalizzate all'instaurazione di obblighi giuridici di particolare valenza tra un minore e chi dello stesso stabilmente si occupa. Il caso tipico, è quello, ad esempio, del figlio minore del coniuge, da questi avuto da un precedente matrimonio o convivenza. In questi casi, l'adozione è consentita anche alle coppie non sposate o conviventi ed alle persone singole, senza un preventivo affidamento preadottivo, ma previo consenso del genitore, che ha la responsabilità genitoriale sul minore. Attraverso siffatta norma, in ultima analisi, parte della giurisprudenza, ha ammesso l'adozione del minore che non sia in stato di abbandono, in quanto ha un genitore che si prende cura di lui, e che ha consolidato un rapporto affettivo ed educativo, con il *partner* convivente del genitore stesso. Con la citata sentenza n.12962/2016, pubblicata il 22 giugno 2016, la Cassazione ha, quindi, riconosciuto l'applicazione dell'adozione in casi particolari, anche alle unioni omosessuali.

2.3 - Le convivenze di fatto

In Italia, secondo i dati ISTAT 2015, oltre un milione di coppie hanno di fatto messo su famiglia senza sposarsi, configurando quelle convivenze familiari di fatto, destinatarie della recente legge n. 76/2016.

Fino alla l.n.76/2016, la protezione delle convivenze di fatto (tra eterosessuali o omosessuali) sono avvenute, soprattutto, per via giurisprudenziale. A tal proposito, l'art. 1, comma 36, della legge n. 76/2016, ha stabilito che si intendono per "conviventi di fatto", "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi

di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile”.

Per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica, di cui all'articolo 4 (famiglia anagrafica) e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 (costituzione di nuova famiglia o di nuova convivenza...), del regolamento anagrafico, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che: “Avendo la convivenza una natura fattuale, e, cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo e ciò si ricava, oggi, dall'art. 1, comma 36, della legge n. 76 del 2016, in materia di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. La definizione normativa, che il legislatore ha introdotto per i conviventi, è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali: *“si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*. In altri termini, il convivere è un *“fatto”* giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa. Tant'è che la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 *“per l'accertamento della stabile convivenza”*, quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale.²⁰

La nuova legge, in particolare al comma 38 e al comma 49, elenca i diritti riconosciuti ai conviventi: visite nelle carceri e negli ospedali, non obbligo a deporre contro l'imputato convivente, delega per il consenso medico, diritto di successione nel contatto di locazione, diritto di abitazione della casa, fruizione di condizioni di preferenza nell'assegnazione delle case popolari e diritto al risarcimento, in caso di sinistro ecc.

²⁰ CICCIA MESSINA A. *Convivenze a norma di privacy - Certificazione anagrafiche senza informazioni ridondanti*, su *“Italia oggi”* del 7 Giugno 2016

I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune, con la sottoscrizione di un contratto di convivenza (art. 1 comma 51 L. 76/2016). Il contratto di convivenza, è un accordo negoziale, che per essere valido deve, comunque, essere diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Un contratto di convivenza non può prevedere, per esempio, un impegno alla procreazione, o alla non procreazione, nonché ogni altro impegno e obbligo, tale da incidere sulla sfera dei diritti personali, e delle libertà individuali. Non può prevedere un obbligo di coabitazione o di fedeltà, sanzionati con penalità in caso di inadempimento.

Il contratto di convivenza, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato, che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 1, comma 51). Sono, invece, ritenute ammissibili le clausole volte alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali, inerenti il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli, gravando su entrambi i genitori l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole.

Si tratta, comunque, di clausole sempre suscettibili di essere modificate o revocate al fine di perseguire l'interesse dei figli, che l'ordinamento riconosce assolutamente preminenti rispetto all'interesse dei conviventi.

Il contratto di convivenza può contenere:

- a) l'indicazione della residenza;
- b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
- c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile (art. 1, comma 53).

Sul piano applicativo, assumono rilievo le prescrizioni contenute nella Circolare n. 7 del 1 giugno 2016 del Ministero dell'Interno – Direzione Centrale per i servizi demografici.²¹

Dopo aver richiamato le disposizioni fondamentali contenute nella l.n.76, con riferimento alle convivenze di fatto (articolo 1, commi 36-65), la Circolare n. 7 specifica le attività attribuite agli uffici demografici dei Comuni, relativamente: alla iscrizione delle convivenze di fatto; alla registrazione dell'eventuale contratto di convivenza ed al rilascio delle relative certificazioni. La Circolare n. 7/2016, inoltre, stabilisce che l'iscrizione delle convivenze di fatto, dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall'ordinamento anagrafico ed, in particolare, dagli artt. 4 e 13, del DPR n. 223/1989, come espressamente richiamati dal comma 37 dell'art. 1 della legge n. 76/2016.

La registrazione del contratto di convivenza costituisce, invece, un adempimento nuovo, che l'ordinamento ha configurato quale base giuridica della opponibilità del contratto ai terzi. In termini pratici, la Circolare prescrive che l'Ufficiale di anagrafe del comune di residenza dei conviventi, ricevuta copia del contratto di convivenza dovrà tempestivamente procedere:

- a) a registrare, nella scheda di famiglia dei conviventi oltre che nelle schede individuali, la data ed il luogo di stipula, la data e gli estremi della comunicazione da parte del professionista;
- b) ad assicurare la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto.

Anche la successiva risoluzione del contratto di convivenza dovrà essere registrata nella scheda di famiglia dei conviventi, oltre che nelle schede individuali.

Alla registrazione della risoluzione, l'ufficiale di anagrafe dovrà procedere nei casi in cui riceva uno dei seguenti atti:

- notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per accordo delle parti (comma 59, lettera a, in combinato disposto con il comma 51);

²¹ Circolare n. 7 del 1 giugno 2016 del Ministero Interno-DAIT, in dait.interno.gov.it .

- notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per recesso unilaterale di una parte (comma 59, lettera b, in combinato disposto con il comma 61);
- comunicazione dell'ufficio di stato civile riguardante il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra uno dei conviventi ed altra persona (comma 59, lettera c, in combinato disposto con l'articolo 12 del regolamento anagrafico);
- notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per morte di una parte (comma 59, lettera d, in combinato disposto con il comma 63).

Un aspetto tutt'altro che secondario segnalato dalla Circolare n. 7, è quello delle certificazioni anagrafiche.

A tal proposito la Circolare n. 7, richiama l'attenzione sul trattamento dei dati personali, che come contemplato nel comma 55, *“deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal decreto legislativo n. 196/2003 (Codice della Privacy), garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza”*.

“Il riferimento alla disciplina della privacy ha un duplice significato. Da un lato bisogna rispettare il principio di non eccedenza e di pertinenza: le certificazioni non dovranno riportare dati personali sovrabbondanti. Da un altro lato bisogna verificare i limiti di conoscibilità anche interna dei dati contenuti nelle scritture contrattuali, in modo da evitare una circolazione immotivata di informazioni dettagliate su circostanze oggetto di patti tra conviventi. Queste attenzioni alla conoscibilità devono essere particolarmente messe in atto se si chiede l'accesso civico, nelle modalità stabilite dal decreto correttivo al decreto legislativo n. 33: i conviventi assumono la qualifica di contro interessati e devono poter presentare una motivata opposizione”.²²

A questo proposito, si deve tenere conto che la materia della protezione dei dati personali, dal 25 maggio 2018, è disciplinata dal nuovo Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione

²² Circolare n. 7 del 1 giugno 2016 del Ministero Interno-DAIT, in dait.interno.gov.it .

delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, che ha abrogato la precedente direttiva 95/46/CE.²³

2.4 - Le differenze più significative tra unioni civili e convivenze di fatto

Assume una particolare rilevanza, delineare le differenze più significative tra le unioni civili e le convivenze di fatto.²⁴ Per le Unioni civili gli interessati sono persone maggiorenni dello stesso sesso, per le convivenze di fatto gli interessati sono persone maggiorenni unite stabilmente, sia dello stesso sesso, che di sesso diverso. Nelle unioni civili il cognome, a scelta dei *partner*, può essere comune. Per le convivenze di fatto non è previsto.

Nelle unioni civili gli obblighi reciproci si incentrano su: assistenza morale e materiale, coabitazione, contribuzione ai bisogni comuni (esclusa la fedeltà). Nelle convivenze di fatto gli obblighi riguardano: l'assistenza morale e materiale, il diritto di abitazione della casa di comune residenza fino ad un massimo di 5 anni, la successione nel contratto di locazione, l'inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, equiparando in tal guisa il rapporto di convivenza con quella di coniugio.

Nelle unioni civili, in caso di malattia o ricovero valgono le stesse norme del matrimonio (diritto reciproco di visita, diritto di accesso alle informazioni, decisioni in materia di salute). Nelle convivenze di fatto, vengono riconosciuti: il reciproco diritto di visita e di assistenza; il diritto di accesso alle informazioni personali in materia di salute; il diritto di designare in forma scritta ed alla presenza di un testimone il *partner*, come suo rappresentante per l'assunzione di decisioni in materia di salute o per il consenso medico, anche in caso di malattia, che comporta

²³ . Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, in Guida Normativa de Il Sole 24 Ore-Febbraio 2018, pagg .8 e segg.

²⁴ Cfr. CALVIGLIONI, PALMIERI, PIOLA, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, Maggioli editore., 2016, pagg. 199 e ss.

incapacità di intendere e di volere, ovvero in caso di morte per la donazione degli organi e le modalità dei funerali.

Nelle unioni civili, è previsto: il regime legale di comunione, salvo diversa convenzione tra le parti; la partecipazione alla impresa familiare; la pensione di reversibilità. Nelle convivenze di fatto si prevede: la possibilità di stipulare un contratto di convivenza e il diritto di partecipazione all'impresa familiare.

Nelle unioni civili, è prevista: l'estensione della disciplina prevista dall'art. 230-bis del codice civile (sull'impresa familiare) in vigore per i soggetti sposati. Nelle convivenze di fatto, al convivente che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa del *partner*, è esteso il diritto di partecipazione agli utili in proporzione al lavoro prestato. Nelle unioni civili, nei casi di scioglimento del rapporto è previsto: il diritto all'assegno di mantenimento, analogo all'assegno in caso di divorzio del matrimonio civile. Nelle convivenze di fatto, si prevede: l'assegnazione degli alimenti se in stato di bisogno. Nelle unioni civili, per le successioni, il partner è equiparato in tutto e per tutto al coniuge. Ne deriva, che ha diritto ad una quota di eredità anche in presenza di testamento in favore di altri, ed è titolare dell'azione di riduzione, se le disposizioni testamentarie ledono la sua quota. Nelle convivenze le successioni sono possibili solo per testamento.

2.5 - Le unioni civili e le convivenze di fatto secondo la giurisprudenza sovranazionale e italiana

Il tema delle unioni civili o, più in generale, delle famiglie di fatto, trovano, in *primis*, nella giurisprudenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo una significativa attenzione. Infatti, “una funzione particolare nella specificazione della rilevanza giuridica della famiglia non fondata sul matrimonio, e

nell'inquadramento della disciplina applicabile al fenomeno in esame, ha svolto la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo(..)²⁵.

Inoltre, ”a differenza del nostro sistema interno, in cui esiste una definizione di famiglia e di rapporti familiari, così come già individuata, nella giurisprudenza della Corte, il concetto di famiglia scaturisce dall'interpretazione dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali(..)²⁶. Infatti, se da un lato non si ritrova nella giurisprudenza della Corte un'unica definizione di famiglia, dall'altro lato, la esistenza di una vita familiare si rinviene di fatto sulla base della comunanza di vita dei ricorrenti. Ne deriva che il concetto include anche i legami familiari *de facto*, nel caso in cui le parti “convivono al di fuori di qualsiasi legame familiare”²⁷.

Secondo la Corte di Strasburgo, ed in conformità all'art.8 della CEDU, costituiscono legittime forme di convivenza, tanto le unioni registrate, quanto quelle di mero fatto, sia etero che omosessuali, tanto da giustificare l'applicazione di trattamenti omogenei nei diversi casi, in alcun modo condizionati dall'orientamento sessuale, anzi comportanti l'attribuzione dei medesimi diritti ed obblighi, nonostante la differenza di genere²⁸.

Una scelta pluralista, che risulta ribadita dal legislatore europeo che con l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta vincolante ex art. 6, par. 1, TUE, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), conferma, al più alto livello, il principio di “pari dignità” di ogni forma di convivenza. È soprattutto, l'interpretazione evolutiva dell'articolo 8 della CEDU, in combinato disposto con l'art. 14 della stessa, che ha consentito alla Corte di Strasburgo di associare al concetto di vita familiare, anche le relazioni stabili e durature tra persone dello stesso sesso. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno precisato che “la mancanza di tutela all'interno degli stati membri delle coppie

²⁵ cfr. CASONE V. L., *La pluralità dei modelli familiari. Le nuove famiglie nell'ordinamento italiano*. su Legal Roots, n. 6/2017, pag. 177

²⁶ cfr. CASONE op cit. pag. 177

²⁷ cfr. JOHNSTON e altri c. Irlanda, sent. del 18 dicembre 1986, serie A, n. 112, 25, par. 55

²⁸ cfr. Corte EDU, 15 marzo 2012, Sezione V, Caso Gas e Dubois c. Francia (ric. 25951/07), in www.coe.int

omosessuali rappresenta una violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14²⁹.

Secondo la Corte: “la relazione sentimentale e sessuale tra due individui dello stesso sesso rientra pienamente nel concetto di vita familiare, così come evolutasi nella giurisprudenza e nella legislazione degli stati membri³⁰. Sempre nella predetta decisione la Corte stabilisce che l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio, non integra un trattamento discriminatorio contrario alla CEDU, ma ciò solo in quanto in Austria risultava riconosciuta la possibilità di registrare la convivenza con l'attribuzione di alcuni diritti e doveri simili, sia pure limitati, a quelli coniugali³¹. Nella predetta decisione si stabiliva anche che: “la Corte non considererà più che il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio di persone di sesso opposto”.

Fino a non molti anni fa, sia la dottrina e sia la giurisprudenza intendevano la convivenza “*more uxorio*”, unicamente quella instaurata tra persone di sesso diverso³². A tal proposito, la Corte di Cassazione nel 1966, configurava la convivenza *more-uxorio*, “in quella consuetudine di vita tra due persone di sesso diverso che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone, analogo, per contenuto e forma, a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia, altresì, il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale, inteso non in senso assoluto, ma in relazione alle condizioni sociali e al cerchio di relazioni dei conviventi, anche se sempre con un certo carattere di stabilità³³.”

Una decisione ritenuta storica è stata quella resa dalla Cassazione civile nel 2012, sul caso dei coniugi omosessuali italiani, che avendo celebrato matrimonio in Olanda, ne hanno vanamente richiesto la trascrizione nel nostro Paese³⁴.

²⁹ cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria (ric. n. 30141/04).

³⁰ cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, cit

³¹ cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria (ric. n. 30141/04)

³² cfr. D'ANGELI F., *La famiglia di fatto*, pag. 250

³³ cfr. Cassazione Civile, 23 aprile 1966, 1041, in *Giur.it*, 1967, I, 1, c67

³⁴ cfr. Cassazione 15 marzo 2012 n. 4184, in *Giur.it*, 2012, 742

Nella motivazione di quella sentenza “si afferma contraddittoriamente la necessità del riconoscimento di una parità di diritti per la coppia *gay* rispetto a quello etero per poi, in buona sostanza, rifiutare di considerare che il concetto di matrimonio, alla luce della evoluzione dei *mores* e delle legislazioni straniere e sovranazionali, può essere concesso anche alle coppie del medesimo sesso”³⁵.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 138/2010, in particolare, ha ribadito l'unicità del modello costituito dalla famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio. La Consulta nel dichiarare la questione alla stessa sottoposta infondata, ha precisato che “è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “crystallizzati”, con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e quindi, di norma vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche della evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata”.

E sempre nella predetta sentenza, la Corte Costituzionale perviene alla declaratoria d'inaammissibilità della questione proposta dalle parti rimettenti, demandando al parlamento, “nell'esercizio della sua piena discrezionalità, di individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”.

Inoltre, con la richiamata sentenza della Corte di Cassazione del 15 marzo 2012, n. 4184, è negata alla coppia omosessuale, che abbia contratto un valido matrimonio in uno degli stati membri dell'Unione europea, il diritto alla sua trascrizione nei registri dello stato civile italiano³⁶. Sebbene in siffatta vicenda la Suprema Corte di Cassazione affermi la presenza nel nostro ordinamento del diritto al matrimonio omosessuale, quale diritto fondamentale che trova tutela nell'art. 2

³⁵ cfr. CASONE V.L., *La pluralità dei modelli familiari. Le nuove famiglie nell'ordinamento italiano*. su Legal Roots, n. 6/2017, pag. 177

³⁶ cfr. ANGELINI F., *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà alla realtà sociale*, in Giur.Cost: 2, 2012, 1520 ss

della Costituzione, conferma, comunque, il divieto della sua trascrizione nei registri dello stato civile, in quanto previsione contraria alla legislazione ordinaria vigente.

Si rileva, comunque, un mutamento di orientamento della Corte di Cassazione rispetto al passato, ma soprattutto rispetto alla stessa Corte Costituzionale, che appena due anni prima aveva affermato l'incostituzionalità del diritto al matrimonio omosessuale.

Una situazione, quindi, complessa e controversa che ha reso ineludibile e necessaria la rivisitazione della normativa in materia, "prendendo consapevolezza dell'esistenza di una pluralità di modelli familiari, attraverso cui si esplica il valore della persona e che il mutismo della legge non poteva ancora significare di per sé silenzio del diritto"³⁷

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 170 del 11 giugno 2014, è ritornata sul tema del matrimonio dello stesso sesso, in ciò sollecitata dalla Corte di Cassazione, in relazione ad un caso particolare. Si trattava di una coppia eterosessuale, regolarmente coniugata, in cui l'uomo aveva deciso di cambiare sesso, con la conseguenza che a seguito della rettificazione del sesso, la coppia veniva ad essere composta da persone dello stesso sesso, senza però che la coppia avesse manifestato la volontà di sciogliere il vincolo matrimoniale, ed anzi lottando per il suo mantenimento.

L'Ufficiale dello stato civile, dopo aver ricevuto la sentenza di rettificazione, aveva annotato tale sentenza pure a margine dell'atto di matrimonio, riportando anche il seguente testo: "la sentenza sopra menzionata ha prodotto, ai sensi dell'art.4 della legge 164/1982 la cessazione degli effetti civili del matrimonio (..) a far data dal (...) così come previsto nel par.11.5 del nuovo massimario dello stato civile". I coniugi interessati si erano rivolti al Tribunale di Modena con apposito ricorso, che lamentava la illegittimità della annotazione e, in quanto alla cessazione del matrimonio, questa doveva essere disposta dal Giudice, e non con semplice provvedimento dell'autorità amministrativa. Il Tribunale di Modena aveva accolto il

³⁷ CASONE, La pluralità dei modelli familiari, op.cit. pag. 214

ricorso. Il Ministero dell'Interno aveva proposto reclamo avanti la Corte di Appello di Bologna, che lo aveva accolto. Gli interessati hanno proposto ricorso in Cassazione.

La Corte di Cassazione con ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013, adottata in tema di rettificazione di sesso, con automatico scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, aveva riconosciuto i dubbi di legittimità costituzionale, riguardo al caso di che trattasi.

Con sentenza n. 170 del 11 giugno 2014, la Corte Costituzionale riconosce la questione fondata. Infatti, così si esprime: “Al riguardo questa Corte ha già avuto modo di affermare, nella richiamata sentenza n. 138 del 2010, che nella nozione di formazione sociale – nel quadro della quale l'art. 2 Cost., dispone che la repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – 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”³⁸.

Con la predetta sentenza, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di quelle norme che prevedono lo scioglimento del matrimonio a seguito della rettificazione di sesso di uno degli sposi, che non è fondata su contrasti con i principi costituzionali, ma per il non prevedere alcuna alternativa per coloro che non vogliono sciogliere il matrimonio, non tutelando un legame di coppia che sebbene diverso dal matrimonio è protetto dall'ordinamento ex art. 2 Cost.

Altra sentenza meritevole di citazione è la n. 2400 del 30 ottobre 2014-9 febbraio 2015 della Corte di Cassazione Civile, sezione I, che venne chiamata a decidere sul ricorso di una coppia di persone dello stesso sesso, che aveva chiesto di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, con conseguente rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, che era stato impugnato prima in tribunale, e poi in corte di

³⁸ Sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 11 giugno 2014, nota su “*La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, CALIGIURI R., PALMIERI L., PIOLA T., 2017, Maggioli Editore, pag. 18

appello. La corte di appello ha rigettato la domanda sulla base delle seguenti argomentazioni. In primo luogo, ha affermato che le eccezioni di illegittimità costituzionale delle norme civilistiche relative al matrimonio, erano state risolte dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 138/2010. Ha, inoltre, aggiunto che l'eccezione fondata sul parametro relativo all'art. 22 Cost., è del tutto infondata, non essendo le norme ordinarie che regolano l'istituto matrimoniale rivolte a cagionare la privazione per motivi politici della capacità giuridica. Tali norme, si limitano a stabilire le condizioni per l'esercizio del diritto al matrimonio. Ha precisato che non vi è ragione per la rimessione di alcuna questione alla Corte di Giustizia di Lussemburgo, dal momento che sia l'art. 12 CEDU, che l'art. 9 della Carta di Nizza, rinviano alla discrezionalità legislativa dei singoli stati, per la scelta e la disciplina dei modelli matrimoniali.

La Corte di Cassazione, dopo aver richiamato i principi stabiliti nella pronuncia della Corte costituzionale, con ordinanza n. 138 del 2010, “al fine di accertare se fossero intervenuti orientamenti successivi da parte della Corte Europea dei diritti umani o dalla stessa Corte costituzionale, in pronunce successive che potessero determinare soluzioni diverse, ha escluso che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri della dignità umana e dell'uguaglianza. In sostanza, ha confermato che non esiste alcun obbligo per il nostro legislatore di prevedere l'ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso e che la mancata previsione di tale fattispecie non è in contrasto con i principi costituzionali, né in contrasto con i principi fondamentali della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo”³⁹

³⁹ CALVIGLIONI R., PALMIERI L., PIOLA T., *La Nuova disciplina delle Unioni civili e delle convivenze*, Maggioli Editore, pag. 21-22

Cap. III – La crisi della famiglia e l’istituto del divorzio

La crisi che insorge, in particolare, nel rapporto matrimoniale, può, ove assume caratteri gravi ed irreversibili, condurre alla dissoluzione della comunità familiare. Al fine di far fronte a tutte quelle situazioni di irreparabile rottura del matrimonio, l’ordinamento civile prevede lo scioglimento dello stesso, attraverso il rimedio del “divorzio”. Il divorzio è stato introdotto nell’ordinamento civile italiano, con l’approvazione della Legge 1 dicembre 1970, n. 898. Fino al 1970, il matrimonio era considerato indissolubile e lo scioglimento del matrimonio si aveva solo con la morte di uno dei coniugi. Era, comunque, ammessa per i coniugi la possibilità di separarsi, come lo stesso diritto canonico consentiva.

In generale due erano i principi che disciplinavano la separazione: la colpa e la tassatività. La separazione poteva essere richiesta al giudice solo dal coniuge incolpevole, e solo in ipotesi particolari: la condanna all’ergastolo o alla reclusione per un periodo superiore a cinque anni a carico di uno dei due, l’adulterio, l’abbandono volontario, le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi, e la mancata fissazione della residenza.

Nel matrimonio civile il divorzio produce lo scioglimento del rapporto coniugale per ragioni sopravvenute alla formazione dell’atto di celebrazione, che si presume valido. “Con il divorzio il matrimonio si scioglie ed i coniugi riacquistano lo stato libero e la possibilità di risposarsi o di costituire un’unione civile. Lo scioglimento determinato dal divorzio, a differenza di quello conseguente all’accertamento dell’invalidità del matrimonio, ha effetto *ex nunc* e non *ex tunc*”⁴⁰.

Evidente è, pertanto, la distinzione tra divorzio, e sentenza di annullamento o di nullità del matrimonio, in quanto con questi istituti di impugnazione si mira ad accertare la presenza di una causa di invalidità che inficia il matrimonio. La legittimazione all’impugnazione del matrimonio civile è dei coniugi, degli ascendenti

⁴⁰ PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Editore Ediz. Scientifiche Italiane, Milano, 2017, pag. 1054

prossimi, del pubblico ministero, e di quanti abbiano un interesse “*legittimo ed attuale*” per impugnarlo (art. 117 cod.civ.), non solo per i casi di nullità, ma anche per diverse fattispecie di annullabilità assoluta, quali quelli del matrimonio contratto (art. 87 cod.civ.), senza autorizzazione in presenza di divieti dispensabili; o anche il caso del matrimonio contratto dall’interdetto.

Se il divorzio provoca lo scioglimento di un rapporto matrimoniale che ha validamente funzionato fino a quel momento, la sentenza di invalidità, determinando l’annullamento o rilevando la nullità dell’atto costitutivo del rapporto, è proteso ad operare in via retroattiva, eliminando gli effetti prodotti dal matrimonio. Le conseguenze dell’invalidità del matrimonio sono simili a quelle del divorzio, atteso che lo scioglimento del vincolo non estingue gli effetti fino a quel momento prodottisi. A tal proposito, l’ordinamento si preoccupa di salvaguardare le funzioni familiari già realizzatesi e di assicurare alle parti più deboli (coniuge e figli) un minimo di tutela.

Lo scioglimento del matrimonio attraverso l’istituto del divorzio può avvenire solo con pronuncia giudiziale ed in presenza di determinati presupposti⁴¹. Trattasi di un esito successivo all’accertamento dell’impossibilità di mantenere o di ricostituire la comunione materiale e spirituale fra i coniugi e della ricorrenza delle cause tassative previste dalla legge n. 898, del 1 dicembre 1970 e successive modifiche ed integrazioni. La funzione che l’ordinamento attribuisce all’istituto del “*Divorzio*” è essenzialmente quella di risolvere le problematiche conseguenti al determinarsi di una crisi coniugale irreversibile.

Con riferimento ai matrimoni celebrati con il rito canonico, e ritualmente trascritti nel registro dello stato civile, si parla di “*cessazione degli effetti civili*”, in quanto la sentenza che scioglie il matrimonio concerne il rapporto disciplinato dalle norme di diritto civile, non l’atto costitutivo del rapporto emanato dall’autorità religiosa che resta preservato.

⁴¹ cfr, PERLINGIERI, P. op. cit. pag.1050

Anche nel matrimonio civile, il divorzio produce lo scioglimento del rapporto coniugale per ragioni successive alla formazione dell'atto. Lo scioglimento del matrimonio con l'istituto del divorzio può aversi, come già prima precisato, solo ricorrendo i presupposti indicativi del venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi, unitamente al verificarsi di cause di crisi stabilite dalla legge in modo tassativo (artt. 1 e 2 L. 898/1970).

Tra le cause che legittimano la proposizione della domanda di divorzio, ai sensi dell'art. 3 l.n. 898/1970, rileviamo le seguenti:

- a) condanna subita da un coniuge per reati gravi, successivamente al matrimonio, ma anche per fatti commessi in precedenza alla sua celebrazione. Si tratta di reati che devono comportare la pena all'ergastolo o la detenzione superiore a quindici anni, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici (art. 3, n. 1, lett. al. 898/1970);
- b) condanna subita da un coniuge a qualsiasi pena detentiva per alcuni delitti contro la libertà sessuale, la moralità e il buon costume (incesto, violenza carnale, induzione e sfruttamento della prostituzione, ecc.) (art. 3, n. 1, lett. b l. 898/1970);
- c) condanna subita da un coniuge per omicidio volontario di un figlio o per tentato omicidio a danno di un figlio o del coniuge (art. 3, n. 1, lett. c L. 898/1970);
- d) due o più condanne subite da un coniuge per lesioni personali aggravate, violazione degli obblighi di assistenza, maltrattamenti, circonvenzione di incapace a danno del coniuge o di un figlio (art. 3, n. 1, lett. d l. 898/1970);
- e) nei casi di cui ai precedenti punti c) e d), ove si disponga l'assoluzione del coniuge, dovuta al totale vizio di mente o all'estinzione del reato in seguito ad amnistia o prescrizione (art. 3, n. 2, lett. c, l. 898/1970);
- f) nel caso di proscioglimento o di assoluzione dal reato di incesto per mancanza di pubblico scandalo (art. 3, n. 2, lett. d, l. 898/1970).

Un'altra causa, è il divorzio o l'annullamento del matrimonio ottenuto all'estero dall'altro coniuge cittadino, ovvero il nuovo matrimonio che il coniuge di cittadinanza straniera abbia contratto all'estero (art. 3, n. 2, lett. e l. 898/1970).

Un'altra causa di divorzio, è la mancata consumazione del matrimonio (art. 3, n. 1, lett. f l. 898/1970). Trattasi di previsione che ha originato un concorso con la competenza ecclesiastica, con riguardo alla concessione della cd. dispensa del matrimonio "*rato e non consumato*", suscettibile di conseguire efficacia civile, mediante il procedimento di delibazione da parte della Corte d'Appello.

Infine, un'altra ipotesi prevista come causa di divorzio fa riferimento alla sentenza di rettifica di attribuzione del sesso, la quale provoca lo scioglimento del matrimonio, ai sensi dell'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 , che ha integrato l'articolo 3 della legge n.898/1970.

La causa più importante di divorzio è la separazione legale dei coniugi. Per la separazione giudiziale, necessita che la sentenza sia passata in giudicato. Per la separazione consensuale, la stessa deve essere omologata (art.158 cod.civ.). La separazione per poter portare al divorzio doveva protrarsi per almeno tre anni fino a maggio del 2015.

Con la legge n. 55 del 6 maggio 2015, entrata in vigore il 26 maggio 2015, per chiedere il divorzio basta che siano trascorsi sei mesi dalla separazione consensuale o un anno da quella giudiziale. A tal proposito, è utile precisare che la "separazione consensuale" è un procedimento a cui si ricorre quando i coniugi sono d'accordo sulla regolazione dei loro rapporti: nel richiedere al tribunale la separazione; sulla loro dimora abituale; su come regolare l'affidamento dei figli; sull'assegnazione della casa coniugale; sul contributo al mantenimento dei figli e del coniuge più debole; sul diritto di visita del genitore non affidatario (art.158 cod.civ.).

La separazione consensuale acquista efficacia con l'omologazione da parte del tribunale (art.158 cod..civ.), che si configura come una forma di controllo sull'accordo raggiunto dai coniugi, con riguardo alla conformità alla legge ed ai principi di ordine pubblico. Il tribunale, quindi, valuterà non solo la legittimità, ma

anche il merito delle condizioni stesse, con particolare riguardo al rispetto dei diritti e degli interessi dei figli. La domanda di separazione si propone con un ricorso che obbliga il presidente del tribunale a fissare con un decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi per il tentativo di conciliazione (art.711 c.p.c). I coniugi devono comparire personalmente avanti il presidente del tribunale (art.707 c.p.c.).

Se la conciliazione non riesce il presidente farà verbalizzare le dichiarazioni dei coniugi di volersi separare, unitamente alle condizioni della separazione (art.711,comma 3,c.p.c.). Quindi, il tribunale, in camera di consiglio, valuterà le condizioni della separazione, e, se accerterà che le condizioni proposte dai coniugi sono legittime e conformi all'interesse dei figli, emetterà il decreto di omologazione (art.711,comma 4,c.p.c.). Resta ferma la possibilità per i coniugi di riconciliarsi e far venir meno gli effetti della separazione.

Le numerose norme di carattere processuale rivolte, sia nella separazione, sia nel divorzio, a superare le ragioni del conflitto e a facilitare la cessazione degli effetti della separazione mediante la riconciliazione, mettono in evidenza il favore del legislatore per l'unione coniugale⁴².

Per quanto riguarda la “*separazione giudiziale*”(art.151 cod.civ.), si tratta di un procedimento con il quale anche uno solo dei coniugi, con proprio ricorso, chiede al tribunale competente di pronunciare una sentenza che disciplini i loro rapporti ed i rapporti con i figli (art.706 c.p.c). A tale scopo, l'art. 151 del cod. civ., consente di richiedere al tribunale la separazione, quando la prosecuzione della convivenza è divenuta intollerabile o tale da comportare gravi pregiudizi alla educazione dei figli.

In tali casi, qualora il fallimento del matrimonio sia addebitale ad uno solo dei coniugi, il giudice se l'altro coniuge lo richiede può addebitargli la separazione. L'addebito della separazione assume una portata rilevante per gli effetti patrimoniali ed economici che ne conseguono per il coniuge, a cui è addebitata la separazione. Quest'ultimo non ha diritto all'assegno di mantenimento, ma può solo richiedere gli

⁴² cfr. PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, op.cit., 1046

alimenti. Vengono, inoltre, limitati i diritti successori nei confronti del patrimonio dell'altro coniuge.

La richiesta di separazione giudiziale si propone sempre con ricorso al tribunale competente (art.706 c.p.c.). Essa deve contenere l'esposizione di tutti i fatti su cui si fonda la richiesta di separazione indicando la presenza o meno di figli. La richiesta deve essere, inoltre, corredata dalle dichiarazioni dei redditi almeno degli ultimi tre anni. Il presidente del tribunale chiamato a decidere sul ricorso fissa con decreto: la data di comparizione dei coniugi; e il termine assegnato all'altro coniuge per la costituzione in giudizio. Entrambi i coniugi devono comparire personalmente avanti al presidente, con l'assistenza dei rispettivi difensori(art. 707 c.p.c.), difensori che, invece, possono non esserci nei casi di separazione consensuale.

Ove il coniuge, che ha presentato il ricorso, non si presenti il presidente dichiara estinto il procedimento. Ove, invece, non si presenti il convenuto, il presidente fisserà un'ulteriore udienza, nella quale, ove presenti entrambi i coniugi, il presidente dovrà tentare la conciliazione. Ove la conciliazione riesca, il presidente redige il verbale di conciliazione e la causa si estingue. Nei casi, la maggioranza, in cui la conciliazione non riesce il presidente nomina il giudice istruttore e fisserà la data dell'udienza successiva.

La seconda fase del procedimento di separazione, che avviene davanti al giudice istruttore (art.709-bis c.p.c.), è simile ad un processo ordinario nell'ambito del quale possono essere assunte anche delle prove testimoniali, oltre che documentali. Il giudizio per la separazione si conclude con una sentenza che potrà essere impugnata avanti la corte d'appello.

3.1 - La cessazione delle unioni civili

La legge n. 76/2016, individua due diverse tipologie di scioglimento delle Unioni Civili. La prima tipologia la possiamo definire, di "scioglimento automatico", che ricorre in caso di eventi sopravvenuti che rendono impossibile la prosecuzione

del vincolo familiare, come ad esempio la morte (anche presunta) di una delle parti, oppure nei casi di rettificazione dell'attribuzione del sesso (comma 26).

La seconda tipologia riguarda lo scioglimento su istanza che possiamo così distinguere: lo scioglimento per cause legali: riguarda i casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d), ed e), della legge 1 dicembre 1970, n. 898, ovvero delle fattispecie connesse a pronunce penali, ed anche dei casi di divorzio conseguito all'estero. Risulta applicabile alle Unioni l'art. 3, numero 2) della legge 898/1970, ed in particolare in casi di cui: alle lettere b) "è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale ovvero è stata omologata la separazione consensuale"; f) "il matrimonio non è stato consumato"; g) "è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164" (cfr. commi 26 e 27 della legge n. 76/2016).

A proposito della lettera b) (casi di separazione giudiziale) è stata da più parti rilevato che "si tratta di una scelta innovativa rispetto alla anacronistica disciplina matrimoniale che ancora prevede la necessità della separazione legale, quale presupposto per proporre la domanda di divorzio"⁴³

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, quella dello "scioglimento consensuale", il comma 24 della legge n. 76/2016, prevede espressamente che l'unione si sciogla: "quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tal caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi". In tale casistica, una prima significativa considerazione non può che evidenziare che il divorzio per le Unioni civili può essere invocato anche in mancanza di una delle cause legali cd. tipiche.

Una seconda fondamentale considerazione, riguarda il fatto che la manifestazione di volontà possa essere sia congiunta che unilaterale, e, quindi, ai fini del divorzio basta la dichiarazione resa anche da una sola parte. Una volta resa la

⁴³ cfr. CALVIGLIONI, PALMIERI, PIOLA, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, Maggioli editore 2016 Pag. 90

manifestazione di volontà, congiunta o unilaterale, di fronte all'ufficiale dello stato civile, il quale provvederà a trascriverla nell'apposito registro delle unioni civili, le parti possono proporre domanda di divorzio di fronte rispettivamente: al tribunale ordinario competente per territorio per gli uniti; al sindaco-ufficiale dello stato civile ed agli avvocati.

L'unione civile si scioglie, quindi, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi, dalla data della manifestazione di volontà dello scioglimento dell'unione (art. 1, comma 24 Legge n. 76/2016). Per quanto sopra riportato, sono stati estesi all'unione civile i casi di scioglimento del matrimonio civile, di cui alla legge n.898 del 1 dicembre 1970 ("Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio"), e con le modificazioni apportate dal D.L. n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014 (*"Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*).

La legge n. 76/2016, prevede le seguenti ipotesi di scioglimento dell'unione civile, che richiamano la legge sul divorzio n. 898/1970:

1. per morte o dichiarazione di morte presunta di una delle parti (comma 22);
2. per i casi in cui può essere chiesto il divorzio da uno dei coniugi (comma 23);
3. per volontà del *partner* manifestata davanti all'ufficiale dello stato civile, decorsi tre mesi dalla data in cui tale volontà è manifestata (comma 24);
4. a seguito della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di una delle parti (comma 26).

La domanda per ottenere lo scioglimento dell'unione civile si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune delle parti, o, in mancanza nel luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio. La domanda, che può essere anche congiunta, si propone con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda è fondata.

Viene fissata con decreto la data di comparizione delle parti davanti al presidente. Le parti devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore. All'udienza di comparizione, il presidente tenta di conciliarli sentendo le parti prima separatamente e poi congiuntamente. Se la conciliazione si rivela infruttuosa, il presidente emana, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei e urgenti che valuta opportuni nell'interesse delle parti e dell'eventuale prole. Il presidente, quindi, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione e trattazione della causa. Segue l'inizio del processo che si concluderà con sentenza. Con la sentenza il tribunale dispone, tra l'altro, l'obbligo per una parte di somministrare periodicamente a favore dell'altra un assegno, quando quest'ultimo è privo di mezzi adeguati di sostentamento o comunque non riesce a procurarseli per oggettive difficoltà. Le parti, per le predette finalità, devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e dei beni patrimoniali personali ed in comune.

L'unione civile può essere sciolta anche facendo ricorso alla negoziazione assistita dagli avvocati, ai sensi dell'art. 6 della L. 162/2014, espressamente richiamato dall'articolo 25 della Legge n. 76/2016. La convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte, può essere stipulata tra le parti. In tal caso l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali. Non appare superfluo precisare, che nell'accordo predetto si deve dare atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti. L'avvocato della parte trasmette copia dell'accordo all'ufficiale dello stato civile del comune davanti al quale era stata formulata la dichiarazione di costituzione dell'unione.

Sempre ai sensi dell'art. 25 della legge n. 76/2016, le parti possono concludere un accordo di scioglimento dell'unione civile davanti al sindaco, quale ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è stata dichiarata la costituzione dell'unione civile, iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la

dichiarazione che esse vogliono sciogliere l'unione. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziari. In ultima analisi, il legislatore con la legge n.76/2016, si è sforzato di assimilare al massimo al matrimonio, il nuovo istituto dell'unione civile, anche nel caso di suo scioglimento. Infatti, viene meno il vincolo dell'unione civile, oltre che nei casi di morte e di dichiarazione di morte presunta di una delle parti, anche nei casi previsti dall'art.3 n.1 e n.2 lettere a), c) d) ed e) della legge 1 dicembre 1970, n.898, e successive modifiche ed integrazioni.

3.2 - La cessazione della Convivenza

Per quanto riguarda il contratto di convivenza, questo si risolve in caso di morte di uno dei contraenti. Il convivente superstite o gli eredi del deceduto dovranno notificare l'estratto dell'atto di morte al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, che provvederà a notificare il contratto con tale annotazione all'anagrafe del comune di residenza.

Il contratto di convivenza si risolve anche per recesso unilaterale o in caso di comune accordo tra le parti. In tale caso, il provvedimento richiede il rispetto delle formalità previste per la conclusione del contratto e prevede, se i conviventi avevano scelto la comunione legale dei beni, lo scioglimento della stessa.

La legge rinvia, in quanto compatibili, alle disposizioni del codice civile che regolano la comunione legale nel matrimonio e prevede che, se dal contratto di convivenza derivano diritti reali immobiliari, al trasferimento degli stessi deve provvedere un notaio. "In caso di recesso unilaterale, il notaio o l'avvocato che ricevono devono notificarne una copia all'altro contraente; e se la casa di abitazione è nella disponibilità del recedente, l'atto di recesso dovrà concedere al convivente almeno novanta giorni per lasciare l'abitazione. Il contratto si risolve per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed una terza persona. In questo caso, la parte che ha contratto il matrimonio o l'unione civile deve notificare al convivente di fatto l'estratto di matrimonio o di unione civile; una copia

dovrà essere notificata anche al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza”⁴⁴.

A proposito della cessazione della convivenza, è stato da più parti lamentato che “una delle problematiche che il legislatore sembra aver dimenticato, ma che, alla prova dei fatti, emergerà in tutta la sua complessità, è costituita dalla “crisi” dei conviventi di fatto. È doveroso interrogarsi fin da ora su questo: perché si determini la fine della convivenza di fatto, sarà sufficiente la dichiarazione (anche unilaterale..?), di cessazione del legame affettivo di coppia? Senza limiti ai ripensamenti? Oppure la fine della convivenza di fatto dovrà necessariamente essere sancita dalla fine della convivenza/coabitazione?”⁴⁵ Ed ancora “che effetto produrrebbe la dichiarata cessazione del legame affettivo, quando permane l'elemento oggettivo della convivenza? Sarebbe stato oltremodo necessario che il legislatore si fosse occupato anche di tale aspetto, data la non trascurabile portata che la permanenza o il venir meno della convivenza di fatto determina riguardo ai diritti che scaturiscono da questo nuovo vincolo giuridico.”⁴⁶

In attesa di ulteriori aggiustamenti normativi, o di indicazioni giurisprudenziali ed amministrativi, si può, comunque ritenere: *in primis*, “che la convivenza di fatto cessa automaticamente con il venir meno della convivenza intesa come coabitazione. Questa situazione è accertabile in maniera abbastanza agevole. In tale caso per l'ufficiale di anagrafe si prospetta l'avvio del procedimento di cancellazione o di mutazione anagrafica di una o entrambe le parti, avviate ad istanza della parte interessata, o anche d'ufficio, qualora ne ricorrano i presupposti. Il provvedimento anagrafico di cancellazione o di variazione di indirizzo di uno o di entrambi i componenti la convivenza di fatto, comporterà automaticamente la cessazione della convivenza di fatto”⁴⁷.

⁴⁴ CICCIA MESSINA A., “Convivenze e Unioni civili”, su: Guida giuridica di Italia oggi, n. 11 del 14.5.2016, pag. 7

⁴⁵ CALVIGLIONI R., PALMIERI L., PIOLA T., *La nuova disciplina delle Unioni civili e delle convivenze di fatto*, Maggioli Editore, 2016, 187 ss.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*

Di converso, difficoltà di accertamento si evidenziano per il “legame affettivo” che lega i conviventi. Infatti, “più complesso l'accertamento del venir meno del “legame affettivo” di coppia in quanto elemento soggettivo. Questo se accompagnato anche dal venir meno dell'elemento oggettivo, non crea problemi particolari. Qualora permanga, invece, la coabitazione, ma venga dichiarata la cessazione del legame affettivo, si ritiene ragionevole che debba considerarsi cessata la convivenza di fatto (con modifica delle relazioni di “parentela)”⁴⁸.

Infine, l'art. 1, comma 64, della legge 76/2016, ha introdotto l'art. 30 bis nella legge di diritto internazionale privato, che per il contratto di convivenza, stipulato tra i cittadini di nazionalità (diversa), applica la legge del luogo nel quale la convivenza è prevalentemente localizzata. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano i casi di cittadinanza plurima⁴⁹.

3.3 - Il “Divorzio breve” dopo la legge n. 55/2015

La legge n.55/2015 (Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi), entrata in vigore il 26 maggio 2015, ha apportato importanti modificazioni alla legge sul divorzio n. 898/1970, a quasi 45 anni dalla sua approvazione. La predetta normativa ha ridotto i tempi della separazione, sia giudiziale che consensuale, intervenendo, inoltre, sullo scioglimento della comunione dei beni tra i coniugi.

La modifica dell'art.3 della legge n. 898/1970, ha ridotto notevolmente i tempi della separazione, che invece dei tre anni previsti dalla legge n. 898, sono oggi di un anno per porre fine al matrimonio. La separazione dovrà essere protratta ininterrottamente per un anno e senza sospensioni. Il termine di un anno si riduce ulteriormente a 6 mesi, secondo l'articolo 3, lett. b), n. 2 della legge n. 898/1970,

⁴⁸ CALVIGLIONI R., PALMIERIL, PIOLA T., *La nuova disciplina delle Unioni civili e delle convivenze di fatto*, Maggioli Editore, 2016, 187 ss.

⁴⁹ PERLINGIERI, P. *Manuale di diritto civile*, op.cit. 1058 ess.

come modificato dall'art.1 della legge n. 55/2015, nei casi di separazione consensuale, e ciò avverrà indipendentemente dalla presenza o meno di figli.

Altra modifica rilevante, riguarda lo scioglimento della comunione dei beni tra i coniugi. Lo scioglimento della comunione dei beni tra i coniugi, prima previsto con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, è stato anticipato al momento in cui il presidente del tribunale, all'udienza di comparizione, autorizza la coppia a vivere separata per le separazioni giudiziali, ovvero per le consensuali alla data di sottoscrizione del verbale di separazione omologato (art.2 Legge n.55/2015).

L'ordinanza con la quale i coniugi vengono autorizzati a vivere separati deve essere inviata all'Ufficiale dello Stato civile, il quale provvede all'annotazione dello scioglimento della comunione dei beni sull'atto di matrimonio (art.2, secondo capoverso, L.55/2015). Nei casi i cui i coniugi si separano con la procedura della negoziazione assistita, il termine di 6 mesi decorre dalla data certificata nell'accordo raggiunto a seguito di convenzione assistita da avvocati, oppure dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso davanti all'ufficiale dello stato civile. Le predette regole sono valide anche per le separazioni personali non ancora definite al 26 maggio 2015 (art.3 legge 55/2015).

Trattasi di un intervento legislativo che completa il quadro delle misure previste per accelerare la separazione ed il divorzio, di cui alla legge n. 162 del 19 novembre 2014, che ha previsto di superare il procedimento davanti al tribunale, mediante la negoziazione assistita da avvocati e gli accordi di separazione e divorzio realizzate davanti all'ufficiale dello stato civile. Non può, inoltre, sfuggire che con tale innovazione normativa si riduce il tempo per una eventuale riconciliazione tra le parti. E', infine, opportuno rilevare che la legge n.55/2015, che ha modificato il periodo di separazione necessario, riducendolo nei casi di separazione consensuale a soli 6 mesi, non ha modificato l'art.89 del cod. civ. (divieto temporaneo di nuove nozze),né nella parte relativa al divieto (comma 1,prima parte), né nella seconda parte, dove è prevista l'eccezione per la quale l'impedimento non sussiste (comma 1,seconda parte), né il comma 2, che prevede l'intervento del giudice. *La ratio* della

legge n.55/2015, secondo un'interpretazione letterale evolutiva, sembrerebbe, quindi, quella di consentire alla donna divorziata con precedente separazione, di contrarre nuove nozze, senza dover rispettare il termine dei 300 giorni o attendere l'autorizzazione del tribunale a norma dell'art.89, comma 2, codice civile.

3.4 - La separazione ed il divorzio dopo la legge n. 162/2014

Con il decreto legge n. 132/2014, convertito nella legge 162/2014, sono state introdotte importanti modifiche alla normativa in materia di separazione e divorzio.⁵⁰

In particolare, sono state introdotte due procedure nuove ed alternative rispetto ai procedimenti di separazione e divorzio, di cui agli articoli 706 e seguenti del codice di procedura civile, ed all'art. 4 della legge n. 898 del 1970. Le predette norme prevedono che le domande di separazione e di divorzio, sia consensuali che contenziose, si propongono direttamente avanti al tribunale territorialmente competente.

Il decreto legge n. 132/2014, convertito dalla legge n. 162/2014, ha introdotto due importanti istituti:⁵¹

- a) La negoziazione assistita da uno o più avvocati, per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, di cui all'art. 6 della legge 162;
- b) Un procedimento di separazione consensuale, di richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio, avanti l'ufficiale dello stato civile, nella persona del Sindaco o suo delegato, ai sensi dell'art. 12 della medesima legge.

Si tratta di istituti pensati per ridurre il numero di procedimenti civili, attribuendo a soggetti diversi dai magistrati, la funzione che finora è stata espletata

⁵⁰ MILIZIA G., "La riforma del divorzio e della separazione dei coniugi ex L.162/2014", in Diritto .it

⁵¹ Legge 6 maggio 2015 "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi", in G.U. n. 107 del 11.05.2015

dai giudici in esclusiva (cd. strategia di “degiurisdizionalizzazione”). La riforma di che trattasi, infatti, valorizza il ruolo dell’avvocatura, attribuendo agli accordi stipulati in sede di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte, la stessa valenza dei corrispondenti provvedimenti giudiziari. D’altra parte, anche davanti al sindaco, quale ufficiale dello stato civile, è prevista la facoltà di avvalersi di avvocati di parte.

3.5- La negoziazione assistita dagli Avvocati

Quello della “negoziazione assistita”, in particolare, è un istituto giuridico nuovo, introdotto nel nostro ordinamento con il D.L. n. 132/2014, ed è finalizzato alla risoluzione alternativa delle controversie, tra le quali quelle in materia di rapporti familiari. Come già ricordato nei paragrafi precedenti, trattasi di uno strumento voluto dal legislatore per deflazionare i procedimenti giudiziari, ovvero finalizzato a “degiurisdizionalizzare” le controversie civilistiche, tra cui quelle in materia di separazione e di divorzio e di scioglimento dell’unione civile a norma dell’art.1, comma 25, legge n.76/2016.

Con riferimento alla sua concreta applicazione, “*il procedimento di negoziazione assistita da avvocati ha inizio con la sottoscrizione di una convenzione e con l’invito alla negoziazione assistita. L’invito dovrà indicare l’oggetto della controversia e la possibilità di accedere alla negoziazione. Quando l’avvocato riceve l’incarico dal cliente ha l’obbligo deontologico di avvisarlo della possibilità di avvalersi della negoziazione assistita. La convenzione che dovrà essere sottoscritta da entrambe le parti, è un accordo in virtù del quale i coniugi decidono di cooperare in buona fede e con lealtà, è redatta in forma scritta e deve contenere la previsione di un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a tre mesi, prorogabile dalle parti per ulteriori trenta giorni, per il raggiungimento dell’accordo. Compito dell’avvocato sarà, poi quello di certificare l’autenticità delle firme apposte sulla convenzione e il rispetto dei termini per il raggiungimento dell’accordo. Dopo la redazione della convenzione, si dovrà procedere alla stesura dell’accordo di separazione o di*

*divorzio, o di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, e nell'accordo bisognerà prevedere tutte le condizioni riguardanti la prole, il mantenimento della prole, il mantenimento del coniuge, l'assegnazione della casa coniugale. L'accordo dovrà, quindi, essere inviato al procuratore della repubblica*⁵².

Con l'istituto della “*negoziazione assistita*” i coniugi hanno la possibilità di rivolgersi al negoziatore (l'avvocato), per ottenere un provvedimento di separazione personale, di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o divorzio evitando i tempi lunghi della giustizia civile (art.6,comma1).

Sulla correttezza dell'accordo raggiunto in sede di negoziazione vigila il procuratore presso il tribunale competente, cui viene trasmesso l'accordo per il prescritto nulla osta. In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto, a seguito di convezione di negoziazione assistita, deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della repubblica presso il tribunale competente, il quale quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della repubblica lo trasmette entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo (art. 6, comma 2, L. 162). L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono nei casi di cui al comma 1 (di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni), i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio . Nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno

⁵² MARCHESETTI R., “*Separazione e divorzio breve*”, le Leggi illustrate Editrice, 2015, pag. 9

informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori(art.6,comma 3)

3.6 - La separazione e il divorzio davanti al Sindaco - Ufficiale di stato civile

L'articolo 12 della legge n. 162/2014, prevede un'ulteriore possibilità per i coniugi: rivolgersi all'ufficiale dello stato civile del Comune ove è stato celebrato il matrimonio o di un Comune diverso, nei casi in cui vi è accordo tra le parti sulle condizioni di separazione, sulle condizioni di divorzio e sulle condizioni di modifica delle condizioni di divorzio e di separazione. Il procedimento, di cui all'art. 12 predetto, prevede nei soli casi di separazione e di divorzio, che l'ufficiale dello stato civile quando riceve l'accordo invita i coniugi a comparire avanti a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione, per la conferma dell'accordo. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo. In tale nuova procedura risulta facoltativa l'assistenza dell'avvocato, e non è previsto l'intervento del procuratore della repubblica, diversamente dalla negoziazione assistita, dove garantisce la regolarità dell'accordo e la sua conformità alle norme imperative.

I coniugi non potranno far ricorso all'ufficiale dello stato civile nei seguenti casi:

- a) in presenza di figli minori;
- b) in presenza di figli maggiori di età incapaci;
- c) in presenza di figli maggiori di età portatori di *handicap*;
- d) in presenza di figli maggiori di età, economicamente non autosufficienti;
- e) in presenza di un patto di trasferimento patrimoniale che non riguarda l'assegno di mantenimento il quale non costituisce un trasferimento patrimoniale.

A proposito dell'esclusione dei casi che prevedono trasferimenti patrimoniali, risulta utile richiamare la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato del 26 ottobre

2016⁵³, che ha stabilito che sono possibili avanti l'ufficiale dello stato civile accordi economici di qualunque tipo, purché non attuino quel "*trasferimento patrimoniale*" (soprattutto di immobili), che l'art. 12 del D.L. n. 132/2014, espressamente vieta all'ufficiale dello stato civile, in tal guisa in contrasto con la scarna giurisprudenza del TAR Lazio di luglio 2016, con la quale venivano sottratti ai Comuni tutti i casi di separazione e di divorzio che prevedessero contemporanei patti di trasferimento patrimoniali. Ne derivava che chi avesse voluto separarsi o divorziare prevedendo assegni di mantenimento avrebbe dovuto rivolgersi alla mediazione assistita, ad un avvocato o al tribunale.

In estrema sintesi, "è quindi possibile separarsi e divorziare in Comune con accordi sull'affidamento di un animale domestico o su beni mobili non registrati (gioielli, quadri, arredi) o concordando le modalità d'uso di una casa in villeggiatura rimasta in comproprietà. Inoltre, tornano possibili accordi sulla corresponsione di assegni periodici di mantenimento o divorzili, in quanto attribuzioni patrimoniali mobiliari (in danaro). Restano preclusi, in Comune, gli accordi (ex articolo 5, comma 8, legge 898/19709 sulla corresponsione in unica soluzione dei medesimi assegni, perché tale liquidazione non è più modificabile e definisce irreversibilmente gli interessi: di qui la necessità di una mediazione assistita o di un giudizio. Inoltre, divorzi e separazioni in Comune non possono prevedere trasferimenti immobiliari (passaggi di proprietà), accordi di particolare rilevanza socio-economica che esigono valutazioni di equilibrio tra le parti ottenibili solo con forme più rigide: mediazione assistita e presenza di legali"⁵⁴.

Una notazione a parte va riservata all'esame dell'art. 12, 1° comma, del D.L. n. 132/2014, convertito in legge n. 162/2014, il quale prevede che i coniugi possano concludere un accordo di separazione personale, ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica ecc., dinnanzi al Sindaco quale Ufficiale dello stato civile, con l'assistenza facoltativa di un avvocato.

⁵³ Consiglio di Stato, sentenza n. 4478 del 26 ottobre 2016.

⁵⁴ SAPORITO G., *Accordi in Comune possibili anche sul mantenimento*, su Il Sole 24 Ore - Norme e tributi, del 28 ottobre 2016.

L'assistenza di un avvocato, sebbene facoltativa, per le fattispecie di cui all'art. 12, necessita di considerazione. Il supporto di un legale (soprattutto se matrimonialista) non può che essere utile per evitare, in particolare, che le dichiarazioni e gli accordi tra le parti contengano dati e clausole non conformi all'art. 12 della L. 162/2014, non esatti o addirittura falsi. Non è remoto, infatti, il rischio ad esempio che i coniugi pur di addivenire al divorzio non oneroso ed in tempi rapidi avanti all'ufficiale di stato civile, dichiarino con eccessiva disinvoltura la condizione di *indipendenza economica* dei figli o altre condizioni richieste per la procedura avanti al sindaco, in violazione della normativa di riferimento e dello stesso codice penale.

3.7 - L'istituto della dichiarazione di nullità del matrimonio canonico.

Secondo D'Avack, la costruzione del sistema matrimoniale canonico “è caratterizzato da un triplice distinto apporto: l'apporto anzitutto originario della patristica, che ne gettò le basi morali; quello successivo della scolastica, che ne determinò i fondamenti teologici; e quello infine concorrente dei decretisti e decretalisti, che ne precisò l'essenza e il valore giuridico”⁵⁵.

In particolare, nel pensiero dei padri della Chiesa si coglie una sorta di sfavore nei confronti del matrimonio, in quanto loro tendevano ad esaltare ed a favorire lo stato di verginità e di continenza⁵⁶.

D'altra parte, tutti i Padri respingevano la condanna del matrimonio propugnata da dottrine rigoriste ereticali, rivendicando la legittimità dell'istituto e la piena liceità morale dell'assunzione di tale stato. Ne derivava che la patristica giustificava eticamente il matrimonio, come mezzo per la propagazione del genere umano e per evitare i pericoli dell'incontinenza. Su tali basi si sviluppò la dottrina di S. Agostino

⁵⁵ D'AVACK, *Corso di diritto canonico, il Matrimonio*, Milano 1961, 17 e segg.

⁵⁶ GEROLAMO, *Adeversus Jovinianum*, I, 16, P.L. XXIII, col. 235

e dei tre Bona del matrimonio: *bonum prolis, bonum fidei e bonum sacramenti* “i quali fanno sì che l’atto sessuale venga a costituire al tempo stesso un concubitus utilis, perché diretto allo scopo naturale della generatio prolis, un concubitus singularis, perché compiuto solo con il proprio coniuge, ed infine un concubitus inseparabilis perché effettuato sempre con esso soltanto”⁵⁷.

Il sistema matrimoniale canonico sulle cause di nullità è fondato, più che sulle formule codificate nel codice di diritto canonico, con riferimento all’essenza del matrimonio ed alla sua esclusione, sulla dottrina agostiniana dei *tria bona* che costituiscono l’essenza del matrimonio e la cui esclusione dà luogo ad altrettante cause di nullità. Ne consegue che la loro esclusione, con atto positivo di volontà, rappresenta causa di nullità del matrimonio, poiché non è possibile porre in essere il matrimonio se si ha la precisa volontà di escludere anche uno solo dei tre *bona matrimoni*⁵⁸.

Vediamo adesso le ipotesi nelle quali, o per la mancanza di alcuno dei requisiti voluti dalla legge, o perché furono apposte al consenso condizioni vietate da questa o condizioni lecite non verificate, il matrimonio sia invalido o nullo. È necessario, in questa sede distinguere la dichiarazione di nullità del matrimonio dalla sentenza di divorzio. A tal fine, occorre qualche precisazione relativa ai rapporti tra la giurisdizione civile e quella ecclesiastica. E, parimenti, qualche considerazione sul principio della prevenzione.

Secondo questo principio si rileva rispettivamente che:

- se non è ancora stata pronunciata la nullità del matrimonio concordatario da parte della giurisdizione ecclesiastica, anche se il procedimento è stato iniziato, allora i coniugi singolarmente o insieme possono chiedere il divorzio;
- se viene attivato il procedimento civile di annullamento, non si può chiedere la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio;

⁵⁷ DAVACK, *il Matrimonio* cit., 21

⁵⁸ D’AVACK, *il Matrimonio* cit., 21

- se è già stata pronunciata la sentenza di divorzio da parte della giurisdizione civile, ciascuno o entrambi i coniugi possono chiedere la dichiarazione di nullità del loro matrimonio da parte del Tribunale Ecclesiastico.

Per chiedere, in particolare, la nullità del matrimonio concordatario, il coniuge che vuole ottenere la pronuncia di nullità deve rivolgersi al tribunale ecclesiastico territorialmente competente⁵⁹.

Le cause di nullità del matrimonio concordatario sono tassativamente previste dal *Codex Iuris Canonici*, e risultano riconducibili alle seguenti fattispecie:

- non consumazione del matrimonio;
- impotenza;
- incapacità per insufficiente uso della ragione;
- incapacità per difetto di discrezione di giudizio, ovvero l'ignoranza dei diritti e dei doveri reciproci, che costituiscono il contenuto essenziale del matrimonio;
- ignoranza, errore, dolo, simulazione, condizione, timore e violazione della forma secondo il codice canonico;
- esclusione della volontà di procreare;
- esclusione dell'indissolubilità del vincolo.

Il tribunale ecclesiastico da adire, può essere quello del luogo in cui i coniugi hanno contratto matrimonio, quello in cui hanno il domicilio uno o entrambi i coniugi, quello in cui sarà possibile raccogliere la maggior parte delle prove necessarie nel corso del giudizio.

Prima della riforma di Papa Francesco del 2015, entrata in vigore l'8 dicembre 2015, per ottenere la nullità del matrimonio religioso era necessario una pronuncia dal tribunale ecclesiastico territorialmente competente, e che la stessa pronuncia di nullità venisse confermata o da un altro tribunale ecclesiastico regionale, o dal

⁵⁹ BERTOLA A., *IL Matrimonio religioso nel Diritto Canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, UTET, Torino 1966, pagg. 180-188.

Tribunale della Sacra Rota Romana. Qualora le prime due decisioni erano difformi si rendeva necessaria un'ulteriore pronuncia da parte della Sacra Rota, ed, infine, si dava esecutività alla sentenza che dichiarava la nullità del matrimonio .

L'organizzazione della giurisdizione ecclesiastica appena delineata, valeva per tutta la Chiesa in genere. Per l'Italia a seguito dell'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929, che riconosceva effetti civili al matrimonio canonico e alle pronunce di nullità emerse dai tribunali ecclesiastici, si ritenne di distribuire diversamente l'organizzazione dei tribunali di primo e secondo grado, destinata a conoscere di tali controversie. Tali modifiche vennero apportate con due testi fondamentali. Il primo, fu il *Motu proprio "Qua cura"* dell'8 dicembre 1938, col quale Pio XI disponeva che ogni regione conciliare d'Italia avesse un tribunale unico, deputato a giudicare le cause di nullità matrimoniale di tutte le diocesi della regione. La competenza per il giudizio di appello delle pronunce di ciascun tribunale regionale veniva devoluta ad un altro tribunale regionale designato stabilmente⁶⁰.

Successivamente, con il rescritto della segreteria di Stato 16 ottobre 1954, venne apportata un'altra e più importante modifica: si stabilì che, come regola, le decisioni dei tribunali regionali di primo grado dovessero essere impugnate sempre presso il relativo tribunale regionale di appello, vietandosi il ricorso diretto alla S. Rota⁶¹.

A proposito delle principali caratteristiche del processo matrimoniale, particolare importanza ha sempre avuto l'intervento di un organo apposito, deputato alla difesa del vincolo matrimoniale c.d. "*defensor vinculi*". Esso viene nominato dal vescovo stabilmente o designato per singole cause. Il difensore del vincolo deve presenziare all'interrogatorio delle parti ed all'esame dei testi e dei periti; presentare al giudice le interrogazioni da muovere alle parti ed ai testi; presentare osservazioni contro la nullità del matrimonio e prove a favore della validità o della consumazione, esprimendo tutte le deduzioni utili per la difesa del matrimonio.

⁶⁰ BERTOLA A., *Il Matrimonio religioso nel Diritto Canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, UTET, Torino 1966, pagg. 180-188.

⁶¹ *Ibidem*

Secondo Pio XII, *“al difensore del vincolo spetta di sostenere l’esistenza ovvero la continuazione del vincolo coniugale, non però in modo assoluto, ma subordinatamente al fine del processo che è la ricerca e il risultato della verità oggettiva...”*.

Nell’interesse stesso della verità e per la dignità del suo ufficio, si deve dunque riconoscere in massima parte al difensore del vincolo, ove il caso lo richieda, il diritto di dichiarare che: *“dopo un diligente, accurato e coscienzioso esame degli atti, non ha rinvenuto alcuna ragionevole obiezione da muovere contro la domanda dell’attore o del supplicante... Né si obietti che il difensore del vincolo deve scrivere le sue animadversiones non pro rei veritate ma pro validate matrimonii. Se con ciò si vuole intendere che egli ha per parte sua da mettere in rilievo tutto quel che parla in favore e non quel che è contro l’esistenza o la continuazione del vincolo, l’osservazione è ben giusta. Se invece si volesse affermare che il difensore del vincolo nella sua azione non è tenuto a servire anch’egli, come ad ultimo scopo, all’accertamento della verità oggettiva, ma deve incondizionatamente e indipendentemente dalle prove e dai risultati del processo sostenere la tesi obbligata della esistenza o della necessaria continuazione del vincolo, questa asserzione sarebbe da ritenersi come falsa”* (All. 2 ottobre 1944, A.A.S., XXXVI, 281 e segg.).

Diversa da quella del difensore del vincolo, è la funzione del *promotore di giustizia*. Questi interviene al processo quando egli stesso è l’accusatore della nullità, o come tutelatore della legge processuale, quando a tal fine il suo intervento sia ordinato dal vescovo o dal collegio ex officio, o a istanza dello stesso promotore o del difensore del vincolo o delle parti.

A proposito delle parti nel giudizio matrimoniale, la problematica principale che si presenta nei loro riguardi è quello relativo alla legittimazione ad agire, ossia al diritto di impugnare in giudizio la validità del matrimonio. Secondo Bertola *“vale in genere il principio che i coniugi soli ed il promotore di giustizia possono agire in*

*nullità o, come è detto in linguaggio canonistico, accusare il matrimonio; a tutti però è consentito di denunciare la nullità all'ordinario o al promotore di giustizia*⁶².

La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco, entrata in vigore l'8 dicembre 2015, contenuta nel Motu Proprio "*Mitis Iudex Dominus Jesus*", ha innovato sensibilmente l'ordinamento canonico, con particolare riguardo alla verifica della validità del matrimonio, alla procedura di introduzione della causa, alla raccolta delle prove, ed ai processi ordinario, breve e documentale.

Una delle principali novità della riforma dei processi di nullità del matrimonio canonico del 2015, è, senza dubbio, costituita dall'introduzione del "processo più breve" dinanzi al vescovo, così come prevedono i "criteri III e IV", enunciati nel proemio del Motu Proprio "*Mitis Iudex Dominus Jesus*". A tal proposito, il riformato can. 1683, affida al vescovo il giudizio circa la validità del matrimonio, nella forma del "processo più breve". Una forma che si instaura a condizione che la domanda dei coniugi sia promossa congiuntamente dall'inizio, o da uno solo, ma con il consenso dell'altro, e che sussistano le circostanze evidenti di fatti e di persone, che rendano palese o manifesta la nullità del vincolo e tale, quindi, da non richiedere un'istruttoria più accurata come prevista nel "processo ordinario".

L'evidenza della nullità e l'immediata disponibilità delle prove può essere dedotta non solo dal libello e dalla documentazione allo stesso allegata, ma anche da quanto la parte convenuta ha indicato, sia nella domanda congiunta e sia dopo ricevuto il libello introduttivo di causa. L'avvio del processo più breve dinanzi al vescovo, comporta che le circostanze, di cui al can. 1683.2°, devono essere suffragate da testimonianze e documenti da cui emerga con immediatezza la prova dell'eventuale nullità.

In particolare, il *Motu Proprio M.I.D.I.*, tiene conto che non sempre il libello è preparato *ab initio*, per il "processo breve" dinanzi al vescovo.

⁶² A. BERTOLA, *Il Matrimonio religioso nel Diritto Canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, UTET, Torino 1966, pag. 188

Ne deriva, che “se è stato presentato il libello per introdurre un processo ordinario, ma il Vicario giudiziale ritiene che la causa possa essere trattata con il processo più breve, egli, nel notificare il libello a norma del canone §1, inviti la parte che non lo abbia sottoscritto, a comunicare al Tribunale se intenda associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo. Egli, ogni qualvolta sia necessario invita la parte o le parti che hanno sottoscritto il libello ad integrarlo al più presto a norma del can. 1684.”⁶³

Il Vicario giudiziale, infatti, può valutare se si possa introdurre un processo più breve dinanzi al Vescovo, quando il libello non è stato formulato in tal senso, ma sussistono le condizioni per procedere con forma abbreviata. Secondo il canone 1685, spetta al Vicario giudiziale emettere il decreto di contestazione della lite, determinando la “formula del dubbio”. Nel medesimo decreto nomina l’istruttore e l’assessore, e cita per la sessione unica da celebrarsi, ai sensi del canone 1686 entro trenta giorni, le parti, i loro patroni, il difensore del vincolo e, se necessario il promotore di giustizia, e i promotori già indicati nel libello introduttivo di causa.

È tipico del processo più breve che l’istruttoria si risolva in una sola udienza, anche se il canone 1686, non ne fa un obbligo assoluto. Ricevuti ed esaminati gli atti, se il vescovo raggiunge la certezza morale sulla non validità del vincolo matrimoniale di cui è causa, emana la sentenza definitiva. Se, invece, dagli atti non è possibile raggiungere la certezza morale necessaria il vescovo deve rimettere la causa al processo ordinario.

Se il vescovo, quindi, non raggiunge la certezza morale, secondo il can. 1687, non può emettere una sentenza negativa, ma deve consentire alle parti di accedere ad un accertamento della verità che riguarda la validità o meno del loro matrimonio secondo il “processo ordinario”

⁶³ PAPA FRANCESCO, Motu proprio di “*Mitis Iudex Dominus Iesus*”, su “*Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*” Centro editoriale dehoniano, Città del Vaticano 2016, pag. 26.

3.8 - I processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio dopo la riforma del 2015

La più importante novità che la riforma del processo matrimoniale di Papa Francesco, ha introdotto nell'ordinamento di diritto canonico è costituita dalla abolizione dell'obbligo della doppia pronuncia conforme. Dall'anno 1742 al 7 dicembre 2015, le nuove nozze dopo il processo di nullità matrimoniale potevano avvenire solo dopo che i tribunali ecclesiastici avevano emesso due decisioni affermative.

Dopo quasi tre secoli, questo sistema è stato abolito dalla recente riforma del 2015. È evidente che questa abolizione ha effetti favorevoli rispettivamente:

- sulla durata delle cause di nullità: evitare di dover ottenere due decisioni comporta un risparmio di tempo, di denaro, di fatica (materiale e psicologica);
- sulla disponibilità di ministri del tribunale, che sono meno impegnati nei tribunali di appello⁶⁴.

Procediamo adesso ad una sommaria ricognizione dei nuovi processi secondo le nuove Regole introdotte da Papa Francesco. Le cause di scioglimento si possono presentare con il “libello” nel processo ordinario e documentale, o con la presentazione della domanda e del libello nel processo breve o brevioro. Il Giudice prima di accettare la causa, accerta che il matrimonio sia irrimediabilmente fallito e sia impossibile ristabilire la convivenza matrimoniale (cfr.can. 1675).

Il vicario giudiziale del tribunale diocesano ricevuto il “libello”, ove ne verifichi qualche fondamento, lo ammette e con decreto apposto in calce allo stesso libello, dispone che una copia venga notificato al *difensore del vincolo* ed alla parte convenuta, ove non sottoscritta da entrambe le parti, assegnando il termine di quindici giorni per esprimersi a riguardo. Se la parte convenuta si oppone al libello o dallo stesso non si ricavano le circostanze previste dal can. 1683 n. 2, il vicario

⁶⁴ A cura di ZANETTI E. ed altri, *La Riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco*, Ancora Editrice, Milano 2016, pag. 208

giudiziale, con proprio decreto, determina la formula del dubbio e stabilisce che la causa sia trattata con il “processo ordinario”. Nel “processo ordinario” la causa può essere introdotta dai coniugi, e dal promotore di giustizia quando la nullità è divulgata (cfr.can. 1674, art. 9). Nel “processo breve” la causa viene introdotta rispettivamente: da una delle parti, o da entrambe le parti o da una parte con il consenso dell'altra.

La causa si introduce con il libello, che deve essere redatto secondo il can.1504 (esprimere avanti a quale giudice la causa viene introdotta, che cosa si chiede, a da chi). Se non si compiono i due requisiti del processo brevior (domanda dei coniugi promossa congiuntamente, e che ricorrano circostanze particolarmente significative di fatti e di persone che rendono manifesta la nullità), il vicario giudiziale con proprio decreto determina la formula del dubbio e stabilisce che la causa sia trattata con il processo ordinario (cfr. can. 1676 §1-5, art.11§1-2). Se si applica il processo ordinario, il vicario giudiziale designa anche il collegio giudicante o il giudice unico (cd. Chierico) (cfr. can. 1676§3, can. 1673§4).

Se si applica il processo brevior, il vicario diocesano del tribunale vicinior o interdiocesano invia il libello al vicario giudiziale del tribunale diocesano competente, il quale decide l'applicazione del processo brevior e determina la formula del dubbio (cfr. can. 1676 §1-2 art. 17). Non è superfluo ricordare che la riforma del 2015, non ha modificato i diritti del difensore del vincolo, del promotore di giustizia, e degli avvocati (cfr. can. 1677). Non risultano cambiamenti circa i termini ed i modi per interporre appello e querela di nullità nel processo ordinario (cfr. can. 1680). Nel processo ordinario, se l'appello è ammesso, si procede come in prima istanza (cfr. can. 1680 §3).

Davanti ad una sentenza di appello divenuta esecutiva, è possibile proporre nuovamente la causa davanti al tribunale di terzo grado, a norma del can. 1644 (cfr. can. 1681 e can. 1644). Divenuta esecutiva la sentenza le parti possono contrarre nuove nozze, salvo che un divieto lo impedisca (cfr. can. 1682 §1).

Nel processo brevioro davanti al vescovo, il libello oltre ad esporre i fatti su cui si fonda la richiesta del processo, deve indicare le prove che il giudice dovrà raccogliere speditamente e allegare la documentazione (cfr. can. 1504, can. 1684 art. 15). Il vicario giudiziale con decreto determina la formula del dubbio, nomina l'istruttore e l'assessore e cita le parti ed il difensore del vincolo per la sessione di raccolta delle prove (cfr. can. 1676 §4, can. 1685 artt. 16 e 17).

Nel processo brevioro il vescovo emette la sentenza, dopo aver valutato le osservazioni del difensore del vincolo e le difese delle parti e raggiunto la certezza morale sulla nullità del matrimonio di che trattasi. In caso contrario rimette la causa alla trattazione nel processo ordinario (cfr. can. 1687§2, art. 20 §§1-2). Il testo integrale della sentenza emessa dal vescovo deve essere notificato alle parti nel tempo più breve possibile (cfr. can.1687 §2, art.20 §§1-2). La sentenza del vescovo si può appellare al metropolitano, e la sentenza del metropolitano si appella al suffraganeo più anziano, salvo il diritto di appello alla Rota romana.

Una terza forma di processo per la dichiarazione di nullità del matrimonio prevista dalla riforma, è quello "documentale". Il "processo documentale" è possibile solo nel caso di impedimento dirimente, di difetto di forma o di mancanza di mandato valido per il procuratore (cfr. can. 1688).

Il processo documentale presuppone non solo che ci sia un matrimonio celebrato secondo il rito canonico, ma soprattutto l'esistenza di un documento inoppugnabile, cioè di un documento contro il quale non può essere mossa alcuna obiezione. Dal documento in questione deve risultare con certezza: o l'esistenza di un impedimento dirimente prima del matrimonio e senza dispensa (can. 1073); o il difetto della forma legittima nella celebrazione del matrimonio senza dispensa (can. 1108); o la mancanza del mandato valido per il procuratore (can. 1105).

La procedura del processo documentale si caratterizza per la sua semplicità in quanto omette i passaggi del processo ordinario. La parte interessata presenta il libello al vicario giudiziale, a norma del can. 1502, specificando su quale documento

si fondi la sua richiesta, in base al can. 1504, 2° . Una volta accettato il libello viene emesso il decreto di citazione e la notifica alle parti, a norma del can. 1508.

Il vicario giudiziale, o un giudice da lui designato, esamina il libello e lo ammette o lo respinge con decreto a norma del can. 1505 §1. L'art. 21 delle regole procedurali stabilisce che "Il Vescovo diocesano e il Vicario giudiziale competenti si determinano a norma del can. 1672". Si limitano a citare le parti ed il difensore del vincolo. Il processo si svolge in una unica udienza, secondo la procedura del processo contenzioso orale. In esso interviene d'ufficio il difensore del vincolo. Nello stesso viene esibito il documento in questione. Vengono sentite le parti ed il difensore del vincolo circa l'inoppugnabilità e l'ineccepibilità del documento esibito. Il giudice, quindi, emana la sentenza di dichiarazione di nullità del matrimonio, motivandola debitamente *in iure et in facto*, a norma del can. 1613, 3°. Avverso la sentenza, il difensore del vincolo o le parti possono proporre appello (cfr. can. 1689 §§1-2).

A seguito della presentazione dell'appello, il vicario giudiziale che ha emesso la sentenza, invia d'ufficio al tribunale di seconda istanza gli atti della causa e del processo, con segnalazione scritta che si è trattato di processo documentale. Con l'appello il giudice di seconda istanza, conferma la sentenza o la rinvia all'esame ordinario in prima istanza (cfr. can. 1690). Decorso quindici giorni utili, a norma del can. 1630, senza la presentazione dell'appello, la sentenza che dichiara la nullità del matrimonio nel processo documentale diviene esecutiva.⁶⁵

3.9 - Le sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni

L'art. 8.2 dell'Accordo 18 febbraio 1985, disciplina in particolare il riconoscimento delle sentenze di nullità dei matrimoni canonici.

⁶⁵ I canoni richiamati, sono del "Codex Iuris Canonici". Di GIOVANNI PAOLO II 1983 e successive modifiche ed integrazioni.

A tal proposito, nell'ordinamento canonico è vigente il principio secondo il quale, data la natura sacramentale del matrimonio canonico, solo il giudice ecclesiastico ha giurisdizione su tale vincolo e può dichiararne la nullità (can. 1055, 1059. 1401 n. 1, 1671 C.I.C.). Con il venir meno del principio della riserva della giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici, disposto con l'Accordo del 1985 (art. 8.2 ed art. 8.3), è venuto meno il riconoscimento civile della riserva di giurisdizione. Rispetto al precedente Concordato del 1929, si tratta di un mutamento fondamentale di indirizzo. Inoltre, se nell'ordinamento dello Stato italiano non è più prevista la riserva di giurisdizione a favore del giudice ecclesiastico, occorre per converso, accertare quale sia la competenza del giudice civile.

Secondo la dottrina (Finocchiaro) *“il giudice dello Stato non potrebbe avere difficoltà ad applicare il diritto canonico, posto che le parti dovrebbero darne la prova . Ma se una delle parti si rivolge al giudice dello Stato è perché, esercitando il diritto di libertà religiosa, vuole sottrarre il suo matrimonio all'applicazione delle norme confessionali e all'esame del giudice ecclesiastico. L'intento delle parti nello stipulare il nuovo Accordo – occorre ricordare è stato quello di venire incontro alle esigenze di coloro che non hanno il dono della fede. Così, la libertà di scelta in materia matrimoniale, tra regime canonico e regime civilistico, è garantita sia nel momento della formazione del rapporto coniugale, sia nel momento della contestazione della sua validità. Né la giurisdizione ecclesiastica è ineluttabile in dipendenza della scelta fatta all'epoca della celebrazione del matrimonio, perché la tutela della libertà religiosa importa anche la necessità di garantire alle parti il diritto di cambiare il proprio orientamento. Peraltro, in tal caso, il giudice dello Stato è chiamato a giudicare non della validità del matrimonio canonico, ma della validità dell'atto di scelta, tra matrimonio civile e matrimonio canonico con effetti civili, che precede la celebrazione matrimoniale”*⁶⁶.

Il procedimento volto a riconoscere la sentenza ecclesiastica di nullità agli effetti civili, è detto *“procedimento di delibazione”* e si svolge avanti alla corte

⁶⁶ FINOCCHIARO F., *Diritto Ecclesiastico*, editrice Zanichelli, Bologna 1991, pag. 280 e segg.

d'appello competente per territorio. Una volta avvenuta la delibazione, cessano con efficacia dalla celebrazione gli effetti civili del matrimonio, facendo salvi gli effetti che riguardano le provviste economiche del coniuge ignaro della causa di nullità.

Il procedimento di delibazione previsto dall'articolo 8.2 dell'accordo ha luogo "su domanda delle parti o di una di esse", la volontà delle parti o della parte interessata è rilevante per far venir meno, in senso retroattivo, la validità del matrimonio .

In base all'articolo 796 del codice di procedura civile, la domanda deve essere proposta con atto di citazione. Il presupposto processuale della domanda è che la sentenza ecclesiastica di nullità sia esecutiva.

Ai fini della delibazione, la corte d'appello è chiamata ad accertare:

- l'esistenza e l'autenticità dei provvedimenti ecclesiastici sulla nullità del matrimonio e del decreto della Segnatura Apostolica, attestante l'esecutorietà della sentenza;
- che il matrimonio dichiarato nullo era un matrimonio canonico trascritto a norma dell'art. 8.1 dell'Accordo;
- che il giudice ecclesiastico era competente a conoscere la causa;
- che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme da quanto previsto dall'Ordinamento italiano.

Un ambito di casi rilevanti da prendere in considerazione, riguarda il n. 7 dell'art. 797 del codice di procedura civile, ovvero l'accertamento che la sentenza ecclesiastica "non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano".

Sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale n. 18/1982 e dell'art. 8.2, lett. c, dell'Accordo del 1985, si può rilevare che: "le uniche ipotesi in cui una sentenza ecclesiastica può essere in contrasto con l'ordine pubblico italiano sembrano quelle in cui la nullità è dipendente da motivi tipicamente confessionali, in contrasto con i principi d'ordine pubblico derivante dall'inviolabile diritto di libertà

religiosa, quali la disparitas cultus (can. 1086 § 1 C.I.C.) l'ordine sacro (can. 1087) e il voto pubblico perpetuo di castità (can. 1088)".⁶⁷

In armonia con tale principio, l'Accordo di revisione del Concordato del 18 febbraio 1984, sembra aver determinato la fine della "riserva di giurisdizione ecclesiastica", in materia di cause di nullità del matrimonio canonico con effetti civili. A tal fine, l'art.8,n.2 dell'Accordo stabilisce che le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte d'Appello competente. Per il giudizio di delibazione, quindi, è necessario ottenere prima l'*exequatur*, cioè un decreto di esecutività, da parte del supremo tribunale della Segnatura Apostolica, che svolge una sorta di controllo sui precedenti gradi di giudizio. L'istanza viene inviata direttamente alla parte insieme al decreto di ratifica. Una volta depositata la domanda con la documentazione allegata (atto di matrimonio canonico autenticato dal parroco, copia della sentenza del giudice ecclesiastico, estratto per riassunto di matrimonio concordatario rilasciato dal comune del luogo della celebrazione, copia versamento della tassa amministrativa), l'interessato o l'interessata deve solo aspettare che arrivi l'*exequatur*.

Ottenuto l'*exequatur*, si può chiedere la delibazione alla corte di appello. La domanda può essere presentata da un solo coniuge nei confronti dell'altro, o da entrambi i coniugi (cd. domanda congiunta). Anche in questo caso, come per la separazione ed il divorzio, la presentazione congiunta della domanda comporta tempi molto più rapidi e meno spese. Infatti, nel caso della domanda congiunta i coniugi firmano un ricorso e si segue il più rapido rito camerale, mentre nell'altro caso il giudizio di delibazione si deve introdurre con citazione da notificare all'altro coniuge e segue il più lento rito ordinario.

La corte d'appello territorialmente competente per la delibazione è quella del distretto, in cui è situato il comune dove il matrimonio concordatario è stato trascritto.

⁶⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 18/1982 del 22.01.1982, in G.U. n. 40 del 10.02.1982

3.10 - Le problematiche della filiazione dopo la fine della vita familiare

L'articolo 155 del codice civile, richiama il principio fondamentale della Convenzione di New York, sul diritto del minore a mantenere i rapporti con entrambi i genitori e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, a seguito della separazione e del divorzio che pongono fine alla comunità familiare. In particolare, il 1° comma dell'art. 155 cod.civ., prevede che: *“il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”*.

Il giudice, nell'adottare i provvedimenti che riguardano la prole (separazione giudiziale), dovrà avere riguardo anzitutto all'interesse morale e materiale della stessa (155-2°). Se i coniugi hanno raggiunto un'intesa sull'esercizio della responsabilità genitoriale il giudice dovrà prenderne atto (155-2° e 3°). La responsabilità genitoriale, dunque, spetta ad entrambi i coniugi, in caso di separazione sia giudiziale sia contestuale salvo diverso accordo dei genitori⁶⁸. *“La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice”* (155-3° comma).

E solo *“limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente”* (155-3° comma). Per quanto riguarda i provvedimenti di carattere patrimoniale, l'ordinamento riconosce: *“il diritto al mantenimento del figlio, all'obbligo dei*

⁶⁸ cfr. PERLINGIERI P. PROSPERI F. CHIAPPETTA G. Manuale Diritto Civile, edizione scientifiche italiane Napoli 2017 pag. 878

genitori di concorrere proporzionalmente al proprio reddito sì da consentirgli di godere di un tenore di vita eguale a quello goduto in costanza di matrimonio”.

Il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio;
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori,
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (155-4° comma, cod. civ.).

A seguito del trauma della separazione dei coniugi, l'interesse principale dei minori è quello di subire il minore impatto negativo possibile della separazione dei genitori. All'interesse del minore a mantenere un rapporto con entrambi i genitori, previsto dall'art. 155, 1° comma, del codice civile, segue un altro interesse, quello di mantenere i rapporti con gli ascendenti (i nonni) e i parenti di ciascun coniuge. In tal guisa si intende promuovere la bigenitorialità e di ridurre la conflittualità nella ex coppia, ponendo al centro l'interesse della prole.

Prima della legge sull'affidamento condiviso (legge 8 febbraio 2006, n. 54), il giudice stabiliva tempi e modalità di visita tra i figli e il genitore non affidatario, ora il giudice deve *“determinare i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”*. Si tratta di stabilire quale sarà il genitore *“collocatario”*, ossia il genitore con cui debba convivere in maniera prevalente il figlio. La scelta del genitore collocatario, è alquanto delicata, dovendo il giudice individuarlo in quel genitore che meglio dell'altro, è in grado di garantire al figlio un rapporto equilibrato anche con il genitore non convivente. La normativa prevede inoltre che il giudice prenda atto degli accordi intervenuti tra i genitori, se non contrastano con l'interesse della prole. Sempre il giudice, potrà adottare ogni altro provvedimento nell'interesse della prole, compreso l'affidamento familiare a una famiglia diversa da quella d'origine, oppure in una *“casa famiglia”*, ove non sia possibile affidarlo ad uno dei genitori.

Il novellato art. 337-ter del codice civile (provvedimenti riguardo ai figli) così stabilisce: *”Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”*. Non è superfluo, infine, rilevare che anche l'entrata in vigore del d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154 (recante “Revisione delle disposizioni in materia di filiazione (..)”, che ha portato a compimento la riforma della filiazione, introdotta dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219 (recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”), ha favorito l'impatto provocato sull'ordinamento civile italiano, dalla legge n. 76/2016, con riguardo alla condizione dei figli.

Infatti, la disciplina codicistica in materia di filiazione, oggetto della recente profonda recente rivisitazione, di cui alla legge n. 219/2012 ed al d.lgs n. 154/2013, incentrata sul riconoscimento pieno dello “status unico di figlio”, sia se nato in costanza di matrimonio, sia se nato al di fuori di esso, postula per i genitori una eguale responsabilità nei confronti della filiazione anche se generata fuori del matrimonio.⁶⁹ A tal proposito, la nuova legislazione sulla filiazione sopracitata, “segna una svolta nella “costruzione” dei rapporti familiari, svincolando la parentela dal matrimonio, che nell'assetto ricevuto da una tradizione plurisecolare era invece presupposto ineludibile di una relazione giuridica di parentela.(..) Oggi, al contrario, esiste un'entità familiare fondata su uno status *filiationis* unitario e su relazioni di parentela dei genitori, il figlio ed i gruppi parentali di ciascuno dei genitori, con la differenza che, nel caso di filiazione fuori del matrimonio, difetta proprio quello che tradizionalmente costituisce l'architrave della struttura familiare, ossia un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori. Il che sicuramente introduce un elemento di crisi rispetto all'idea, che ancora permeava l'impianto della riforma del 1975, della sussistenza di una “doppia figura genitoriale”, come contesto proprio della procreazione e ci pone innanzi una realtà non sovrapponibile al modello di famiglia tracciato dagli artt. 29 e 30 della Costituzione, accentuando il processo di

⁶⁹ cfr. PERLINGIERI-PROSPERI-CHIAPPETTA op.cit. 1062

pluralizzazione dei modelli familiari, che pare indirizzarsi verso un regime di “atipicità” da molte parti segnalato e sintetizzato nell'evocativa formula di arcipelago familiare”⁷⁰.

3.11 - Le crisi familiari - Indicazioni statistiche e Sociali

Negli ultimi anni nei Paesi occidentali ed anche in Italia si è registrato il progressivo aumento della instabilità matrimoniale. Si tratta di un fenomeno sempre più diffuso nel nostro Paese. In Italia nel 2010, le separazioni sono state 88.191 e i divorzi 54.160. Le separazioni concesse sono 14,6 ogni diecimila abitanti nel 2010; nel 2000 erano 12,6. I divorzi, invece, ammontano a 9,0 ogni diecimila abitanti (erano 6,6 nel 2000)⁷¹.

I dati Istat del 2013 e del 2014, mettono in luce una fase di “*assestamento*” del fenomeno. Nel 2014 le separazioni sono state 89.303 ed i divorzi 52.335, le prime in leggero aumento ed i secondi in lieve calo rispetto all'anno precedente (rispettivamente +0,5% e -0,6%)⁷². In Italia in media ci si separa dopo 16 anni di matrimonio, ma i matrimoni più recenti durano sempre meno.⁷³ L'età media per la separazione è di 47 anni per i mariti e di 44 anni per le mogli; in caso di divorzio raggiunge rispettivamente 48 e 45 anni. Il 76,2% delle separazioni ed il 65,4% dei divorzi hanno riguardato coppie con figli. Nell'89,4% delle separazioni di coppie con figli, i genitori hanno scelto l'affido condiviso⁷⁴.

Tanto per le separazioni quanto per i divorzi, l'incidenza più contenuta si osserva nelle regioni del Mezzogiorno (rispettivamente 12,6 e 5,7 ogni diecimila abitanti); una quota particolarmente esigua si rileva in Calabria dove si sono

⁷⁰ cfr. CASONE V. L., *La pluralità dei modelli familiari*, op.cit., 198.

⁷¹ ISTAT, “*Noi Italia 100 statistiche per capire il paese in cui viviamo*”, 2013, pag. 52

⁷² ISTAT, *Ibidem*, . pag. 52.

⁷³ ISTAT, *Statistiche Matrimoni, separazioni e divorzi*, 12.11.2015.

⁷⁴ ISTAT, *Ibidem*.

verificate 9,0 separazioni ogni diecimila abitanti (3,8 i divorzi) e in Basilicata dove le separazioni sono state 10, 6 ed i divorzi 3,9⁷⁵.

Ciò premesso, le diverse riforme che hanno finora caratterizzato l'universo familiare: matrimoni, separazioni, divorzi, famiglie e convivenze ricostituite ed allargate pongono alle istituzioni nuove e/o più complesse domande di assistenza e di sostegno ai diversi soggetti coinvolti (coniugi, uniti, conviventi, figli e parenti). Sempre più spesso, inoltre, all'interno delle famiglie o delle diverse convivenze di tipo familiare, si determinano situazioni di conflitto, di disagio, di rischio o di pericolo per i singoli componenti (soprattutto coniuge o convivente più debole e figli). Spesso all'interno della famiglia uno dei componenti tiene una condotta fisicamente e/o psicologicamente violenta, a danno di un familiare (coniuge, convivente, *partner* dello stesso sesso, figlio, genitore ecc.). In molti casi, soprattutto quando i servizi socio-sanitari non riescono a fronteggiare le variegate problematiche familiari, occorre invocare le tutele previste dal codice civile e, se necessario, anche del codice penale (come nei casi di *stalking* ex art. 612-bis del codice penale).

Si tratta delle tutele previste dagli articoli 342-bis e 343-ter del cod. civile. In base a tali norme, il giudice può emettere specifici "ordini di protezione contro gli abusi familiari". In altri termini, è possibile ottenere un provvedimento urgente, in caso di episodi gravi e ripetuti, che impone al familiare violento di cessare subito la sua condotta, di andare via dalla casa familiare, e se opportuno e necessario, di non avvicinarsi ai luoghi di solito frequentati dalla vittima. L'ordine di protezione può essere chiesto da chi ha subito danni fisici o morali, dal genitore, se la vittima è minorenne, o dall'amministratore di sostegno nei casi di vittime incapaci, ove autorizzato dal giudice tutelare. Si tratta di problematiche variegate, che necessitano di un'efficace rete di protezione da parte dei servizi della pubblica sicurezza, e socio-sanitari territoriali.

Infatti, "*nelle fasi patologiche dei rapporti, cioè quando le coppie si sciolgono (...), vi sono soprattutto conseguenze economiche che ineriscono ai doveri di*

⁷⁵ ISTAT, "Noitalia 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo", 2013, pag. 52

assistenza del partner più debole, o ai conflitti nella gestione dei rapporti con i figli. Ciò postula l'attivazione di appropriati servizi di mediazione familiare, anche attraverso l'affiancamento di figure professionali ad integrazione e supporto di quelle tradizionali. Si allude, in particolare, ai c.d. mediatori familiari, l'attività dei quali mira ad una gestione non litigiosa dei problemi, conseguenti alla fine della comunione di vita tra i coniugi. La mediazione familiare, pur non potendo certo sostituire la fase giudiziale della crisi coniugale, tende a valorizzare gli interessi coinvolti nel conflitto – in particolare quelli dei figli minori – che lo strumento giudiziale, per il carattere di competitività che gli è proprio, non è sempre in grado di proteggere in maniera adeguata”⁷⁶.

Tra le principali finalità della mediazione familiare si evidenzia quella di abilitare i genitori a modalità di dialogo, per quanto possibile serene, con le quali affrontare al meglio le decisioni che riguardano la coppia e soprattutto i figli.

Si tratta di un percorso che si affianca al procedimento di separazione o di divorzio, o anche al distacco tra i conviventi, che può aiutare legali e giudici a trovare le soluzioni più idonee tra le opposte istanze dei genitori in conflitto.

Parimenti, vanno sempre più assumendo un'importanza particolare per l'assistenza alle famiglie e, soprattutto, alle parti più deboli e esposte di queste, i servizi dei consultori familiari, nei paesi occidentali ed anche in Italia.

Se, infatti, prendiamo in considerazione la tipologia prevalente delle prestazioni erogate dai consultori familiari pubblici, in quanto servizi socio-sanitari rivolti al singolo, alla coppia e alla famiglia, è possibile verificare che in tali ambiti vengono affrontati (o dovrebbero essere affrontati) in modo unitario ed integrato problematiche e difficoltà che riguardano la vita affettiva, sessuale, relazionale, la procreazione responsabile, la maternità e la paternità, la genitorialità, la prevenzione ed il trattamento dei disturbi dell'apparato genitale –femminile. A tali problematiche si aggiungono quelle relative ad aspetti e situazioni di vita particolarmente conflittuali e multiproblematiche: dell'adolescenza, della genitorialità,

⁷⁶ PERLINGIERI P., “*Manuale di diritto civile*”, Edizioni scientifiche italiane, 2007, pag. 881

dell'affidamento, dell'adozione, ed in particolar modo della separazione e del divorzio.

D'altra parte, si avverte sempre più l'esigenza del ruolo cruciale rappresentato dalla consulenza e assistenza legale da parte degli avvocati civilisti o matrimonialisti, che le recenti innovazioni normative hanno sostanzialmente valorizzato. Invero, va ricordato che la legge n. 405/1975, istitutiva dei consultori familiari, non prevedeva la figura specifica del consulente legale. E, però, l'esigenza inderogabile di assicurare la consulenza legale gratuita in ordine al diritto familiare, ha indotto, in larga parte, le regioni, con provvedimenti normativi e/o atti amministrativi, a prevedere anche tali figure, o almeno a far sì che le Aziende sanitarie assicurino la disponibilità di legali o consulenti legali per il diritto familiare, nell'ambito dei servizi dei consultori familiari (vedasi per tutte la L.R. n. 49/1993 art. 8, della Regione Friuli Venezia Giulia).

Negli stessi consultori familiari di ispirazione cristiana, è ormai consolidato da tempo il servizio di mediazione familiare e di assistenza legale. A tal proposito, secondo Andrea Bettetini *“i consultori familiari sono stati istituiti per il sostegno educativo, psicologico, sanitario e giuridico alla famiglia”*⁷⁷.

Si può, quindi, concludere ricordando che tra i molti servizi prestati alla persona dai consultori familiari, sia pubblici che privati, vi sia quello della *“mediazione familiare”*, e dell'assistenza legale per le diverse problematiche che possono insorgere in ambito familiare, al fine di orientare le persone e le coppie ad assumere le decisioni più consone al loro cammino di crescita umana e, soprattutto, al bene dei figli.

⁷⁷ BETTETINI A., *“La Consulenza giuridica”*, sulla Rivista semestrale *“Consultori Familiari Oggi”*, n. 1/2012

Cap. IV - L'economia ed i regimi patrimoniali dei modelli familiari

L'assolvimento della funzione familiare, sia se collegata al matrimonio che alle altre forme familiari, richiede l'impiego di mezzi economici. Pertanto, il legislatore ha sottoposto le relazioni familiari (personali e patrimoniali) a regole generali comuni, facendo perno sul dovere dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia, ciascuno secondo le proprie sostanze e la propria capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 143, 3° comma, cod. civ.). Entrambi i componenti di una famiglia, coniugi o parti di un'unione civile, devono partecipare alla vita domestica, mettendo a disposizione le loro risorse reddituali e patrimoniali, che possono essere anche costituite dal lavoro casalingo, che a partire dalla riforma, di cui alla legge n. 151/1975, ha eguale dignità rispetto a quello fuori casa e retribuito.

Il regime patrimoniale della famiglia riguarda essenzialmente il regime degli acquisti compiuti durante il matrimonio o durante l'unione della coppia. Per regime patrimoniale si intende: “l'insieme delle regole e dei principi previsti dal legislatore per regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi.(..) La riforma del diritto di famiglia del 1975, con l'obiettivo di equiparare la posizione giuridica dei coniugi, ha introdotto, quale regime legale dei rapporti patrimoniali (applicabile, cioè, in mancanza di un'apposita convenzione matrimoniale), a differenza di quanto accadeva in passato in cui vigeva la separazione dei beni, il regime della comunione, volto a determinare la condivisione, da parte dei coniugi, dei risparmi e dei beni conseguiti in costanza di matrimonio”⁷⁸. La legge n. 76/2016 ha previsto che anche alle unioni civili si applichino, quasi integralmente, le norme del codice civile sul regime patrimoniale della famiglia, sia per la costituzione che per il suo funzionamento.

Principio fondante del regime legale della comunione è quello di solidarietà familiare e coniugale. Tale principio è stato espressamente richiamato dal comma 1, dell'art. 1 della legge n. 76/2016, che a proposito delle unioni civili, così recita: “Con

⁷⁸ cfr. CALVIGLIONI, PALMIERI, PIOLA, op. cit., 81 ss

la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni”.

Sulla base delle predette disposizioni derivano le seguenti indicazioni:

- a) in mancanza di diverso accordo tra le parti, il regime legale della unione civile è la comunione dei beni. La stessa disciplina in materia stabilita per il matrimonio dall'art. 159 cod.civ., si applica anche per le unioni civili;
- b) le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile;
- c) le parti dell'unione civili solo attraverso le convenzioni matrimoniali tipiche, previste dal codice civile per il matrimonio, possono scegliere un regime patrimoniale diverso rispetto a quello legale della comunione (art. 162, art. 163, art. 164 e art. 166 del codice civile);
- d) è stata estesa in modo esplicito dalla legge n. 76/2016, l'applicazione delle disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV ,V e VI del capo I, del titolo VI del libro primo del codice civile. Ne deriva, che i regimi convenzionali alternativi alla comunione sono rispettivamente: la separazione dei beni; il fondo patrimoniale e la comunione convenzionale⁷⁹.

Ciò premesso, va ricordato che le parti di un rapporto familiare, sono chiamati a decidere insieme, non solo quale regime patrimoniale adottare per la gestione dei beni, ma anche il contributo economico che ciascuno di loro darà in proporzione ai rispettivi redditi e patrimoni. Risulta, inoltre, utile rilevare che i coniugi possono sempre modificare il regime patrimoniale della comunione legale e realizzarne altri, in relazione alle loro necessità. Ciò può avvenire attraverso il regime della “*comunione convenzionale*”, prevista e disciplinata dall’articolo 210 del codice civile. Nella comunione convenzionale gli sposi, per esempio, possono inserire i beni personali di un coniuge, già allo stesso appartenenti prima del matrimonio, o anche

⁷⁹ cfr. CALVIGLIONI, PALMIERI, PIOLA op.cit. 82 ss.

quelli acquistati successivamente, ma con il prezzo del trasferimento di un bene personale.

Un istituto molto importante per la famiglia è costituito dal “*Fondo patrimoniale*”. Questo istituto previsto dall’art. 147 del codice civile, consente a entrambi o ad uno solo dei coniugi (o anche ad un estraneo al nucleo familiare) di destinare alcuni beni (immobili, mobili registrati e titoli di credito) per far fronte ai bisogni della famiglia. Il Fondo patrimoniale integra il regime patrimoniale adottato dai coniugi (comunione, separazione dei beni, o comunione convenzionale). La titolarità dei beni del fondo può spettare ad entrambi i coniugi o ad uno solo di essi o ad un terzo (è il caso del congiunto, nonno, nonna o altri, che hanno costituito il fondo e se ne riservano la proprietà. Il fondo patrimoniale viene meno a seguito della morte di uno dei coniugi, dell’annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma solo in assenza di figli minori. Ove presenti, invece, figli minori lo scioglimento del fondo potrà avvenire solo al compimento della loro maggiore età. Trattasi di uno strumento rivelatosi nella realtà molto utile, perché finalizzato a porre al riparo di pretese creditorie estranee ai bisogni della famiglia, i beni della stessa.

Tra i beni che rivestono una particolare importanza, rileviamo la gestione delle aziende (commerciali, turistiche, artigianali, industriali ecc.) appartenenti ai coniugi, A tal proposito, va ricordato che “la gestione comune dell’azienda costituisce esercizio collettivo dell’impresa e, pertanto, occorre coordinare la disciplina prevista per l’amministrazione e la responsabilità patrimoniale della comunione legale con le norme e i principi fissati dal diritto societario”⁸⁰. Va, inoltre, in questo ambito considerato l’istituto dell’Impresa familiare, disciplinato dal codice, agli artt. 230-bi e 230-ter del c. c. Trattasi di un istituto che ha avuto largo successo e che necessita di essere correttamente evidenziata.

Secondo la dottrina, “È impresa familiare l’impresa nella quale collaborano (anche attraverso il lavoro di famiglia) il coniuge, i parenti entro il terzo grado (fino

⁸⁰ PERLINGIERI P., op cit, 1025 ss.

ai nipoti) e gli affini entro il secondo grado (fino ai cognati) dell'imprenditore: cosiddetta famiglia nucleare”⁸¹. Trattasi di istituto che va tenuto distinto dalla piccola impresa, anche se è frequente che la piccola impresa sia anche impresa familiare. Infatti, “può aversi piccola impresa che non sia impresa familiare, perchè l'imprenditore non ha familiari o non si avvale della loro collaborazione. Viceversa, anche l'impresa non piccola può essere impresa familiare”⁸². L'istituto riconosce i seguenti diritti patrimoniali:

- a) il diritto al mantenimento, secondo le condizioni patrimoniali della famiglia;
- b) il diritto di partecipazione agli utili dell'impresa, in proporzione alla quantità del lavoro prestato nell'impresa o nella famiglia;
- c) il diritto sui beni acquistati con gli utili e sugli incrementi di valore dell'azienda, sempre in proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato;
- d) il diritto alla prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda stessa.

Sul piano gestionale, è previsto che “le decisioni in merito alla gestione straordinaria dell'impresa e talune altre decisioni di particolare rilievo (impiego degli utili e degli incrementi, fissazione degli indirizzi produttivi, cessazione dell'impresa) sono adottate a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa”⁸³.

Relativamente agli aspetti patrimoniali, “il dovere di contribuzione quale regime patrimoniale inderogabile è elemento costitutivo della convivenza(..). È previsto, inoltre, il diritto di partecipazione all'impresa familiare (art. 230-ter codice civile) ed, in caso di cessazione della convivenza, il diritto agli alimenti per il convivente in stato di bisogno. Altri aspetti patrimoniali possono essere oggetto di stipulazione nel contratto di convivenza”⁸⁴.

⁸¹ cfr. CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale -Diritto dell'impresa*, Utet Giuridica, 2010.

71

⁸² *Ibidem* .

⁸³ CAMPOBASSO, op.cit. Pag. 73

⁸⁴ PERLINGIERI, op.cit. 1033

Ed infine, un ulteriore istituto che può risultare utile per gli interessi economici della famiglia tradizionale e delle unioni civili e convivenze, introdotto nell'ordinamento nazionale nel 1989 ad opera della legge 9 ottobre 1989 n. 364, è costituito dal “*trust*” familiare. Trattasi di una figura giuridica molto versatile in grado di soddisfare anche le esigenze familiari. La struttura essenziale del trust vede la presenza di tre soggetti: il disponente, *il trustee*, il beneficiario o i beneficiari.

Nel *trust* familiare il disponente (cioè il proprietario dei beni) conferisce qualsiasi bene mobile, immobile, mobile registrato, quote societarie, partecipazioni ecc., affinché un altro soggetto (detto trustee) gestisca tutti i beni nell'interesse del beneficiario. Nell'atto di costituzione, il disponente oltre ad indicare il beneficiario, indica anche gli scopi che il *trust* intende perseguire. Il *trust* familiare è istituito principalmente per finalità donatorie e successorie. “Il disponente con l'istituzione del trust mira, generalmente a segregare e proteggere il proprio patrimonio e a gestire il passaggio generazionale in linea con le aspettative e le attitudini dei discendenti. I beneficiari del trust (sia del fondo che del reddito) sono, nella maggior parte dei casi il coniuge ed i discendenti del disponente”⁸⁵. Il trust “è uno strumento molto flessibile e può essere disposto in esso, praticamente qualsiasi bene”. In particolare, “la gestione delle partecipazioni (societarie) attraverso un trust presenta profili di sicuro interesse in quanto il disponente pur spossessandosi dei beni, mantiene il pieno potere gestionale degli stessi.”⁸⁶. Con il *trust*, si realizza la netta separazione tra il patrimonio del disponente e quello dell'effettivo beneficiario. Si tratta, quindi, di un istituto, il “*trust*”, che può risultare utile, soprattutto, nei casi di patrimoni familiari consistenti, atteso che la sua creazione e gestione comporta oneri anche rilevanti.

⁸⁵ VIAL E., POZZI V., “*Guida al Trust - Aspetti fiscali ed applicazioni pratiche*”, Speciale Guida Principi contabili del Il Sole 24 Ore, n. 4 Ottobre 2016, pag. 12-13.

⁸⁶ IBIDEM.

Considerazioni finali

I profondi cambiamenti sociali, economici, culturali, religiosi e dei costumi registratesi dal dopoguerra in poi nella società italiana, e, soprattutto, i rilevanti mutamenti della legislazione e della giurisprudenza civilistica che hanno caratterizzato dagli anni '70, gli istituti direttamente collegati alla formazione ed alla crisi dei rapporti familiari, continuano, a ragione, a rappresentare un ambito di rilevante interesse tra gli operatori e studiosi del diritto civile, del diritto pubblico delle religioni e delle scienze sociali.

Non a caso, alla famiglia sono state dedicate specifiche disposizioni costituzionali (artt. 29-31), la legge che ha introdotto il divorzio (L. 898/1970), la legge che ha disciplinato l'adozione e l'affidamento dei minori (Legge n. 184/1983), la legge di esecuzione dell'Accordo tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica di revisione del Concordato del 1929 (Legge n. 121/1985), la legislazione di riforma della filiazione (legge n. 219/2012 ed il Decreto legislativo di attuazione n. 154/2013).

In questo ambito, il ruolo dello Stato è quello di garantire il rispetto della vita familiare, e dall'esterno lo svolgimento dei compiti familiari (art. 31 cost.), potendosi giustificare l'intervento diretto all'interno del rapporto familiare soltanto per assicurare la formazione, la cura della prole e delle persone (30 cost.)⁸⁷. Una prospettiva questa, che ha subito uno significativo ampliamento con l'emanazione della nuova legislazione in tema di rapporti di coppia, di cui alla legge n. 76/2016, e che consente di delineare almeno tre situazioni familiari meritevoli di tutela giuridica.

La prima, rimane il “matrimonio”, di cui si è ampiamente detto nel I° capitolo, e che ha come presupposto fondamentale la eterosessualità, ovvero la diversità di sesso delle persone che compongono la coppia.

⁸⁷ PERLINGIERI-PROSPERI-CHIAPPETTA, *Manuale di diritto civile*, op.cit., pag. 987.

La seconda, è quella introdotta dalla legge n. 76/2016, “l’Unione civile” tra persone di sesso identico. Si tratta di una “formazione sociale” che svolge la funzione del matrimonio per le coppie omosessuali. Tale istituto sotto il profilo giuridico è stato costruito in modo prevalente attraverso continui rimandi alle norme del codice civile che riguardano il matrimonio. Il legislatore ha voluto con le unioni civili prevedere un *quid* diverso dal matrimonio, di cui la struttura fondante è l’identico sesso tra i membri della coppia. Con i decreti legislativi n. 5, 6, e 7 del 19 gennaio 2017, in particolare, si è proceduto, tra l’altro, ad integrare la normativa vigente in materia di stato civile. Con tali disposizioni, la legislazione vigente relativa ai due diversi istituti (matrimonio e unione civile), è stata molto assimilata. All’unito civilmente, infatti, si applicano in toto tutti i diritti e le garanzie che sono previste per il coniuge, sia di carattere civile, penale e previdenziale.

La terza, riguarda la “convivenza di fatto”, ampiamente trattata unitamente alle unioni civili nel II° capitolo, registrata o non registrata all’anagrafe, che può riguardare sia persone dello stesso sesso che di sesso diverso. La legge così la definisce, per distinguerla dal matrimonio e dalle unioni civili tra persone dello stesso sesso, a cui il legislatore, a seguito di non poche discussioni ha deciso di attribuire e riconoscere molti degli effetti giuridici, fino al 2016 (4 giugno) riconosciuti al solo matrimonio. La condizione per la sua esistenza giuridica è la sua ufficializzazione da parte dei diretti interessati, che si realizza con la dichiarazione all’anagrafe del Comune di residenza. Lo scopo perseguito dal legislatore in ultima analisi, è stato quello di colmare la situazione di vuoto normativo, che fino alla riforma del 2016, aveva fatto registrare sporadici interventi legislativi e numerosi interventi della magistratura chiamata a pronunciarsi su singoli casi concreti, il tutto al di fuori da una visione unitaria e/o organica del fenomeno di che trattasi

Una parte rilevante del presente lavoro, ha riguardato l’ambito della crisi delle famiglie, fino alla loro dissoluzione, con particolare riguardo all’esame degli istituti del divorzio, della dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario a cura dell’autorità ecclesiastica, e della cessazione della unione civile e della convivenza di fatto (capitolo III).

In sede di considerazioni finali una notazione appare opportuna operare, con riferimento alla recente sentenza 11504/2018 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pubblicata l'11 luglio 2018, relativa all'assegno di divorzio. Con la suddetta pronuncia, è stata data una lettura meno restrittiva della sentenza n. 11507 del 10 maggio 2017 della Corte di Cassazione (nota come “Verdetto Grilli”). Secondo la sentenza n. 11504/2018, le sezioni Unite hanno stabilito che (l'assegno di divorzio) “non serve a ricostruire il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ma a riconoscere il ruolo del coniuge debole e il contributo fornito alla situazione economica nel momento in cui cessano gli effetti civili del matrimonio. Il giudice deve accertare subito l'eventuale squilibrio creato dal divorzio, tenendo presente che lo scioglimento del vincolo deteriora le condizioni di vita del coniuge meno abbiente”⁸⁸.

Il principio riportato nella pronuncia n.18287/2018, che pone al centro della questione, il contributo che l'ex coniuge ha portato alla vita familiare, sarà quindi il fulcro delle prossime decisioni che la Corte dovrà prendere nell'ambito di cause di divorzio, tuttora pendenti.⁸⁹ In ultima analisi, se il coniuge richiedente l'assegno, dimostra di aver contribuito alla crescita sociale ed economica dell'altro coniuge, il giudice dovrà riconoscere un assegno che dovrà tener conto delle scelte fatte insieme dai coniugi, della durata del matrimonio e del reale vissuto delle coppie.

Di particolare interesse è da ritenersi l'ambito dei regimi patrimoniali dei diversi modelli familiari, oggetto di trattazione al capitolo IV°. Attraverso questi, il legislatore ha sottoposto le relazioni familiari (personali e patrimoniali) a regole generali comuni, facendo perno sul dovere dei coniugi a concorrere ai bisogni della famiglia. La legge n. 76/2016 ha esteso anche alle unioni civili, quasi integralmente, le norme del codice civile sul regime patrimoniale della famiglia e del principio fondante del regime legale della comunione, che è quello della solidarietà familiare e coniugale. Sono stati, inoltre, illustrati gli istituti del “Fondo patrimoniale”,

⁸⁸ FERRARA D., “*Divorzio conta il ruolo dell'ex*”, articolo “Italia Oggi -Diritto” del 12.7.2018

⁸⁹ CERISANO F., “*Ma il tenore di vita va definitivamente in soffitta*”, articolo su “Italia Oggi”, del 12 luglio 2018

“dell'impresa familiare” e del “trust familiare”, che costituiscono strumenti importanti ed attuali per la vita e l'economia familiare.

Alla fine di questo lungo percorso di analisi dei diversi modelli familiari, dal matrimonio alle convivenze di fatto, e delle loro vicende evolutive, non è superfluo precisare che la continua riforma degli istituti familiari avvenuta, soprattutto, negli ultimi anni, in larga parte determinata dai rapidi mutamenti sociali e culturali che hanno caratterizzato gli ultimi decenni e che continuano a segnare il tempo presente, sempre più globalizzato, ad opera del legislatore nazionale e comunitario e dalla stessa giurisprudenza nazionale e comunitaria, rendono il presente contributo senza dubbio incompleto.

Si tratta, di un lavoro *in fieri* che proprio a motivo della complessità e rilevanza degli ambiti e delle problematiche prese in esame, ed afferenti al luogo fondante della vita comunitaria, la famiglia nel suo significato più ampio, si presta molto ad ulteriori e più ampi approfondimenti come è giusto che sia.

Bibliografia essenziale

- ANGELINI Francesca, *“La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni: nell’inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà”*, in Giur. Cost: 2, 2012;
- BARTOLINI F., ALIBRANDI L., CORSO Piermaria, *“QUATTRO CODICI”*, Edizioni La Tribuna, Piacenza, 2017;
- BERLINGÒ Salvatore, TIGANO Marta, *“Lezioni di diritto canonico”*, Giappichelli Editore, Torino 2008;
- BERTOLA Arnaldo, *“Il matrimonio religioso nel Diritto canonico e nell’ordinamento concordatario italiano”*, UTET, Torino 1966;
- BETTETINI Andra, *“La consulenza giuridica”*, articolo su la Rivista semestrale *“Consultori familiari Oggi”*, n. 1/2012, Milano 2012;
- CAMPOBASSO Gianfranco, *“Diritto commerciale-Diritto dell’Impresa”*, 6° Sezione, UTET, Assago 2010;
- CALVIGIONI Renzo, PALMIERI Liliana, PIOLA Tiziana, *“La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze”*, Maggioli Editore, 2016;
- CASONE Vincenzo Luciano, *“Dalla famiglia di fatto alla coppia di fatto”*, Editore Cacucci, Bari 2015;
- CASONE Vincenzo Luciano, *“La pluralità dei modelli familiari: le nuove famiglie nell’ordinamento italiano”*, Saggio su *“Jornal of Roman Law, Legal History and Comparative Law”*, n.6, 2017. Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2017;
- CERISANO Francesco, *“Ma il tenore di vita va definitivamente in soffitta”*, Articolo su *“Italia Oggi”* del 12 luglio 2018;

- CERISANO Francesco e MIGLIORINI Beatrice, *"Unioni civili con registri a sé"*, "articolo su Italia Oggi" del 5 ottobre 2016;
- CICCIA MESSINA Antonio, *"Convivenze ed Unioni civili"*, su Guida Giuridica di "Italia Oggi" n. 11 del 14 maggio 2016;
- COLAIANNI Nicola, *"La lotta per la laicità, Stato e Chiesa nell'età dei diritti"*, Cacucci Editore, Bari, 2017;
- CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *"Decreto generale sul matrimonio canonico"* del 5 novembre 1990;
- D'AVACK, *"Corso di diritto canonico", Il Matrimonio*, Editore Giuffrè, Milano 1961;
- FERRARA Dario, *"Divorzio conta il ruolo dell'ex"*, "articolo su Italia Oggi"-Rubrica Diritto del 12 luglio 2018;
- FINOCCHIARO Francesco, *"Diritto Ecclesiastico"*, Zanichelli Editore, Bologna 1986;
- FINOCCHIARO Francesco, *"Diritto Ecclesiastico"*, Zanichelli Editore, Bologna 1991.
- GISMONDI Pietro, *"Il diritto della Chiesa dopo il Concilio"*, Giuffrè Editore, Milano 1973.
- GEROLAMO, *Adeversus Jovinianum*, I, 16, P.L. XXIII;
- ISTAT, Noitalia – *"100 statistiche per capire il Paese in cui siamo"*, 2013;
- ISTAT, *Statistiche Matrimoni, separazioni e divorzi*, 12.11.2015;
- JOHNSTON e altri c. Irlanda, sentenza del 18 dicembre 1986, serie A, n. 112, 25;

- MARTINES Temistocle, *“Diritto costituzionale”*, XI edizione, Giuffrè Editore, Milano 2005;
- METE Eugenio, TRIA Paola e CIRIOLI Daniela, *“Unioni civili e coppie di fatto”*, Editrice Sprea spa, n. 19/2016, Cernusco, 2016;
- MILIZIA Giulia, *“La riforma del divorzio e della separazione dei coniugi ex L. 162/2014, articolo "in diritto.it"”*;
- PAPA FRANCESCO, *Motu proprio “Mitis Iudex Jesus”*, su *“Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio”*, Centro Editoriale Dehoniano, Città del vaticano, 2016;
- PERLINGIERI Pietro, *“Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti”*, Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 2006;
- PERLINGIERI Pietro, *Manuale di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane. Napoli, 2017;
- PIO XII, *“Allocuzione alla Rota Romana del 2 ottobre 1945”*, in AAS 36 (1944);
- Redazione Quaderni di diritto Ecclesiale *“codice di diritto canonico commentato”* Editrice Ancora, Milano 2001.
- SAPORITO Guglielmo, *“Accordi in Comune possibili anche sul mantenimento”*, su *“Il Sole 24 Ore”*-Norme e tributi, del 28 ottobre 2016;
- TOGNETTI BARDOGNA Mara, *“Ricongiungere la famiglia altrove”*, Franco Angeli Editore, Milano 2009;
- TRABUCCHI Cian, *“Commentario breve al Codice Civile”*, Editore Wolters Kluwer Spa-Cedam, 2015 Milanofiori Assago (Mi);

- VIAL Ennio e POZZI Vita, *“Guida al Trust-Aspetti fiscali ed applicazioni pratiche”*, Speciale Guida Principi contabili, del Sole 24 Ore, n. 4, Ottobre 2016;
- ZANETTI Eugenio ed altri, *“La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco”*, Editrice Ancora, Milano 2016.

Giurisprudenza

- Corte Costituzionale, 22 gennaio 1982 n. 18, in G.U. n. 40 del 10 febbraio 1982;
- Corte Costituzionale, 14 aprile 2010, n.138, in G.U. n. 16 del 21 aprile 2010;
Corte Costituzionale, sent. n. 170 del 11giugno 2014, in G.U. n.26 del 18.giugno 2014.
- Corte EDU, 15 marzo 2012, Sezione V, Caso Gas e Dubois c. Francia (ric. 25951/07);
- Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria (ric.n.30141/04);
- Cassazione Civile, 23 aprile 1966, n. 1041, in Giur.it, 1967, I, 1, c. 67;
- Cassazione Civile, 15 marzo 2012, n. 4184, in Giur.it, 2012, 742;
- Corte di Cassazione -Sezioni Unite sent. 18287/2018 del 11 luglio 2018, in www.neldiritto.it.

Consiglio di Stato, Sezione III, sent. n. 4478 del 26 ottobre 2016, in www.dirittoegiustizia.it;