

SENATO DELLA REPUBBLICA

VI LEGISLATURA

(Nn. 550, 41 e 1595-A-bis)

Relazione di minoranza della 2^a Commissione permanente (GIUSTIZIA)

(RELATORE FILETTI)

SUI

DISEGNI DI LEGGE

Riforma del diritto di famiglia (n. 550)

approvato, in un testo unificato, dalla 4^a Commissione permanente (Giustizia) della Camera dei deputati nella seduta del 18 ottobre 1972 (V. Stampati nn. 23, 68, 76 e 145)

d'iniziativa dei deputati REALE Oronzo, LA MALFA Ugo, BUCALOSSI, BIASINI, COMPAGNA, MAMMI, GUNNELLA, BATTAGLIA, BANDIERA, VISENTINI, LA MALFA Giorgio, BOGI, DEL PENNINO, ASCARI RACCAGNI, D'ANIELLO (23); CASTELLI, MARTINI Maria Eletta, RUFFINI (68); IOTTI Leonilde, SPAGNOLI, NATTA, FABBRI SERONI Adriana, CHIOVINI FACCHI Cecilia (76); BOZZI, GIOMO, BIGNARDI, BASLINI, CATELLA, QUILLERI, ALESSANDRINI, ALTISSIMO, GEROLIMETTO, MAZZARINO, SERRENTINO (145)

*Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza
il 7 novembre 1972*

Riforma del « diritto di famiglia » (n. 41)

d'iniziativa del senatore FALCUCCI Franca

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 25 MAGGIO 1972

Conservazione della cittadinanza italiana da parte della donna
che contrae matrimonio con straniero (n. 1595)

d'iniziativa dei senatori BRANCA, ROSSI Dante, BONAZZI, OSSICINI, SAMONA, ANTONICELLI, ROMAGNOLI CARETTONI Tullia e GALANTE GARRONE

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 28 MARZO 1974

Comunicata alla Presidenza il 24 gennaio 1975

INDICE

Introduzione	Pag. 3
Il vigente sistema legislativo per la tutela della famiglia	4
La Costituzione, il « compromesso storico » e la riforma del diritto di famiglia	5
Omessa coordinazione con l'istituto del divorzio	7
La privatizzazione del diritto di famiglia	8
Il matrimonio ed i casi di impedimento e di invalidità	10
L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nell'unità familiare	22
L'intervento del giudice nella direzione della famiglia	26
La potestà sui figli	30
La separazione personale	32
Il regime patrimoniale dei coniugi	45
La filiazione	61
Aspetti successori	87
Norme finali e transitorie	98
Considerazioni finali e conclusioni	100

ONOREVOLI SENATORI. — La revisione o, come sul dirsi con locuzione che l'imperante « moda » sindacale-governativa predilige, la riforma del diritto di famiglia impone al legislatore, nell'adempimento di un compito assai delicato, particolare senso di equilibrio, di saggezza e di immensa responsabilità.

Qualsiasi determinazione innovativa sugli istituti che concernono la materia non può e non deve soggiacere ad impulsi, dottrine e precetti particolaristici, demagogici ed esperimentativi.

La famiglia è unità morale, politica, giuridica ed economica, che deve essere mantenuta e garantita nella sua essenza, nelle sue strutture, nella estrinsecazione dei nobili fini che in tutti i tempi ha assolto.

Essa, quale forma di organizzazione, ha preceduto anche lo Stato; questo ha costituito e costituisce l'organizzazione giuridica e politica della società, mentre la famiglia è sempre stata ed è una società naturale che primieramente trae forza e vitalità da leggi di natura.

Ma, pur dovendosi attribuire alla famiglia diritti primordiali ed originari, è indubbio che lo Stato ha coevamente il potere-dovere di riconoscere la famiglia, di tutelarla e di difenderla.

Le più antiche civiltà e tutti i popoli hanno ritenuto di importanza fondamentale la cura dell'istituto familiare da parte dello Stato.

Platone ricordava che « perchè una repubblica sia bene ordinata, le principali leggi devono essere quelle che regolano il matrimonio ».

Giuseppe Mazzini scriveva che « la vita associata è come disposta in ordini concentrici, via via più ampi: la città, lo Stato, l'umanità », ma collocava al centro di tutto l'ordine sociale la famiglia, che definiva « la prima società su cui tutte le altre si assidono ».

Senza indugiarcì nella esposizione e nella confutazione di discipline filosofiche circa i rapporti e le interdipendenze tra Stato e famiglia (chè ciò ci porterebbe molto lontano da quella che intende essere una relazione

di minoranza che peraltro non può essere contenuta in limiti assai ristretti), non è dato obliterare che la famiglia è una comunità o, se si vuole, una società in piccolo, che nasce ed opera nell'ambito dello Stato secondo principi di diritto e di etica, in quanto alla base di essa stanno non soltanto norme originarie e codificate ma anche vincoli di affetti. La famiglia è un fatto naturale ed una istituzione morale, ma è nel contempo la componente di un organismo sociologico (Stato) e di questo è, anzi, la cellula fondamentale, sicchè lo Stato non solo di essa non può disinteressarsi, bensì deve difenderla.

Certamente la potenza statale non può ingerirsi nei fatti dei singoli nuclei familiari fino al punto da attentare al loro equilibrio e da annullare la libertà dei soggetti, ma l'intervento dello Stato deve tendere alla difesa ed al rafforzamento dell'unità della famiglia, perchè, così operando, si rafforza lo Stato stesso.

Nel disciplinare legislativamente *ex novo* gli istituti del diritto di famiglia debbonsi, pertanto, evitare riflessi negativi sull'unità del nucleo familiare, perchè lo sfacelo e comunque l'indebolimento di quella comunità fondamentale che è la famiglia, così come avviene per la cellula nei rapporti dell'organismo biologico, si tradurrebbe immancabilmente nel dissolvimento ed, in più attenuata e subordinata ipotesi, nello scardinamento dell'organismo sociologico costituito dallo Stato.

La famiglia — parafrasiamo dai lavori della Costituente — è una istituzione fondamentale, una pietra su cui si costruisce l'edificio sociale; se essa vacilla o si sgretola, con essa pericola e crolla l'intera società civile. « Lo Stato non è soltanto un insieme di palazzi, di ministeri, di ponti, di strade, di aule giudiziarie o legislative; lo Stato è prima di tutto un aggregato di famiglie viventi nello stesso suolo, legate da vincoli di affetto, di fede, di cultura, di tradizioni domestiche; è un insieme di individui che sono riuniti intorno a tanti focolari, per cui lo Stato e la Nazione prendono il dolce nome di Patria, la terra dei padri ». Lo Stato, pertanto, ha l'interesse ed il dovere di tutelare e di difendere la famiglia.

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

Il vigente sistema legislativo per la tutela della famiglia.

Lo Stato italiano attualmente tutela l'istituto della famiglia con un sistema legislativo che si articola in norme di natura sostanziale civile e penale ed in norme di carattere processuale (codice civile, codice penale, codice di procedura civile).

Si tratta di disposizioni che risalgono ad epoca piuttosto remota (oltre trenta e quaranta anni), onde si appalesa la necessità di ammodernarle ed adeguarle ai mutamenti verificatisi nelle condizioni economiche, sociali, ambientali, culturali ed etiche della società, al nuovo clima di civiltà *in itinere*, alla evoluzione del costume.

Ma le innovazioni non possono prescindere, in tema di ordinamento dei rapporti di famiglia, dalla forza della tradizione che, seppure non comporti soluzioni immutabili nel tempo, pur tuttavia costituisce e deve continuare a costituire per il popolo italiano irrinunciabile *modus vivendi* inteso nel senso che la famiglia è da considerare uno spontaneo aggregato umano traente il suo legame naturale nella sfera affettiva dell'uomo che è la sfera degli interessi primari della sua vita e nella consapevolezza di adempiere doveri derivanti, più che dalla legge, dalla coscienza etica-sociale.

Sotto tale riflesso, prima di introdurci nell'esame delle nuove norme sostitutive, appare opportuno esporre brevemente la *mens legis* che sta a base del tuttora vigente ordinamento codificato del diritto di famiglia perchè prima di cambiare è bene sottolineare ciò che si intende abrogare e modificare.

Ad avviso di chi scrive, le accuse avverso i cosiddetti « codici fascisti » sono per lo più malevole, preconcette ed esasperate. Chè, se non si può obiettivamente negare che in tali strumenti legislativi l'intervento dello Stato nella regolamentazione dei rapporti di famiglia a volte si sovrappone in misura non lieve all'esigenza della autonomia del nucleo familiare, è correlativamente da puntualizzare che in essi da una parte prevalgono il principio della tutela della famiglia considerata come società naturale e come nucleo fonda-

mentale della Nazione e quello relativo alla garanzia della unità e della saldezza morale ed economica della famiglia, ma dall'altra parte si enuclea anche un sistema di eguaglianza tra i coniugi e di pur attenuata tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori del matrimonio.

Al riguardo autorevoli giuristi (tra gli altri: Ciffo — « La progettata riforma del diritto di famiglia » in « Gazzetta Forense » - gennaio 1973) hanno posto in rilievo che « il principio dell'eguaglianza dei coniugi è già nell'ordinamento della famiglia » e che « in verità non si ritrovano nell'attuale ordinamento della famiglia norme che riservino alla moglie una posizione di inferiorità o di subordinazione nei riguardi del marito » in quanto « se taluni diritti vengono attribuiti in via particolare al marito, lo sono come espressione di un potere-dovere ispirato all'esigenza di una guida unitaria della famiglia, e del cui corretto adempimento egli è chiamato a rispondere ».

Sicchè appare manifestamente esagerata la tesi di chi (on. Leonilde Jotti), in sede di lavori per la Costituzione, ritenne per effetto delle allora e tuttora vigenti norme legislative « uno dei coniugi » e cioè la donna « legata a condizioni arretrate » tali da porla « in stato di inferiorità » e da far « sì che la vita familiare sia per essa un peso e non fonte di gioia e aiuto per lo sviluppo della propria persona ».

Parimenti in ordine al trattamento nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio emerge chiaramente dai lavori preparatori del Libro del Codice civile relativo alle successioni per causa di morte ed alle donazioni (Relazione della Commissione Reale pagina 14) che il legislatore seguì « la tendenza a migliorare la situazione dei figli naturali » seppure non ritenne di « giungere fino al punto di una completa equiparazione con i legittimi », mentre uno dei principi generali dettato nel noto convegno giuridico pisano tenuto durante la seconda guerra mondiale, sancì che « la filiazione illegittima se pure incestuosa ed adulterina » avrebbe potuto « trovare ingresso nella famiglia legittima compatibilmente con le superiori esigenze di essa ».

Conseguentemente ben a ragione è stato riconosciuto che « riguardo alla posizione dei figli nati fuori del matrimonio un certo miglioramento è stato attuato dal codice civile vigente (Bianca - Voce « Diritti di famiglia » in Novissimo Digesto Italiano - Vol. VII), talchè non molto difforme dalla legislazione codificata e responsabilmente ponderato è da qualificarsi l'avviso del relatore sulla « Carta Costituzionale » onorevole Corsanego, che auspicò sul tema dei figli illegittimi una formula « che da un lato salvaguardi i sacrosanti diritti dei figli nati fuori del matrimonio e dall'altro non porti attentati alla famiglia legittima ».

Certamente in sede di riforma del diritto di famiglia la posizione giuridica e morale della moglie e quella relativa ai figli illegittimi debbono essere riconsiderate e congruamente modificate; ma tale necessità, conseguente alle nuove esigenze del vivere civile ed al moderno progresso, non autorizza *sic et simpliciter* e per postulato giudizi di condanna drastici ed immotivati contro una legislazione le cui norme precettive, per converso, sono onestamente da ritenere assai avanzate in relazione al momento storico in cui esse hanno avuto origine e, pertanto, fondatamente sono state qualificate da una parte della dottrina « abbastanza adeguate alle affermazioni programmatiche » della Costituzione Repubblicana, sebbene anteriori all'entrata in vigore di questa (Tartaglione - Enciclopedia Forense - Voce « Famiglia »).

La Costituzione, il " compromesso storico " e la riforma del diritto di famiglia.

Una riforma, che investe quasi tutti gli istituti inerenti alla famiglia, non può realizzarsi che a lume dei precetti costituzionali e precisamente in applicazione degli articoli 29, 30, 31 e 42 ultimo comma della Carta fondamentale, i quali, sebbene di valore programmatico, hanno prevalente e notevole importanza ai fini di determinare le funzioni della famiglia e di disciplinarne le strutture.

Bisogna, quindi, intraprendere l'*iter* revisionistico individuando primieramente come sia da intendere la famiglia ai sensi della Co-

stituzione e quali siano, in conseguenza, i principi cui il legislatore ordinario secondo le norme costituzionali è tenuto ad uniformare la regolamentazione specifica degli istituti che afferiscono alla famiglia.

Nella Costituzione, però, in tema di enunciazione di principi sui rapporti etico-sociali vi è qualche cosa di stentato, di artificioso, di estremamente elastico, che — così come fu rilevato all'Assemblea Costituente (Rodi - Seduta del 17 aprile 1947) — è addebitabile al cosiddetto « compromesso » sin da allora qualificato « storico » avente due poli (quello dell'estrema sinistra e quello democristiano) e, più precisamente, all'arrendevolezza (oggi purtroppo accentuata dalla prevalenza dei « no » all'abrogazione del divorzio) della Democrazia cristiana che all'epoca consentì la insistente circolazione dello spirito collettivista della Costituzione, il cedimento al materialismo e cioè a quella forza che la Cristianità nel passato ha combattuto apertamente con tutte le sue armi.

L'istituto della famiglia, pertanto, non è definito nella Costituzione con caratteri di assoluta chiarezza e per buona parte rimane avvolto nella nebulosità.

L'articolo 29 della Carta fondamentale sancisce che « la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio » e detta che « il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia della unità familiare ».

A sua volta il successivo articolo 30 prescrive che « è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli » ed estende tale principio anche nei confronti dei figli nati al di fuori del matrimonio, ai quali la legge deve assicurare « ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima ».

Lo stesso articolo, altresì, nell'ultimo comma, vuole che la legge determini « le norme e i limiti per la ricerca della paternità ».

L'articolo 31, poi, enuncia che « la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose » e

« protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo ».

Infine l'articolo 42 ultimo comma, con formulazione generica, demanda alla legge di stabilire « le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità ».

Il complesso dei predetti principi costituzionali ha dato e dà motivo alle più disparate disquisizioni ed opinioni di giuristi, sociologi e politici intorno al modo di definire e intendere la famiglia e di regolamentare legislativamente i diritti ad essa inerenti.

Attingendo a sottili argomentazioni di natura sociologica e giuridica si è fatta distinzione tra « famiglia coniugale » (nuclear family) e « famiglia estesa » (extended family) e si è pervenuti alla conclusione che su tal punto la Costituzione lascia adito alle interpretazioni più diverse con conseguenti diverse soluzioni di ordine morale, sociologico e giuridico a seconda che essa si guardi e si valuti da una o dall'altra delle due prospettive divergenti: quella cattolica e quella di ispirazione marxista. Sicchè, partendo da basi per nulla ferme e chiare, la nozione di famiglia secondo il precetto costituzionale non è pacificamente intesa, ma dà luogo alle opinioni più contrastanti.

Per alcuni (Santoro Passarelli - Matrimonio e famiglia, in « Saggi di diritto civile » 1961 pag. 333 e segg.; Barbero - I diritti della famiglia nel matrimonio, in « Matrimonio fondamento della famiglia 1956, 66) la definizione della famiglia si fa rientrare nel campo del diritto naturale, ma altri (Grassetti - Famiglia, in « Novissimo Digesto Italiano, VII, 1961, 48 e segg.) osservano che l'ordinamento della famiglia non può considerarsi come una espressione di un « ordine naturale » immutabile ed avulso dalle vicende del diritto positivo, quasi che la famiglia per sua essenza e per sua natura debba sottrarsi alla competenza del legislatore.

Vi è chi (Campagna - Famiglia legittima e famiglia adottiva 1966, pag. 67) rileva che l'articolo 29 della Costituzione, non consentendo la concezione della famiglia come espressione di un « ordine naturale », costi-

tuisce sostanzialmente una specificazione del precedente articolo 2 laddove sono riconosciuti « i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolga la sua personalità » e chi sostiene (Barcellona - Voce « Famiglia - Diritto civile » in Enciclopedia del diritto pag. 782) che alla espressione « società naturale » adottata dal citato articolo 29 non può attribuirsi valore diverso da quello che compete all'espressione « formazione sociale ».

A nostro parere, invece, la famiglia non può definirsi correttamente che secondo la lettera del precetto costituzionale e cioè nel senso di una realtà giuridica e morale preesistente, di una comunità di ordine naturale, che la Costituzione non crea, ma riconosce, tutela e difende in quanto si fonda sul matrimonio, conferendo al legislatore il compito di disciplinare i diritti ed i doveri dei componenti il nucleo familiare nell'ambito interno e nei riflessi di carattere esterno.

Ma il diritto di famiglia, pur avendo natura privatistica, ha anche l'esigenza di tutelare interessi superiori.

Non pochi giuristi e politici, particolarmente di ispirazione marxista e radicaleggiante, tendono a disconoscere qualsiasi impronta pubblicistica dei diritti di famiglia e sostengono che la fondamentale ed immediata finalità della loro tutela è costituita dai bisogni dell'individuo verso l'individuo; e ciò considerato che l'unità morale della famiglia è in crisi e che la crisi deve essere vista come un allentarsi dei vincoli del gruppo familiare, come fenomeno di un travagliato mutamento delle relazioni familiari. Per loro sarebbe chiaro « come di fronte allo Stato non rimanga un'organizzazione, ma l'individuo », onde lo Stato dovrebbe essere invocato soltanto per la tutela del soggetto nell'ambito del rapporto familiare e dovrebbe limitare e quasi annullare ogni suo intervento per non divenire una realtà che coarti e falsi le naturali esigenze umane, morali e religiose degli individui che compongono la famiglia (Bianca - Novissimo Digesto Italiano - Voce « Famiglia » - Vol. VII pag. 72 e segg.). Tale concezione prettamente materialistica ed individualistica viene così ad identificare

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

i diritti di famiglia con le situazioni soggettive di ciascun membro ed esclude che il rapporto familiare possa costituire anche uno strumento per la tutela di « interessi superindividuali ».

Essa non trova, però, reale riscontro nelle norme costituzionali, tranne che a queste non si vogliono arrecare sensibili forzature interpretative ed attuative; tanto meno è condivisa dal Movimento sociale italiano-Destra nazionale, che la respinge, attesocchè per questa parte politica l'istituto della famiglia non può svilupparsi soltanto alla stregua delle esigenze di ciascun coniuge e di ciascun figlio, ma in relazione alla funzione sociale che ogni componente della famiglia è chiamato ed è destinato ad assolvere.

Seppure non sia più il caso di richiamare Cicerone che definì la famiglia « principium urbis et quam seminarium republicae », non è fuor di luogo ricordare che il Concilio Ecu-
menico Vaticano II considerò la famiglia come « fondamento della società » e « prima e vitale cellula della società ».

Come con felice sintesi ha avuto modo di precisare il compianto senatore Bacchi (« Il Secolo d'Italia » 27 novembre 1973), per la parte politica alla quale il redattore ha l'onore di appartenere, la famiglia si pone come elemento intermedio della realizzazione della personalità umana tra l'individuo e la società che diventa Stato, allorchè si concretizza, per i fini collettivi, morali e materiali che la collettività deve perseguire ».

È su tale base che deve operare la riforma del diritto di famiglia; una base che, pur di fronte alle soluzioni di compromesso recepite dalla Costituzione, trova tuttavia in questa ragioni di valido sostegno.

Pertanto la revisione degli istituti del diritto di famiglia deve ispirarsi ai seguenti principi che sinteticamente si elencano:

1) protezione dell'organismo familiare e reiezione di qualsiasi atto esterno contro di esso che valga a creare od incrementare germi eversivi di dissoluzione;

2) concezione della famiglia come comunità naturale e sociale avente un proprio ordinamento originario;

3) regolamentazione dei diritti di famiglia con norme prevalenti di natura privatistica, integrate da disposizioni tese ad assicurare l'unità della comunità familiare;

4) revisione degli elementi essenziali del matrimonio e delle cause invalidanti;

5) parità morale e giuridica dei coniugi correlata alla garanzia dell'unità della famiglia;

6) determinazione dei diritti e dei doveri dei coniugi all'interno del nucleo familiare nei reciproci rapporti e negli scambiabili rapporti tra ciascuno di loro ed i figli;

7) migliore disciplina dei rapporti della famiglia verso l'esterno;

8) regolamentazione della peculiare sanzione educativa dei genitori nei confronti dei figli;

9) nuova disciplina della separazione personale dei coniugi;

10) adozione di soluzioni definitive e più consone alle moderne esigenze sociali circa l'annullamento del matrimonio in relazione alla definitiva introduzione del divorzio;

11) miglioramento della disciplina concernente i figli nati fuori del matrimonio evitando menomazioni di tutela alla famiglia legittima;

12) nuova regolamentazione del regime patrimoniale della famiglia e miglioramento della posizione patrimoniale della moglie;

13) nuova disciplina dei diritti successori nei confronti del coniuge e dei figli nati fuori del matrimonio;

14) ricorso al giudice in casi assai limitati ed istituzione del giudice specializzato nei problemi della famiglia.

Omessa coordinazione con l'istituto del divorzio.

Venendo ora ad esaminare la riforma del diritto di famiglia nel testo proposto all'esame dell'Assemblea del Senato, si rileva *prima facie* che la più grave incoerenza è la omessa coordinazione con la legge istitutiva del divorzio.

L'articolo 27 del testo predetto (già articolo 30 del testo licenziato dalla Camera dei deputati), per nulla innovato od integrato dalla Commissione giustizia del Senato, modificando l'articolo 149 del codice civile vigente, in tema di scioglimento del matrimonio contratto con rito civile e di cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, si limita a prevedere il caso di morte di uno dei coniugi ed a richiamare genericamente gli « altri casi previsti dalla legge ».

Non staremo, qui, a ripetere le vicende che portarono l'Assemblea Costituente a sopprimere dall'attuale articolo 29 comma primo della Costituzione lo specifico riferimento alla indissolubilità del matrimonio in dipendenza della risicatissima maggioranza favorevole di appena un voto con la conseguenza che a distanza di oltre un ventennio sarebbe stato introdotto nella legislazione italiana lo istituto del divorzio (legge 1° dicembre 1970, n. 898); nè ricorderemo le contestazioni insorte circa la legittimità costituzionale o meno di tale istituto e seguite dalle note pronunzie della Corte Costituzionale e dalle correlative aspre critiche da esse suscitate; ma non possiamo non denunciare la stranezza di volere procedere alla revisione degli istituti giuridici della famiglia senza una coordinazione con la disciplina del divorzio.

È di tutta evidenza, infatti, che sia l'intero diritto di famiglia che il diritto delle successioni (legittima e necessaria) non possono configurarsi alla stessa maniera della indissolubilità del matrimonio tosto che il vincolo matrimoniale è divenuto dissolubile.

Parimenti la regolamentazione legislativa dell'annullamento del matrimonio, della separazione personale, della filiazione adulterina, dei rapporti patrimoniali deve necessariamente tenere conto della dissolubilità del matrimonio ammessa per legge.

È pertanto conferente il rilievo di quanti (tra i quali: Nicolò — in « La riforma del diritto di famiglia » — Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la fondazione Cini nel marzo 1972) hanno evidenziato la irrinunciabile esigenza che in sede di riforma del diritto di famiglia l'istituto del divorzio

debba fare parte integrante delle relative norme con l'inserimento di nuove disposizioni tecnicamente fatte meglio di quelle contenute nella legge sul divorzio, dando così una visione unitaria di quelli che sono i nuovi orizzonti del diritto di famiglia.

Sul problema del divorzio, invero, il legislatore non può fare la figura dello struzzo che occulta la testa sotto l'ala.

L'istituto del divorzio ha trovato già ingresso nella legislazione italiana e non può rimanere assente dalla riforma del diritto di famiglia.

Agire in difformità equivale a licenziare una riforma monca e claudicante che inciderà negativamente sulla famiglia, aggravandone la crisi ed indebolendone ulteriormente l'irrinunciabile requisito della unitarietà.

Nè possono ritenersi rimedi idonei i marginali richiami allo scioglimento ed alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, contenuti quasi *per incidens* in alcune norme del testo legislativo, compresa la disposizione finale introdotta *in extremis* dalla Commissione giustizia del Senato circa il rispetto del termine di sette anni occorrente perchè il coniuge cui sia stata addebitata la separazione personale possa domandare il divorzio.

La privatizzazione del diritto di famiglia.

L'aspetto fondamentale della proposta riforma, pur con le modifiche leggermente attenuative apportate dalla Commissione giustizia del Senato, è la cosiddetta « privatizzazione del diritto di famiglia ».

La riforma è, infatti, ispirata a criteri prettamente individualistici.

« L'interesse unitario della famiglia è preso in considerazione non tanto per la sua coincidenza con interessi superiori e diversi, quanto come mezzo per la tutela dei soggetti che della famiglia fanno parte; . . . emerge in tutto il nitore l'individuo come punto di attrazione e di riferimento diretto ed esclusivo della tutela giuridica » (Ennio Russo - Considerazioni generali sulla riforma e interessi da perseguire - Atti del II Convegno di Venezia sopra citato pag. 238).

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

L'accentuata tutela dei componenti della famiglia considerati come singoli individui e non nell'ambito di una comunità unitaria trova specifico riscontro nelle norme che regolano la disciplina delle cause di invalidità del matrimonio, il governo della famiglia, i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, la separazione personale ed in molte altre norme che avremo modo di esaminare nel corso della presente relazione.

Tale ingiustificato criterio eccessivamente individualistico si concretizza in una effettiva minore tutela della famiglia considerata nel suo complesso e comporta un conseguente pericolo per la solidità ed unità familiare.

Nè sembra esatto affermare (Puleo - La riforma del diritto di famiglia, in « Realtà nuova » - 1973 pag. 406 e segg.) che nel testo legislativo in esame « caratteristica della riforma consiste in un largo intervento dello Stato nel regolamento dei rapporti di famiglia ed in una sua larga ingerenza nella vita stessa della famiglia ».

Riteniamo, invece, che eccettuata la disciplina dell'intervento del giudice che deve essere riportata entro limiti più angusti e specificatamente determinati ed entro funzioni più appropriate e non decisionali, l'ingerenza dello Stato nel regolamento dei rapporti di famiglia non solo non appare lesiva del principio di autonomia dei singoli componenti il nucleo familiare, ma è evanescente e quasi nulla, perchè viene ad essere assicurata nell'ambito della famiglia ed in ordine a tutti i rapporti che da essa scaturiscono una libertà a volte tanto ampia ed assoluta da trasmodare in licenza, in adesione alla degradazione del costume ed, in ultima analisi, in una carenza di tutela della famiglia intesa come comunità unitaria e prima cellula dell'organismo statale.

Nebulosa e suscettibile di tutte le più late interpretazioni è persino l'idea che il legislatore intenda avere del matrimonio in quanto « la volontà ... di un uomo e di una donna ... di prendersi reciprocamente in marito e moglie » non consente di precisare chiaramente quale sia l'oggetto cui si dirige

il consenso matrimoniale. L'idea del matrimonio, così formulata, « non è quella sin qui offerta dall'ordinamento civile ... nè quella sentita dalla generalità dei cittadini. La volontà matrimoniale non procederebbe più alla creazione di una società fra un uomo e una donna, volta, certamente, a fini molteplici, fra i quali, però, di regola, non manca quello della procreazione ed educazione della prole. In base alla novella, il matrimonio potrebbe essere utilizzato, invece, per la creazione di una società meramente amicale » (Francesco Finocchiaro - Il regime dell'invalidità del matrimonio - Atti del citato II Congresso di Venezia pag. 198).

Sta di fatto che nel nuovo articolo 83-bis (art. 2 del testo trasmesso dalla Camera dei deputati) vi è una accentuata concezione individualistica che è diametralmente opposta alla concezione comunitaria e sociale del matrimonio e della famiglia, onde bene ha fatto la Commissione giustizia del Senato a proporre la soppressione di detto articolo, così accogliendo uno degli emendamenti presentati dal Gruppo del Movimento sociale italiano-Destra nazionale.

Il criterio privatistico della famiglia, peraltro, è talmente diffuso nel testo legislativo che persino lo stesso obbligo di fedeltà (articolo 143 codice civile) diviene un non meglio definito « impegno » (art. 23 del testo della Camera) reso privo di ogni tutela giuridica, realizzandosi così un sistema di legiferare che presuppone una società ed un costume assai diversi da quelli realmente esistenti nel nostro Paese, nel quale la fedeltà coniugale non è ancora e, speriamo, non sarà mai considerata un relitto arcaico. Opportunamente e saggiamente, pertanto, anche su tal punto la 2^a Commissione del Senato, pur con formula attenuata, facendo propria una proposta proveniente anche dalla Destra nazionale, ha suggerito di modificare il testo della Camera dei deputati nel senso che dal matrimonio deriva ai coniugi « l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia ed alla coabitazione ».

È da ritenersi, infatti, nel vero chi (Nicolò - Osservazioni generali - in Atti del più volte richiamato II Convegno di Venezia pagg. 159-161) ha opinato che il testo legislativo apprestato dalla Camera dei deputati, « indulga verso le nuove concezioni che tendono a ridimensionare l'istituto del matrimonio, a svalutarlo e a renderlo una cosa un po' meno importante, un po' meno sacrale di quanto risulta dalla nostra tradizione » aggiungendo testualmente: « Il trattamento che il matrimonio ha in questo progetto, come tutta la disciplina conseguenziale di molti aspetti dell'ordinamento familiare, è influenzato da questa tendenza di ridimensionare l'istituto del matrimonio, e, conseguentemente, di ridimensionare l'istituto della famiglia legittima che si fonda sul matrimonio. È una specie di degradazione di questi due fondamentali istituti che costituiscono la forma che l'ordinamento giuridico dà a quella che è una realtà sociale una volta sentita dalla coscienza di tutti. Se si tiene conto delle frange della nostra opinione pubblica che, tra l'altro, sono le più chiassose, se si tiene conto delle molte voci sorte su questi problemi, si dovrebbe probabilmente dire che questo orientamento è perfettamente legittimo e che corrisponde a una mutata realtà e a una evoluzione della coscienza popolare. Ma se invece prescindiamo da queste frange e andiamo a guardare quale sia veramente l'orientamento della coscienza sociale italiana, probabilmente si potrà sollevare qualche dubbio, qualche perplessità sulla legittimità e l'opportunità di questo orientamento ».

Per converso noi riteniamo che la coscienza sociale italiana non vuole svalutare l'istituto del matrimonio, nè ridimensionare l'istituto della famiglia. L'ordinamento è fatto per la collettività e se questa non condivide la concezione eccessivamente privatistica ed individualistica della famiglia e vuole conservare la famiglia nella sua tradizionale essenza e nelle sue strutture, pur ammodernandole ed adeguandole ai tempi, non è dato al legislatore imporre un ordinamento che contrasti col modo di sentire della maggioranza dei cittadini.

Il matrimonio ed i casi di impedimento e di invalidità.

La proposta riforma, dunque, considera il matrimonio come mero atto privato e tale lo ritiene sin dalla sua costituzione.

Alla tesi che configura il matrimonio-negozio quale atto del potere statale ed a quella che lo intende quale negozio giuridico alla cui funzione concorrono coevamente la volontà dello Stato e la volontà dei nubendi viene sostituita la caratterizzazione marcatamente privatistica del negozio costitutivo del vincolo, dandosi maggiore rilievo al consenso rispetto alla celebrazione e tendendo a proteggere le persone e non il gruppo familiare.

Il riformatore, all'articolo 2, avverte la necessità di introdurre la disciplina del matrimonio civile con una nuova norma di natura programmatica che pone a fondamento della revisione del diritto di famiglia (e della quale la Commissione giustizia del Senato anche con l'adesione del Gruppo MSI-Destra nazionale ha operato la soppressione) e, precisamente, con una enunciazione che, più che determinare come si costituisce il matrimonio, vuole definirlo *sic et simpliciter* come « atto di volontà » di un uomo e di una donna « di prendersi reciprocamente in marito e moglie », senza alcun riferimento alla formazione della famiglia intesa come società o comunità naturale e strutturalmente unitaria.

Non si tratta — come si potrebbe superficialmente pensare — di soluzione strettamente tecnica atta ad evitare il riaprirsi di problemi sulla divergenza tra volontà e dichiarazione « legittimamente espressa » (chè, in tale ipotesi, sarebbe stata sufficiente una più congrua e chiarificativa formulazione dell'articolo 107 del vigente codice civile che regola il *modus* della celebrazione del matrimonio), ma « il valore della regola contenuta nel nuovo articolo 83-bis, sembra piuttosto consistere nell'affermazione di un principio di tutela dell'individuo di fronte ai pubblici poteri an-

che nel momento della celebrazione (del matrimonio), quando essi rispecchiano ... l'interesse sociale alla famiglia che sorge » (Pietrobon - Il matrimonio in generale ed i problemi di validità — in Atti II Convegno Venezia sopra richiamato pag. 27-28), nell'accoglimento del principio della privatizzazione del matrimonio e della famiglia posto dal legislatore in forma assai lata a base della riforma, omettendo persino di enunciare solennemente — così come proposto in sede di questa Commissione giustizia dalla Destra Nazionale — che il matrimonio ha il fine precipuo della formazione della famiglia.

Tale caratterizzazione trova le prime applicazioni, seppure parzialmente attenuate, nella disciplina degli impedimenti e delle relative dispense nonché delle cause di invalidità.

a) È risaputo che l'articolo 55 del codice civile del 1865 stabiliva in ordine all'età per contrarre matrimonio quella minima di diciotto anni per l'uomo e di quindici anni per la donna e che, a seguito del Concordato, per conformare la disciplina civilistica a quella canonista, si operò la riduzione dell'età a sedici anni per l'uomo ed a quattordici per la donna (articolo 1 legge 27 maggio 1929 n. 847 ed articolo 84 del vigente codice civile). Il riformatore, realizzando su tal punto il ritorno ad una autonoma disciplina civile, eleva l'età minima per contrarre matrimonio a diciotto anni per entrambi i nubenti (articolo 2), dando così preminente rilevanza all'idoneità psichica rispetto a quella fisiologica ed alla idoneità al consenso rispetto all'attitudine ai rapporti coniugali.

Seppure possano nutrirsi dei dubbi sull'opportunità dell'equiparazione dell'uomo alla donna in ordine all'età legale, per la considerazione — peraltro non generalmente condivisa — che la donna, realizzando di regola più speditamente la maturità fisiologica, raggiungerebbe correlativamente quel maggior sviluppo psichico e quella maturità occorrenti per acquisire consapevolezza dei fini e delle responsabilità inerenti al matrimonio, appare accettabile la proposta sotto il duplice riflesso dell'innalzamento dell'età

minima matrimoniale e dell'esclusione di una differenza tra i sessi.

Il matrimonio è l'atto più importante e grave di tutta la vita e, pertanto, non sembra conferente ritenere che possa essere adeguatamente valutato ed apprezzato da minori degli anni diciotto non aventi capacità di agire e, neppure, capacità in materia di lavoro (articoli 2 e 3 codice civile).

Così determinato, però, l'impedimento al matrimonio in dipendenza dell'età dei soggetti, appare in contrasto stridente la deroga al limite legale proposta genericamente per circostanze particolari o, come si esprime il testo legislativo (articolo 2 comma 2°) « per gravi motivi », accertate la maturità psico-fisica dell'interessato e la fondatezza delle ragioni addotte. Si tratta di un espediente ingiustificato e pericoloso, che di fatto riduce a sedici anni l'età minima matrimoniale sia per l'uomo che per la donna, vanificando il precetto di carattere generale e prestandosi facilmente ad abusi.

Su tal punto è da condividere il pensiero della senatrice Falcucci (relazione al disegno di legge n. 41, pag. 6), la quale osserva che « se l'individuazione di un'età matrimoniale si riconduce ad una scelta tipica dell'ordinamento, tale da incidere sulla stessa capacità giuridica della persona, cioè sulla sua idoneità a divenir titolare del rapporto coniugale e familiare, è sembrato incoerente ammettere — ad iniziativa dell'incapace ancorchè rappresentato — una deroga al limite legale, che molto spesso finirebbe per essere concessa in funzione di fatti non incidenti sulla capacità ».

Il regime della dispensa, peraltro, è una evidente codificazione del principio della privatizzazione del matrimonio, anche se l'ammissione al matrimonio di chi abbia compiuto i sedici anni e non ne abbia raggiunto diciotto è subordinata a decreto del tribunale, sentito il pubblico ministero.

Difatti, la necessità di sentire figlio, genitori ed eventuale tutore e la ammissibilità di proporre reclamo anche nel merito avverso il decreto del tribunale comportano una controversia di carattere privatistico con conseguente contraddittorio, che potrebbe avere

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

alterne vicende, verrebbe spesso a concludersi favorevolmente per chi è abile a meglio macchinare e non di rado porterebbe alla costituzione di famiglie prive di coesione perchè frutto di esacerbate dispute giudiziarie.

Solo in casi di notevole gravità, a nostro avviso, è accoglibile la dispensa dal limite legale, come ad esempio, nel caso che dall'unione dei nubendi siano nati o siano per nascere figli. La tutela della prole e l'inserimento di essa in un nucleo familiare legittimo assurgono a motivo di particolare gravità e giustificano la deroga all'osservanza dell'età legale minima per contrarre matrimonio.

Altro discorso è, invece, da farsi per quanto concerne l'assenso dei genitori o del tutore per la contrazione del matrimonio di persona che abbia compiuto gli anni diciotto.

Riteniamo che il problema debba essere superato innovando radicalmente l'articolo 2 del vigente codice civile e cioè fissando la maggiore età al compimento del diciottesimo anno.

Sull'abbassamento a diciotto anni del limite della maggiore età concordano tutte le forze politiche e non ha veramente senso riformare la disciplina del diritto di famiglia obliando che è imminente la traduzione in legge di tale unanime volontà legislativa e non traendo da essa le correlative conseguenze in tema di matrimonio.

Con la riduzione a diciotto anni della maggiore età, infatti, non avranno più motivo di essere gli articoli 90 (assenso) e 121 (mancanza di assenso) dei quali si impone la soppressione. Viene così meno una delle cause di conflitti spesso assai acuti che non raramente oggi si verificano tra stretti congiunti nel caso di dissenso dei genitori o di uno di loro al matrimonio del figlio che, pur avendo raggiunto l'età matrimoniale, è dalla legge considerato minore. I rapporti diverrebbero, d'altra parte, più tesi, ove si accogliessero le modifiche proposte con l'articolo 5 del testo legislativo, perchè la controversia, privatistica e giudiziaria allo stesso tempo, in ordine alla costituzione o meno del matrimonio coinvolgerebbe non soltanto il soggetto che intende contrarre il matrimo-

nio, la persona che esercita su lui la potestà o la tutela (oppure il curatore per il caso di emancipazione) e, nell'ipotesi di negazione dell'assenso, il procuratore generale presso la Corte d'appello (articolo 90 codice civile dianzi richiamato), ma un maggior numero di persone e cioè l'aspirante al matrimonio, i propri genitori o il tutore (o curatore) ed, in caso di contrasto tra i genitori o di dissenso da parte di entrambi o del tutore o del curatore, il Tribunale che provvede con decreto e, persino, la Corte di Appello in sede di reclamo contro detto provvedimento. Come facilmente può dedursi, l'istituto dell'assenso diverrebbe una compressione della libertà individuale dei figli, che pur hanno raggiunto i diciotto anni, in misura di gran lunga superiore a quella correlata alle vigenti norme codificate; un motivo per creare gravi divergenze nell'ambito della famiglia di origine in dipendenza di conflitti che interesserebbero più componenti il nucleo familiare — non più genitori e figlio, ma parti in lite — e che diverrebbero di maggiore entità quando fossero chiamati a pronunciarsi più organi giudiziari.

Sarebbe, pertanto, più coerente abrogare l'istituto dell'assenso, ma, ripetiamo, è meglio intervenire *in nuce* riducendo a diciotto anni il conseguimento della maggiore età legale.

Quest'ultima innovazione, d'altra parte — come abbiamo detto — è in atto largamente auspicata, perchè è convinzione comune che i figli di oggi acquistano una maturità e una necessità di indipendenza prima dei giovani di ieri. Essa, peraltro, non è in contraddizione con la norma diretta ad elevare il limite di età per contrarre matrimonio, in quanto — come opportunamente è stato rilevato (Accardo — *Età matrimoniale* — in « Sulla riforma del diritto di famiglia » — Ed. Cedam 1973 pag. 29) « espressione di un orientamento che tende, appunto in considerazione dell'esigenza della piena consapevolezza dei doveri e delle responsabilità del matrimonio, a far coincidere l'età richiesta per questo con il raggiungimento della piena capacità di agire ».

b) Circa gli impedimenti dovuti a *parentela, affinità, adozione e affiliazione* non vi è molto da sottolineare.

L'articolo 3 del testo legislativo ripete l'articolo 87 del codice civile, devolvendo però all'Autorità giudiziaria (Tribunale, sentito il pubblico ministero) la competenza ad accordare la dispensa nei casi indicati dai numeri 3, 5, 6, 7, 8 e 9 di detto articolo 87 ed estendendo tale dispensa anche al caso di *filiazione naturale*.

È soltanto da osservare con il Pietrobon (relazione citata pag. 31) che la Camera dei deputati, pur essendo stato introdotto nel diritto matrimoniale italiano l'istituto del divorzio, ha omesso di precisare se il divieto di contrarre matrimonio sussista tra affini in linea retta ed affini in linea collaterale di secondo grado, tostochè il matrimonio da cui l'affinità derivava sia stato sciolto per divorzio. Poichè la disposizione prevista dall'articolo 78 del codice civile, infatti, affermando che l'affinità non viene meno per la morte del coniuge da cui deriva, deve essere intesa come applicazione ed affermazione del principio per cui lo scioglimento del matrimonio non fa cessare l'affinità, l'impedimento deve ritenersi mantenuto per il coniuge che abbia ottenuto il divorzio. Opportunamente, pertanto, la Commissione giustizia del Senato ha emendato il testo prevedendo che il divieto di matrimonio « sussiste anche nel caso in cui l'affinità derivi da matrimonio dichiarato nullo o sciolto per divorzio o per cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario ».

c) Uno dei rarissimi agganci al divorzio è nella modifica (art. 4) proposta all'articolo 89 del codice civile, che disciplina il particolare *regime del tempo di attesa*, ormai non più *tempus lugendi*.

La donna non può contrarre matrimonio, se non dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, ovvero dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, eccettuato il caso in cui il matrimonio sia stato dichiarato nullo per l'impotenza di uno dei coniugi di generare a causa di carenza di organi necessari alla generazione.

Il Tribunale può accordare la dispensa dal predetto divieto in due casi opportunamente specificati (e su tal punto è innovata la generica disciplina vigente) e precisamente: 1) quando è inequivocabilmente escluso lo stato di gravidanza della donna; 2) se da sentenza divenuta cosa giudicata risulta 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.

Lo stesso Pietrobon (op. cit. pag. 32) pone esattamente in rilievo che con questa ultima previsione il riformatore vuole rendere possibile alla donna di passare a nuove nozze e di legittimare in esse il figlio che le sta per nascere, subito dopo lo scioglimento del vincolo precedente.

d) La *visita prematrimoniale* è prevista come puramente facoltativa (articolo 7 del testo della Camera dei deputati che inserisce nel codice civile un nuovo articolo 97-bis).

Essa concerne l'accertamento delle condizioni fisico-psichiche dei nubendi in relazione alla normalità dei rapporti coniugali ed ai pericoli per la prole e per l'altro coniuge.

Non ha alcuna rilevanza giuridica, perchè non essendo sancita come requisito necessario al matrimonio, la disposizione appare inutile e demagogica, anche se possa ad essa benevolmente accreditarsi un fine educativo o divulgatorio. Avrebbe un senso la obbligatorietà della predetta indagine prematrimoniale (clinica, medico-legale e psicosociale), ma il problema è assai delicato e merita di essere attentamente vagliato e approfondito perchè potrebbe tradursi in una eccessiva ingerenza dello Stato, in una violazione non assolutamente necessaria del comprensibile rispetto che deve essere prestato al riserbo ed alla intimità della persona.

La Commissione giustizia del Senato, pertanto, in accoglimento di specifico emendamento proposto dal Gruppo MSI-Destra nazionale, fondatamente ha disposto la soppressione dell'intero articolo 7 licenziato dalla Camera dei deputati.

e) L'*interdizione* per infermità di mente è una delle cause di nullità del matrimonio

(articolo 119 codice civile). Il testo legislativo al nostro esame (art. 11) modifica la vigente disciplina nel senso che il matrimonio contratto da chi è stato dichiarato interdetto con sentenza passata in giudicato prima delle nozze oppure da sentenza pronunciata posteriormente per infermità esistente al tempo del matrimonio può essere impugnato non soltanto dal tutore o dal pubblico ministero, ma anche « da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ». La estensione così ampia desta preoccupazioni e perplessità, perchè potrebbe servire a sottrarre serenità ed a creare screzi tra i coniugi per effetto di azioni temerarie, avventate e persino ricattatorie di terzi che, appellandosi artificiosamente ad un preteso interesse legittimo, possono incidere negativamente sulla unitarietà e sulla stessa esistenza del nucleo familiare.

Peraltro la modifica che così largamente estende la legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità costituisce un ulteriore strumento ispirato a posizioni individualistiche di diritto soggettivo, che contrastano con le effettive esigenze di tutela della famiglia ed è da disattendere.

Tutto al più appare maggiormente giustificata l'innovazione suggerita dal disegno di legge Falcucci (articolo 10) che specificatamente limita la previsione estensiva soltanto all'« altro coniuge ».

Trattasi parimenti di un riflesso di carattere privatistico ed individualistico, ma non può denegarsi che la estensione — così come avverte la proponente — mira a « stabilire se lo stato di interdizione ha in concreto inciso sull'idoneità a costituire la comunità familiare », demandandone la legittimazione *ad agendum* ad entrambi gli sposi che rimangono in tal caso gli arbitri migliori.

Altra modifica concerne il termine per proporre l'azione di nullità che, ristretto secondo il codice vigente ad appena un mese di coabitazione dei coniugi decorrente dalla revoca dell'interdizione, è elevato ad un anno di coabitazione dopo tale evento.

La innovazione sembra apprezzabile, perchè — come è stato fondatamente rilevato

— l'eccessiva esiguità del termine, « lungi dal risolversi in una garanzia per l'istituto matrimoniale, conduce ad un suo sostanziale svuotamento, per giungere a tutto danno dei soggetti appartenenti alle classi socialmente più modeste, per le quali l'accesso alla giustizia è sempre più difficile e lento ».

Peraltro, aggiungiamo, la fissazione di un termine più lato ai fini della ammissibilità dell'azione di impugnazione appare rimedio saggio e prudente, perchè consente un più ampio esperimento sulla effettiva cessazione della infermità costituente la causa di interdizione (a volte erroneamente valutata in sede di giudizio di revoca) e sull'eventuale riapparire della malattia che legittimamente farebbe ritenere ancora attuale e giustificata la proposizione di una domanda giudiziale tendente alla dichiarazione della nullità del vincolo.

f) Il codice civile vigente (articolo 120) prevede come altra causa di nullità del matrimonio la *infermità di mente* esistente per qualunque causa, anche transitoria, al momento della celebrazione del matrimonio.

Il testo unificato approvato dalla Camera dei deputati (articolo 14) e recepito dalla Commissione giustizia del Senato (art. 12) mantiene la previsione, cambiando soltanto il titolo nella più lata formulazione *della incapacità di intendere o di volere* ed elevando (da un mese ad un anno di coabitazione dopo che il coniuge incapace ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali) il termine per proporre l'azione di nullità.

L'innovazione relativa ad una più lunga convivenza al fine di considerare realizzata la sanatoria è opportuna per le ragioni illustrate in punto di *interdizione* sotto la precedente lettera e).

Non è, però, condividibile la soluzione suggerita dal progetto Falcucci (articolo 11), per cui — a quanto pare — l'impugnazione dovrebbe essere preclusa dalla sola « coabitazione per un anno », prescindendo dall'effettiva cessazione della incapacità. La convivenza tra due persone, delle quali una continui ad essere inferma di mente, non può equivalere certamente a tacita estrinsecazione di consenso, a volontà di tenere fermo un ma-

trimonio nullo *ab imis*. In difformità alla concezione del diritto canonico, per cui la invalidità del consenso determina la nullità insanabile del sacramento del matrimonio, il legislatore ammette la sanatoria del vizio del consenso, ma non si può far diventare valido un matrimonio nullo per un preteso tacito consenso *a posteriori* desunto soltanto da un fatto a volte contingente e non raramente equivoco (coabitazione), occorrendo, invece, che il consenso successivo anche se tacito tragga origine da una sopravvenuta capacità intellettuale certa e cioè da una volontà espressamente od anche tacitamente libera e consapevole.

g) In relazione a quanto illustrato sotto la precedente lettera *a*) in ordine alla soppressione dell'istituto dell'assenso in dipendenza della proposta riduzione a diciotto anni della maggiore età ed ella correlativa elevazione a diciotto anni dell'età legale per contrarre matrimonio, non ha più motivo di essere la disciplina specifica della *mancaza di assenso* quale causa di nullità del vincolo matrimoniale.

Solo in casi di notevole gravità (ad es.: nascita o prossimità di nascita di figli), abbiamo detto, chi ha compiuto gli anni sedici e non ha raggiunto gli anni diciotto, può contrarre matrimonio; ma in tali ipotesi non è necessario l'assenso dei genitori, bastando solo che costoro siano sentiti, essendo devoluta al tribunale la potestà di valutare la maturità psico-fisica dell'interessato, di acclarare la sussistenza del motivo particolarmente grave e di concedere la dispensa. Conseguentemente l'articolo 121 del vigente codice civile ben può essere depennato *in toto* e possono ritenersi assorbite le modifiche suggerite dall'articolo 13 del testo, che peraltro non si sottraggono alle numerose critiche che sinteticamente abbiamo illustrato sotto la precedente lettera *a*).

h) Ma i criteri individualistici e privatistici ai quali troppo largamente e quasi esclusivamente si aspira la proprosta riforma appaiono più evidenti allorquando si ponga mente alle altre cause di invalidità del

matrimonio da essa disciplinate quali la *violenza*, *l'errore*, la *simulazione* etc.

Osserva il Benedetti (Matrimonio e nullità matrimoniali in « Sulla riforma del diritto di famiglia - Edizioni Cedam 1973 citata pagg. 16 e 17): « Uno degli aspetti essenziali e qualificanti del progetto di riforma è costituito dal radicale mutamento di tutto il sistema delle nullità matrimoniali.

La disciplina attuale si può così stilizzare a fronte del diritto comune dei contratti: notevole restrizione dell'area di rilevanza dei vizi della volontà (esclusione del dolo e dell'errore motivo, art. 122 codice civile), irrilevanza della simulazione (secondo una consolidata dottrina e giurisprudenza), inapplicabilità di termini e condizioni, che si hanno per non apposti (art. 108 codice civile)... Tutto il sistema risponde all'esigenza, finora ritenuta primaria, di tutela della certezza e stabilità del vincolo matrimoniale... Il progetto muta totalmente questo sistema. Con una vistosa apertura ammette rilevanza all'errore sulle qualità, al timore reverenziale, alla simulazione, nega rilevanza di per sé alla impotenza per ricondurla a mero punto di incidenza dell'errore... ».

Ed il Puleo (La riforma del diritto di famiglia in « Realtà Nuova » 1973 pag. 411) così commenta: « La nuova disciplina delle cause di invalidità del matrimonio, allargando sensibilmente l'ambito di queste cause, facilita l'annullamento del vincolo e comporta perciò una minore tutela dell'istituto e della famiglia.

Altri autorevolmente (Nicolò, De Cupis) ritengono che il regime delle nullità previsto dal nuovo testo degli artt. 122 e 123 codice civile è indulgente ed indebolisce il matrimonio e vi è chi (Santoro-Passarelli) esprime il convincimento che, anzi, le cause di invalidità previste dalle citate disposizioni non sono tali, ma vere e proprie cause di divorzio.

Il notevole ampliamento dei casi di annullamento del matrimonio ha in effetti una ragione di essere in quel compromesso che è frutto delle due divergenti ideologie, cattolica e marxista, le quali con criteri concorrenziali tendono a mettere sullo stesso piano il matrimonio civile e quello canonico.

i) Una delle cause di nullità del matrimonio è la violenza con la quale sia stato estorto il consenso di uno degli sposi.

Rimane fermo l'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza secondo il quale la violenza che la legge contempla ai fini dell'impugnativa del matrimonio, da parte di quel coniuge il cui consenso sia stato con essa estorto, deve essere intesa così come la stessa violenza, in materia di obbligazioni, viene considerata causa di annullamento del contratto, onde, anche nel caso di violenza usata per costringere al matrimonio, occorre la sussistenza del requisito, ritenuto indispensabile dall'articolo 1435 codice civile, della attitudine della violenza posta in essere a far temere un male ingiusto, oltre che notevole.

l) Ma il riformatore alla nullità a causa di violenza ha aggiunto nell'altro ramo del Parlamento la previsione dell'annullamento per il caso di consenso « determinato da *timore reverenziale* di eccezionale gravità ».

La norma, che molte critiche ha suscitato nell'ambito della Commissione giustizia del Senato, non sembra opportuna perchè l'attribuzione di una rilevanza al timore reverenziale e cioè al timore di grave pericolo alla salute o all'onore proprio o di persona legata da stretti vincoli di parentela o di amicizia, peraltro non considerato da solo neppure come causa di annullamento del contratto (articolo 1437 codice civile), dà luogo ad un problema di molta ampiezza. « Qui si ha proprio l'impressione » — così chiosa il Benedetti (op. cit. 1973 pag. 25) — « che il redattore, per andare troppo avanti, finisca, invece, col retrocedere a una realtà sociale, che, specie dalle generazioni avvenire, sarà appresa solo dai romanzi. O il rimedio sarà utilizzato come un mezzo per liberarsi di un matrimonio che non si vuole più? ».

Sottolinea a sua volta il Pietrobon (op. cit. 1972 pag. 35 e segg.): « Nei contratti non mi sembra immeritevole di ripensamento la regola che esclude la rilevanza del timore reverenziale. Ma il problema, proprio sotto questo profilo, si manifesta diverso per il matrimonio, dove la reverenza, che dà vita

al timore, secondo la nota e antica concezione, corrispondendo a un sentimento che nasce nella famiglia, dovrebbe consistere in un rispetto misto ad affettuosa devozione. Su questo punto sarebbe stata necessaria, allora, una precisazione del legislatore, che valesse a guidare la giurisprudenza a distinguere il timore reverenziale, rilevante, dal *metus* spontaneo.

Il timore di arrecare un dolore decisivo al padre ammalato, rifiutando le nozze, può essere causa di successivo annullamento del matrimonio anche se lo sposo non sia stato oggetto di insistenti preghiere e di esortazioni? » E così continua: « Il timore reverenziale determinante nel matrimonio è visto prevalentemente, se non erro, nel timore di perdere, con il matrimonio, un legame di affetti e di protezione al quale si era appoggiata la vita di una persona. Se questo è l'ambito di ipotesi considerate dal legislatore, una precisazione sarebbe necessaria, vista la grande disparità di vedute testimoniata dalla dottrina in argomento. L'accenno al requisito della gravità eccezionale non è altro che un modo di evitare il problema.

E si affaccia allora il pericolo che venga concesso rilievo al timore spontaneo, in nome della libertà di scelta dell'individuo dimenticando che, se si è sempre stabilito che il timore deve essere provocato da una minaccia è per la constatazione che l'uomo in ogni scelta, e anche nel matrimonio, è condizionato da speranze e da paure ».

Conseguentemente, ad avviso del Pietrobon ed a modesto parere di chi stende la presente relazione, è cosa migliore e ponderata abbandonare l'accenno al timore reverenziale e affidarsi alla constatazione che le ipotesi in cui il timore reverenziale abbia una eccezionale intensità, e sia determinante, cadono facilmente nell'ipotesi della violenza (o, se del tutto spontaneo, dell'incapacità di volere). E, pertanto, non sembra tranquillizzante la soluzione suggerita dalla Commissione giustizia del Senato che, in forma equivoca, pur depennando il termine « timore reverenziale » introduce la locuzione « timore di eccezionale gravità determinato da cause estranee al nubente »; locuzione nella qua-

le, in sede interpretativa, potrebbe comprendersi anche il timore reverenziale.

m) Ben più pericolose e malamente formulate sono le innovazioni concernenti l'errore.

È risaputo che in base al diritto vigente e secondo l'interpretazione corrente l'errore è causa di nullità del matrimonio soltanto se cade sull'identità dell'altro coniuge e che l'errore sulla qualità è rilevante solo se si risolve in errore sull'identità fisica della persona (*error qualitatis redundans in errorem personae*). La giurisprudenza, infatti, ha identificato la formula usata dal secondo comma dell'articolo 122 codice civile con quella del canone 1083 § 2, n. 1 del *codex juris canonici*.

Il testo legislativo (articolo 14), invece, all'errore sulla identità (errore ostativo) che è essenziale in quanto esclude il consenso, aggiunge l'errore su qualità personali di carattere essenziale dell'altro coniuge (errore vizio).

La tecnica legislativa adoperata dal riformatore per determinare l'*error qualitatis* appare identica a quella utilizzata dal codice civile vigente in tema di contratti (art. 1429 codice civile). « La prospettiva », però, — così come scrive il Benedetti (*op. cit.* 1973 pag. 22) — « può essere utilizzata anche in materia matrimoniale, seppure col dovuto garbo, ridimensionandone i termini: non si tratta di una compra-vendita o di altro negozio patrimoniale, per cui si può parlare di idoneità dell'oggetto a realizzare l'interesse contrattuale; qui sono in gioco i sentimenti intimi e le idealità profonde della persona che si è legata a un'altra in quella totale comunione di vita che è il matrimonio. In questo senso più nobile, una volta che la legge annetta rilevanza all'errore sulla qualità dell'altro coniuge, come causa di nullità del matrimonio, può farsi riferimento alle doti morali e fisiche come componenti dell'interesse concreto al matrimonio: in mancanza di certe qualità, per errore ritenute esistenti nell'altro coniuge, può venire meno la ragione più profonda e la stessa possibilità dell'unione ».

Ma *est modus in rebus!* Chè, per evitare che l'errore sulla qualità della persona possa tradursi — come è da temere — in una minore stabilità del vincolo matrimoniale oppure in un espediente che celi un sistema per liberarsi da un matrimonio errato, è assolutamente indispensabile un'elencazione limitata e tassativa delle qualità rilevanti.

Non può, infatti, accettarsi la generica norma (e la Commissione giustizia del Senato, anche in accoglimento di un nostro specifico emendamento, bene ha fatto a sopprimerla) che consente l'annullamento anche quando l'errore riguardi « altri fatti di analogia rilevante gravità » in aggiunta a quelli specificatamente elencati nel 3° comma del nuovo articolo 122 proposto dal testo unificato, perchè essa autorizzerebbe ad invocare come causa di annullamento qualsiasi errore sulle qualità morali, compreso ad es. l'« *error virginitatis* » e, sulla base di certe esperienze italiane e straniere, darebbe comunque luogo ad un'applicazione largheggiante, se non indiscriminata.

n) Parimenti non è accettabile la innovazione che si vuole apportare all'articolo 123 del codice civile, il quale considera l'*impotenza* come causa d'impedimento del matrimonio.

Si configura la *impotentia* come un'ipotesi di errore sulle anomalie dell'altro coniuge e cioè come un errore sulla qualità.

È su tal punto assai chiaro che il riformatore intende allontanarsi dal concetto del matrimonio come istituto di diritto pubblico e conformarsi esasperatamente al principio della privatizzazione.

« Nella soppressione dell'impedimento dell'impotenza, specie dell'*impotentia coeundi* », e nella previsione, in sua vece, di un errore sull'anomalia dell'altro coniuge, non si deve notare tanto la trasformazione di un elemento di invalidità oggettiva in un fatto soggettivo, causa di annullabilità, bensì proprio la sparizione di un impedimento, cioè di una condizione che lo Stato vedeva come necessaria per aversi, di fronte alle esigenze essenziali della società, un matrimonio. L'idoneità a raggiungere quella perfetta co-

munione di vita che corrisponde alla pienezza del matrimonio non è più richiesta, è poco importa, ai fini che qui si tengono presenti, se la regola possa avere precedenti in particolari interpretazioni del requisito della *potentia* nella dottrina canonistica; vale di più il rilievo che la novella presenta tutto ciò come fatto interamente privato, la cui mancanza deve essere fatta valere entro un certo tempo a pena di prescrizione. Non si deve credere, però, che la modificazione sia priva di conseguenze anche sul piano strettamente pratico; per limitarsi alla sola *impotentia generandi*, anch'essa tolta dal numero degli impedimenti (e che non era causa di annullamento o nullità se nota all'altro coniuge), diverso ne sarà il trattamento oggi, e basti pensare all'ipotesi del dubbio in cui un nubente fosse intorno all'idoneità dell'altra parte. Quando ne avrà conferma, non potrà dire che il suo consenso fu escluso da errore? O si vedrà riaffiorare, per questa ipotesi, l'istituto della condizione implicita? » (Pietrobon op. cit. pag. 29).

A nostro avviso l'impotenza, almeno per quanto riguarda l'*impotentia coeundi* non può non essere considerata causa oggettiva di impedimento o invalidità del matrimonio, che deve operare indipendentemente dalla conoscenza e può essere fatta valere dall'uno o dall'altro dei coniugi senza limiti di tempo, perchè l'idoneità fisica al matrimonio, l'attitudine fisica ai rapporti coniugali, senza la quale non si può raggiungere la pienezza del matrimonio, costituisce un requisito del matrimonio, difettando il quale non può esistere un vincolo valido.

Secondo l'innovazione che si vorrebbe apportare all'attuale articolo 123 codice civile se l'errore non vi sia stato oppure lo sposo impotente abbia comunicato all'altro il proprio stato fisico e di salute, il matrimonio dovrebbe essere pienamente valido.

Una siffatta idea del matrimonio non è sentita dalla generalità dei cittadini che, seppure considera il matrimonio una unione fondata essenzialmente sull'affetto reciproco e sul bisogno di mutua assistenza nella lotta per la vita, non vede in esso appena la creazione di una società amicale, bensì la

costituzione di un nucleo familiare avente tra i suoi fini preminenti quello della procreazione e della educazione dei figli.

Per queste considerazioni si è del parere che debba essere mantenuta l'attuale regolamentazione (articolo 123 codice civile comma 1°) la quale ritiene l'impotenza perpetua, sia assoluta che relativa, causa di nullità del matrimonio che può essere fatta valere dall'uno e dall'altro coniuge.

Anzi appare opportuno modificare il comma 2° della predetta norma nel senso che anche la *impotentia generandi* deve essere ritenuta causa di nullità, seppure nel solo caso che uno dei coniugi manchi di organi necessari per la generazione all'atto della costituzione del matrimonio, e senza che vi siano limitazioni od eccezioni alla proposizione dell'azione di annullamento. Peraltro già in sede di lavori preparatori del vigente codice civile il Guardasigilli dell'epoca (Relazione al progetto definitivo n. 141-142) poneva in luce che, se da una parte è da riconoscere che la più alta concezione della famiglia riposa preminentemente su motivi di ordine spirituale, dall'altra parte non si può negare che la procreazione deve essere una delle finalità primarie del matrimonio. E pur ritenendo allora inopportuno introdurre la *impotentia generandi* come causa generale di annullamento del matrimonio, aggiungeva testualmente: « Tuttavia ragionevole peso devono trovare nella considerazione del legislatore quei casi in cui l'impossibilità di generare dipende da mancanza di organi necessari ai fini della procreazione. Ho considerato che chi sposa una persona priva degli organi necessari per la creazione erra, in sostanza, sull'individualità fisica della persona stessa ».

o) Altra causa di invalidità del vincolo matrimoniale prevista dal testo licenziato dalla Camera dei deputati è la *simulazione*. Su tal punto viene in piena luce l'effettiva intenzione del legislatore, che si propone di accentuare il consenso, cioè l'aspetto soggettivo e perciò individuale del matrimonio rispetto alla celebrazione di esso e cioè all'aspetto oggettivo e sociale.

È risaputo che la nuova norma suggerita dall'articolo 15 del testo predetto non trova corrispondenza nelle norme sul matrimonio dettate dal codice vigente, che neppure accenna alla simulazione, sebbene una contraddittoria giurisprudenza della Cassazione escluda l'invalidità del matrimonio civile per la causa in questione e coevamente, nel riconoscere agli effetti civili le sentenze esclusive di nullità, riguardanti matrimoni canonici preconcordatari, nei confronti del parallelo e indipendente vincolo civile (ai sensi dell'articolo 22 legge 27 maggio 1929, numero 847), affermi che la simulazione, assoluta e relativa, è una causa di nullità ammessa anche dal codice civile, perchè anche in questo il consenso delle parti è essenziale per la formazione del vincolo (F. Finocchiaro op. cit. 1972 pag. 200).

L'opinione dominante è contro la rilevanza della simulazione in ordine alla validità ed alla efficacia del matrimonio, sotto il riflesso che nell'istituto del matrimonio, quale risulta dalla normativa attuale, assume rilievo fondamentale e preminente l'impegno dei coniugi nei confronti della collettività. Di recente anche in un caso assai singolare (una donna, per legittimare una figlia nata dalla sua relazione con un uomo sposato, aveva celebrato nozze simulate con il padre di questi) si è ritenuto che la simulazione non ha rilevanza nel matrimonio civile (Trib. Trieste 14 marzo 1973 in « Giurisprudenza Italiana » — dicembre 1973 — Parte Prima — Sez. II, cl. 1218 e segg. e nota).

Il riformatore, ora, di fronte al duplice aspetto che può assumere il matrimonio (quello interno costituito dall'impegno reciproco dei coniugi e quello esterno rappresentato dall'impegno nei confronti della collettività) opta per il primo dei due aspetti e cioè per la cosiddetta « privatizzazione » del matrimonio e, quindi, come causa di invalidità di questo introduce la simulazione, ritenendo che « nel conflitto tra l'interesse della collettività alla certezza e stabilità del vincolo e quello delle due parti a non essere legate ad un impegno che non hanno voluto e non vogliono, prevale il secondo » (Martinel- li - Simulazione nel matrimonio - in « Sulla

riforma del diritto di famiglia » Edizione CEDAM 1973 pag. 40).

Non può certamente negarsi che il testo unificato, nel ritenere nullo il matrimonio derivante da accordo simulatorio rivolto a creare l'apparenza di un vincolo coniugale per fini estranei, ha preso in giusta considerazione casi di particolare gravità, quali ad es. il matrimonio contratto al solo scopo di assumere diversa cittadinanza per sfuggire a persecuzioni politiche o razziali oppure quello celebrato all'esclusivo fine di sottrarre lo sposo o la sposa al pericolo della deportazione o dell'internamento in campi di lavoro.

Ma non può accettarsi la formula del proposto articolo 17 del disegno di legge proposto dall'altro ramo del Parlamento che in termini di assoluta genericità consente a ciascuno dei coniugi di impugnare il matrimonio per simulazione « quando è stato contratto in base ad un accordo tra gli stessi diretto ad escluderne gli effetti ed esclusivamente come mezzo per il raggiungimento di altri effetti del tutto estranei al matrimonio stesso ».

E neppure soddisfa la altrettanta generica soluzione prospettata dal disegno di legge Falcucci (articolo 14) — e fatta propria dalla Commissione giustizia del Senato — che prevede la impunità « quando, attraverso un accordo simulatorio, i nubendi abbiano convenuto di non adempiere gli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio ».

Si tratta di formulazioni ambigue, poco chiare e facilmente estensibili, che esasperano la concezione privatistica del matrimonio.

Pertanto sembra ispirata a saggio criterio di prudenza e di ponderatezza la opinione di chi auspica che la norma sia opportunamente emendata con la previsione del limite della *iusta causa simulandi* e cioè con riferimento ai soli casi in cui le parti abbiano fatto simulato ricorso al matrimonio perchè spinte da un motivo grave e di alto valore sociale e morale; in tal modo si realizzerebbe « un sostanziale progresso del sistema in termini di una disciplina finalmente

atta a conciliare il rispetto delle fondamentali regole poste a presidio dell'istituto matrimoniale con le esigenze di giustizia e di umana solidarietà ». (Giampiccolo - Singole osservazioni su tutti i temi della riforma - op. cit. CEDAM 1973 pag. 170).

Parimenti non è da sottovalutare chi si spinge ancora più in là e suggerisce un diverso taglio da dare alla disciplina, prescindendo dalla figura della simulazione e prevedendo piuttosto la rilevanza dello stato di necessità (Martinelli op. cit. pag. 43).

A noi sembra che entrambi i due suggerimenti siano da approvare, sicchè la simulazione quale causa di nullità del matrimonio potrebbe essere invocata solo per quei casi in cui il matrimonio sia contratto in base ad accordo simulato derivante da motivo grave e di alto valore sociale e morale o a causa di stato di necessità.

Senza tali limiti, come fondatamente pone in rilievo il Benedetti (op. cit. pag. 26), « si giunge inevitabilmente a gravi abusi, socialmente ingiustificabili: è il caso della "stellina" straniera che sposa, sempre ai fini della cittadinanza, il "vecchietto" del gerontocomio, dietro il "corrispettivo" di una piccola somma di denaro ».

E sarebbe anche facile annullare un matrimonio, adducendo come pretesto che esso sia stato contratto « *ioci causa* ».

Ma, come ha avvertito Emilio Betti (ed il ricordo di tale insegnamento opportunamente è riecheggiato dal Benedetti), « l'ordinamento giuridico statuale, in coerenza coi valori che tutela, non può ammettere la strumentalizzazione a fini futili o addirittura riprovevoli di un istituto di tanta dignità sociale e morale come il matrimonio ».

p) Abbiamo visto come il riformatore consideri il matrimonio in termini di mero atto privato e come riesca nell'intento voluto richiamando in tema di invalidità le disposizioni privatistiche sull'errore e sulla violenza.

Attesa tale concezione, non desta meraviglia che il disegno di legge della senatrice Falcucci (art. 15), in aggiunta alle cause di nullità previste dal testo approvato dalla Camera, dia rilevanza anche *al dolo*.

Nel vigente codice civile non è stato fatto alcuno specifico riferimento al dolo, nonostante qualche divergente opinione dottrinale.

Il legislatore avvertì all'epoca il pericolo che, ammettendo l'annullamento del matrimonio anche a causa di dolo, sarebbe stata scossa la stabilità dei matrimoni dagli stessi sposi, i quali, per speranze o illusioni svanite, avrebbero potuto dirsi vittime di fraudolenti artifici o raggiri (Maggiore, Diritto civile italiano secondo il nuovo codice, vol. I, ediz. 1940, pag. 594).

Non sembra che siano sopravvenute giustificate ragioni perchè il dolo possa essere introdotto come nuova causa di invalidità del matrimonio; la sua previsione costituirebbe ulteriore valvola aperta al fine di conseguire, con l'espedito artificioso dell'azione di annullamento per pretesa causa originaria, lo scioglimento del matrimonio per volontà sopravvenuta di uno o di entrambi i coniugi.

g) Anche la proposta relativa all'annullamento per *inconsumazione* (art. 16 del disegno di legge n. 41) non ci trova consenzienti; essa non attiene alla validità del vincolo; per lo stesso diritto canonico l'ipotesi del matrimonio, al quale non sia seguita la consumazione del rapporto fisico tra i coniugi, costituisce un caso di scioglimento.

Si tratta di un tentativo di adeguare le norme del codice civile a quelle del *codex juris canonici* che non trova alcuna giustificazione nel principio di uguaglianza sancito nell'articolo 3 della Costituzione perchè la Corte costituzionale anche di recente ha escluso che la diversità di regime cui sono sottoposti i matrimoni contratti davanti all'ufficiale di stato civile rispetto a quelli celebrati davanti al Ministro di culto cattolico implichi violazione del fondamentale principio di uguaglianza; è, in effetti, la pratica attuazione di codificare quale causa di nullità una causa di scioglimento del matrimonio come tale d'altra parte prevista dalla legge istitutiva del divorzio (art. 3, n. 2, lettera f), legge 1° dicembre 1970, n. 898).

La proposta, forse andando al di là dell'intenzione della redattrice del disegno di

legge, diviene uno strumento per alleggerire il sistema dell'indissolubilità del matrimonio, quasi la conferma concreta di quella regola costante ed esatta, che lo storico ed il comparatista individuano nel fenomeno per il quale « l'esclusione o la rigorosa limitazione della dissolubilità del vincolo allargano inevitabilmente l'area delle nullità, attraverso gli interventi del legislatore e l'opera della giurisprudenza pratica » (Rescigno, op. cit., 1972, pag. 19).

Il rilievo assume, peraltro, maggiore consistenza e gravità tosto che si constati che nell'articolo successivo dello stesso disegno di legge Falcucci (art. 17) sotto il titolo « annullamento estero » è prevista un'altra causa di nullità che è un altro vero e proprio caso di scioglimento del matrimonio, particolarmente annoverato come tale all'articolo 3, n. 2, lettera e) della citata legge n. 898 del 1970, e cioè il caso relativo al matrimonio di un cittadino italiano con uno straniero che non abbia mai precedentemente avuto la cittadinanza italiana ed abbia ottenuto all'estero sentenza irrevocabile di annullamento o di scioglimento del vincolo coniugale.

r) A conclusione del capitolo che tratta i casi di invalidità del matrimonio è da sottolineare che nel disegno di legge n. 550 si riscontra una ulteriore applicazione del principio della privatizzazione e, precisamente, nella disciplina del *matrimonio putativo* e dei diritti dei coniugi e dei figli successivi alla pronuncia di nullità (artt. 18 e 19).

Su tal punto il riformatore dell'altro ramo del Parlamento innova profondamente rispetto all'attuale codificazione articoli 128 e 129 codice civile). Questa con generica formulazione si limita a riconoscere gli effetti del matrimonio valido al matrimonio dichiarato nullo se contratto in buona fede od estorto con violenza, fino alla sentenza che pronuncia la nullità; e ciò sia nei confronti di entrambi i coniugi o del coniuge di buona fede che nei confronti dei figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo o dei figli nati prima del matrimonio e riconosciuti antecedentemente alla sentenza dichiarativa della nullità.

Ai sensi della proposta riforma, invece — come pone in rilievo il Filanti (*Matrimonio putativo* — in « Sulla riforma del diritto di famiglia », Cedam, 1973, pag. 37) — l'attribuzione dello *status* di figlio legittimo alla prole, effetto di rilievo preminente, nonchè storicamente tipico dell'istituto, non appartiene alla fattispecie « matrimonio putativo », ma alla fattispecie « matrimonio dichiarato nullo » (art. 18, terzo comma); mentre, in difformità all'attuale disciplina del codice civile che non attribuisce rilievo autonomo ai rapporti di natura patrimoniale fra i coniugi, è prevista (art. 19) in ordine a tali rapporti una ultrattività che, nel caso di buona fede di uno solo degli sposi, si concretizza in una posizione di privilegio prettamente privatistica avente una eccezionale dimensione temporale e cioè un termine finale coincidente con la contrazione di nuove nozze del coniuge in buona fede e potenzialmente con il decesso di uno dei coniugi.

« Buona cosa e corrispondente, oltretutto, al senso comune più evidente » (tale riflesso positivo della riforma è onesto sottolineare) è « la parificazione di ogni annullamento per i figli, considerati in ogni caso in buona fede come esseri innocenti » (Simonetto, op. cit., 1972, pag. 217).

Il primo comma del nuovo progettato articolo 128, poi, estende la regolamentazione del matrimonio putativo al matrimonio dichiarato nullo a causa di consenso determinato da timore reverenziale di eccezionale gravità; tale previsione è stata, però, soppressa dalla Commissione giustizia del Senato (art. 16) considerato che il timore reverenziale — come abbiamo dimostrato in precedenza — non può assurgere a causa di invalidità del vincolo matrimoniale.

Come appendice, infine, all'esame delle nullità del matrimonio basta un breve cenno sulle responsabilità da esse conseguenti.

La disciplina in materia non è nuova per il nostro ordinamento codificato (art. 139 del codice civile).

Il riformatore della Camera innova soltanto nel senso che dissocia in norme distinte i due principi della sanzione civile (art. 20)

e della sanzione penale (art. 21) ed elimina alcuni dubbi ai quali ha dato luogo in sede interpretativa ed applicativa l'attuale articolo 139 del codice civile.

Come sottolinea il Buoncristiano (Responsabilità per la nullità del matrimonio, in « Sulla riforma, ecc. », Cedam, 1973, pagg. 67 e segg.), il nuovo testo legislativo con l'articolo 20 serve a chiarire che l'indennità risarcitoria ha natura extracontrattuale ed è dovuta ogni volta che la nullità viene dichiarata, quale che sia l'autorità (ordinaria od ecclesiastica) che adotti il provvedimento. Per quanto concerne la sanzione penale l'articolo 21 dispone soltanto un aumento dell'ammenda (fino a lire un milione), in raffronto alla pena sancita dal citato articolo 139 del codice civile, a carico di chi nel contrarre matrimonio occulta o comunque lascia ignorare all'altro coniuge l'esistenza di una causa di nullità, che non sia quella derivante da un precedente matrimonio.

Il disegno di legge Falcucci, invece, è alquanto più drastico ed eccessivamente rigoroso, in quanto commina la pena detentiva della reclusione fino a tre anni (art. 19), considerando così il fatto illecito come delitto e non come contravvenzione.

Per converso la Commissione giustizia del Senato, privatizzando ulteriormente l'istituto del matrimonio, è pervenuta alla determinazione non condividibile di annullare qualsiasi sanzione penale.

In tema di sanzioni è da condividere, quale marginale modifica giustificata dalla svalutazione monetaria, l'elevazione dell'ammenda (da lire 20.000 a lire 80.000) prevista dall'articolo 22 del disegno di legge n. 550 (art. 19 del testo licenziato dalla Commissione giustizia del Senato) rispetto al *quantum* assai esiguo della pena pecuniaria di cui all'articolo 40 del codice civile.

L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nell'unità familiare

Il testo unificato, così come tutti i disegni di legge sulla riforma del diritto di famiglia, insiste sull'esigenza di attuare l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi in ap-

plicazione dell'articolo 29 della Costituzione che proclama tale parità « con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare ».

Non pochi sostengono che l'attuale disciplina del codice civile poggi su un sistema tradizionale imperniato sulla preminenza del marito, investito, quale capo della famiglia, della potestà maritale rispetto alla moglie e della patria potestà rispetto ai figli; ma vi è anche chi — come abbiamo ricordato nella parte introduttiva della presente relazione — autorevolmente ha espresso il parere che il principio dell'eguaglianza dei coniugi è già nell'attuale ordinamento della famiglia e che l'attribuzione in via particolare di taluni diritti al marito costituisce l'espressione di un potere-dovere ispirato all'esigenza di una guida unitaria della famiglia e non certamente ad un preteso predominio arbitrario e dispotico.

« Se è vero che mal si presta a caratterizzare i rapporti tra i coniugi il concetto di potestà maritale infelicemente richiamato nel titolo (dell'articolo 144 del codice civile), come ancora la qualità di capo della famiglia attribuita al marito, non può dirsi tuttavia che l'ordinamento attuale ponga la moglie in condizione di inferiorità rispetto al marito, se è vero che ai coniugi vengono attribuiti diritti e doveri reciproci; coabitazione, fedeltà, assistenza; obblighi comuni: mantenimento, istruzione, educazione della prole; poteri comuni: soggezione del figlio minore alla potestà dei genitori, esercizio della patria potestà dei genitori, esercizio della patria potestà da parte della madre quando il padre ne sia impedito o decaduto » (Ciffo - L'accordo dei coniugi alla base del nuovo diritto di famiglia, in « Gazzetta forense », gennaio 1974).

Senza bisogno di indugiarsi in disquisizioni più o meno polemiche e più o meno dialettiche, non abbiamo difficoltà di affermare che una chiara attuazione del principio di cui all'articolo 29 della Costituzione (eguaglianza morale e giuridica dei coniugi entro i limiti della garanzia dell'unità familiare) in conformità all'evoluzione del costume e del comune sentimento della società

del nostro tempo è necessaria nella legislazione ordinaria.

È però da sottolineare che sull'esatta interpretazione di tale norma costituzionale sono sorti dei dubbi, perchè — si è detto — l'eguaglianza o è o non è e non si può essere coevamente uguali e disuguali.

A noi sembra che sia esatto il convincimento di chi ritiene che l'articolo 29 della Carta fondamentale « lasci intendere questo pensiero: i coniugi hanno la stessa dignità morale e giuridica; quindi la disciplina che il legislatore ordinario (deve dare) ai rapporti tra loro e con i figli deve essere improntata al principio della parità ».

Ciò comporta che essi abbiano uguali diritti ed uguali doveri, cioè uguali poteri familiari. Poichè peraltro siffatta uguaglianza di poteri in taluni casi potrebbe compromettere l'unità della famiglia, il legislatore ordinario deve derogare ad essa nei limiti necessari e sufficienti per assicurare detta unità. Ciò significa che l'attribuzione ad un coniuge di poteri diversi o maggiori che all'altro è costituzionalmente consentita solo in quanto tenda e sia indispensabile alla realizzazione dell'unità familiare. In ogni altro caso è costituzionalmente illegittima » (Stella Richter, Prospettive di riforma del diritto di famiglia, in « Giustizia civile », 1970, parte IV, pag. 267).

Senonchè la Corte Costituzionale nelle sue pronuncie sul principio di eguaglianza tra i coniugi con il decorso del tempo si è prodotta in una vera e propria evoluzione del suo pensiero.

In alcune sentenze è sembrata orientata nel senso di ritenere che il principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi stabilito dall'articolo 29 altro non sia che la specifica applicazione, nel campo dei rapporti familiari, del più generale principio di eguaglianza voluto dall'articolo 3 della Costituzione (sentenze n. 46 e 49 del 1966, rel. Mortati), ma successivamente, dichiarando incostituzionale il reato dell'adulterio femminile, ha affermato l'autonomia del principio di eguaglianza dei coniugi di cui all'articolo 29 rispetto al principio stabilito dall'articolo 3. Leggesi, infatti, nella sentenza n. 127 del 1968, rel. Bonifacio: « Non ap-

pare molto appropriato il riferimento... all'articolo 3 della Costituzione... Questa norma... prende in considerazione l'uomo e la donna come soggetti singoli che, nei rapporti sociali, godono di uguali diritti ed uguali doveri. Essa tutela la sfera giuridica della donna ponendola in condizioni di perfetta uguaglianza con l'uomo rispetto ai diritti di libertà, alla immissione nella vita pubblica, alla partecipazione alla vita economica ed ai rapporti di lavoro, eccetera. E la differenza di sesso è indicata nel detto articolo con riferimento ai diritti ed ai doveri dei cittadini nella vita sociale, e non anche con riferimento ai diritti di famiglia. I rapporti tra i coniugi sono invece disciplinati dall'articolo 29 della Costituzione ».

Fatta rientrare così l'intera disciplina dei rapporti di famiglia entro l'ambito esclusivo dell'articolo 29, si è appalesata indispensabile una più rigorosa ricostruzione della operatività dei principi di eguaglianza e di unità ai quali si dovrebbe ispirare la legislazione ordinaria e la Corte ha ad un certo punto ritenuto che il citato articolo 29 non impone in ogni norma ordinaria la tutela contestuale dei predetti due principi ed ha utilizzato lo schema regola-eccezione, considerando la parità dei coniugi la regola e la garanzia dell'unità della famiglia l'eccezione, il « limite che come tale va interpretato restrittivamente » (così letteralmente nella richiamata sentenza n. 46 del 1966).

La sentenza n. 147 del 1969 (rel. Bonifacio), applicando in maniera più rigorosa il principio della parità, ha puntualizzato che, in difetto di valide ragioni per la prevalenza della tutela dell'unità, il trattamento dei coniugi non potrebbe essere in alcun modo diverso, essendo chiaro che « la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio contempli obblighi e diritti uguali per l'uomo e per la donna » e che « in generale, nella regolamentazione dei rapporti tra i coniugi è vietato al legislatore di dar rilievo a ragioni di differenziazione diverse da quelle concernenti l'unità ».

Certamente la chiave di volta per una corretta applicazione dell'articolo 29 della Carta costituzionale è il concetto di unità della famiglia.

Ma non pare che la Corte abbia saputo sino ad oggi elaborare un contenuto univoco di tale concetto, sicchè nelle varie decisioni sono riscontrabili difformi significati di unità familiare.

Sembra che si sia voluto e si voglia distinguere una unità materiale da una unità spirituale (sentenza n. 46 del 1966 citata); si profila in alcune sentenze, specialmente in tema di patria potestà, un particolare aspetto dell'unità intesa come unità di indirizzo all'interno del gruppo sociale che si esteriorizza poi rispetto ai terzi.

Sulla base di una più generale « esigenza, comunemente avvertita in ogni umano consorzio, di apprestare i mezzi per la formazione di una volontà unitaria riferibile al consorzio medesimo » si interpreta il limite dell'unità nel senso che « il legislatore ordinario sarebbe autorizzato ad individuare e codificare quelle limitazioni che siano obiettivamente necessarie ai fini delle fondamentali esigenze di organizzazione della famiglia e che, senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, fanno tuttora del marito per taluni aspetti, il punto di convergenza dell'unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale » (sent. n. 102 del 1967, rel. Mortati).

In effetti la Corte costituzionale ha lasciato sopravvivere, in maniera più accentuata in un primo tempo ed in minor grado successivamente, la condizione di guida stabilita dal codice civile nei riguardi del marito, ammettendo delle eccezioni o deroghe al principio di parità per assicurare l'unità della famiglia.

Ora, nel procedere alla riforma del diritto di famiglia, il principio di eguaglianza non può non essere collegato con il principio della garanzia dell'unità familiare. La parità tra i coniugi è la regola generale, ma deve soggiacere a limitazioni e deroghe che valgono al mantenimento dell'unità della famiglia, in tutti i sensi ed in tutti i rapporti, materialmente e spiritualmente, nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività dei suoi componenti, all'interno e all'esterno. L'esigenza suprema è che la famiglia non si disgreghi, come avverrebbe se ogni suo membro agisse in modo autonomo ed even-

tualmente in contrasto con altri (Stella Richter, op. cit., pag. 269).

Ciò precisato, è da esaminare se il testo legislativo approvato dalla Camera dei deputati e mantenuto largamente dalla Commissione giustizia del Senato, salvaguardi il duplice principio della parità tra marito e moglie e della garanzia dell'unità familiare.

Il quesito non può avere che una risposta nettamente negativa, in quanto, a nostro avviso, le norme proposte costituiscono una massiccia affermazione dell'individualismo più egoistico, per il quale i coniugi appaiono considerati come soci portatori di singoli interessi e non come *partners* di una vita comune, nella quale i diritti dovrebbero sentirsi in diretta dipendenza con l'assunzione di obblighi e di sacrifici accettati come impegno di vita nell'interesse collettivo (A. Trabucchi, *Il governo della famiglia*, in « Riforma del diritto di famiglia », ed. Cedam, 1972, pag. 45; Cicala, in *Giust. civ.*, 1973, parte IV, pag. 139).

L'articolo 23 proclama il principio di eguaglianza stabilendo che « con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e gli stessi doveri », si impegnano reciprocamente alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione » ed « entrambi... sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia ».

L'articolo 25 statuisce che « i coniugi di comune accordo... stabiliscono l'indirizzo unitario della famiglia, ne decidono gli affari essenziali e fissano la residenza comune ».

Viene così abolita la cosiddetta potestà maritale e viene radicalmente modificata la disciplina del cosiddetto governo della famiglia.

Nessuna posizione di preminenza al marito, al quale peraltro secondo il codice vigente incombono maggiori pesi e maggiori responsabilità; non più la presenza di un capo ma una diarchia nella direzione della famiglia, la costituzione di un ordinamento di assoluta parità che vorrebbe assicurare alla donna un maggiore rispetto della sua

personalità e della sua autonomia nell'ambito della famiglia.

Anche per quanto concerne il cognome della moglie prevale il principio individualistico; non si vuole neppure formalmente che la famiglia possa essere indicata ed individuata con il cognome del marito; la moglie, infatti, non assume più il cognome del marito (articolo 144 codice civile), ma lo aggiunge al proprio cognome (art. 24 del disegno di legge n. 550); il progetto Falcucci (art. 24) avverte quanto meno l'esigenza di introdurre l'obbligo della moglie di premettere al proprio il cognome del marito e ciò perchè « non è nella disciplina del nome che si realizza in qualche modo il principio egualitario tra i sessi », ma perchè « una volta affermato il diritto della donna di conservare anche il cognome della propria famiglia di origine... rimane fermo il principio secondo cui l'indicazione nominativa del soggetto o del nucleo familiare ha semplice funzione di identificazione dell'individuo o della famiglia nell'interesse generale ».

Ma non è questa previsione di carattere formale, avente tuttavia i suoi riflessi di natura sostanziale e psicologica (tanto vero che la Commissione giustizia del Senato, in accoglimento di conformi specifici emendamenti democristiano e missino, ha adottato il termine « premette ») che appare incongrua nel testo legislativo.

Ciò che è grave è invece che il regime dell'uguaglianza si intenda applicare senza limiti, con evidente pregiudizio dell'unità familiare e che si abbia cura di tutelare i diritti e di minimizzare e quasi annullare i doveri dei coniugi. Assai significativa al riguardo è l'intitolazione dell'articolo 23 del testo unificato della Camera dei deputati che fa precedere ai doveri i diritti reciproci dei coniugi, mentre l'articolo 143 del codice civile e l'articolo 20 del disegno di legge Falcucci si appellano soltanto ai doveri. Siamo pienamente d'accordo su una uguaglianza che significhi pari dignità, reciproco rispetto della personalità, ma non è umanamente realizzabile una identità di compiti e di funzioni come precetto giuridico in seno alla famiglia, in un nucleo cioè nel quale preminente deve essere l'armonia come manifesta-

zione di sentimenti e di affetti. La concezione meccanica dell'uguaglianza, di una eguaglianza intesa come obbligo, e non come spontaneo atto di donazione, di dedizione, di volontaria comunione di vita e di opere, toglie praticamente alla famiglia la potestà di autogovernarsi e si appalesa una soluzione meramente ingenua ed al di fuori di ogni realtà, perchè una famiglia vive e si mantiene integra ed unita nei suoi soggetti e nell'assolvimento dei suoi compiti se ed in quanto sussistano il consenso, l'accordo, l'armonia tra i suoi componenti; tosto che questi manchino è vana cosa appellarsi al principio della parità, al diritto-dovere all'uguaglianza, all'intervento dell'autorità giudiziaria, in quanto in tali casi la famiglia è già dissolta e comunque cesserà di essere per effetto della separazione o del divorzio.

Fermo restando, quindi, il principio di parità tra i coniugi, riteniamo opportuno che esso sia attenuato e sacrificato in misura peraltro assai limitata al fine di non caducare il correlativo principio dell'unità, per assicurare alla famiglia una maggiore funzionalità e la sua stessa autonomia, nel senso che al marito debba essere attribuita la rappresentanza della famiglia e, quanto meno, il potere di prendere le decisioni di particolare urgenza in caso di contrasto tra i coniugi, salvo il ricorso in sede di volontaria giurisdizione al Tribunale ove le decisioni appaiano gravemente pregiudizievoli per la famiglia.

Illustri magistrati hanno avuto modo di esprimersi persino in termini di delimitazione dei compiti dei coniugi come applicazione del principio di uguaglianza correlato con quello dell'unità della famiglia. Tra essi l'attuale primo Presidente della Corte di Cassazione Mario Stella Richter (Prospettive di riforma del diritto di famiglia — in « Giustizia Civile » 1970 — Parte IV, pagina 270) ha così scritto: « Posto che... al principio di parità possono porsi dei limiti per assicurare l'ordinato svolgimento della vita familiare, per evitare, cioè che questa si dissolva o si trovi in una situazione di immobilità; posto che è inopportuno il limite della prevalenza della volontà di un coniuge, importante il ricorso dell'altro al giudice, mi pare so-

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

luzione migliore quella di stabilire che, in caso di disaccordo tra i coniugi, debba prevalere la decisione dell'uno o dell'altro, secondo le attribuzioni normali, la competenza di ciascuno, riservandosi alla moglie il governo della casa o *ménage* domestico, che si estende a tutti i bisogni della vita quotidiana, ed al marito le altre direttive ».

Non si vede, poi, perchè nel disegno di legge n. 550 l'intento di assicurare una giustizia di parità nei rapporti tra i coniugi debba spingersi sino ad intaccare l'unità della famiglia.

Impostazione prettamente individualistica è, infatti, quella che ad esempio, si esprime nella formula (del secondo comma dell'articolo 23 che propone il testo del nuovo articolo 143 del codice civile), la quale detta che gli sposi *si impegnino reciprocamente alla fedeltà ed all'assistenza* e che sostituisce la vigente norma (prudentemente mantenuta nell'articolo 20 del disegno di legge Falcucci) per cui « il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco... della fedeltà e dell'assistenza ».

La dichiarazione di volontà dei nubenti « ha carattere piuttosto formale anzichè contenutistico, per una istituzione che è costituita con una configurazione essenziale nella quale campeggia l'obbligo di fedeltà; di quella fedeltà coniugale che, se forse potrà essere considerata un relitto arcaico dai popoli della Scandinavia, non lo è certo da noi. Gli sposi si impegnano reciprocamente, è detto nel progetto; ma si sa che se sorge tra di loro controversia, pensiamo ad esempio per la fissazione della residenza, il giudice interviene e decide, mentre se uno di essi viola anche patentemente l'impegno assunto di fedeltà, il giudice resta ormai impotente, quasi che egli non fosse il portatore dell'espressione sociale del diritto. L'impegno principale dei coniugi appare quindi senza sanzioni, la violazione sarà senza conseguenze, separazione o divorzio essendo semmai soluzioni che aggravano la situazione patologica, disconoscendo cioè obbligo e diritto. Costruire la filosofia del matrimonio con una prospettiva quasi naturale di scioglimento in seguito al ritiro dai propri obblighi di uno dei membri, significherebbe disconoscere *ab imis* tutto

ciò che il matrimonio stesso come istituzione sociale — a differenza di tutte le altre unioni — significa nella vita di un uomo: garanzia di sicurezza in una visione di avvenire e di esclusività » (A. Trabucchi, op. cit. pag. 45). E, pertanto, seppure con formula attenuata e piuttosto flebile, bene ha fatto la Commissione Giustizia del Senato, accogliendo parzialmente anche un emendamento della Destra nazionale, a prevedere che dal matrimonio deriva ai coniugi non un semplice impegno, bensì l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia ed alla coabitazione.

L'intervento del giudice nella direzione della famiglia.

La mancanza di deroghe alla parità dei coniugi comporta ineluttabilmente il ricorso al giudice in ogni caso di contrasto o di decisione presa unilateralmente dall'altro coniuge.

L'originario articolo 26 del disegno di legge n. 550 è, infatti, costretto a prevedere l'intervento del giudice, stabilendo che « in caso di disaccordo sull'indirizzo della vita della famiglia o sulla fissazione della residenza familiare ciascuno dei coniugi può chiedere, anche oralmente, l'intervento del giudice tutelare ».

Il disegno di legge Falcucci (articolo 22) devolve la competenza ad eliminare i contrasti al Tribunale per la famiglia, al quale demanda il compito di « suggerire la soluzione che meglio risponda agli interessi della famiglia, sulla base delle indicazioni fornite dai coniugi e dai figli legittimi maggiorenni o emancipati, se conviventi », mentre per quanto concerne l'inadempienza parziale o totale del coniuge agli obblighi di concorrere e soddisfare le esigenze della comunità familiare e dei singoli membri di essa « con il proprio lavoro professionale o casalingo, nonchè in relazione alle proprie sostanze e alle proprie capacità di guadagno » conferisce allo stesso Tribunale della famiglia più ampi poteri decisori consistenti nell'autorizzazione all'altro coniuge « di riscuotere od

esigere direttamente i crediti, i redditi di quausiasi natura e i proventi di lavoro del coniuge inadempiente » (articolo 21). È facile rilevare che le predette previsioni legislative si rendono necessarie perchè gli interessi individualistici dei singolo componenti della famiglia, considerati come preminenti se non esclusivi dal legislatore, hanno bisogno dell'assiduo intervento del pubblico potere nella veste di giudice per essere tutelati.

Ma, così operando, si finisce a rappresentare la famiglia-istituzione come « un relitto del passato, non più utile schermo tra individuo e Stato. Come severamente e con una certa ironia ammonisce il De Cupis in una nota critica pubblicata dalla rivista « L'Europa » (n. 21 del 15 dicembre 1972 pag. 62), « quegli stessi membri, non più in grado di fare da sè per la scomparsa dell'odiata (?) autorità interna familiare saranno indotti ad invocare l'ausilio dell'organo giudiziario del paterno Stato. La famiglia del futuro sarà, per l'appunto governata dal giudice; la sede del suo governo verrà trasferita nel palazzo di giustizia. L'interna autorità del marito sarà sostituita dall'esterna autorità del giudice, il quale risolverà tutti i conflitti che sorgono ogni qual volta i coniugi, compiutamente uguali, non si metteranno d'accordo su qualche elemento della loro vita comune. Come necessaria conseguenza dell'attuazione dell'uguaglianza, ciascuno dei coniugi essendo pienamente uguale all'altro, è fatale che entrambi siano sottoposti all'esterna autorità dello Stato, nella persona del giudice ».

Non è, però, accettabile la codificazione di una interferenza costante, di un intervento assai largo e quasi illimitato dell'autorità giudiziaria nella comunità domestica, così come previsto nel testo unificato approvato dalla Camera dei deputati, che in tal modo ha dato piena ed integrale attuazione alla proposta avanzata, sia nella quarta che nella quinta legislatura, dai deputati Jotti e Spagnoli.

« La famiglia ha un suo diritto interno, il cosiddetto « diritto di casa » che la legge è tenuta a rispettare. Un intervento dello Stato è ammissibile non per l'esercizio delle facoltà discrezionali di direzione della fami-

glia, ma solo per la repressione degli abusi e la regolamentazione in caso di rottura dell'unità familiare. D'altro canto il ricorso all'autorità giudiziaria per dirimere il dissenso dei coniugi ogni volta che questo si verifichi nei più svariati problemi familiari, fomenterebbe i contrasti, intralocerebbe e sconvolgerebbe l'andamento della vita familiare » (Stella Richter op. cit. 1970, pag. 270). « L'ingerenza del giudice nella famiglia urta contro il comune modo di sentire e non si addice al carattere di società naturale della famiglia, la quale, per ciò stesso, deve trovare in sè medesima i modi del suo governo e del superamento di inevitabili divergenze e contrasti.

L'illimitato intervento del giudice è perciò da ritenere inopportuno, poco efficace anche perchè macchinoso, e pericoloso » (Puleo — « Realtà Nuova 1973 p. 417). La controversia giudiziaria per la soluzione di un conflitto fra coniugi non potrà che prospettarsi di notevole durata e complessità, con grave turbamento familiare » e in questo non indifferente frattempo i coniugi dedicheranno le loro energie, è prevedibile, non già a cercare una soluzione concordata ma piuttosto ad accaparrarsi il favore di estranei martellandoli di puntigliose argomentazioni, fors'anche di pesanti insinuazioni e memoriali... Riesce difficile immaginare che possano pacificamente assidersi al desco familiare due coniugi fra cui penda una complessa controversia giudiziaria » (Cicala — Il giudice, organo di ogni famiglia italiana? — in « Giustizia Civile » 1973 - Parte IV pag. 135).

Un'altra seria ragione per escludere l'intervento del giudice al fine di dirimere i dissensi dei coniugi è, poi, che il magistrato spesso difetterebbe delle cognizioni necessarie per adottare le scelte migliori nell'interesse della famiglia. Anche se si addivenisse alla creazione di un giudice specializzato, quale il Tribunale della famiglia — come da più parti ed anche dal disegno di legge Faicucci e da noi si auspica — parimenti sarebbe assai difficile fornirgli mezzi di informazione talmente vasti e profondi da renderlo sicuramente e comunque sufficientemente edotto su questioni di notevole interesse per la famiglia e sulla effettiva situazione fami-

liare i cui interessi certamente sono in rapporto alla personalità dei suoi componenti.

Si istituzionalizzerebbe, quindi, un procedimento con effetti di assoluta incertezza, ancorati ad aleatorietà perchè la conoscenza dei fatti e delle situazioni, attinta dal giudice a seguito delle contrastanti esposizioni degli interessati, deriverà da indagini sommarie e spesso esperite nella brevità dell'udienza.

È abbastanza facile così prevedere che le decisioni o di suggerimenti dei diversi magistrati, a causa dell'estrema delicatezza ed opinabilità della materia, saranno notevolmente discordanti con risvolti polemici che si tradurranno in nocumento di rilevante entità ed attenteranno all'unità delle varie famiglie.

I diversi modelli che ispirano i due disegni di legge al nostro esame e cioè il testo unificato licenziato dalla Camera dei deputati (che configura un giudice il quale decide al posto dei coniugi in modo vincolante con provvedimenti esecutori) ed il disegno di legge Falcucci (che propone il Tribunale della famiglia con funzioni di suggeritore) hanno in comune il medesimo difetto, consistente nell'eccessiva interferenza dell'autorità giudiziaria negli *interna corporis* della famiglia; questa in tal modo viene a perdere la sua peculiare essenza di comunità *naturaliter* ordinata che deve trovare in sè stessa il sistema per autodeterminarsi nella propria vicenda quotidiana. Il ricorso facile ed ampiamente permesso di uno dei coniugi al giudice, persino per motivi futili e per problemi intimi, corrode il principio dell'autogoverno della famiglia ed in effetti mira a tutelare posizioni individuali ed egoistiche; esso più che a dirimere i contrasti tra i coniugi che dovrebbero essere eliminati all'interno della famiglia in uno spontaneo concerto delle parti ed in via di bonaria conciliazione, servirà spesso come implicito stimolo all'irridimento nelle posizioni di ciascuno dei coniugi. La decisione del giudice, i suggerimenti del Tribunale specializzato in ordine all'indirizzo da dare alla vita familiare non sembrano rimedi congrui per garantire la stabilità e l'unità del vincolo, le quali riposano sull'accordo dei coniugi e non su un dissenso che difficilmente può divenire assenso

per effetto di pronunzie esecutive o di consigli promanenti proprio dall'organo che si asside a giudice dei fatti umani.

Nessuna reale efficacia sulla ricostruzione di una famiglia già minata alla radice a causa di contrasti tra i coniugi circa la sua conduzione è pensabile che possa derivare dall'intervento del giudice. Il testo unificato, infatti, « non prevede alcuno strumento di coercizione, diretta o indiretta, che possa indurre il coniuge dissenziente ad adeguare la propria condotta agli ordini impartitigli dal giudice. Il coniuge, invero, che non si attenesse alla soluzione adottata dal magistrato non avrebbe da temere un provvedimento di separazione per di lui colpa, perchè l'istituto della separazione per colpa verrebbe abolito (articolo 32). D'altro canto le sanzioni di carattere penale previste dagli articoli 570 e 388 c.p. potrebbe trovare applicazione solo in un limitato ambito di ipotesi, cioè quando le disposizioni impartite riguardassero i reciproci doveri di assistenza, la fissazione del domicilio familiare, l'affidamento de figli minori » (Cicala op. cit. pagina 135).

Nè è auspicabile « come rimedio un ampliamento dell'ambito di previsione delle citate norme penali in modo tale da ricomprendervi la violazione di qualsivoglia decisione del giudice in materia familiare. . . È già inopportuno che si vogliano far interferire in ogni famiglia italiana giudici ed avvocati » e non è neppure ipotizzabile che un giorno vi si aggiungano « ancora carabinieri e guardie carcerarie » (Cicala ibidem pag. 136).

Se, poi, il provvedimento giudiziale assume natura ed effetti di suggerimento non vengono parimenti meno le perplessità circa l'efficacia ad esso riservata. Se il suggerimento, infatti, « non appaga le aspettative di alcuno dei coniugi, resterà inascoltato, e vano sarà stato, nel darlo, l'impegno del giudice. Se incontrerà l'interesse di uno dei coniugi, non darà tuttavia possibilità di appagarlo, privo, com'è di efficacia esecutiva. Il disegno di legge Falcucci prevede una sanzione per il coniuge che resiste all'attuazione del suggerimento del giudice. È la pronuncia della separazione per colpa. È una sanzione indubbiamente grave. Basti pensare che per

la resistenza opposta alla sanzione di un semplice suggerimento, formulato per giunta su una cognizione sommaria dei fatti, è previsto un provvedimento che spezza addirittura l'unità della famiglia ».

In tali termini si esprime uno tra i più dotti magistrati (Liborio Ciffo Bonaccorso: « Gazzetta Forense » gennaio 1974 pag. 6), il quale aggiunge: « Faranno ricorso i coniugi, nei loro contrasti, ai suggerimenti del giudice? Se, malgrado il sorgere di dissensi, i coniugi sono ancora animati dalla volontà di trovare una via d'accordo, preferiranno risolvere da sé i problemi anziché portarli nelle aule giudiziarie, per riceverne solo consigli. Se poi il dissidio è profondo, se il contrasto di interessi, allora non servirà più il ricorso al giudice, per averne lumi su un singolo problema, ma i coniugi cercheranno rimedi più radicali per uscire dallo stato di crisi dei loro rapporti. Si dirà che queste sono previsioni pessimistiche sulla funzionalità di un istituto che va messo alla prova. C'è però da dire che non sarebbe una saggia riforma quella che fosse ispirata da semplice amore di novità, senza una base nella tradizione giuridica del Paese ed estranea agli orientamenti della coscienza sociale ».

Dopo di che la conclusione cui si deve pervenire sul tema è, a nostro avviso, la seguente: sino a quando non si è in grado e non si ha il coraggio di istituire validi consultori, che operino all'esterno come servizio sociale a sussidio della famiglia (Benedetti - Il giudice nel governo della famiglia — in « Sulla riforma eccetera » Padova Cedam - 1973 pag. 155), l'ingerenza del giudice nella famiglia deve essere limitata a pochi casi espressamente previsti, come del resto avviene in Francia ed in Germania, lasciando che i coniugi tra i quali non sia venuto meno l'affetto e la volontà di continuare la vita in comune, spinti dalla necessità di trovare un accordo, superino e risolvano direttamente i conflitti (Puleo - « Realtà Nuova » 1973, citata pag. 417).

Un sistema ancorato larghissimamente e senza limiti al principio della parità dei coniugi non può fondarsi che sull'accordo. Esso, che si traduce in soluzioni di eccessivo individualismo ed egoismo, non può portare

che ad una ineluttabile conseguenza: se l'accordo tra i coniugi manca, non è efficace strumento riparatore l'intervento del giudice. E non resta purtroppo che prenderne atto. « Questo è il prezzo, e questo si è inevitabile, che il sistema basato sull'accordo dei coniugi deve pagare, o meglio che paga » (Benedetti - op. adianzi cit. pag. 159).

La Commissione giustizia del Senato ha ritenuto di risolvere in maniera compromissoria e con evidente forzatura l'arduo problema, prevedendo la facoltà di ciascuno dei coniugi di chiedere senza formalità l'intervento del giudice per ottenere l'esperimento di un tentativo al fine di raggiungere una soluzione concordata e stabilendo che, per il caso di disaccordo, limitatamente a divergenze sulla fissazione della residenza o su altri affari essenziali, il giudice, se ed in quanto richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta con provvedimento non impugnabile la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia.

Si tratta di un espediente che (è onesto riconoscerlo) tende a ridurre il temuto fenomeno dell'introduzione del terzo estraneo (il giudice) nell'ambito della famiglia; ma il sistema suggerito pare irrealizzabile e comunque inefficiente nella pratica applicazione atteso che difficilmente verrà evocato un giudice che nella quasi generalità dei casi è abilitato esclusivamente ad esperire labili tentativi di accordo e che può emettere provvedimenti di natura decisoria nella sola ipotesi quasi utopistica che i coniugi (già in situazione di grave ed esasperato disaccordo per non avere potuto dirimere le loro divergenze nell'ambito familiare) abbiano raggiunto un preventivo accordo formale, presupposto di effetti sostanziali, e cioè l'accordo di proporre al giudice istanza espressa e congiunta per risolvere i loro motivi di contrasto. È evidente che allorquando i coniugi avranno raggiunto l'accordo di sottoporsi all'alea del giudizio — prevedibilmente assai sommario — di un terzo, nella quasi totalità dei casi avranno già trovata la soluzione di intesa e di accomodamento nell'ambito dell'armonia e della comprensione che debbono caratterizzare la famiglia. Se così non

fosse, la famiglia sarebbe già distrutta e nessun giudice riuscirebbe a salvarla.

Ed infine un'ultima osservazione ci sembra che sia da fare sull'argomento. Il testo suggerito da questa Commissione giustizia estende l'intervento decisorio del giudice agli affari essenziali della famiglia. Trattasi di formulazione generica, assai equivoca ed elastica, che non potrà sottrarsi a future critiche, essendo per converso preferibile in materia tanto delicata una norma legislativa che analiticamente determini la materia entro la quale il giudice possa adottare pronunzie di natura decisoria.

La potestà sui figli.

Per quanto concerne la potestà sui figli, si sa che il codice del 1942 (articolo 316) attribuisce la titolarità astratta della *potestas* ad entrambi i genitori, ma l'esercizio ne è affidato al padre, mentre la madre è relegata ad una posizione vicaria, in quanto detto esercizio a lei si trasferisce solo dopo la morte del marito ed in altri casi espressamente stabiliti dalla legge (lontananza, incapacità, od altro impedimento del padre). Entrambi i disegni di legge di riforma, (articolo 135 del disegno di legge n. 550 ed articolo 87 di quello n. 41) invece, apportano un radicale cambiamento su tal punto nell'ordinamento della famiglia, perchè attribuiscono l'esercizio congiunto della *potestas* sul figlio minore all'uno ed all'altro dei genitori.

« L'adozione di questo sistema normativo fa pensare che l'esercizio della potestà sul minore sia . . . inteso come una posizione di prestigio della quale ciascuno dei coniugi sia geloso e che comunque vada compartita tra loro. In realtà, l'esercizio di tale potere comporta soltanto una somma di doveri, di responsabilità per la difesa di un bene di inestimabile valore quale è appunto la sanità fisica e morale del figlio, verso il quale non può non convergere l'assidua cura e l'assillo delle scelte migliori per il suo avvenire » (Ciffo - La progettata riforma del diritto di famiglia - in « Gazzetta Forense » gennaio 1973 pag. 6).

Ma l'esercizio paritetico della potestà sui figli presuppone la carenza di contrasti tra i genitori. Nel caso di disaccordo in ordine alle decisioni riguardanti la prole, è necessario il ricorso al Tribunale ed al riguardo il testo unificato (articolo 135) dispone che tale ricorso è ammesso solo « in caso di serio contrasto » mentre il disegno di legge Falcucci (articolo 88) lo prevede sia per le ipotesi di « disaccordo » che « quando l'atto concreto di esercizio sia difforme dalle decisioni concordate » che « quando l'atto concreto di esercizio sia difforme dalle decisioni concordate » purchè nell'uno o nell'altro caso « si profili il pericolo di grave pregiudizio agli interessi del figlio ».

I due disegni di legge fanno eccezione alla regola generale dell'esercizio della potestà da parte di entrambi i coniugi e del ricorso al Tribunale in caso di disaccordo solo « se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio » ed « una situazione di eccezionale urgenza »; in tali ipotesi il padre può adottare i provvedimenti provvisori ed indifferibili.

In tutti gli altri casi, per dirimere i contrasti tra i genitori è necessario adire il Tribunale.

Così viene aperta la strada alle più varie contestazioni, perchè il contrasto può sorgere su qualsiasi determinazione da adottare nei confronti del figlio (atti di amministrazione dei suoi beni, orientamento educativo, mantenimento, avviamento al lavoro, relazioni sociali, piano di studi, disciplina, modi per eliminare le sregolatezze eccetera).

Il Tribunale dovrebbe conoscere il figlio e poterne vagliare la personalità. Si tratta di valutazioni concernenti aspetti di un prisma a molte faccie (carattere, stato di salute, attitudini, operosità, intelligenza eccetera), che se normalmente vengono fatte con discernimento e con le dovute cautele dai genitori, assai difficilmente possono essere realizzate da un Tribunale, il quale, difettando di elementi idonei e dovendo spesso provvedere sommarariamente dopo un fugace incontro con gli interessati, potrà « sfornare » decisioni incongrue, tali da danneggiare quel minore che, per converso, si vorrebbe tutelare.

In effetti l'autorità giudiziaria dovrebbe intervenire solo quando si tratti di impedire intolleranze o sopraffazioni, ma non può « prendere partito » rispetto ai criteri educativi, all'istruzione, alle relazioni sociali del minore.

Il giudice verrebbe a sostituire arbitrariamente la propria visione del mondo a quella dell'uno o dell'altro genitore, o di entrambi, finendo con l'inserirsi nella famiglia come forza attiva, in senso frenante o propulsivo, e potrebbe, persino, determinare il minore anche ad una ideologia o sistema di valori a preferenza di altri.

Conseguentemente l'idea di un intervento giudiziale in funzione arbitrale o, peggio, decisoria, specialmente in materia di educazione dei figli non può accogliersi. « L'incapacità dei genitori a trovare un diretto accordo — ammesso che ciò nonostante la convivenza familiare si riveli ancora possibile — potrebbe giustificare, semmai, non già la previsione di un ricorso al giudice, per fargli dirimere un singolo contrasto, ma piuttosto la facoltà dei genitori litigiosi di chiedere al magistrato una scelta di fondo — corrispondente a quella che si compie in caso di separazione — circa il genitore cui appaia preferibile, nell'interesse del minore, affidare l'esercizio della patria potestà, restando all'altro coniuge soltanto il diritto di essere interpellato ed un potere di controllo e sorveglianza ». (Schlesinger - Il Governo della famiglia - in « La riforma del diritto di famiglia » - Cedam 1972 - pag. 59).

L'attuale primo presidente della Cassazione Stella Richter (op. cit. pag. 271), lungi dal condividere l'intervento del giudice, ha chiaramente espressa la sua convinzione nel senso che « anche nella disciplina dei rapporti con i figli si dovrebbe affermare la necessità dell'accordo dei coniugi nell'esercizio della patria potestà spettante ad entrambi... dando prevalenza, in caso di contrasto, alla decisione dell'uno o dell'altro, secondo la sfera delle relative attribuzioni. E poichè per quanto attiene all'allevamento, nonchè all'educazione nel primo periodo della vita, la madre ha idoneità maggiore, si potrebbe stabilire la prevalenza della volontà della madre quando i figli siano minori dei quattor-

dici anni, quella del padre per i figli dal quattordicesimo alla maggiore età.

Ma i contrasti dei genitori circa le decisioni da prendere nei confronti dei figli, non debbono mai essere insanabili e, tanto meno, debbono essere alimentati per effetto dell'estrinsecazione di una *potestas* paritetica, alla quale il padre o la madre od entrambi dovessero malauguratamente ritenersi abbarbicati per ragioni ingiustificate ed ingiustificabili di un preteso irrinunciabile prestigio. I genitori debbono evitare il ricorso al giudice in caso di contrasto ed eliminare le eventuali divergenze di opinione sotto la spinta dell'affetto che portano al figlio e nel comune interesse alla realizzazione del bene.

« Il ritrovato accordo ha virtù di salvare l'armonia familiare, mentre il contrasto che si inasprisce sino a trovare sbocco nel giudice, ed il provvedimento di questo, che uno dei due dovrà subire, avvelena la vita coniugale e lascia nell'animo un risentimento che difficilmente si cancellerà » (Ciffo - op. cit. 1974 pag. 6).

L'istituto della patria potestà, così come è oggi disciplinato dal codice civile, in effetti non ha bisogno di radicali modifiche, ma solo di marginali adattamenti in relazione ai principi costituzionali — strettamente correlati — della parità tra i coniugi e dell'assicurazione dell'unità della famiglia. Esso non può dirsi che « difetti di garanzie per la salvaguardia degli interessi del minore (autorizzazione per gli atti che possono incidere sensibilmente sul suo patrimonio, vigilanza del magistrato sull'esercizio della patria potestà e sull'amministrazione dei beni, adozione di provvedimenti a carico del genitore che viene meno ai suoi doveri, e che vanno dalla rimozione dalla amministrazione alla decadenza dalla patria potestà). Un complesso di norme che assicura un'efficace tutela degli interessi del minore pur contenendo l'intervento del magistrato nell'ambito di situazioni che nella previsione del legislatore sono capaci di offrire obiettivi e concreti elementi di giudizio ». Con tali espressioni manifesta la sua illuminata valutazione il già primo Presidente della Corte di Appello di Catania Ciffo, il quale, infine, dopo avere profondamente esaminate i problemi della

patria potestà nella progettata riforma del diritto di famiglia, così conclude (ed il compilatore della presente relazione ne condive pienamente l'avviso): « Non sembra che il progetto di riforma segni un progresso sull'attuale ordinamento della patria potestà. Se, così come è congegnato, il progetto diverrà legge, sarà da augurarsi che i genitori, nel prendersi cura degli interessi del figlio minore, non si inducano ad imboccare le facili vie degli antagonismi e delle contestazioni giudiziarie, aperte loro dalle norme ». (nota citata 1973, pag. 6).

Malauguratamente, però, è da prevedere che la malintesa parità dei genitori nell'esercizio della potestà sui figli inciderà negativamente sulla famiglia, onde siamo del parere, a costo di essere tacciati di arcaica arretratezza, che, fatta salva l'eguaglianza dei rapporti privati fra i coniugi, per la famiglia — così come per ogni società, per ogni consesso, per ogni ente — non può rinunziarsi ad una gerarchia che non si estrinsechi in atti di oppressione e di autoritarismo, ad un capo o *pater (primus inter pares)* che sia la guida e l'espressione tangibile e morale del nucleo familiare che, secondo la tradizione, deve continuare ad operare con unità e comunione di intenti.

Non ci trova, pertanto, consenzienti la soluzione di compromesso adottata dalla 2^a Commissione permanente del Senato che, pur con evidente affievolimento, prevede tuttavia l'intervento del giudice sempre su larga scala e cioè « in caso di contrasto su questioni di particolare importanza » genericamente indicate e stabilisce che il Tribunale (difettando tuttora l'istituzione del Tribunale per la famiglia sarebbe stata in ogni caso più consona l'attribuzione della competenza al giudice tutelare che per la sua residenza e la sua attività conosce meglio uomini e cose) in un primo tempo suggerisce i provvedimenti che ritenga più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare e, solo in caso di permanenza di contrasto, attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

La separazione personale.

Nel vigente codice civile (articolo 150 e segg.) la separazione personale è un istituto inserito nel quadro del regime dell'indissolubilità del matrimonio sancito dal legislatore del 1942, il quale non avrebbe potuto non prevedere uno strumento giuridico teso a far « fronte in modo razionale a taluni aspetti patologici del rapporto coniugale determinati o dalla violazione di precisi doveri nascenti dal matrimonio o, più in generale, dall'incapacità dei coniugi di dar luogo ad un'ordinata convivenza » (D'Angeli - Separazione incolpevole - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » Cedam 1973, pag. 95).

La normativa attualmente considera due tipi di separazione legale e cioè:

1) la separazione giudiziale o per colpa (articoli 151 - 152 e 153), che può aversi per effetto di pronuncia dell'autorità giudiziaria; 2) la separazione consensuale (articolo 158) che deriva da mutuo accordo tra i coniugi seguito dall'omologazione del Tribunale.

Vi è anche la separazione di fatto, che non è regolata dalla legge e che può trovare fondamento parimenti sulla volontà consensuale dei coniugi di rompere la convivenza oppure sull'iniziativa di uno di essi che ritenga di avere una giusta causa per non più continuare la convivenza con l'altro. La separazione legale, nel suo duplice aspetto (giudiziale e consensuale), trae sempre rilevanza da un atto dell'autorità giudiziaria che, nel primo caso, è costituito dalla sentenza che chiude l'iter di un procedimento di natura contenziosa caratterizzato dalla posizione di accusatore e accusato spesso reciprocamente assunta dal marito e dalla moglie, mentre nella seconda ipotesi rappresenta per i coniugi un atto della loro autonomia privata avente un peculiare procedimento negoziale integrato dal provvedimento omologativo del Tribunale.

Il fondamento della separazione giudiziale è profondamente diverso rispetto alla separazione consensuale, perchè questa si fonda sull'accordo dei coniugi determinato da qualsiasi motivo, mentre quella ha come presupposto la colpa e cioè la cosciente tra-

sgressione dei doveri coniugali e articolo 143 codice civile da parte di uno o di entrambi i coniugi, oppure la commissione di fatti incompatibili con uno svolgimento ordinato della convivenza matrimoniale.

L'una e l'altra nella nostra legislazione attuale hanno la comune caratteristica di essere concepite come uno *status* per sua essenza temporaneo ispirato all'unica esigenza di far cessare l'obbligo della comunanza della vita coniugale e cioè a quella stessa esigenza cui provvede la *separatio tori, mensae et habitationis* disciplinata dal canone 1128 e seguenti del *codex juris canonici* (Grassetti - La separazione personale in « La riforma del diritto di famiglia » - Cedam 1972 pag. 91), in vista di una riconciliazione dei coniugi consistente in una spontanea dichiarazione di volontà degli stessi oppure derivante tacitamente dalla ripresa della coabitazione (articolo 157 codice civile).

La temporaneità oggi, però, non è più solo in funzione di una riconciliazione ma, per un numero notevole di casi, è in funzione di una conversione in divorzio, sicchè la separazione, in un ordinamento che prevede l'istituto del divorzio, diventa; così come avviene in altri paesi, divorzio a termine o divorzio sotto condizione sospensiva.

A) Parte della dottrina già da tempo ha ritenuto essere urgente introdurre, in dipendenza dell'evoluzione sociale, una modifica nella disciplina delle cause di *separazione giudiziale*, nel senso di prevedere, accanto alle ipotesi previste dagli articoli 151 - 152 - 153 e 157 del codice civile, la c. d. separazione per giusta causa (Degni - Il diritto di famiglia nel nuovo codice - Padova 1943, pag. 342; Falzea - La separazione personale - Milano 1943 pag. 33 ss; Jemolo - Il matrimonio - Torino, 1961, pag. 433 ss; Lojacono - La potestà del marito nei rapporti personali fra coniugi - Milano 1963, pag. 278 ss).

L'innovazione è stata sostenuta per la necessità di consentire la separazione quando ricorre una qualche situazione obiettiva che, pur non dipendendo da colpa del coniuge, sia tale da rendere la convivenza intollerabile ed eccessivamente penosa, ed è stata invo-

cata anche come rimedio giustificato dalla mancanza del divorzio.

Essa implica, però, una sostanziale modifica nella scala di valori recipita dall'ordinamento, ponendo accanto agli interessi della istituzione familiare, tutelati in via primaria da un regime di separazione giudiziale basata esclusivamente sulla colpa, anche gli interessi individuali dei coniugi (Nuzzo - Separazione dei coniugi - in « Sulla riforma eccetera ». Cedam 1973 pag. 74).

Nel testo unificato della Camera la prospettiva è ancora più lata ed opera una vera e propria sovversione totale dei principi tradizionali in tema di separazione personale.

Si perviene in esso all'eliminazione della separazione per colpa e del principio della tassatività delle cause di separazione; si va al di là della separazione per giusta causa e si inserisce nel sistema la *separazione incolpevole o a-colpevole*.

L'originario articolo 32 del testo unificato, infatti, modificando profondamente l'articolo 151 del codice civile, che tassativamente enumera le cause di separazione personale, stabilisce che la separazione può essere chiesta quando si verificano fatti che, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, sono tali da rendere impossibile o intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole; il successivo articolo 33, a sua volta, propone l'abrogazione degli articoli 152 e 153 dello stesso codice civile, che rispettivamente considerano cause di separazione alcune ipotesi di condanna penale (ergastolo, reclusione per tempo superiore ai cinque anni, interdizione perpetua dai pubblici uffici) e la mancata fissazione della residenza da parte del marito senza giusto motivo o per ricasazione di fissarla in modo adeguato alla sua condizione.

Solo nella motivazione e non nel dispositivo del provvedimento giudiziale che dichiara la separazione, il tribunale è tenuto a precisare a quali fatti o comportamenti la separazione stessa sia addebitabile, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto.

Il disegno di legge Falcucci, invece, non svaluta completamente l'elemento della colpa nella separazione.

La redattrice, infatti, nella relazione che precede il suo progetto, dopo avere posto in rilievo che « di fronte alla crisi della comunità familiare l'intervento del potere pubblico nella regolamentazione dei diritti e doveri dei suoi componenti è subordinato, nel sistema attuale, o all'accordo pieno dei coniugi... o all'individuazione di una colpa, peraltro soggetta a valutazioni tassative e aprioristiche » e dopo avere sottolineato che « rispetto a tale sistema, la dottrina giuridica ed il movimento di riforma del diritto di famiglia hanno prospettato la possibilità di introdurre, accanto alle due ipotesi, alcune figure, eccezionali e tassative, di separazione incolpevole » (per il caso di grave malattia, ricovero e simili), propone anch'essa una radicale revisione del sistema del codice civile, nel senso che la valutazione della colpa di uno o di entrambi i coniugi deve avere rilievo secondario. E, pertanto, prospetta un'ipotesi generale di separazione *ope legis* nella quale la valutazione della colpa dei coniugi va fatta solo come eventuale metro sussidiario per la determinazione delle condizioni.

Leggesi, infatti, a pagina 15 e 16 della predetta relazione: « Più analiticamente il nuovo articolo 150 del codice civile (art. 28 del disegno di legge) disciplina la figura generale della separazione *ope iudicis*, che può essere pronunciata nei casi di impossibilità della convivenza ed in quelli in cui la stessa si presenti gravemente pregiudizievole all'ordinato svolgersi della comunità familiare. Nel quadro di questa norma fondamentale, si inserisce l'eventuale accertamento della colpa, che deve essere richiesto, con l'indicazione dei fatti in cui la colpa è ravvisata, all'atto della proposizione della domanda, e non anche in corso di giudizio. La disciplina della colpa, oltre ad essere adeguata al principio costituzionale della parità, per quanto attiene alla violazione del dovere di fedeltà coniugale, è soggetta a regole profondamente innovative rispetto al sistema in vigore, in quanto, anziché essere vincolata ad un'astratta ed aprioristi-

ca previsione di casi, è connessa all'accertamento, in punto di fatto, di qualunque grave inadempienza ai doveri inerenti alla qualità di coniuge e di genitore. Alla valutazione del caso concreto si è ritenuto di sostituire invece la valutazione tipica della norma, nei casi di pronunce penali particolarmente indicative della inettitudine del coniuge all'adempimento dei doveri familiari, ed in quelli di opposizione ai suggerimenti formulati dal tribunale per la famiglia nell'esercizio del nuovo potere allo stesso affidato ».

Le due soluzioni (quella più lata, prevista dal disegno di legge n. 550 che elimina la separazione per colpa, e quella più attenuata, proposta dal disegno di legge n. 41 che degrada l'elemento della colpa attribuendogli rilievo secondario) destano gravissime perplessità e ci inducono ad un giudizio di reiezione.

« Se infatti è vero che il diritto positivo non richiede ad alcuno virtù eroiche e che pertanto non sembra giusto imporre la convivenza quando esistono situazioni tali da renderla insopportabile, non possono neppure tacersi i delicati e importanti problemi che la disciplina prospetta » (Nuzzo op. cit. pag. 75).

La prima e più grave conseguenza è l'indiscriminato allargamento dell'ambito del divorzio.

Poichè la legge sullo scioglimento del matrimonio ha considerato la separazione come passaggio obbligato per giungere al divorzio, è indubbio che essa costituisce uno stadio meramente provvisorio e preparatorio di questo ultimo istituto, nel quale è immediatamente tramutabile a richiesta dell'uno o dell'altro coniuge, sicchè le modifiche della normativa sulla separazione automaticamente si riflettono sullo scioglimento del vincolo, con la conseguenza che, siano esse restrittive o estensive, vengono a produrre necessariamente altrettante remore oppure agevolazioni al divorzio.

Tanto ciò è vero che da molte parti — e noi l'abbiamo già rilevato — è stata denunciata la necessità irrinunciabile di una disciplina della separazione non come fine a se stessa, ma in relazione alla prospettiva di

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

conversione in divorzio, e di un coordinamento legislativo tra i due istituti.

Ora togliere qualsiasi rilevanza autonoma alla separazione per colpa o, peggio, prevedere un'unica figura di separazione giudiziale generica sostituendo il criterio dell'impossibilità di convivenza a quello della colpa, significa ampliare rilevantemente i casi per i quali è consentito il divorzio e porta persino a reintrodurre come cause idonee al divorzio alcune ipotesi che il legislatore aveva già escluso per considerazioni di ordine morale e sociale o per difficoltà di accertamento in relazione alle possibilità della moderna scienza psichiatrica, quale ad esempio, il caso di ricovero da almeno cinque anni in ospedale di uno dei coniugi per malattia mentale.

La totale obliterazione della colpa, conduce, poi, alla conseguenza abnorme ed estrema per la quale l'azione di separazione potrà essere promossa anche dal coniuge al quale siano imputabili proprio i fatti o i comportamenti produttivi dell'impossibilità o intollerabilità della convivenza.

Ciò può essere coerente con un sistema che assume a fondamento del matrimonio la effettiva esistenza della comunione di vita tra i coniugi, ma suscita non pochi dubbi « quando si voglia coordinare la previsione generalissima, e non selettiva, dell'articolo 32 del testo unificato con il principio costituzionale di solidarietà, che non può non realizzarsi anche nella società familiare » (Nuzzo opera citata pag. 75).

Veniamo così a codificare, abolendo l'accertamento della colpa, non solo la separazione per giusta causa ma anche la separazione per ingiusta causa. Ed il compito del giudice si riduce ad accertare soltanto l'esistenza oggettiva dei fatti o comportamenti indicati nel ricorso per separazione e la idoneità degli stessi a rendere o meno impossibile od intollerabile la convivenza, con la netta preclusione di qualsiasi indagine in ordine alla consapevolezza e volontarietà.

« Da ciò consegue che la separazione dovrà essere dichiarata non solo se richiesta dal coniuge tradito, percosso, ingiuriato, abbandonato, ma anche se richiesta dal coniuge

che tradisce, percuote, ingiuria, abbandona, nonché dal coniuge che, per liberarsi dell'altro, volutamente si precostituisce una situazione oggettiva in apparenza idonea a giustificare la rottura della convivenza, come ad esempio colui che adducendo motivi di lavoro si fa trasferire in una località disagiata ove il coniuge per comprovati motivi di salute non possa seguirlo. Anzi, questo caso, apparentemente, potrebbe configurarsi come una ipotesi di separazione per giusta causa, ma in effetti di ingiusta causa si tratta » (D'Angeli op. cit. pagg. 98-99).

« Una siffatta rivoluzione del diritto costituito potrebbe essere giustificata a una sola condizione: che essa fosse imposta dal costume, che fosse imposta dal sentimento morale, che della famiglia è l'anima. Ma fino a che il costume e il sentimento morale, non fanno di un'erba un fascio, e distinguono tra coniuge colpevole e coniuge incolpevole della rottura della convivenza, l'obliterazione della colpa, sotto il profilo della causa e sotto il profilo degli effetti, sembra assai difficile da approvare » (Grassetti - op. cit. pag. 94).

Il fatto vero si è che la separazione « senza colpa » deriva dalla tendenza materialistica che sembra animare i propositi legislativi dei capi del cosiddetto arco costituzionale, da quel preteso egualitarismo assoluto che conduce ad interpretare l'obbligo di assistenza reciproca di fedeltà e di coabitazione in senso rigidamente materialistico, negando il valore di qualsiasi componente spirituale, morale e sociale.

Ma vi è ancora di più!

Viene in effetti codificato il diritto alla separazione del colpevole al quale il legislatore assicura persino che nel dispositivo della sentenza dichiarativa della separazione non siano indicate le cause giustificative di questa. Al coniuge innocente ed incolpevole il testo unificato (bontà sua!) dà la sola consolazione di vedere indicati nella motivazione della sentenza predetta i fatti o i comportamenti ai quali questa sia adddebitabile, « ove ricorrano le circostanze e ne sia richiesto ».

Quest'ultimo inciso viene totalmente incomprendibile, perchè — come è ovvio — « i fatti che giustificano la pronunzia di separazione dovrebbero sempre sussistere, ed ove non ricorrano, l'istanza dovrebbe essere senz'altro respinta e la pronunzia di separazione rifiutata. Queste circostanze, inoltre, dovrebbero sempre venir enunciate nella motivazione per quell'obbligo, appunto, di motivare la sentenza che discende dall'articolo 111 della Costituzione e senza che sia necessaria alcuna specifica « richiesta » delle parti, tanto più palesemente superflua allorquando, come appunto qui accade, si versi in tema di diritti indisponibili » (Cicala, op. cit. 1973, pag. 143).

Tranne che non si voglia — come da qualcuno si obietta (D'Angeli, op. cit. 1973, pagina 99) che « il giudice debba dichiarare nella motivazione in questione soltanto i fatti o i comportamenti causa della separazione e non indicare il coniuge a cui questi siano riferibili con la conseguenza, quindi, che nell'ipotesi in cui al coniuge separato fosse necessario per particolari motivi esibire la sentenza di separazione (ad es. l'INPS corrisponde gli assegni familiari direttamente al coniuge separato, avente diritto agli alimenti, ma è necessario esibire la sentenza di separazione), questi, se innocente, si potrebbe trovare nella situazione grottesca di vedersi attribuire magari l'adulterio, le sevizie, le ingiurie, le minacce dell'altro con tutti i riflessi negativi che ciò comporta nella sua reputazione ».

Dalle superiori osservazioni sinteticamente espresse, appare, quindi, chiaro che la totale obliterazione della colpa in tema di separazione personale non può condividersi. La sua normativa non è affatto educativa sul piano morale e tanto meno è conforme al costume sociale « in quanto codificare il principio della irresponsabilità delle proprie azioni, specialmente in una fase così delicata del rapporto coniugale, significa svuotare di gran parte del suo contenuto lo stesso matrimonio e soprattutto quegli impegni che i coniugi con esso liberamente assumono e che l'articolo 23 del progetto in esame pur tuttavia si fa cura di indicare » (D'Angeli, op. cit. pag. 99).

È certamente necessario procedere ad una revisione della legislazione *in subiecta materia* in relazione al costume ed alle mutate esigenze sociali, ma il principio della colpa nella separazione non può essere disatteso.

Può anche essere introdotta, così come auspicata da buona parte della dottrina, la separazione per giusta causa, ma occorre che questa sia ravvisata in fatti ben determinati e specificatamente indicati dal legislatore che giustificano oggettivamente la rottura della convivenza. Necessita altresì che l'intervento del legislatore sia « diretto a mantenere quanto sia più possibile in vita gli effetti del non ancora disciolto vincolo matrimoniale e dettare quindi una normativa che faciliti il ravvicinamento dei coniugi, e non produca, come quella che abbiamo esaminato, un ulteriore allentamento del già allentato rapporto coniugale ».

« Se è vero, come si afferma nella relazione al progetto, che sussiste la volontà politica di ridare alla famiglia quel valore che le è proprio, ed il concetto di responsabilità delle persone per i propri atti deve tanto più valere nella comunità familiare che per sua natura è chiamata a vincere ogni richiamo all'egoismo e nella quale il bene vero è quello di tutti i suoi membri, non è certo con la separazione acolpevole e tanto meno con la mortificazione delle legittime aspettative del coniuge innocente che si tutela tale valore. Il dare certezza ad un coniuge di poter liberamente venir meno agli impegni assunti con il matrimonio senza che da ciò derivi alcuna sanzione a suo carico, non significa promuovere l'unità della famiglia ma facilitare la disgregazione di essa » (D'Angeli, op. cit. pag. 100).

La Commissione giustizia del Senato si è resa conto della imprescindibile esigenza di non trascurare l'accertamento dell'elemento « colpa » nella separazione giudiziale, ma ha ceduto alle pressioni della sinistra politica, mantenendo ed anzi traducendo *in peius* il testo del 1° comma del nuovo articolo 151 del codice civile. Ha soltanto previsto nel 2° comma che il tribunale, pronunziando la separazione dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, non soltanto oggettivamente a quali fatti o comportamenti

la separazione sia dovuta, ma soggettivamente a quale dei coniugi questa sia imputabile in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio. È questa una soluzione migliorativa — in rapporto al testo licenziato dalla Camera dei deputati — della quale onestamente bisogna dare atto.

B) *La separazione consensuale* è conservata sia nel testo unificato (articolo 36) che nel disegno di legge Falcucci (articolo 29).

Prima della legge sullo scioglimento del matrimonio, sotto il riflesso di rendere più facile la futura riconciliazione dei coniugi è stata data una certa prevalenza alla separazione consensuale rispetto a quella giudiziale. La separazione consensuale, infatti, è servita e serve spesso ad evitare disagi, scandali, fratture, difficoltà di riconciliazione, che normalmente trovano alimento nelle contese giudiziarie ed, anzi, essa raramente è stata preferita — ciò che potrebbe sembrare e non è un paradosso — allorché la separazione è collegata con la colpa dell'uno o dell'altro o di entrambi i coniugi.

« Dopo la legge 1° dicembre 1970, n. 898, la visuale muta completamente. La separazione consensuale diviene un divorzio a tempo differito. Viene meno allora la ragione politica di favorire la separazione consensuale rispetto a quella giudiziale, salvo che si voglia favorire il divorzio consensuale. Ed è significativo che molte delle legislazioni divorziste che non ammettono il divorzio consensuale, come il diritto francese ed il diritto svizzero, non ammettono nemmeno la separazione consensuale » (Grassetti, op. cit. pag. 92).

Quest'ultimo tipo di separazione secondo le norme previste dai due disegni di legge n. 550 e n. 41 non ha effetto senza la omologazione del tribunale. Anche l'articolo 158 del vigente codice civile subordina la separazione consensuale alla omologazione giudiziale. « Questa concezione è da vedersi in armonia con la funzione sociale assunta nel tempo dall'istituto in contrapposizione alla separazione giudiziale... L'assetto di interessi personali ed economici posto in essere dai

coniugi viene, nella fase di omologazione, sottoposto dal tribunale ad un controllo che trova il suo fondamento nell'esigenza di tutela degli interessi dei singoli membri della famiglia, che potrebbero risultare compromessi da taluna delle disposizioni dell'accordo; tuttavia, secondo un'autorevole opinione ampiamente condivisa in dottrina e in giurisprudenza, il sindacato del Tribunale, sempre ammissibile come controllo di legittimità non può esplicarsi nel merito che per le ipotesi in cui la volontà di uno dei coniugi sia stata dominata da quella dell'altro oppure la separazione sia stata concessa da un coniuge a patti leonini, integrando un sacrificio ingiusto e grave per l'altro coniuge ed una situazione dannosa per la prole. In questi casi, tuttavia... il tribunale può unicamente rifiutare l'omologazione, impedendo all'accordo di produrre i suoi effetti; giammai modificare il contenuto dell'accordo » (Cecconi - Separazione consensuale - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » Cedam 1973 pag. 103).

L'articolo 39 comma 2° del testo unificato al nostro esame, invece, prevede che il tribunale, in sede di omologazione e secondo le circostanze, possa sostituire od integrare l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli con più idonee disposizioni, ove l'accordo stesso sia in contrasto con l'interesse di questi.

Il disegno di legge Falcucci, a sua volta, con norma di maggiore latitudine stabilisce all'articolo 29 1° comma che il tribunale omologa la separazione consensuale, ma può modificare le condizioni concordate tra i coniugi se le stesse siano lesive degli interessi di uno dei membri della famiglia.

Le formule usate dai due elaborati legislativi danno vita ad un principio (omologazione con modifiche disposte dall'autorità giudiziaria) che contrasta profondamente con i caratteri acquisiti durante il vigore dell'attuale codificazione dall'istituto della separazione consensuale e snatura l'istituto stesso. « Che il tribunale » — infatti — « rifiuti l'omologazione, quando l'accordo è in contrasto con l'interesse dei figli » oppure « sia lesivo degli interessi di uno dei

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

membri della famiglia » è giusto ed opportuno. Che invece sostituisca il proprio giudizio all'accordo dei coniugi, mutando le condizioni della separazione consensuale, non sembra da ammettere, nè vi sarebbe ragione di parlare ancora di separazione consensuale di fronte ad un provvedimento costitutivo di divergenza, anzichè in conformità, all'accordo dei coniugi » (Grassetti, op. cit. pag. 92).

Conseguentemente le formule usate dai due disegni di legge vanno rielaborate al fine di chiarire che le eventuali integrazioni o modifiche del Tribunale divengano operative non *ex officio*, ma solo se ed in quanto i coniugi siano disposti ad accettarle. La soluzione della riconvocazione dei coniugi per la dichiarazione di accettazione delle modificazioni suggerite dal Tribunale, pena in difetto la reiezione allo stato della omologazione — così come proposta dalla Commissione giustizia del Senato — sembra all'uopo apprezzabile.

È poi da condividere pienamente la previsione contenuta nel disegno di legge Falucci (articolo 29, comma secondo), secondo la quale « in caso di separazione consensuale è ammessa la possibilità dei coniugi di rinunciare al reciproco diritto di successione ».

È di tutta evidenza che, poichè la separazione consensuale prescinde da qualsiasi indagine sulla colpa, è bene la soppressione di una delle cause che sino ad oggi hanno dato luogo a procedimenti di separazione in sede contenziosa ed hanno distolto i coniugi dal definire i loro rapporti con il sistema della separazione consensuale che, eliminando aperti conflitti, seppure da una parte possa agevolare il divorzio, dall'altra rappresenta lo strumento più idoneo per facilitare la futura riconciliazione.

C) *La separazione di fatto* non trova alcuna disciplina in entrambi i disegni di riforma legislativa.

Tale separazione può sorgere in dipendenza di accordo tra i coniugi senza la omologazione del Tribunale e può derivare dall'abbandono che può essere giustificato. È in-

dubbio che essa sta fuori dalla legge, ma è pur vero che, essendosi avvertita l'esigenza di una nuova disciplina della separazione personale, non possono essere ignorati i molteplici aspetti e problemi che afferiscono alla separazione di fatto, costituente fenomeno di larga diffusione nei rapporti della famiglia e della società.

D) Per quanto concerne *gli effetti della separazione* è preliminarmente da sottolineare che la disciplina riflette generalmente la separazione giudiziale e non quella consensuale, perchè in questa sono i coniugi che di accordo determinano le condizioni e gli effetti relativi alla rottura della loro convivenza.

Il testo unificato non contiene radicali innovazioni in ordine all'affidamento dei figli minori rispetto alle norme del vigente codice civile, ad eccezione della ingiustificata soppressione dell'ultimo comma dell'articolo 155 di detto codice che fondatamente conserva al padre ed alla madre il diritto di vigilare l'educazione dei figli, qualunque sia la persona a cui questi siano affidati. Vi è in effetti all'articolo 136 (che introduce il nuovo testo dell'articolo 317 c.c.) il riferimento alla potestà comune dei genitori che non cessa quando a seguito di separazione i figli vengono affidati ad uno di essi, ma tale previsione è monca perchè non è estesa al caso dell'affidamento dei figli a persona diversa di entrambi i genitori.

Nei reciproci rapporti tra i coniugi costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare la proposizione della domanda di separazione (articolo 24) e si stabilisce che il tribunale può vietare alla moglie l'uso del cognome del marito quando ciò si appalesi per questi, secondo le circostanze, gravemente pregiudizievole e, parimenti, autorizzare la moglie a non usare il detto cognome, qualora dall'uso stesso possa derivare pregiudizio (articolo 34).

Per quanto concerne quest'ultima disposizione è chiaro che essa si è voluta conformare all'insegnamento della Corte costituzionale che con sentenza n. 128 del 13 luglio 1970 ha dichiarato costituzionalmente

illegittimo l'articolo 156, quarto comma, codice civile, nella parte in cui esclude la pretesa della moglie a non usare il cognome del marito, in regime di separazione per colpa di quest'ultimo nel caso che da quell'uso possa derivarle un pregiudizio e ciò perchè la diversità di trattamento rispetto al caso inverso di separazione per colpa della moglie si pone in palese contrasto con il principio regolatore del rapporto matrimoniale che sanziona l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e non può, nella specie, ritenersi giustificata dall'esigenza dell'unità della famiglia.

È pure importante l'innovazione apportata dall'articolo 86, comma secondo, che introduce la cessazione della presunzione di concepimento ad opera del marito decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale ovvero dalla data della comparizione dei coniugi davanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione. Sarebbe assurdo, infatti, presumere che il marito continui ad avere rapporti con la moglie ed ancora più che egli sia il solo ad avere tali rapporti dopo la pronuncia della separazione legale e dopo l'autorizzazione giudiziale ai coniugi di vivere separatamente. Con la progettata riforma viene così opportunamente eliminata la dolorosa situazione attuale, che ai sensi dell'articolo 235 del codice civile costringe il marito ad esprimere, entro il breve termine di tre mesi decorrenti dalla nascita del figlio o dal ritorno del marito stesso che ne era lontano nel luogo in cui è avvenuta tale nascita oppure dalla notizia della nascita (articolo 244 stesso codice civile), azione di disconoscimento per la nascita di un figlio della moglie, anche quando da lungo tempo egli tutto ignora circa la vita, la residenza, il comportamento di lei.

Parte della dottrina vuole altresì che altro effetto della separazione sia anche quello della cessazione del dovere di fedeltà. Il testo unificato nulla dice al riguardo incorrendo in una omissione di particolare gravità ove si consideri che esso codifica la separazione incolpevole.

Il disegno di legge Falcucci (articolo 33) si limita a stabilire genericamente che la separazione, quando sia effetto di consenso omologato ovvero quando non sia pronunciata per colpa di uno o di entrambi i coniugi, fa venire meno, per ciascuno di essi, solo i doveri ed i diritti, incompatibili con lo stato di separazione, mentre nel caso di separazione pronunciata per colpa, il coniuge colpevole mantiene tutti i doveri nei confronti dell'altro coniuge non incompatibili con lo stato di separazione. È peraltro da porre in rilievo che nella relazione a questo ultimo disegno di legge, dopo una precisazione di natura costituzionale circa l'identico trattamento dell'uomo e della donna in ordine alla violazione dell'obbligo della fedeltà da ognuno di essi nella stessa misura assunto con il matrimonio e dopo il riconoscimento che ogni lesione dell'obbligo di fedeltà costituisce ingiuria grave per l'altro coniuge perchè attenta rilevantemente alla lealtà ed alla esclusività del rapporto che lega i coniugi, si esprime il seguente pensiero: « Può invece ammettersi che non possa essere sanzionata penalmente la violazione dell'obbligo di fedeltà quando la comunità coniugale si sia dissolta per abbandono o per separazione (articolo 152 del disegno di legge); la violazione dell'obbligo di fedeltà — che pur permane in questo stato — non ha quel carattere altamente lesivo della comunità coniugale che legittima l'irrogazione di una sanzione penale ».

In dottrina, come abbiamo già detto, vi è chi propende per la cessazione del dovere della fedeltà quale effetto della separazione, perchè « la legge può esigere la virtù, ma non fino al grado eroico » (Stella Richter, op. cit., 1970, pag. 274).

A nostro avviso è accettabile tale soluzione, attenuata, però, nel senso voluto dalla sentenza n. 99 del 18 aprile 1974 della Corte costituzionale, che ha avvertito la necessità di una norma che preveda, tuttavia, che ciascun coniuge debba astenersi dai comportamenti costituenti ingiuria grave all'altro coniuge.

E) Innovazioni radicali, invece, riguardano gli effetti della separazione attinenti ai rapporti matrimoniali.

Dai lavori preparatori dell'attuale codice civile emerge che venne prospettata una questione assai delicata e grave, in materia di effetti patrimoniali della separazione, circa gli obblighi del mantenimento e degli alimenti. Fu rilevato che, secondo l'originario progetto, il coniuge non colpevole, che aveva ottenuto la separazione, sarebbe stato posto nello stesso piano del coniuge colpevole contro il quale la separazione era pronunciata, venendo a perdere, in confronto della situazione giuridica allora vigente, il maggiore diritto del mantenimento sancito dal contratto di matrimonio, mentre il coniuge colpevole non avrebbe avuto più diritto ai soli alimenti puramente necessari, ma avrebbe potuto pretendere i mezzi per condurre una vita modesta e cioè la stessa situazione economica del coniuge non colpevole.

Si ritenne, pertanto, la necessità di emendare il testo ministeriale al fine di mantenere la distinzione della situazione patrimoniale dei coniugi separati in relazione alla colpa dell'uno di essi o di entrambi quale causa determinante della separazione.

La Commissione fu unanime nel riconoscere la fondatezza di tali osservazioni e propose di stabilire che il coniuge colpevole non avesse diritto che agli alimenti strettamente necessari, mentre il coniuge non colpevole conservava tutti i diritti inerenti alla sua qualità di coniuge che non fossero incompatibili con lo stato di separazione (Relazione Commissione parlamentare pag. 777).

Le stesse osservazioni risultano dalla Relazione al Re (n. 90), nella quale, puntualizzato che il progetto ministeriale non voleva portare innovazioni al sistema del codice del 1865 ed intendeva osservare in tema di effetti della separazione un diverso trattamento nei confronti del coniuge incolpevole rispetto al coniuge colpevole e per il caso di colpa di entrambi i coniugi, si pervenne alla conclusione che il coniuge colpevole avesse diritto solo agli alimenti « senza peraltro parlare di alimenti strettamente necessari, per non creare un regime alimentare del tutto particolare » a tale coniuge; regime che sembrò non essere opportuno.

Così nell'articolo 156 del vigente codice civile è recepito il regime differenziato di trattamento economico fra il coniuge per colpa del quale viene pronunciata la separazione e quello che non ha colpa ed, enucleandosi la normativa, si prevede: a) per il coniuge incolpevole la conservazione di tutti i diritti inerenti alla sua qualità di coniuge, compreso anche il diritto al mantenimento; b) per il coniuge colpevole il solo diritto agli alimenti ove versi in stato di bisogno, la perdita di tutti gli altri utili che l'altro coniuge avesse concesso con il contratto di matrimonio anche se stipulati con reciprocità e la possibile privazione, in tutto od in parte, dell'usufrutto legale sui beni dei figli minori; c) per il caso di colpa di ambedue i coniugi, la perdita per ciascuno di loro degli utili come per l'ipotesi di separazione per colpa di uno solo dei coniugi, demandando al tribunale di dare, secondo le circostanze, le disposizioni opportune per lo usufrutto legale.

La Corte costituzionale con faticoso travaglio ha avuto modo di occuparsi ripetutamente della legittimità o meno delle norme di cui al citato articolo 156. Con la sentenza n. 46 del 23 maggio 1966, pronunciando in tema di separazione consensuale, ha osservato che, comunque si debba intendere l'unità voluta tutelare dall'articolo 29 della Costituzione, è da ritenere che essa non sia invocabile di fronte a coniugi rispetto ai quali, per il fatto stesso della separazione, sono venuti a mancare i presupposti dell'unità, sia che di questa si consideri l'aspetto materiale o fisico, essendo cessata la convivenza, e con essa la collaborazione della moglie alla gestione domestica, sia quello spirituale essendosi resa manifesta un'incompatibilità fra i due tale da rendere non più possibile la vita in comune. E, pertanto, ha ritenuto contrastante con l'articolo 29 citato il disposto dell'articolo 156 codice civile, nella parte in cui prevedendo la separazione senza colpa di nessuno dei coniugi, impone al marito di provvedere a tutto quanto si rende necessario ai bisogni della vita della moglie senza alcuna considerazione dei mezzi in cui questa per avventura disponga, do

vendosi invece avere riguardo a tali mezzi per stabilire quale parte debba essere impiegata per consentire alla moglie separata, non già di sottrarsi allo stato di bisogno, che potrebbe anche non sussistere, bensì di mantenere quello stesso tenore di vita che avrebbe goduto se non fosse intervenuta la separazione; e ciò in concorso con le somministrazioni rivolte allo stesso scopo, che devono rimanere a carico del marito, in proporzione alle sue sostanze.

Successivamente il Supremo consesso costituzionale, esaminando il caso della separazione dovuta a colpa esclusiva del marito, con sentenza n. 45 del 26 marzo 1969, ha, per converso, posto in luce che, in sede di controllo della costituzionalità del primo comma dell'articolo 156 codice civile, non ci si può limitare alla pura e semplice constatazione che, una volta intervenuta la sentenza definitiva, i coniugi vengono a trovarsi in stato di separazione, ma si deve dare necessario rilievo alla circostanza che la cessazione della convivenza è stata determinata dal comportamento illecito di uno dei due soggetti del rapporto matrimoniale. Difatti — così è stato motivato — la situazione dei coniugi separati non può non apparire obiettivamente diversa secondo che alla separazione essi siano addivenuti per concorde volontà ovvero per colpa di uno dei due, giudizialmente accertata. Nella prima ipotesi, i coniugi, che hanno volontariamente rinunciato alla convivenza ed agli eventuali vantaggi con essa connessi, si trovano su un piano di assoluta parità, e questa esige che la disciplina alla quale nei reciproci rapporti essi saranno sottoposti dal momento della separazione in poi sia eguale per il marito e per la moglie, indipendentemente dal regime giuridico operante in costanza di unione; nella seconda, invece, la convivenza viene meno per fatto imputabile ad uno dei due, sicchè nella determinazione dei rapporti patrimoniali non si può non tenere conto, rispetto al coniuge colpevole, dei diritti da lui goduti prima della separazione: prescindere da questi significherebbe rendere possibile un inammissibile trattamento preferenziale per chi vi ha

dato causa. Posto, infatti, che nel vigente ordinamento — in base all'articolo 145 del codice civile, ritenuto dalla Corte (sentenza n. 144 del 1967) non in contrasto con gli articoli 3 e 29 della Costituzione — durante lo stato di convivenza la moglie ha diritto alla somministrazione di tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sostanze del marito e indipendentemente dai mezzi di cui ella disponga, non si può consentire che il marito, nel dar luogo alla separazione per propria colpa, ponga in essere la premessa, ove la moglie sia fornita di risorse economiche, per affrancarsi, in tutto o in parte, dai suoi obblighi. Una disciplina dalla quale discendesse questa conseguenza sacrificherebbe alla parità formale delle fattispecie normative relative ai diritti della moglie o del marito incolpevole quella eguaglianza sostanziale alla quale il legislatore deve aver riguardo quando si tratti di regolare i rapporti fra i due soggetti: nel doveroso rispetto di essa la legge non può all'illecito commesso da uno dei due collegare conseguenze negative nella sfera giuridica dell'altro nè può disporre un trattamento che sia tale da poter recare svantaggio a chi ha subito il torto, vantaggio a chi lo ha commesso. Sulla base delle superiori considerazioni e di tutt'altre argomentazioni che qui vi è superfluo richiamare, pertanto, con la richiamata sentenza n. 45 del 1969 la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la denuncia di illegittimità dell'articolo 156 primo comma, del codice civile, nella parte relativa al trattamento della moglie nell'ipotesi di separazione per colpa del marito.

Ma successivamente il massimo organo chiamato a tutelare la Costituzione ha dato luogo ad un *revirement* giurisprudenziale, perchè con sentenza n. 133 del 13 luglio 1970, dopo avere ritenuto costituzionalmente illegittimo l'articolo 145, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, sotto il riflesso che l'assenza della predetta condizione comporta una sostanziale

ed assai rilevante diseguaglianza giuridica tra i due coniugi, la quale non trova alcuna giustificazione in funzione dell'unità familiare, perviene alla dichiarazione di infondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 156, primo comma, del codice civile, nella parte concernente l'ipotesi di separazione personale per colpa del marito, non più per le ragioni spiegate nella precedente sentenza n. 45 del 1969, bensì per carenza del presupposto della questione stessa e cioè perchè, risultando parificato il trattamento della moglie e del marito conviventi a seguito della pronuncia di parziale illegittimità del primo comma dell'articolo 145, « il denunciato primo comma dell'articolo 156, che, in regime di separazione conserva al coniuge incolpevole i diritti inerenti alla sua qualità (quando, come nel caso in esame, non si tratti di diritti incompatibili con lo stato di separazione), non contiene più alcuna differenziazione secondo che si tratti dell'obbligo di mantenimento gravante sul marito in colpa verso la moglie incolpevole ovvero dell'eguale obbligo della moglie in colpa verso il marito incolpevole ».

La decisione non ha trovato unanime approvazione tra gli studiosi della materia e, mentre vi è chi la considera un ulteriore strappo nel tessuto giuridico regolante i rapporti coniugali e muove avverso di essa notevoli censure (Ghirardi - nota in « Giustizia Civile » 1971 - Parte III pag. 24 e segg.) altri la condivide pienamente (Stella Richter - commento a detta nota, nella stessa rivista e nelle successive pagine 26 e 27).

Essa correlativamente ha poi portato ad altra pronuncia della Corte costituzionale (20 gennaio 1971 n. 6) che ha dichiarato non fondata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 570 codice penale in relazione all'art. 145 codice civile, in quanto, essendo ogni coniuge obbligato a mantenere l'altro coniuge solo se questi non ha mezzi sufficienti e non sussistendo divergenza normativa di trattamento in ordine all'obbligo di mantenimento fra marito e moglie, dopo la sentenza n. 133 del 1970, siffatta parità opera anche con riguardo alla

responsabilità penale per violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Il testo unificato al nostro esame (originario articolo 36) va molto al di là del pensiero della Corte costituzionale che, pur appellandosi al principio della parità giuridica e morale tra i coniugi ed alla conseguente equiparazione dell'obbligo al mantenimento reciproco, non ha voluto certamente denegare qualsiasi peso all'elemento-colpa ai fini della regolamentazione dei rapporti patrimoniali in caso di separazione.

È palese la ispirazione della nuova proposta disciplina al corrispondente articolo 5 della legge 1° dicembre 1970 n. 898.

Quest'ultima norma stabilisce che con la sentenza dichiarativa dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno che viene determinato in proporzione alle proprie sostanze ed ai propri redditi ed in relazione al contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi.

Nello stesso modo, coerentemente con il criterio adottato di irrilevanza della colpa, il nuovo articolo 156 del codice civile proposto dal testo unificato prevede che nella sentenza dichiarativa della separazione il tribunale può disporre a carico di uno dei coniugi l'obbligo di somministrare periodicamente somme di denaro all'altro, la cui entità è determinata in relazione alle sostanze ed ai redditi dell'obbligato e tenuto conto delle ragioni della decisione.

L'assegno ha sostanzialmente natura alimentare, perchè presuppone che il beneficiario « non abbia adeguati redditi propri ».

Occorre, innanzitutto, rilevare che manca il necessario coordinamento fra gli articoli 32 e 36 del disegno di legge n. 550, giacchè se la prima di tali norme stabilisce che il tribunale, nel pronunciare la separazione, è tenuto a dichiarare nella motivazione « a quali fatti o comportamenti la separazione stes-

sa sia addebitabile » soltanto « ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto », è di tutta evidenza che, nei casi in cui tali fatti o comportamenti non siano giuridizialmente accertati per difetto di espressa istanza delle parti, essi non potranno essere presi in considerazione come « ragioni della decisione » al fine di stabilire la determinazione dell'assegno di denaro di cui all'ultima delle due richiamate norme.

Nel merito, poi, così come è stato autorevolmente osservato, sembra che la nuova impostazione degli effetti patrimoniali derivanti dalla separazione sia frutto di qualche confusione.

Che il diritto al mantenimento venga meno in caso di divorzio è ben naturale, venendo meno il vincolo coniugale, allo stesso modo che viene meno il diritto successorio. Il problema politico è allora solo quello di determinare un assegno, che tenga conto dell'apporto dato dai coniugi in costanza di matrimonio, delle loro rispettive condizioni economiche e delle ragioni per cui il divorzio è pronunciato. Taluni ordinamenti, come il codice svizzero (articolo 151) conoscono, oltre all'assegno alimentare, anche una indennità che il coniuge colpevole deve corrispondere al coniuge innocente i cui interessi patrimoniali, anche eventuali, siano compromessi dal divorzio; altri ordinamenti, come il codice civile francese (articolo 301), conoscono il risarcimento del danno patrimoniale o morale. Ma ben diversamente deve porsi il problema in caso di separazione. Perché alla cessazione della convivenza debba necessariamente corrispondere la perdita da parte del coniuge innocente del diritto di mantenere il più elevato tenore di vita che, in costanza di convivenza, gli era assicurato dal coniuge colpevole, è davvero difficile da comprendere. La sanzione a carico del coniuge incolpevole resta inspiegabile » (Grassetti op. cit. 1972 pag. 95; Puleo in « Realtà nuova » 1973 pag. 423).

Resta parimenti inspiegabile la perdita del diritto successorio, sia nella successione necessaria che in quella legittima, sancita dagli articoli 179 e 189 del testo unificato (i quali così modificano gli articoli 548 e 585

del codice civile) per la ipotesi che il coniuge separato senza sua colpa non abbia diritto all'assegno alimentare, avendo adeguati redditi propri, mentre, per contro, il coniuge colpevole conserva il diritto alla successione, sia pure ridotto alla metà, per il solo fatto che ha diritto all'assegno alimentare per non avere adeguati redditi propri.

« Di modo che si introduce un abnorme diritto successorio che è subordinato all'esistenza di un pregresso stato di bisogno » (Grassetti op. cit. pag. 96).

« Il riconoscimento del diritto alla successione "sembra concepito" non come una espressione di quel vincolo che pur sempre lega due coniugi, anche separati, ma come strumento per assicurare qualche compenso patrimoniale a chi veda estinguersi il proprio diritto a un assegno di mantenimento, per morte dell'obbligato » (Cicala - op. cit. 1973 pag. 144).

Siffatti abnormi riflessi derivano chiaramente dal fatto che l'istituto della separazione viene configurato sempre più come semplice presupposto per l'ipotesi socialmente più rilevante di divorzio.

Difatti, come avremo modo di sottolineare in seguito, il testo unificato, in materia di successioni, tende a dare maggiore rilevanza al vincolo interpersonale nascente dal matrimonio, perchè liberamente scelto e costantemente rinnovato piuttosto che ai vincoli naturali di parentela. « In questo spirito, ben si comprende come se per un verso viene eliminato il tendenziale sfavore della legge verso la successione del coniuge, finora guardata con sospetto, ampliando di molto l'ambito della sua successione legittima e necessaria, per l'altro, con contraddizione solo apparente, viene disposta una notevole riduzione dei diritti successori del coniuge separato, che, nella maggior parte dei casi, si annullano del tutto. Dagli articoli 179 e 189 si argomenta, infatti, come il regime normale di successione fra coniugi separati sia quello della *non successione*. Tale regime, che nel diritto vigente costituisce un'ipotesi eccezionale, configurandosi come sanzione per il coniuge, del quale sia stata accertata la colpa nella separazione, viene ad essere invece,

secondo il progetto, l'ipotesi normale, ponendosi come principio generale in materia di successioni.

Questo principio subisce però una deroga, per il coniuge separato superstite, a favore del quale il tribunale abbia stabilito il diritto alla corresponsione di somme di denaro. In questo caso (come abbiamo già detto), il progetto gli assegna, nella successione legittima e necessaria, una quota pari alla metà di quelle stabilite per il coniuge non separato (Papanti - Pelletier - Effetti patrimoniali della separazione, in Sulla riforma del diritto di famiglia - Cedam, 1973, pag. 110).

Ma, a questo proposito, occorre rilevare un'altra incongruenza.

Il coniuge superstite che conservi i diritti successori, sebbene in quota ridotta, può succedere doppiamente al proprio coniuge. Essendo dotato, infatti, di redditi propri insufficienti, avrà dato presumibilmente un contributo limitato alla formazione del patrimonio comune, di cui è riferimento come infra all'art. 55 del testo unificato.

« Al momento della separazione, quindi, sarà già favorito dell'assegnazione della metà o del quarto dei beni comuni (articolo 72); alla morte del coniuge, poi, otterrà un ulteriore vantaggio, succedendo, sebbene in quota ridotta, nei beni del coniuge. Tale disciplina, nella quale è evidente il difetto di coordinamento, appare inaccettabile, ove si pensi che il coniuge, a favore del quale è disposto tale trattamento, può essere, per avventura colui al quale sono imputabili i fatti, che hanno dato luogo alla separazione » (Papanti - Pelletier op. cit. pag. 110).

Come si vede, il regime patrimoniale e successorio stabilito per la separazione personale non può non considerarsi gravemente ingiusto ed è una conseguenza fortemente negativa ed, osiamo dire, aberrante della cancellazione della colpa nella separazione, che appare perciò, anche sotto questo aspetto, pericolosa ed inopportuna (Puleo - op. cit. pag. 423).

Ulteriori perplessità, peraltro, il regime successorio previsto dal disegno di legge numero 550 desta ove ci si chieda se la normativa debba ritenersi valida soltanto per i co-

niugi separati giudizialmente ovvero anche per quelli separati consensualmente.

Ove esso si intenda esteso alla separazione consensuale, si rappresenterebbe una ulteriore stortura (Grassetti op. cit. pag. 96), perchè il diritto di succedere in quota ridotta spetterebbe solo al coniuge, a favore del quale la convenzione omologativa avesse disposto il diritto alla corresponsione di denaro, con la conseguenza che, in tal modo, attraverso un negozio indiretto i coniugi, in sede di separazione, disporrebbero di beni formanti oggetto della propria successione (Papanti - Pelletier op. cit. pag. 111) violando così la norma dell'articolo 458 codice civile sul divieto di patti successori (l'articolo 106 del progetto Falcucci, come abbiamo visto, deroga esplicitamente alla norma dell'articolo 458, al fine di favorire le separazioni consensuali rispetto a quelle contenziose sotto l'unico ed apprezzabile riflesso della rinuncia dei coniugi al reciproco diritto di successione e non sotto il profilo di anticipata disposizione di beni ereditari a favore del coniuge).

Se, per converso, si pensi di desumere che la nuova disciplina valga solo per i coniugi separati giudizialmente, si verrebbe a cancellare ogni legittima aspettativa del coniuge che abbia accettato una separazione consensuale e che in tale sede pure si sia visto riconoscere il diritto ad un assegno periodico di mantenimento. Questa esclusione non avrebbe alcuna giustificazione di carattere logico o morale.

« Su di un piano più modesto, ma che sembra pure abbia la sua importanza, quest'ultimo aspetto della riforma costituirebbe un ulteriore potente stimolo all'aumento della litigiosità in quanto renderebbe più vantaggioso il ricorso ad una complessa controversia giudiziale, onde ottenere il riconoscimento dei propri diritti patrimoniali in sede contenziosa, piuttosto che il bonario accomodamento che si concreti in una separazione consensuale » (Cicala op. cit. pagine 144-145).

Concludendo, infine, la trattazione del capo relativo agli effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi, noi rite-

niamo che la nuova disciplina suggerita dal testo unificato sia incongrua e non accettabile.

Essa appare « dettata principalmente in funzione di una conversione della separazione in divorzio. Mentre il problema concreto che il legislatore deve risolvere è anche quello di una separazione in funzione alternativa al divorzio: il che dovrebbe importare una separazione che mantenga, fuori dell'obbligo della convivenza, quanto più è possibile degli effetti del non cessato vincolo matrimoniale, e sia idonea ad agevolare la riconciliazione tra i coniugi ». (Grassetti - op. cit. pagina 96).

Il disegno di legge Falcucci (articoli 33, 116 e 126), seppure necessiti di opportuni emendamenti, sembra per la verità meglio articolato e più idoneo, in quanto, non obliterando il requisito della colpa nella regolamentazione degli effetti patrimoniali della separazione, non dà luogo alle gravissime perplessità e storture che derivano dalla disciplina prevista dal disegno di legge n. 550, tutela in buona parte i diritti del coniuge non colpevole e non pregiudica l'auspicabile futura riconciliazione tra marito e moglie che opportunamente fa derivare non solo da una semplice dichiarazione dei coniugi o da « un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione » (articolo 38 del testo unificato), bensì dalla effettiva ricostituzione della comunità familiare (articolo 34 del disegno di legge numero 41).

La Commissione giustizia del Senato ha posto parziale riparo ai lamentati inconvenienti prevedendo tra l'altro che il tribunale, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

Il regime patrimoniale dei coniugi.

Notevoli sono le innovazioni che si intendono introdurre nel regime patrimoniale dei

coniugi soprattutto con l'abolizione della dote e del patrimonio familiare, e la correlativa istituzione del fondo patrimoniale, con l'introduzione della comunione dei beni come regime legale e la retrocessione della separazione dei beni a regime convenzionale.

Secondo i proponenti il nuovo ordinamento patrimoniale della famiglia, inquadrato nel principio della parità tra i coniugi, va ricondotto a due finalità strettamente coordinate: elevare la posizione morale e giuridica della donna al medesimo livello in cui si colloca la posizione dell'uomo nell'ambito della famiglia; valorizzare sul piano morale e patrimoniale il lavoro domestico e professionale della donna, sia nel governo della casa, sia nella cura delle persone, sia nell'educazione e nella istruzione dei figli » (Falzea - Il regime patrimoniale della famiglia - in « Atti del II Convegno di Venezia » - 1972 pag. 62).

A) Nella cornice di tali finalità rientra la proposta di divieto della costituzione di *dote*, (art. 43), seppure con le attenuazioni derivanti dalla disciplina relativa all'istituzione del cosiddetto « fondo patrimoniale » (articolo 45 e segg.).

La dote consiste in quei beni che la moglie od altri per lei apporta al marito *ad onera matrimonii ferenda*. Dal testo unificato e dal disegno di legge Falcucci essa è ritenuta in contrasto con il principio di eguaglianza tra i coniugi perchè si fonderebbe sulla prevalenza del marito, al quale spetta l'amministrazione dei beni dotali e, pertanto, si propone la sua abolizione.

È però da osservare che, in fondo, la tanto biasimata dote ha il pregio di essere portata dalla moglie, ma di non diventare del marito, nè mai definitivamente comune, dovendo essere restituita alla fine alla moglie, onde non può dirsi che la sua istituzione, seppure serva a contribuire a sopportare i pesi del matrimonio, non tuteli quella posizione giuridica della donna che il nuovo legislatore vuole garantire.

Non ignoriamo che, secondo l'autorevole giudizio di buona parte della dottrina, l'istituto della dote è considerato morto di fatto,

senza bisogno di essere abolito (Nicolò - Atti del II Convegno della Fondazione Cini 1972 pag. 163), in contrapposizione ad altri che ritengono esagerato tale rilievo (Scaduto - Convegno Venezia 1967 - pag. 133); ma esso, di fronte al generale fenomeno per il quale va sempre più cadendo in desuetudine la pratica delle convenzioni stipulate per regolare i rapporti patrimoniali dei coniugi, è tuttavia il più frequente (su 100 convenzioni matrimoniali, 95-97 in media riguardano costituzione di dote così come emerge dalla tabella 33 riportata nel quaderno di studi e legislazione relativo alla « ricerca sul diritto di famiglia », approntato dalla Camera dei deputati - Parte prima - Seconda Edizione 1969 pag. 389) ed è tuttora, pur tenendo a diminuire nell'uso, molto utilizzato in alcune regioni, tra le quali la Sicilia.

Ma la manifestata tendenza del fenomeno a diminuire nel tempo e la pratica quasi sconosciuta in alcune regioni, specie in alcune particolari convenzioni, « non ci autorizza a sopprimere *ex abrupto* istituti che « sembrano legati, più che a vere o supposte esigenze della vita di relazione, a usi e costumi destinati ad evolversi coi tempi. È da ritenere, infatti, che un istituto previsto dall'ordinamento giuridico, anche se può riguardare un numero limitato di persone, è destinato ad assolvere ad una funzione ben precisa; funzione che, nel caso in esame, è volta essenzialmente a rafforzare una delle più importanti forme di coesione sociale, quale è il matrimonio. I rapporti sociali, col trascorrere del tempo, si evolvono, ed evolvendosi modificano le forme sotto cui la vita di relazione si svolge. Quella che un tempo costituiva la base economica per la formazione di una famiglia, la dote, oggi va diminuendo sempre più di importanza per il differenziarsi delle varie forme di sicurezza sociale che premuniscono la famiglia contro gli improvvisi squilibri economici, causa non frequente di crisi e disordini della vita familiare. Più che la tendenza a scomparire di istituti che assolvono tuttora ad una loro precisa funzione, riteniamo debba parlarsi di ridimensionamento o, meglio ancora, di riadattamento alle mutate condizioni create dall'evol-

uzione degli ordinamenti sociali » (pubblicazione della Camera dei deputati dianzi citata pagg. 389 e 390). Per le predette considerazioni, che pienamente condividiamo, ci sembra assai discutibile la proposta abolizione dell'istituto della dote e propendiamo per il suo mantenimento nel nostro ordinamento giuridico, seppure con alcune modificazioni specialmente per quanto concerne l'amministrazione dei beni dotali.

B) Ma l'innovazione più profonda riflette la retrocessione della separazione dei beni da regime legale a regime convenzionale e la promozione della comunione dei beni a regime legale.

L'esigenza e comunque l'opportunità di tale radicale modifica dà luogo a non pochi dubbi e perplessità e merita particolare ed attento esame. Al riguardo ci sembra interessante richiamare i lavori preparatori del vigente codice civile.

Leggesi nella Relazione della Commissione Reale (pag. 113): « Il disegno di legge sulla comunione tra coniugi vuole essere una radicale rielaborazione dell'istituto, attenendosi, per quanto è possibile, al diritto vigente. Non si può infatti dimenticare che l'istituto della comunione coniugale ha origine germanica ed una propria originale fisionomia. Nel codice nostro (1865), attraverso il codice francese, si sono incontrate le due correnti giuridiche, romana e germanica, con l'istituto della dote e della comunione tra i coniugi.

Avanti la codificazione, l'istituto della comunione coniugale si trova diffuso nelle provincie meridionali d'Italia, in Sicilia ed in Sardegna, ed è quello che meglio risponde agli ideali etici della famiglia ed ai principi di una sana politica legislativa, che vuole consolidare l'unità del consorzio familiare.

E così continua: « Il pensiero da cui muove la comunione coniugale è il seguente: col matrimonio si verifica una unione personale, a cui deve corrispondere anche una unione patrimoniale. È assurdo considerare i coniugi come due estranei l'uno all'altro, mentre pure sono indissolubilmente legati nella vita della famiglia. Se il marito durante la

vita con la sua attività fa degli acquisti, anche la moglie vi coopera con la buona economia e col risparmio, e non è giusto che gli acquisti restino proprietà esclusiva del marito, mentre la moglie ne sia totalmente esclusa, tanto più se si considera la posizione miserevole che a lei è fatta nel diritto successorio. Con l'istituto della comunione, accanto ai patrimoni individuali del marito e della moglie, si forma un terzo patrimonio comune della famiglia, costituito dagli acquisti fatti durante il matrimonio, la cui funzione precipua è il mantenimento della famiglia, e che allo scioglimento profitta in egual misura ad ambedue i coniugi che hanno così accomunata la buona e la mala fortuna. Questo istituto meglio risponde alle esigenze della piccola borghesia e delle classi lavoratrici o d'impiegati in cui i coniugi spesso quando contraggono matrimonio nulla posseggono, mentre dopo una vita di lavoro arrivano a fare un piccolo peculio, che figura intestato al marito, mentre invece è il frutto comune delle economie e dei sacrifici di entrambi i coniugi ».

I redattori del codice del 1942, quindi, prestarono la loro particolare attenzione all'istituto della comunione legale, ritenendolo rispondente a un alto senso di equità, perchè teso ad assicurare alla moglie, che lavora, i frutti della sua collaborazione nella società familiare (Relazione Commissione Parlamentare pag. 783) e respingendo sotto tale riflesso la proposta di qualche commissario volta ad eliminare l'istituto stesso « in quanto praticato solo in poche regioni, con risultati poco apprezzabili e anzi con una netta tendenza alla desuetudine ».

Nella relazione al Re (n. 113), poi, si precisò che se non era giustificata la riforma proposta dalla Commissione Reale, che aveva esteso la portata della comunione e incoraggiata largamente la costituzione convenzionale di essa, non sarebbe stato neppure opportuno sopprimere un istituto ritenuto idoneo a dare felici risultati « specialmente per garantire la condizione della moglie di fronte al marito ».

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 187 del 26 giugno 1974, pur avendo avver-

tito la necessità che la riforma del regime dei rapporti patrimoniali tra i coniugi si adegui al principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dall'articolo 29 della Costituzione, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'articolo 215 del vigente codice civile, ritenendo legittima l'attuale disciplina dei rapporti patrimoniali e, in particolare, della separazione dei patrimoni e della comunione degli utili e degli acquisti fra i coniugi.

Un breve *excursus* di legislazione comparata ci dà modo di rilevare che in non pochi stati europei è codificato, vuoi in forma accentuata vuoi con attenuazioni e deroghe, il regime legale della comunione dei beni tra i coniugi sotto il riflesso preminente di assicurare tutela ai diritti della moglie.

Così come leggesi nella relativa nota illustrativa riportata nella pubblicazione sopra richiamata della Camera dei deputati (pag. 163-164), in Francia, la legge n. 65-570 del 14 luglio 1965 è orientata sulla linea della duplice esigenza di una più completa affermazione dei diritti della donna in seno alla famiglia e di una più precisa e coordinata tutela degli interessi del nucleo familiare. Essa contiene una totale ristrutturazione della disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi. Il regime dotale è abolito, in quanto ritenuto non più rispondente ad una più equa e moderna impostazione dei rapporti intrafamiliari, ma l'abolizione non equivale ad un divieto, giacchè ai coniugi è sempre consentito, in virtù di un riconosciuto amplissimo potere convenzionale, di instaurare consensualmente un sistema di rapporti che riproduca appunto il tradizionale regime dotale. I coniugi hanno facoltà di concordare autonomamente, entro certi limiti, la disciplina dei rispettivi rapporti patrimoniali, sicchè il legislatore disciplina taluni tipici regimi patrimoniali, ma senza che ad alcuno di essi riconosca la caratteristica di regime necessario e quindi obbligatoriamente applicato. « Il massimo di predeterminazione legislativa è costituito dalla attribuzione ad un determinato regime della qualifica di regime legale, nel caso che l'applicazione di esso è generalizzata ed automatica in tutti i casi

in cui non esista una diversa deliberazione dei coniugi. Tale qualifica è riconosciuta al regime detto della comunione dei beni, nei confronti del quale tuttavia è ammessa la possibilità di introdurre tutte le varianti che non siano incompatibili con determinati principi... » L'amministrazione della comunione è attribuita in via esclusiva al marito che però risponde degli errori commessi nella gestione, e, inoltre se egli risulta inetto o si dimostra fraudolento, la moglie può chiedere all'autorità giudiziaria di sostituirlo nell'esercizio dei suoi poteri...

Il regime della separazione dei beni, che assorbe la precedente disciplina dei beni parafernali, è previsto come oggetto di una specifica convenzione tra i coniugi e può applicarsi a tutti indistintamente i beni personali dei coniugi, estendendosi anche alle obbligazioni contratte da ciascuno di essi, prima o dopo il matrimonio, eccezion fatta per quelle derivanti dalle necessità di sostentamento della famiglia e di educazione dei figli che gravano, solidalmente, su ambedue i coniugi.

Accanto al regime della comunione (legale e convenzionale) ed a quello della separazione dei beni, infine, la nuova legislazione francese introduce un sistema particolare che coevamente riflette alcune caratteristiche di detti due regimi. Trattasi del regime della partecipazione agli acquisti (o incrementi), che « mentre comporta l'attribuzione a ciascun coniuge dell'amministrazione, godimento e libera disponibilità dei suoi beni personali senza alcuna distinzione tra quelli che già appartenevano all'epoca del matrimonio, quelli pervenutigli in seguito per successione o atto di liberalità e quelli acquistati a titolo oneroso durante il matrimonio — tuttavia limita l'applicazione di tale contenuto normativo al periodo di durata del matrimonio: allo scioglimento di questo, infatti, ciascun coniuge ha diritto di partecipare, per la metà del valore, agli incrementi netti constatati nel patrimonio dell'altro e valutati sulla base della duplice stima del patrimonio originario e di quello finale.

Nella Germania Federale (cfr.: pubblicazione della Camera dei deputati citata pa-

gina 288 e segg.), anteriormente al 1° marzo 1953 il codice civile attribuiva al marito l'amministrazione dei beni apportati dalla moglie nel matrimonio, compresi quelli ricevuti successivamente *iure successionis* per atto di liberalità. Tale regime patrimoniale venne abrogato a seguito di sentenza resa dalla Corte costituzionale federale, che lo ritenne incompatibile con il precetto costituzionale della parità di diritti tra uomo e donna, e venne sostituito dalla magistratura con il regime della separazione dei beni in attesa dell'emanazione di nuove norme regolanti la materia.

Il *Bundestag*, invece, ha approvato come regime legale del patrimonio familiare la così detta « comunione degli incrementi patrimoniali » (*Zugeinngemeinschaft*). « Tale denominazione è tuttavia suscettibile di indurre in errore: i beni dei coniugi ed i relativi incrementi patrimoniali restano infatti separati e ciascuno dei coniugi amministra autonomamente il proprio patrimonio; con lo scioglimento del matrimonio si procede però alla suddivisione tra i coniugi degli incrementi patrimoniali realizzati dopo il matrimonio ed accertati al momento dello scioglimento del medesimo: al coniuge che ha realizzato l'incremento patrimoniale minore viene in tal modo assegnata una parte dell'incremento realizzato dall'altro coniuge ». Con tale regime « il legislatore tedesco, oltre a porre i coniugi in condizioni di parità per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, ha inteso sottolineare che l'attività svolta da entrambi i coniugi — non importa di qual genere, ma principalmente l'attività della moglie nel governo della casa — deve essere equiparata agli effetti dei benefici economici da essa derivanti ».

In *Jugoslavia* (op. cit. pag. 455) la legge fondamentale sul matrimonio, regolando in via generale i rapporti patrimoniali tra i coniugi (la disciplina particolare è demandata alle repubbliche popolari), prevede due tipi di regime patrimoniale: quello della separazione e quello della comunione dei beni. Fanno parte del patrimonio comune i beni acquistati dai coniugi con il loro lavoro durante il matrimonio, mentre da esso resta-

no esclusi i beni posseduti da ciascuno dei coniugi all'atto della conclusione del matrimonio. Per quanto concerne i beni di proprietà comune acquisiti dai coniugi durante il matrimonio con il loro lavoro l'articolo 8 del T.U. sul matrimonio redatto in base ad una legge del 1965 stabilisce che « quale quota del patrimonio spetti ad ognuno dei coniugi, in caso di controversia, viene determinato dal tribunale, secondo il contributo arrecato da ciascuno di essi e valutando tutte le circostanze, e che all'uopo deve procedersi « al calcolo, non solo dei guadagni di ogni coniuge, ma anche all'assistenza offerta da un coniuge all'altro nella gestione degli affari della famiglia e della casa, nella cura e manutenzione della proprietà e di ogni altra forma di lavoro e di collaborazione nell'amministrazione, manutenzione e nell'incremento del patrimonio comune ».

La legislazione dei *Paesi Bassi* (op. cit. pag. 500) prevede come regime legale la comunione totale dei beni, che può essere limitata o esclusa a mezzo delle convenzioni matrimoniali stipulabili sia prima che in costanza di matrimonio. I beni che fanno parte del patrimonio comune sono amministrati dal coniuge che li ha conferiti a meno che i coniugi non abbiano diversamente convenuto o che non vi sia diverso provvedimento giudiziale.

La comunione può essere sciolta per effetto della successiva stipulazione di convenzioni matrimoniali che la escludano.

Per la *Polonia* (op. cit. pag. 593 e segg.) il postulato dell'eguaglianza del marito e della moglie incide sensibilmente nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi sino a permeare di sé la viva sostanza delle relazioni coniugali e della vita familiare in genere. Il codice della famiglia e della tutela (Legge 25 febbraio 1964) all'articolo 31 sancisce che dal momento della celebrazione del matrimonio ha inizio fra i coniugi, con forza di legge, la comunione patrimoniale comprendente i rispettivi redditi ed, agli articoli successivi (32-34-35-36) stabilisce che: a) il patrimonio comune è costituito da tutti i beni patrimoniali acquisiti da entrambi i coniugi o da uno di essi durante il permanere

della comunione legale dei beni, compresi i redditi da lavoro o da altri servizi prestati personalmente da uno dei coniugi; b) fanno parte della comunione legale anche i beni di ordinaria amministrazione familiare che servano a entrambi i coniugi pur se « acquisiti mediante eredità, lascito o donazione, anche se il testatore o il donatore hanno stabilito diversamente »; c) nessuno dei coniugi durante il permanere della comunione legale può richiedere la divisione del patrimonio comune e disporre o impegnarsi a disporre della parte spettantegli del patrimonio comune ovvero dei singoli beni facenti parte di tale patrimonio; d) entrambi i coniugi sono tenuti a collaborare all'amministrazione del patrimonio comune, con facoltà per ognuno di loro di esercitare un'amministrazione autonoma di tale patrimonio.

La comunione, così concepita, « comporta che la moglie, che non abbia un rapporto di impiego esterno alla famiglia perchè occupata nei lavori domestici e nella educazione dei figli, si veda riconosciuta la propria attività come contributo all'avere comune e quindi sancito il proprio diritto ad usufruire, per la parte legittimamente spettante, del reddito da lavoro del marito. Una delle conseguenze più notevoli dell'istituto della comunione dei beni è dunque la eliminazione della superiorità economica del marito ».

Ma il legislatore polacco avverte che la generalizzata comunione dei beni costituita automaticamente *ope legis* all'atto della celebrazione del matrimonio può dare luogo a gravi inconvenienti e, pertanto, prevede che essa possa essere ampliata, limitata o esclusa con l'accordo dei coniugi anche prima della stipulazione del matrimonio (articolo 47). « Questo tipo di accordo contrattuale tra i coniugi relativo al patrimonio familiare » — si precisa, infatti, nella dianzi richiamata pubblicazione della Camera dei deputati — « costituisce una importante innovazione rispetto alla precedente codificazione e caratterizza specificatamente la legislazione familiare polacca anche rispetto alle legislazioni degli altri paesi socialisti. La sua introduzione nel nuovo codice è stata soprattutto consigliata dalla esistenza in Polonia

di tutta una miriade di aziende agricole individuali il cui puro e semplice assorbimento nel patrimonio familiare comune ha nella pratica sollevato complicati problemi relativi non soltanto ai legittimi interessi dei coniugi ma anche all'efficacia ed alla razionalità della conduzione economica delle aziende stesse ».

Il testo unificato al nostro esame ed anche il disegno di legge Falcucci, come abbiamo detto, aderiscono alla tesi dell'introduzione nel nostro ordinamento del regime legale della comunione dei beni tra i coniugi.

La soluzione non tranquillizza perchè, sebbene condividiamo pienamente l'esigenza di un riconoscimento giuridico e legislativo del contributo che spesso in misura rilevante dà la donna all'economia della famiglia con la sua attività domestica, con la saggia amministrazione praticata nell'ambito del nucleo familiare, e non raramente anche con il suo lavoro professionale, tuttavia non possiamo non valutare che la comunione degli utili e degli acquisti, pur esistendo nella nostra legislazione da oltre un secolo, solo in poche zone del territorio nazionale ha avuto ed ha attuazione peraltro assai limitata, infinitamente più limitata e decrescente della costituzione di dote, che proprio per la sua parziale desuetudine il riformatore propone di sopprimere. « Ciò significa che la detta comunione è estranea alle abitudini e ai sentimenti del popolo italiano. E di ciò il legislatore non può non tener conto nel dettare una nuova disciplina della materia » (Stella Richter - op. cit. 1970, n. 272). « Un legislatore non può disinteressarsi delle ripercussioni prevedibili che una riforma può suscitare nell'ambito sociale, e così ignorare quella che George Ripert (*Les forces créatrices du droit*, 1955 pp. 396, 400) chiama la *reception de la loi*: perchè se una legge non trova piena adesione e accoglimento da parte degli interessati, è chiaro che in essa o non era stato ben identificato lo scopo di politica legislativa da perseguire, o non erano stati scelti mezzi efficaci, idonei a raggiungerlo. Ora, per quel che è dato argomentare dalla scarsissima disciplina che il regime della comunione dei beni ha avuto sotto

l'impero del codice, è prevedibile che, una volta introdotta come regime legale, la comunione dei beni incontrerà costantemente una deroga convenzionale. E allora perchè introdurla? Anche qui è ovvio il rilievo che la divisata comunione degli acquisti è altrettanto consona ad un ordinamento social-comunista quanto ripugnante allo spirito di un ordinamento borghese che fa assegnamento sull'iniziativa individuale, quale è quello rispondente al nostro costume sociale » (Atti del Convegno di Venezia 1967, in *La Riforma* 1967 cit. pag. 139). Lo stesso giudizio esprime il prof. Spinelli (pubblicazione dianzi citata pag. 117 e 118), il quale, formulato il quesito in ordine alle vere e profonde ragioni del terremoto legislativo che si vuole praticare in tema di riforma del regime patrimoniale dei coniugi, risponde che « probabilmente si tratta di una mera teorizzazione politica, di un certo concettualismo legislativo, estraneo all'evoluzione ed ai dati sociali, per quali si presentano nel momento storico attuale del nostro Paese » ed aggiunge: « Che possano mantenersi in vita istituti previsti dall'ordinamento giuridico, anche se finiscono col riguardare un numero limitato di persone, quando sono destinati ad assolvere precise funzioni degne di tutela, è perfettamente legittimo. Che però si pretenda di elevare a regola generale quel che la grandissima maggioranza dei componenti il corpo sociale non utilizza e rifiuta, rappresenta un ingiustificato esercizio dello strumento legislativo: un'imposizione fondata su preconcepite ed astratte opinioni, del tutto estranee alla realtà sociale, per quel che questa chiaramente si presenta ed evolve. E ciò anche se altri paesi che si reggono su una diversa tradizione giuridica e su di un differente contesto sociale, mostrano per quegli istituti una propensione, che si vorrebbe elevare ad esempio per una società, come quella italiana, che invero ad altre componenti spirituali psicologiche e materiali si ispira. Anche qui i dati parlano chiaro ed averli trascurati è segno, non tanto di scarsa meditazione, quanto di un costume legislativo che, tutt'altro che rispettare almeno nei rapporti patrimoniali, l'autonomia negoziale dei

privati *nella massima ampiezza e rilevanza*, tende a soverchiarla e a tradirla. I dati statistici sulla comunione dei beni tra coniugi da cui la disciplina del progetto si discosta per non fondamentali regole, sono i seguenti:

1940-50 4,1 per cento di tutte le convenzioni;

1951-60 3,1 per cento di tutte le convenzioni;

1961 1,5 per cento di tutte le convenzioni;

1962 1,4 per cento di tutte le convenzioni.

L'imponenza delle cifre è tale che avrebbe dovuto far riflettere chiunque: in tutta Italia su ogni 10.000 matrimoni soltanto in tre casi nel 1961 e in due casi nel 1962 si è convenuta la comunione dei beni tra coniugi. I privati, dunque, non gradiscono questa forma di regolamentazione...e, sempre più, non la gradiscono... Il patrio riformatore non se ne cura..., propone di eliminare l'autonomia patrimoniale di ciascun coniuge nell'ambito della famiglia che determina inevitabilmente (?) il costituirsi di elementi di contrasto che non concorrono certo a cementare l'armonia dei rapporti. Di fronte a questa presa di posizione legislativa, rimarrà ai privati la necessità di ricorrere, prima o dopo il matrimonio, alla convenzione, da stipularsi per atto pubblico, onde stabilire un diverso regime patrimoniale. Alla regola legislativa rimarranno vincolati gli ignari e i poco accorti. Soltanto una minima percentuale — si è visto quanto scarsa — si sottoporrà coscientemente al sistema legale della comunione ».

Altri illustri cultori del diritto formulano preoccupate critiche circa la comunione legale degli utili e degli acquisti, che si vuole introdurre *ex abrupto*.

« Praticamente, lungi dal cementare l'unione, il nuovo regime, temiamo, si appaleserà al momento in cui l'unione sarà cessata, solo per aggravare i dissensi e i rancori. Visto tecnicamente, sotto il profilo della tutela della persona, l'istituto dà luogo a una diminuzione della stessa capacità giuridica del co-

niuge: si pensi come egli, neppure volendolo, sarebbe ormai in grado di acquistare solo a se stesso, se non previa autorizzazione dell'altro coniuge; e, come in mancanza, il coniuge oltre che a sè acquisterebbe necessariamente all'altro. Vi è qui una sicura soggezione giuridica di un soggetto a un altro. E se teoricamente può vedersi la reciprocità della soggezione (già di per sè da disapprovare), in pratica vi è solo la soggezione del coniuge più laborioso o con patrimonio più cospicuo. Lungi dal creare l'uguaglianza, viene così creata la disuguaglianza della quale può restar vittima anche la donna » (Impallomeni - Atti del II Convegno di Venezia 1972 pag. 191).

Anche il prof. Nicolò, preside della facoltà di giurisprudenza all'Università di Roma (atti predetti pag. 163), pur dichiarandosi simpatizzante verso il regime della comunione dei beni come regime legale, pone in guardia che « introdurre la comunione tra i coniugi nel nostro paese, tenendo conto del contesto sociale italiano, è un po' un salto nel buio, perchè è un istituto che non ha avuto mai un collaudo nella nostra tradizione.

La comunione tra i coniugi esisteva nel codice del 1865, esisteva nel codice del 1942, ma nessuno l'ha mai considerata nè l'ha mai applicata ». E significatamente continua: « Va poi notato che la comunione tra coniugi come è disciplinata dal progetto non verrebbe ad incidere sui settori sociali più importanti dal punto di vista economico, perchè è evidente che i settori economici importanti la propria sistemazione se la fanno da loro. Se vorranno eludere queste norme faranno prima la convenzione per la separazione dei beni, o potranno con estrema facilità ricorrere a tutti quei mezzi che esistono oggi, quali: investimenti fuori, dentro e all'estero, conti scoperti, conti numerati, conti con la chiave e così via. Al solito, le norme incideranno soprattutto sulla ricchezza immobiliare che è ormai una parte minima della ricchezza individuale ».

Parimenti, il professor Oppo, pur non manifestandosi contrario alla istituzione del regime legale della comunione dei beni, assai cautamente ha rilevato « che, contro le ot-

timistiche previsioni » dei fautori di novità, la progettata « comunione legale potrebbe essere *mater discordiarum* anche fra i coniugi » (La riforma eccetera. Atti del I Convegno di Venezia 1967, cit., pag. 148) ed ha avvertito il dubbio « che la comunione legale, ancorchè giuridicamente e socialmente giustificata, possa, nel tentativo di costringere in unità, al di là della loro spontanea coesione, interessi in realtà individuali, istituzionalizzarne anche la contrapposizione, sollecitando alla loro difesa più che alla mutua e comprensiva solidarietà » (Atti del II Convegno di Venezia 1972, cit. pag. 83).

A ciò è, poi, da aggiungere che la comunione può concretizzarsi in una reale mortificazione ed in un freno dell'iniziativa del coniuge, può creare seri intralci alla circolazione dei beni e può costituire grave attentato alla buona fede dei terzi.

Per le superiori considerazioni negative, non sottovalutando le contrarie tesi che riconosciamo onestamente meritevoli di attenzione, riteniamo che sia preferibile mantenere come regime legale quello della separazione dei beni, con il correttivo però del riconoscimento, all'atto dello scioglimento del matrimonio, del diritto del coniuge ad una quota degli incrementi esistenti nel patrimonio dell'altro coniuge. Verrebbe così ad accogliersi nel nostro ordinamento giuridico quale regime legale « la separazione dei patrimoni con regolamento finale dei conti » e cioè la forma più moderna di comunione, la cosiddetta « comunione differita » o « comunione degli incrementi patrimoniali ». Trattasi del regime che, come abbiamo sopra illustrato, è conosciuto nell'ordinamento moderno sotto il nome di *Zugewinngemeinschaft*, secondo il quale, al momento dello scioglimento del matrimonio, si attua un pareggiamento degli incrementi patrimoniali attraverso un diritto di credito del coniuge che ha realizzato incrementi minori verso l'altro, ovvero, per il caso di scioglimento del matrimonio a causa di morte, attraverso l'assegnazione al coniuge superstite della quota successoria accresciuta di un quarto dell'eredità.

Tale soluzione « appare rispondente meglio di ogni altra alla struttura della fami-

glia come società naturale e all'attitudine che il legislatore deve assumere nei confronti del gruppo familiare » (Rescigno, Atti del I Convegno di Venezia, cit. pag. 63) ed è condivisa da una parte autorevole della dottrina (tra gli altri Stella Richter, Giust. Civ. 1970, parte IV, cit. pag. 272).

Il professor Dell'Olio (Sulla riforma del diritto di famiglia, Padova, Cedam 1973, pagine 263-264) è pure dello stesso avviso e pone in luce che la comunione degli incrementi patrimoniali « ha rilievo essenzialmente interno in quanto si concreta in un credito di restituzione in favore di ciascuno dei coniugi, per la metà del valore degli incrementi verificatisi nel patrimonio dell'altro durante il sodalizio coniugale, salvi i temperamenti in ordine ad eventuali donazioni o dilapidazioni, nonchè a sopravvenienza *ab extra* » e praticamente trova « cenno nella legge n. 898 del 1970, in cui è stabilito che nella determinazione dell'assegno, in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili, il giudice deve tenere conto, tra l'altro, del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi », sicchè conclude lamentando che « l'attuale disegno di legge, invece, perde l'occasione per generalizzare questo criterio a tutti i casi di cessazione del sodalizio coniugale, e così adotta una disciplina spesso caratterizzata da eccedenze dei mezzi, consistenti in vincoli rilevanti all'esterno rispetto al suindicato fine interno, e quindi da un ingiustificato sacrificio di altri interessi ».

Peraltra la normativa offerta dal disegno di legge n. 550 è sotto molti aspetti claudicante e lacunosa, spesso tortuosa e poco chiara e non sempre coordinata nell'ambito del sistema.

Sono in effetti previsti tre regimi: la comunione legale (articoli 37 e 51 e segg.), la comunione convenzionale (art. 75) e la separazione convenzionale dei beni (art. 80 e segg.), oltre al fondo patrimoniale (art. 45 e segg.) ed alla proprietà separata dei beni non cadenti in comunione (artt. 54 e 79). Ma la linea del disegno di legge appare incerta, perchè in realtà non determina chiaramente i tipi di comunione enucleati.

La comunione convenzionale, infatti, costituisce una ammissione assai limitata dell'autonomia privata nell'ambito del regime legale di comunione, stante che ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 75 sono dichiarate inderogabili le norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione (artt. 55-59) ed all'eguaglianza delle quote (art. 69) ed inderogabili appaiono parimenti le norme sulla responsabilità (artt. 61-65) e buona parte di quelle sullo scioglimento (artt. 66 e segg.) in quanto coinvolgenti interessi superiori a quelli dei coniugi. « Onde la materia regolabile convenzionalmente sembra restringersi all'oggetto della comunione, nei limiti in cui non si attenda a diritti di terzi, e forse all'aggiunta di qualche ulteriore causa di scioglimento. Con il che sembra restarsi nell'ambito dei patti speciali per la comunione di cui all'articolo 216 codice civile del 1942. Il tipo di comunione accolto è, quindi, sostanzialmente uno solo. Ed è quello previsto dal codice vigente, sulla cui disciplina le norme proposte sono in larga misura esemplate.

Ciò appare del tutto incongruo, quando si pensi che quelle norme concernono un regime esclusivamente convenzionale e derivano da una serie di stralci riduttivi operati, appunto in ragione del carattere convenzionale del regime, attraverso il codice albertino e quello del 1865, nella disciplina del codice Napoleone: dove, invece, trattandosi di regime legale, la disciplina stessa era assai più ampia ed articolata in tipi e sottotipi. Con l'ulteriore conseguenza che, dato appunto il riferimento a un modello così vetusto, non si è tenuto adeguato conto dell'evoluzione verificatasi nello stesso paese d'origine del modello (cfr. la legge francese n. 65-570) e negli altri in cui esiste la comunione: evoluzione il cui senso sembra essere appunto la sempre maggiore articolazione del regime in tipi e sottotipi e l'affermazione di tipi comunque più adeguati ai tempi, come la già ricordata comunione degli incrementi » (Dell'Olio, op. cit., pagg. 264-265).

Sostanzialmente, quindi, si vuole accogliere un solo tipo di comunione, e cioè quello della comunione di acquisti, che — come

osserva lo stesso Dell'Olio (op. cit., pag. 265-266) — « sembra caratterizzato dall'equivoco e talvolta dal compromesso tra l'interesse della famiglia e i rapporti interni tra coniugi con conseguenze che, mentre possono addirittura ritorcersi contro il primo, ledono altri interessi meritevoli di tutela. Nella comunione, infatti, rientrano (art. 177, lett. a) gli acquisti compiuti durante il matrimonio, e cioè, a quanto sembra, i beni materiali o comunque individuali acquistati; ma non i frutti dei beni propri ed i proventi della attività sperata di ciascun coniuge, i quali vi rientrano solo se non consumati al momento dello scioglimento. Ciò a parte la difficoltà di distinguere, talvolta, acquisti da frutti o proventi (come devono configurarsi, ad esempio, gli investimenti di frutti o proventi in titoli?) fa sì che, al limite, un coniuge possa preferire il consumo dei suoi redditi al risparmio o all'investimento, che ne comporterebbero la caduta in comunione. Per converso la caduta in comunione dei proventi non appena vengono investiti, con conseguente esclusione dalla garanzia patrimoniale verso i creditori particolari, anche anteriori alla costituzione della comunione, può trasformare quest'ultima in un fin troppo agevole mezzo di frode ai creditori o meglio di messa al sicuro da questi, dei redditi del coniuge. La sostanziale esclusione dei beni della comunione dalla garanzia patrimoniale, salvo che per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia o congiuntamente dei coniugi (art. 186, lettere c e d), infatti, non sembra di per sé giustificata da quell'interesse, tanto più in quanto i beni rientranti nella comunione possono a loro volta eccedere le esigenze della famiglia ad essere fatti entrare in comunione proprio e soltanto per sottrarli ai creditori. Si noti, a questo riguardo, che l'anzidetto mezzo di sottrazione resiste, perfino, al fallimento, poichè anche in questo caso la separazione giudiziale dei beni sembra poter essere chiesta solo con il consenso dell'altro coniuge (art. 193, comma primo e quarto); e che non sembrano esperibili nè l'azione di simulazione nè la revocatoria, dato che la caduta in comunione è effetto legale del puro e semplice acquisto dei beni ».

Si potrebbero porre in luce tutt'altre discrasie e carenze della disciplina del regime legale della comunione dei beni, così come prospettata dal testo unificato *de quo* (quali ad esempio la macchinosità della regolamentazione concernente la cessazione della comunione, l'infelice ed incerta formulazione delle quote dei coniugi, la discutibile articolazione delle norme concernenti l'amministrazione dei beni della comunione, le manchevolezze relative alla trascrizione, l'omessa tutela dei diritti dei terzi etc), ma la già lunga trattazione della materia ci impone di non indugiare oltre sull'argomento. Tale considerazione, però, non ci può esimere dal concludere, conformemente al parere espresso da autorevoli cultori ed operatori del diritto, che « la prospettata disciplina finisce in un circolo vizioso, dal quale l'ordinamento patrimoniale della famiglia non riesce ad uscire, mortificandosi in una serie di regole spicciole, che è ben difficile concepire in unità di *ratio* » ... in quella unità che, appunto, manca nella riforma (Palermo - Sulla riforma del diritto di famiglia, Cedam 1973, pag. 258), la quale « persegue molteplici finalità non di rado confliggenti » (Cataudella, op. dianzi citata, pag. 261).

C) Tuttavia, prima di chiudere il capitolo relativo alla comunione degli utili non è possibile fare passare inosservata una delle novità del testo unificato, che viene introdotta *incidenter tantum* e che si rivela come un vero e proprio insolubile enigma e cioè la cosiddetta « comunione dell'azienda a conduzione familiare » (art. 55, lett. *d* dell'originario testo della Camera).

Al riguardo il Giampiccolo (Atti del II Convegno di Venezia 1972, pag 173), dopo avere denunciato le poche frammentarie disposizioni dedicate dal riformatore alla « azienda a conduzione familiare » che si appalesano assolutamente insufficienti a soddisfare la aspettativa — oggi largamente sentita in diversi settori dell'attività economica — di una appropriata disciplina del lavoro familiare nell'impresa, avverte che non deve essere perduta l'occasione di affrontare finalmente e risolvere in modo conveniente il

problema. A suo avviso « occorrerà tener presente che la sua soluzione — vista, come deve essere, nel quadro di una disciplina complessiva dei rapporti familiari patrimoniali — non soltanto dovrà naturalmente coordinarsi con le altre norme in materia (e così ad es. con la disposizione dell'articolo 134 dello stesso progetto, dalla quale per argomento a fortiori potrebbe già dedursi forse l'esistenza di un obbligo, per il figlio avente diritto al mantenimento, di collaborare, nei limiti delle proprie capacità, all'attività professione dei genitori), ma dovrà contemplare ogni tipo di cooperazione familiare (es. lavoro domestico) e comunque, pur dove si tratti di lavoro aziendale, non potrà sempre ritrovarsi sul terreno dell'impresa familiare collettiva, poichè uno schema del genere, come l'esperienza avverte, non sarebbe in molti casi forma giuridica appropriata alla realtà dei rapporti e sarà dunque opportuno farne previsione legislativa soltanto per ipotesi qualificate, da accuratamente precisare. Per contro andrà forse esaminata la opportunità di ricondurre poi allo statuto di tali imprese familiari, almeno per un certo nucleo di regole fondamentali, lo stesso vetusto istituto della comunione tacita familiare in agricoltura, che, come è noto, non sembra più trovare oggi nelle norme consuetudinarie, in relazione alla mutata concezione della famiglia e al diverso atteggiarsi della sua economia, un ordinamento del tutto confacente ai tempi, alla mentalità e alle aspirazioni delle giovani generazioni contadine, alle stesse esigenze di una moderna ed efficiente organizzazione della produzione agricola ».

La comunione dell'azienda a conduzione familiare, però così come concepita dal disegno di legge n. 550, non risolve alcuno dei predetti problemi. In primo luogo non chiarisce che cosa si debba intendere per « azienda a conduzione familiare » e cioè se la comunione concerna il puro e semplice complesso dei beni e non già l'impresa che con tali beni è ovvero sarà esercitata e non disciplina comunque l'esercizio collettivo dell'impresa, che nel nostro ordinamento è considerata come società di fatto, assoggettata

quindi in quanto tale alle disposizioni di cui agli articoli 2247 e segg. del vigente codice civile.

Non distingue, poi, tra azienda commerciale, agricola o civile, mentre almeno per l'azienda agricola dovrebbe procedersi al coordinamento nei rapporti della comunione tacita familiare, specie in ordine all'efficacia degli usi, richiamati come fonte regolatrice normale dall'articolo 2140 codice civile.

Come pone in rilievo, indi, il professor Oppo (op. cit. 1972, pag. 85 e segg.), non è chiaro se la nozione di azienda a conduzione familiare supponga di necessità la partecipazione di entrambi i coniugi, come farebbe ritenere la *sedes materiae* più che la lettura delle disposizioni del testo unificato, o se possa aversi, agli effetti che interessano, azienda familiare condotta da uno solo dei coniugi con altri familiari. Non si precisa quale lavoro dei coniugi e degli altri componenti la famiglia valga ad istituire la comunione o a renderne partecipi e, particolarmente, se debba trattarsi solo di « conduzione » dell'azienda o anche di lavoro meramente esecutivo. Non è dato conoscere che cosa si intenda per « altri componenti la famiglia e, particolarmente, a quale grado di parentela o affinità si faccia riferimento e se in ipotesi si richieda qualcosa di più del semplice rapporto di parentela (conviventi a carico, minori di età e simili). Non si stabilisce come la partecipazione di altri familiari reagisca sulla misura delle quote e sembra legalizzarsi una ingiusta disparità di trattamento tra componenti della famiglia che lavorano a beneficio della stessa, a seconda che operino nell'azienda o prestino la loro attività *aliunde*.

Vi sono, infine, fondate osservazioni da farsi circa la regolamentazione insoddisfacente dei poteri di gestione, della responsabilità per l'esercizio dell'azienda comune e dello scioglimento della comunione aziendale, sicchè è da concludere con il professor Oppo che « la comunione di azienda, nei presupposti e nei lineamenti prospettati nel progetto, non è soluzione che possa essere condivisa nè sul piano dei rapporti patrimoniali tra coniugi, nè sul piano di una

disciplina o di riconoscimento del lavoro familiare, disciplina o riconoscimento che peraltro non può costituire una appendice della comunione tra coniugi. Almeno sul piano dei rapporti che qui interessano, la soluzione può essere un'altra, capace anche di inquadrarsi più coerentemente nel sistema del progetto. Questo infatti ha ammesso (articolo 56) che anche dopo il matrimonio il singolo coniuge possa iniziare una propria impresa e dotarla di beni (di cui abbia la disponibilità) mantenendone la gestione esclusiva: la conseguenza sul piano dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, è che i beni destinati all'esercizio della impresa si considerano della comunione se e nella misura in cui sussistano al tempo dello scioglimento di questa ».

Di fronte alle superiori gravissime lacune che si riscontrano nel testo unificato, la Commissione giustizia del Senato ha appurato con saggia sintesi gli opportuni rimedi che appaiono soddisfacenti introducendo al capo V del titolo VI del I libro del codice civile una nuova sezione e cioè la « sezione VI » intitolata « Dell'impresa familiare » (accogliendo, in tal modo, uno specifico emendamento di natura sistematica proposto dalla Destra nazionale).

È stato così definito il concetto di impresa familiare nel senso che questa è l'impresa alla quale collaborano il coniuge ed i parenti entro il terzo grado o gli affini entro il secondo. E sono state incluse le norme concernenti: a) il diritto del familiare che presta continuativamente la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia ed alla partecipazione ai beni della famiglia e dell'azienda in proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, limitatamente agli utili ed agli incrementi dell'azienda (forse più esatto sarebbe dire « limitatamente all'incremento patrimoniale e produttivo conseguito dall'impresa »); b) il conferimento delle decisioni relative all'impiego degli utili aziendali ai familiari partecipanti all'impresa; c) l'intrasferibilità del diritto di partecipazione e la sua liquidazione in denaro alla cessazione,

per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro come pure nel caso di alienazione dell'azienda; *d*) il diritto di prelazione sulla azienda a favore dei partecipanti per il caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda stessa; *e*) il mantenimento degli usi in materia di comunione tacita familiare che non contrastino con le nuove norme disciplinanti l'impresa familiare.

D) Per completezza di trattazione basta solo un breve cenno al regime della *separazione convenzionale* dei beni, che consiste nella pura e semplice esclusione di beni dalla comunione per espressa volontà dei coniugi, i quali così possono derogare alla regola della comunione legale. Il riformatore in tal modo conferma chiaramente che non sussistono fondate ragioni di ordine generale in favore dell'introduzione del regime di comunione e che non vi è serio motivo di ritenere che il regime della separazione costituisca ostacolo al trattamento egualitario dei coniugi. Tuttavia il testo unificato considera la separazione dei beni, a nostro avviso erroneamente, con particolare sfavore e tende a riecheggiare implicitamente l'opinione del Pothier, il quale riteneva di scrivere che con il regime della separazione « la moglie è a pensione presso suo marito »; in effetti, però, esso non disciplina il regime di separazione dei beni come regime patrimoniale della famiglia, ma si limita a richiamare le norme che attualmente regolano il regime dei beni parafernali, dando l'impressione di volere sposare quelle teorie che considerano il regime di separazione dei beni come un non-regime per il quale non è necessaria alcuna particolare disciplina.

« Dal silenzio delle norme sembra doversi desumere un potere di agire autonomo ed una responsabilità, per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia, limitata al coniuge che ha agito ». Tale disciplina appare però incompatibile con i principi del nuovo diritto di famiglia (Masella Ducci Teri, Sulla riforma del diritto di famiglia, Cedam 1973, pag. 273) e, statuendo che il regime della separazione convenzionale a pena di nullità deve risultare da atto pubblico

(art. 39), comporta l'aggravio di nuove complicazioni e di nuove spese per i cittadini nei loro rapporti matrimoniali; sicchè saranno guai per chi affronta il matrimonio senza un'adeguata preparazione propria e consulenza giuridica altrui.

Ben diverso istituto è quello che concerne la *separazione giudiziale dei beni*; questa (artt. 66 e 68) comporta una vera e propria sanzione (lo scioglimento della comunione) a carico del coniuge dimostratosi cattivo amministratore dei propri beni o di quelli familiari, una sanzione che nel sistema del testo unificato dovrebbe essere ben più grave della esclusione del responsabile dalla amministrazione per i casi che uno dei coniugi sia incapace o non in grado di manifestare la propria volontà ovvero abbia male amministrato (art. 58).

La separazione giudiziale dei beni difetta, però, nel sistema *de quo*, in ordine al coordinamento con l'esclusione del responsabile dell'amministrazione e, non ipotizzandosi la sua applicazione al caso di responsabilità di entrambi i coniugi e comunque sussistendo dubbi circa tale applicazione, al caso di responsabilità di entrambi i coniugi e comunque sussistendo dubbi circa tale applicazione, appare effettivamente « frutto di un equivoco giacchè riproduce, nella parte che interessa, l'art. 226 del codice vigente, nel quale la cattiva amministrazione è ovviamente riferibile solo al singolo coniuge amministratore (il marito e, eccezionalmente, la moglie) mentre non si è prevista esclusione dall'amministrazione » (Oppo, Atti del Convegno di Venezia 1972, pag. 76).

La separazione giudiziale dei beni, poi, nella situazione attuale, avrebbe rischiato di trasformarsi in fonte di gravi pregiudizi per i terzi (Massella Ducci Teri, op. cit. pag. 273), in quanto l'originario articolo 71 al comma quarto (soppresso opportunamente dalla Commissione giustizia del Senato) escludeva i creditori di uno dei coniugi dal diritto di chiedere la separazione dei beni ove fosse mancato il consenso dell'altro coniuge, senza neppure distinguere tra ipotesi e ipotesi, talchè — come acutamente osserva il professor Oppo (op. cit. dianzi cit., pag. 78) — si

sarebbe dovuto concludere che la separazione dipendeva dalla richiesta del coniuge non solo nei casi di inabilitazione dell'altro coniuge, disordine negli affari, cattiva amministrazione ma anche in quello di fallimento. E quanto ciò sarebbe servito ad agevolare l'etica di certi rapporti fra coniuge « separatista » e creditori dell'altro coniuge, ognuno può intendere (Palermo, op. cit., pag. 254-255).

E) Soppressa la dote, il testo unificato sopprime anche il patrimonio familiare (articolo 44) e sostituisce all'una ed all'altro il cosiddetto « fondo patrimoniale » (articolo 45 e segg.), che può essere costituito anche durante il matrimonio da ciascuno o ambedue i coniugi o da un terzo per far fronte ai bisogni della famiglia.

Abbiamo già posto in rilievo la inopportunità dell'abolizione dell'istituto della dote ed è inutile ripetere quanto già illustrato sull'argomento e non nascondiamo che lo istituto del patrimonio familiare ha avuto scarso favore nella pratica deludendo le previsioni del legislatore che in relazione alla introduzione di esso in molte legislazioni straniere (Stati Uniti, Germania, Svizzera, Francia, Venezuela, Messico, Portogallo, Brasile, ecc.) lo accolse nel Libro primo del vigente codice civile, considerandolo destinato al rafforzamento del nucleo familiare e del benessere della famiglia (Relazione al Re n. 93, 101).

Ma la creazione del fondo patrimoniale, in sostituzione di due istituti aboliti (dote e patrimonio familiare), dei quali conserva i caratteri e gli effetti, non ha pregio; esso, in definitiva, assolve una funzione mista risultante dalla fusione degli altri due istituti ed, in tal modo, rappresenta « un implicito riconoscimento della utilità dei due istituti abrogandi » ed una innovazione che per la sua macchinosità sembra fare un passo indietro rispetto alla codificazione vigente (Scaduto, op. cit. pag. 133). Se poi la dote ed il patrimonio familiare si considerino istituti inutili, la conseguenza si è che costituisca pura contraddizione sopprimere ciò che è inutile per creare una copia od un

coacervo parimenti inutile (Stella Richter, op. cit. 1970, pag. 271).

E se il fondo patrimoniale si ritenga soltanto come riproduttivo con parziali modificazioni dell'attuale patrimonio familiare, logica conclusione si è che esso non potrà avere che quella stessa scarsa fortuna che ha avuto sino ad oggi il modello originale previsto dal vigente codice civile (Puleo, *Realtà nuova*, 1973, pag. 420). In tal caso appare più apprezzabile e più conferente il disegno di legge Falcucci che (art. 51 e segg.), disattendendo inutili neologismi, mantiene la figura giuridica del patrimonio familiare e ricalca le linee fondamentali della disciplina attualmente in vigore con alcuni adattamenti.

D'altra parte assai dubbia appare l'utilità generale di un istituto quale il fondo patrimoniale fondato sullo stesso principio della comunione, rispetto alla quale non sembra presentare particolari caratteristiche differenziali. « L'accostamento e l'attribuzione, in via normale, a entrambi i coniugi della proprietà del fondo patrimoniale portano a sfumare, sul piano pratico, le differenze fra fondo patrimoniale e comunione, creando i presupposti per una limitata diffusione del primo e preparandogli un destino analogo a quello subito dal patrimonio familiare » (Scaduto, op. cit., pag. 134).

Vi è poi una considerazione di rilevante importanza da fare. L'articolo 46, nel formulare il primo comma del nuovo articolo 168 del codice civile, stabilisce che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione. « Che cosa vuol dire questo? » si domanda il professore Ferri (Convegno di Venezia 1967, pagine 111-112) « Vuol dire che normalmente i beni, anche se portati da un coniuge solo, nel momento stesso della costituzione del fondo diventano comuni; quindi in occasione del matrimonio (ed, aggiungiamo, persino durante il matrimonio, potendosi costituire il fondo patrimoniale anche posteriormente alla celebrazione del matrimonio ai sensi del comma 3° del nuovo articolo 167 del codice civile proposto dall'articolo 45 del testo unificato), se si applica questa norma,

spesso avverranno dei trasferimenti di proprietà ... non giustificati, anche dei grossi spostamenti di proprietà, perchè dalla proprietà individuale si passa alla proprietà comune ». Il matrimonio così può « diventare sempre più un affare » ed i trasferimenti di ricchezza che, avvalendosi dell'espedito del fondo patrimoniale, possono essere facilmente realizzati, divengono sempre più sospetti perchè « quando si è vicini al matrimonio lo stato d'animo degli sposi può essere di massima larghezza reciproca e uno potrebbe essere spinto a fare delle grandi elargizioni di cui si potrebbe poi pentire amaramente », mentre possono concretizzarsi in un vero e proprio artificio a danno di terzi, che non sono certamente idoneamente tutelati per il solo fatto che è consentita la loro prova della simulazione (e soltanto della simulazione) delle convenzioni matrimoniali (articolo 41).

F) La disciplina *dei beni personali* del coniuge e cioè di quelli non inclusi nella comunione, particolarmente elencati all'articolo 54 del disegno di legge n. 550 (nuovo articolo 179 del codice civile) con la correlativa norma di cui all'articolo 79 (nuovo articolo 215 del codice civile), che dispone come ciascuno dei coniugi conservi la titolarità dei beni da lui acquistati prima o durante il matrimonio, di quelli che non sono stati inclusi nel fondo patrimoniale e di quelli che sono stati esclusi dalla comunione legale e da quella convenzionale, non offre motivi per rilievi di particolare importanza.

Ci limitiamo, quindi, a sottolineare la *ratio* della norma di cui all'articolo 54 lettera e), la quale nell'ambito del collegamento che il testo unificato vuole realizzare tra il lavoro dei coniugi (sanzionato come dovere ai sensi degli articoli 23, comma 3° e 29, comma 1°) e la comunione degli acquisti, significativamente considera beni personali del coniuge « i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno morale o di un danno fisico » mentre, per quanto concerne quest'ultimo, include nella comunione « il risarcimento o la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa ».

E altresì da puntualizzare che di fronte a numerose disposizioni riformatrici che senza plausibile ragione sacrificano l'interesse dell'uno o dell'altro soggetto o, peggio della

famiglia, facendolo dipendere dal capriccio di un singolo, l'ultimo comma del citato articolo 54, a tutela dei diritti dei terzi e della famiglia e per rafforzare il principio della comunione legale, stabilisce che l'acquisto per fini e titoli specificatamente determinati di beni immobili o di beni per i quali ai sensi dell'articolo 2683 del codice civile è disposta la pubblicità (navi, galleggianti, aeromobili ed autoveicoli), effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione se ed in quanto tale esclusione risulti dall'atto di acquisto al quale abbia preso parte l'altro coniuge.

G) Un'altra innovazione del disegno di legge n. 550 (originario articolo 200) e del disegno di legge n. 41 (articolo 136) è la soppressione del divieto della *donazione tra coniugi* durante il matrimonio sancito dall'articolo 781 del codice civile. La proposta merita piena acquiescenza.

Dagli stessi lavori preparatori del codice civile del 1942 risulta, infatti, che il progetto di allora proponeva l'abolizione del predetto divieto, che veniva ritenuto non giustificato da alcuna plausibile ragione; poichè tutti i motivi di natura morale tramandati dal diritto romano (*ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*) erano da considerarsi insussistenti o del tutto estranei all'ordinamento familiare moderno.

Si rilevava altresì come nessuna consistenza avesse la giustificazione di cui si era fatto esponente il Pisanelli e cioè che le donazioni fra coniugi potessero essere un espediente per frodare i creditori di un coniuge debitore, donando questi il suo all'altro coniuge, e si osservava come proprio il divieto stesso fosse più d'ogni altro soggetto a frode, poichè la coscienza pubblica reagiva contro tale rigore ricorrendo a simulate alienazioni a titolo oneroso.

Nella relazione della Commissione Reale (pagina 98) leggesi testualmente: « Il divieto è irritante anche dal punto di vista morale poichè il codice considera lecite le donazioni fra estranei concubini, e inoltre dal punto di vista logico, poichè lascia ampia libertà di donare ai fidanzati, favorendo anzi tali donazioni ».

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI · DOCUMENTI

La relazione della Commissione parlamentare (pagina 746), a sua volta, dava atto che la disposizione relativa alle donazioni tra coniugi era stato motivo di vivo dibattito e che alcuni commissari si erano dichiarati senz'altro favorevoli all'abolizione del divieto di dette donazioni rilevando come questo dovesse considerarsi « un relitto del sistema medioevale per cui la donna non aveva nella famiglia quella elevata posizione che oggi deve avere ed ha » e sottolineando che era inammissibile che, mentre si vietava al marito di fare una donazione alla moglie, buona e fedele compagna della sua vita, lo si lasciava, invece, libero di farla alla concubina. Si dava anche il dovuto risalto alla constatazione che nessun codice moderno manteneva più il predetto divieto, che — si osservava — creava fra i coniugi uno stato di diffidenza, era contrario alla unità della famiglia, costituiva dei compartimenti stagni per l'economia domestica, era causa frequente di frodi e dava luogo a litigi fra il coniuge donatario e gli eredi dell'altro.

Senonchè, dopo che il progetto preliminare aveva seguito il sistema del codice Napoleone stabilendo la validità della donazione tra i coniugi ma prevedendone sempre la revocabilità, e dopo che il progetto definitivo aveva accolto la innovazione preferendo alla previsione della revocabilità quella dell'annullabilità della donazione ad esclusiva istanza del donatore, la Commissione Reale (n. 147) inopinatamente propose di ripristinare il divieto assoluto sancito dall'articolo 1054 del codice 1865, motivando nel senso che la possibilità di donazione tra i coniugi, sia pure nei limiti fissati dal progetto, mentre costituiva un grave pericolo, non rispondeva ad un'esigenza degna di tutela. « Infatti — così sta scritto nella relativa relazione — il trapasso dei beni da un coniuge all'altro mediante donazione può profondamente turbare il regime delle loro relazioni, che deve essere basato sul reciproco affetto e non su egoistici calcoli unilaterali. D'altra parte, finchè entrambi i coniugi sono in vita, ciascuno gode dei beni dell'altro, essendo in comunione di vita con lui, mentre, per il caso di morte di un coniuge, l'altro potrà essere favorito con disposizione testamentaria. Il

tradizionale divieto, dunque, mentre è necessario per mantenere integra la solidarietà morale e materiale della famiglia, non pregiudica in alcun modo la posizione di prestigio della donna di fronte al marito ».

Così venne trasfuso ancora una volta nell'articolo 781 del codice civile il divieto della donazione tra coniugi durante il matrimonio; divieto che con piena fondatezza la Corte costituzionale con la sopravvenuta sentenza n. 91 del 27 giugno 1973 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo perchè in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione.

Il Supremo Consesso di tutela della Carta Fondamentale ha, infatti, osservato che contro l'articolo 781 del codice del 1942 si è schierata decisamente la più autorevole dottrina, rilevando che il divieto si è perpetuato fino ai nostri giorni più per forza di tradizione che per un'intrinseca ragione di essere, e affermando che a suo favore nessuna plausibile considerazione si è invocata o si può invocare. Ha quindi rilevato: « Se non sono conseguenti ed applicabili al matrimonio moderno le giustificazioni in precedenza elencate dai giuristi romani per un divieto assai meno drastico di quello dell'articolo 781 del codice civile, ancor meno fondata è quella psicologica addotta nei lavori preparatori del codice civile del 1942, in quanto il fondamento giuridico del matrimonio disciplinato dal codice vigente risiede in elementi del tutto diversi dal trapasso di beni da un coniuge all'altro ».

Nè si comprende perchè una donazione possa turbare le relazioni fra coniugi più che un qualsiasi altro rapporto patrimoniale. Non fondata è anche l'altra giustificazione ... che attraverso le donazioni reciproche i coniugi potrebbero ledere diritti di terzi, in quanto, per impedire il verificarsi di una siffatta ipotesi, il legislatore, oltre alle norme, del resto applicabili anche alle donazioni fra coniugi, relative agli atti in frode dei terzi, avrebbe dovuto vietare ogni e qualsiasi negozio giuridico fra i coniugi.

Denunciati, poi, i gravissimi inconvenienti cui nelle applicazioni pratiche e giurisprudenziali ha dato luogo il divieto *de quo*, che appare incompatibile con le attuali esigenze familiari e con la realtà sociale ed economi-

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

ca del nostro tempo facendo fra l'altro sorgere situazioni palesemente ingiuste ed anche moralmente aberranti in contrasto con gli stessi principi cui si ispirano altre norme del vigente codice civile, la sentenza costituzionale così ha constatato: « Evidente appare il contrasto delle disposizioni dell'articolo 781 del codice civile con l'articolo 3 della Costituzione. La norma denunciata viola infatti il principio di uguaglianza fra cittadini in quanto stabilisce che la condizione di coniugato con una data persona costituisce un elemento discriminante rispetto alla capacità del non coniugato o del coniugato con altra persona di donare e correlativamente di ricevere per donazione. La disposizione che limita la capacità contrattuale dei cittadini coniugati nei loro reciproci confronti, riducendo la libertà della loro iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione, non trova alcuna ragionevole giustificazione in motivi che attengano all'utilità sociale o alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana o che comunque possano identificarsi con i principi e i valori tutelati dalla Costituzione o che questa si propone di attuare ... ». Ed in prosieguo: « Il divieto costituisce una palese ineguaglianza giuridica di coloro che sono uniti in matrimonio legittimo non solo rispetto alla generalità dei cittadini, riducendo ... la loro iniziativa economica, ma anche rispetto ad altri casi di unioni e di convivenze, quali il matrimonio putativo, il matrimonio successivamente annullato, la convivenza *more uxorio* di cui all'articolo 269 del codice civile, il concubinato ed altre. Ineguaglianza tanto più ingiustificata in quanto gli stessi pericoli, che si afferma di voler impedire mediante il divieto di donare imposto ai coniugi legittimi, possono incombere con assai maggiore frequenza e con conseguenze assai più gravi sulle persone che si trovano nei casi sopra menzionati e per le quali il divieto non è comminato ».

La Corte costituzionale ha altresì così motivato: « L'irragionevolezza della limitazione ex articolo 781 a carico dei coniugi legittimi si appalesa evidente anche nel fatto che il divieto non si applica ai fidanzati con l'assurda conseguenza che le medesime persone

possono farsi fra loro donazioni sino al momento in cui contraggono matrimonio legittimo. Pertanto, necessariamente, a base del divieto di cui all'articolo 781 del codice civile vi è la presunzione assoluta che il matrimonio legittimo crei fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l'uno possa sempre essere circuito o costretto dall'altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni, presunzione questa incompatibile con il disposto dell'articolo 29, capoverso, della Costituzione che ordina il matrimonio sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e con la stessa concezione giuridica del matrimonio. Tale presunzione è, del resto, contrastante con la stessa realtà giuridica in quanto la persona unita ad altra da vincolo coniugale legittimo è meno esposta a soggiacere a seduzioni e pressioni affettive da parte dell'altro coniuge dirette ad ottenere liberalità, le quali non possono in alcun modo incidere sulla condizione di coniuge legittimo, che non invece la persona non unita ad altra con siffatto vincolo, la quale più facilmente può essere indotta a cedere a ricatti affettivi e a compiere liberalità sotto la minaccia di non effettuare un matrimonio o di far cessare una unione illegittima ».

Ed, infine, ha concluso: « Pertanto, seguendo i criteri enunciati dalla Corte, la incostituzionalità della norma denunciata risulta non solo estrinsecamente in quanto, limitando l'attività negoziale dei coniugi legittimi, li pone, rispetto alla capacità di effettuare o di ricevere donazioni, in una condizione differenziata in confronto a quella degli altri cittadini, senza che la norma medesima risulti perseguire alcune finalità apprezzabili, ma anche intrinsecamente in quanto il principio costituzionale di uguaglianza appare violato, mancando ogni ragionevole motivo per fare ai cittadini coniugati con il donante un trattamento diverso da quello dei cittadini non coniugati o non coniugati con il donante, creando situazione di svantaggio in difetto di una fondata o almeno plausibile giustificazione del precetto o desumibile da effettive esigenze oggettive ».

Condividiamo pienamente il pensiero della Corte costituzionale che in tal modo ha

abolito il divieto della donazione tra coniugi e, conseguentemente, ha convalidato la abrogazione dell'articolo 871 del codice civile proposta dalla Camera dei deputati in sede di riforma del diritto di famiglia. Ma non possiamo non rilevare che non è facile coordinare la legittimità delle donazioni tra coniugi con il rigoroso sistema della comunione legale. Un regime legale di separazione dei beni giustificerebbe meglio le liberalità tra coniugi ed eviterebbe difficoltà non lievi di pratica natura applicativa.

La filiazione.

Tra i temi più importanti della riforma del diritto di famiglia sono quelli concernenti la filiazione legittima e la filiazione nata fuori del matrimonio.

Prima di esaminare le radicali innovazioni che si intendono apportare al sistema vigente è opportuno soffermarsi brevemente sulle disposizioni del codice civile che disciplinano la materia sulla scorta dei lavori parlamentari che precedettero l'attuale disciplina.

Così come si evince dalla apposita relazione, la Commissione Reale (pagina 120) rilevò l'opportunità di conservare nel loro complesso le norme del codice del 1865 circa la filiazione legittima, perchè ispirate al principio della protezione dovuta alla famiglia legittima ed attuata mediante le tradizionali presunzioni della legittimità e con un sistema di azioni tendenti ad attribuire o togliere lo stato di figlio legittimo al figlio nato e concepito durante o fuori del matrimonio; avvertì peraltro il bisogno, seppure di riforme non radicali, di miglioramenti e perfezionamenti rivolti ad eliminare controversie cui avevano dato luogo le allora vigenti disposizioni ed a colmare qualche lacuna lamentata dalla dottrina e costituente ragione di imbarazzi nell'applicazione pratica. Particolarmente, in ordine alla filiazione illegittima, dopo avere sottolineato la varia straordinarietà del suo regime giuridico nel mondo moderno e la valutazione assai diversa che i legislatori dei vari paesi avevano fatto della comparativa importanza dei molteplici interessi, tutti di ordine assai ele-

vato, che venivano in conflitto tra loro, e dopo avere posto in luce l'opportunità ed il dovere di procedere con cautela circa l'eventuale accoglimento di esempi provenienti da legislazioni straniere in considerazione delle particolari condizioni psicologiche, morali ed economiche dei singoli popoli degli altri Stati nei quali vigeva uno stato di diritto più o meno divergente dal nostro, la predetta Commissione, « ritenne, da un lato, di doversi guardare dal pericolo di ferire per un eccesso di pietà e di sentimentalismo la santità del vincolo coniugale e di scuotere la integrità e la solidità dell'edificio della famiglia legittima, base dell'ordine morale ed economico della società italiana » e, d'altro canto, parve ad essa supremo interesse privato e sociale che la legge civile, per quanto ne fosse limitato il potere, dovesse apprestare i mezzi acconci per diminuire il più possibile la massa dei figli di ignoti genitori, che danno così doloroso contributo alle malattie ed alla mortalità infantile, alla disoccupazione volontaria, alla dissolutezza, alla delinquenza precoce, ed attribuire alle vittime innocenti dei falli altrui una condizione giuridica che non contrastasse ai rapporti del sangue, alla morale, alla giustizia.

La Commissione parlamentare, a sua volta, pose in rilievo (pagina 788) che la nuova disciplina migliorava la situazione dei figli naturali, sia attraverso il riconoscimento volontario, sia attraverso l'accertamento giudiziale, dando ascolto a un fondato sentimento di umanità verso esseri incolpevoli ed inserendo la riforma nel quadro di provvidenze volute al fine di « garantire all'infanzia ed alla giovinezza la maggiore assistenza e nella convinzione che l'acquisto di uno stato familiare può efficacemente contribuire all'elevazione morale degli individui, pur senza trascurare di salvaguardare pienamente la famiglia legittima, nucleo fondamentale della società italiana ».

Nella Commissione dei 75 che predispose i lavori per la Costituzione e nell'Assemblea costituente assai dibattuti e travagliati furono i problemi relativi ai rapporti etico-sociali e, tra questi, quelli afferenti la filiazione legittima e la filiazione nata fuori del matrimonio.

Il Presidente onorevoli Ruini, ad esempio, nella sua relazione riferì che non era sembrato alla Commissione che la tutela della famiglia legittima impedisse un riconoscimento dei diritti dei figli nati fuori del matrimonio quali diritti della personalità umana, e che non fosse giusto che le colpe dei padri ricadessero sul capo dei figli (Atti dell'Assemblea costituente - Volume I - Relazione al progetto di Costituzione, pagina 7).

L'onorevole Badini Confalonieri si dichiarò d'accordo per una efficace tutela della posizione dei figli nati fuori del matrimonio, ma sostenne di non poter accettare, per numerosi temuti inconvenienti, l'affermazione di una assoluta equiparazione ai figli nati nel matrimonio (Atti dell'Assemblea costituente - Discussioni sul progetto di Costituzione - Vol. II, pag. 2905 e segg.).

L'onorevole Umberto Merlin auspicò un contemperamento tra le esigenze di tutela della famiglia legittima e di protezione dei figli nati fuori del matrimonio (*ibidem* pag. 2910) e nello stesso senso all'incirca si espresse l'onorevole Molè (*ibidem* pag. 3036).

L'onorevole Preti fu critico nei confronti di coloro che dalla contrapposizione fra diritti originari della famiglia e ordinamento giuridico statale avevano fatto derivare la « naturale » impossibilità di equiparare il figlio illegittimo a quello legittimo, ed affermò la possibilità di trovare sul piano pratico un accordo per le norme sulla filiazione naturale (*ibidem* pag. 2966).

L'onorevole Zotta fu nettamente contrario alla parificazione della condizione dei figli illegittimi coi figli nati nel matrimonio, perchè tale parità, pur diretta a far sì che le colpe dei genitori non ricadessero sui figli innocenti, avrebbe potuto comportare una interpretazione e delle conseguenze inaccettabili, quali ad esempio l'obbligo di accogliere nella famiglia legittima, in quanto aventi diritto a parità di assistenza, i figli illegittimi, e con essi la madre, minando così l'unità della famiglia e sconvolgendo i principi morali. A suo avviso, una visione siffatta sarebbe stata eviziale per tutti, sia per gli artefici del dramma perchè essi sarebbero « più trattenuti dal pensiero di rovinare una disgraziata quando " sapessero " di poterne legalizzare la posizione » e non

sarebbero « più tormentati dallo spettro di coloro che venissero al mondo »; sia per la moglie che, quale « elemento fondamentale, essenziale, per la formazione della casa, per la costituzione e la conservazione del patrimonio familiare, dovrebbe assistere inerte con i propri figliuoli alla distruzione della sua casa, dovrebbe vedere i suoi risparmi alimentare altre case, dovrebbe vedere disgregarsi quel patrimonio affettivo ed economico cui essa ha dedicato le migliori energie nella sua sublime missione domestica »; sia, infine, per lo Stato che « dalla famiglia ... trae forza e impulso per il suo sviluppo » (*ibidem* pag. 3020).

Il comunista onorevole Fausto Gullo espresse, invece, parere diametralmente opposto e propose l'ammissibilità della ricerca della paternità in ogni caso e con ogni mezzo di prova e la parità di diritti, senza alcuna limitazione, tra figli nati fuori del matrimonio e figli nati nel matrimonio (*ibidem* pag. 3027).

L'onorevole Calosso condivise tale giudizio ed osservò, tra l'altro, che la necessità di parificare la posizione dei figli illegittimi a quella dei figli legittimi avrebbe dovuto trovare per i cattolici argomenti nello stesso Vangelo e nella stessa figura di Gesù che, a suo avviso, « nel venire al mondo apparve agli uomini nelle vesti di un figlio illegittimo » (*ibidem* pag. 3189).

Il relatore onorevole Corsanego, infine, nella replica, affermò doversi elaborare una formula « che da un lato salvaguardi i sacrosanti diritti dei figli nati fuori del matrimonio e dall'altro non porti attentati alla famiglia legittima » (*ibidem* pag. 3234).

Così, dopo la presentazione e la discussione di numerosi emendamenti, veniva approvato l'articolo 30 della Costituzione, che, mentre sancisce il principio del dovere e del diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, dispone che la legge assicura a questi ultimi ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima, e detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità.

Il legislatore costituente, pertanto, non intende adottare aprioristicamente nè la tesi dell'assoluta equiparazione, nè quella della

completa supremazia della prole legittima su quella naturale, ma lascia libero il legislatore ordinario di formulare di volta in volta ed in relazione alle più svariate soluzioni quel giudizio di compatibilità che può permettere di giungere, in determinati casi, ad una completa equiparazione, ed in altri, all'affermazione della preminente posizione della famiglia legittima (Alfio Finocchiaro — La riforma del diritto di famiglia — Costituzionalità delle scelte operate ed incostituzionalità delle norme; in Giustizia civile, Parte IV, 1972, pagg. 131-132), mentre demanda allo stesso legislatore ordinario di enucleare le norme che, pur entro limiti stabiliti, garantiscano la ricerca e l'accertamento della paternità.

A) Il testo unificato al nostro esame detta innanzitutto nuove norme in ordine alla *filiazione legittima*.

L'articolo 86 (nuovo testo dell'articolo 232 del codice civile), nel primo comma, conferma che si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento o dello scioglimento del matrimonio, aggiungendo, con evidente aggancio alla legge sul divorzio, la decorrenza di tale ultimo termine dalla data della cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con il rito religioso.

Ma, nel secondo comma dell'articolo dianzi citato, è introdotta una innovazione assai significativa, concernente il caso del figlio concepito decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi davanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione. Come rileva il professor Claudio Delitala (La filiazione legittima nei progetti di riforma; in Giurisprudenza Italiana - Parte IV - 1973 cl. 70 e segg.), « mentre nel codice vigente la separazione è una delle circostanze che consentono di attaccare la legittimità con l'azione di disconoscimento, secondo le nuo-

ve disposizioni la nascita avvenuta oltre trecento giorni dalla data della separazione farebbe cadere la cosiddetta presunzione di concepimento in costanza di matrimonio disposta dall'articolo 232, analogamente a quanto già oggi accade per la nascita che avvenga più di trecento giorni dopo lo scioglimento o annullamento del matrimonio ».

La innovazione, seppure sia condividibile in ordine alla sua *ratio*, è configurata in modo inesatto perchè, considerato che gli effetti della separazione sono ben diversi da quelli dello scioglimento del matrimonio, durante la separazione legale può venire meno la cosiddetta presunzione di paternità, ma non la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio.

« Se il figlio viene concepito dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio » — precisa lo stesso Delitala — « non potrà mai considerarsi legittimo, anche quando fosse certo che l'autore del concepimento è l'ex marito. Perciò dopo lo scioglimento o l'annullamento, l'unico caso in cui è possibile riconoscere la legittimità al figlio è quello della gravidanza di durata eccezionale. Viceversa, poichè la separazione non elimina tutti gli effetti del matrimonio anche se il figlio viene concepito a distanza di anni dal provvedimento del giudice, basta che si dimostri che il figlio è stato concepito dal marito durante incontri anche solo occasionali con la moglie, perchè il figlio abbia diritto alla legittimità. Le due ipotesi non possono dunque essere trattate allo stesso modo ».

Occorre, quindi, apportare alcune modifiche nella proposta regolamentazione legislativa, perchè se si può « approvare la scelta di trasformare il concepimento successivo alla pronuncia di separazione, da fatto che consente il disconoscimento, a circostanza che fa cadere la cosiddetta presunzione di paternità (non quella di concepimento in matrimonio!) », non ci si può spingere oltre « e pretendere di impedire che il figlio concepito dopo la separazione possa essere denunciato come legittimo, e di costringere in ogni caso la madre di proporre un'azione di reclamo ». Sotto tale riflesso « si prospetta un'innovazione che, oltre ad essere

praticamente inattuabile se non si modifica contemporaneamente tutto il sistema degli atti dello stato civile, risulta sicuramente inopportuna». Chè non è da dimenticare come il regime di separazione, non producendo una situazione necessariamente stabile e definitiva, possa cessare in qualsiasi tempo con la semplice ripresa di fatto della convivenza e senza che occorra alcuna constatazione giudiziale (ed in tal caso, continuando a risultare annotato il provvedimento di separazione, i figli nati dopo la riconciliazione, secondo il testo al nostro esame, stranamente dovrebbero essere denunciati come naturali o nati fuori del matrimonio), mentre non può parimenti obliterarsi che il vigente ordinamento dello stato civile non prevede alcun controllo di carattere preventivo sulle denunce di nascita legittima, onde, anche sussistendo la pronuncia o la omologazione della separazione tra i genitori, non è dato impedire che la nascita sia ugualmente denunciata come legittima.

Peraltro *in subiecta materia* non soddisfa neppure la soluzione adottata dal disegno di legge Falcucci (art. 35), che nello escludere la presunzione di paternità nel caso di separazione legale fra i coniugi, praticamente propende per la originaria dichiarazione di illegittimità del figlio, demandando ad un tempo successivo l'accertamento della legittimità in dipendenza di azione che il figlio o la madre potranno esperire provando che tra i coniugi vi è stata riunione anche soltanto temporanea. Anche per tale disegno di legge la regola è che la moglie non possa qualificare sin dalla nascita legittimo il proprio figlio pur nel caso in cui questi sia effettivamente legittimo.

Sembra, invece, più conferente prevedere che, nell'ipotesi di cui al secondo comma del proposto nuovo articolo 232 del codice civile, sia il marito che la moglie, fermo restando il principio generale della presunzione escludente la legittimità, possano dichiarare come legittimo il figlio dando immediata comunicazione della fatta dichiarazione all'altro coniuge e ponendo questi in condizione di promuovere entro termine determinato l'azione di disconoscimento.

Anche il successivo articolo 88 del testo unificato (che innova la norma dell'artico-

lo 234 del codice civile) dà luogo a qualche rilievo. La norma in atto vigente stabilisce che la legittimità del figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio può essere sempre contestata. Così come essa è formulata sembra faccia presupporre che, nel caso predetto, il figlio abbia titolo di stato di figlio legittimo, tanto che per eliminare tale stato si rende necessaria l'azione di contestazione (vedasi relazione del Guardasigilli al progetto del codice civile n. 244; conforme: Impallomeni - Considerazioni generali, in Atti 2° Convegno Venezia 1972 pag. 188). Per altri, invece, la norma vigente va intesa nel senso che in realtà il figlio nato dopo il predetto periodo di tempo si considera concepito fuori del matrimonio perchè, anche se viene indicato come figlio di donna già coniugata, non ha il titolo di stato di figlio legittimo, attesochè questo è costituito dall'atto di nascita integrato dalle presunzioni di paternità e di concepimento. « Quando non opera la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio, come nella fattispecie, non c'è il titolo. Starebbe al figlio perciò di reclamare lo stato di legittimo, ma ciò gli è precluso nell'attuale sistema, nel quale la presunzione di concepimento vale come presunzione assoluta » (Ferri - op. cit. pagg. 269-270).

L'articolo 88 in esame consente alla madre ed allo stesso figlio di accertare la paternità legittima del nato dopo i trecento giorni dall'annullamento, dallo scioglimento ed anche dalla separazione dando la prova che esso è stato concepito durante il matrimonio; e ciò in considerazione che la scienza ha dimostrato che talvolta la gravidanza supera i trecento giorni e che non raramente si verificano casi di parto assai laborioso che dilazionano la nascita. In difformità a quanto avviene in altre legislazioni moderne che seguono la presunzione relativa di legittimità, il legislatore italiano opta ora nei confronti dei nati dopo i trecento giorni per la presunzione inversa e cioè per l'illegittimità, tanto che dispone che la legittimità deve essere provata.

Si ritorna così — come rileva lo Impallomeni (op. cit. pag. 188) — alla regola di Adriano, per la quale la presunzione di il-

legittimità originariamente assoluta venne trasformata in relativa (Plinio il Vecchio ricorda l'accertata prova della paternità del nato dopo 13 mesi ed Aulo Gellio riferisce il caso giudiziario della matrona, alla quale in un giudizio di appello, deciso dallo stesso Adriano, viene riconosciuto quale legittimo il figlio nato all'undicesimo mese dalla morte del marito).

L'articolo 88 del testo unificato *de quo*, non costituisce, quindi, un progresso, bensì un regresso rispetto all'attuale articolo 234 del codice civile, ove si ritenga esatta la interpretazione a questo data in conformità alle risultanze dei lavori parlamentari del codice civile del 1942.

In ogni caso è tuttavia da segnalare la necessità che l'azione di cui al proposto nuovo articolo 234 del codice civile, riconosciuta alla moglie ed al figlio, sia estesa, nei casi in esso previsti (annullamento, divorzio o separazione) anche al marito (così come, peraltro, ha ritenuto di proporre la Commissione giustizia in accoglimento sostanziale di un nostro emendamento). La mancata ammissione del padre a fornire la prova della legittimità del figlio, per vero, non solo non risponde ad equità ed è assai discutibile dal punto di vista morale, ma crea dubbi sulla stessa costituzionalità della norma « sia per il contrasto con il principio dell'uguaglianza dei cittadini, sia, per le ipotesi in cui i genitori siano ancora legati da vincolo matrimoniale, per il contrasto con il riconoscimento dei diritti della famiglia legittima, operato dal primo comma dell'articolo 29 della Costituzione, e con l'affermazione — contenuta nel comma successivo — dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Non è da dimenticare, infatti, che nel progetto la presunzione di legittimità cessa di operare anche a seguito della separazione legale e dei provvedimenti temporanei di separazione e che l'articolo 234, perciò, crea il paradosso di impedire a chi è ancora stretto da un vincolo coniugale, seppure attenuato, di far valere la legittimità del figlio nato da sua moglie » (Cecconi - Presunzione di concepimento - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » - Ed. Cedam 1973 pag. 200).

Peraltro la impossibilità del marito separato di provare che il figlio concepito in

regime di separazione è figlio proprio, è una delle tante prove del continuo oscillare e del continuo compromesso che il testo unificato pone in essere tra una visione esageratamente individualistica ed una visione comunitaria assai affievolita e tra il valore della legittimità ed il valore del vincolo del sangue (Carraro - La filiazione in generale - in Atti II Convegno di Venezia 1972 pag. 107). Nel caso dell'articolo 88 « è evidente la prevalenza riconosciuta al valore del vincolo del sangue su quello della legittimità, in ordine alla quale prevalenza, se può consentirsi con riferimento all'ipotesi di matrimonio già sciolto, non possono tacersi gravi perplessità di fronte ad un matrimonio assoggettato a quel regime di separazione che, in un sistema giuridico della famiglia ispirato alla tutela dell'istituzione, dovrebbe essere strutturato in vista della primaria finalità di favorire, attraverso la regolamentazione provvisoria dei rapporti tra i membri della famiglia in crisi, il superamento del dissidio e la ricomposizione dell'unità familiare » (Moscarini - Filiazione legittima - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » - Cedam 1973 pag. 187).

Ma la novità di maggiore rilievo per quanto concerne il capo relativo alla filiazione legittima si rinviene sia nella norma di carattere particolare dell'articolo 87 del testo unificato (modificativo dell'articolo 233 del codice civile), che in quella di carattere generale del successivo articolo 89 (modificativo dell'articolo 235 dello stesso codice civile) laddove, introdotta la facoltà del figlio a proporre azione tendente a negare la paternità del marito della madre e quindi il suo stato di figlio legittimo, si estende alla madre la legittimazione a promuovere il disconoscimento della legittimità del figlio concepito durante il matrimonio. È noto che nel codice civile vigente l'azione di disconoscimento della paternità è considerata sempre ed esclusivamente come pro-manante dal padre (o meglio dal presunto padre); in esso non è cenno a possibile impugnativa per parte della madre tendente a disconoscere la paternità del marito ed, anzi, nei lavori preparatori (Relazione della Commissione Reale pag. 127) tale azione venne recisamente esclusa per la madre —

così come fu ritenuta assolutamente irricevibile la dichiarazione materna diretta al predetto disconoscimento — « per la sua turpitudine », in quanto tesa « a togliere al figlio quella legittimità che il marito della donna gli lascia acquistare e godere, talora per un senso di pietà verso il figlio della colpa, il più spesso per non coinvolgere se stesso e la propria famiglia nello scandalo di un processo di disconoscimento ».

La estensione alla madre della legittimazione al disconoscimento della legittimità del figlio concepito in costanza di matrimonio che, estranea alle previsioni del disegno di legge Falcucci, si intende introdurre dal testo unificato, innovando profondamente rispetto alla vigente disciplina legislativa, ha dato e dà luogo a notevoli perplessità ed ha persino suscitato vero e proprio scalpore. Essa viene fondatamente considerata come clamoroso esempio della tendenza del testo unificato a sovvertire l'ordine dell'istituzione familiare, come abnorme applicazione di un malinteso senso di uguaglianza tra uomo e donna, come strumento che dà luogo a veri e propri paradossi.

Il Nicolò (Osservazioni generali - Atti del 2° Convegno di Venezia 1972, pag. 165) in forma interrogativa si chiede se pare giusto che possa essere ammessa per la madre la azione di disconoscimento della paternità, per togliere lo *status* di figlio legittimo al figlio concepito in costanza di matrimonio e rispondendo ammonisce: « Pur accettando la premessa di un certo ridimensionamento della famiglia legittima, mi sembra che si debba stare attenti a non cadere nelle esagerazioni; altrimenti, per essere coerenti, dovremmo consapevolmente dichiarare che la famiglia legittima non ci interessa più come supporto della struttura sociale o, per lo meno, che ci interessa tanto poco che possiamo non preoccuparci di incrinarla da tutte le parti ».

Il Ferri (Il principio di uguaglianza tra i coniugi - La filiazione - in Atti del 2° Convegno di Venezia 1972, pag. 268) rileva che « mentre per il marito il disconoscimento non è certo agevole impresa, per la moglie diventa un facile gioco, bastandole in pratica fornire la prova dell'adulterio. In de-

finitiva la legittimità del figlio finirà per dipendere dal beneplacito della moglie, che potrà talvolta essere indotta al disconoscimento di paternità dal solo scopo di fare un dispetto o un affronto al marito. La volontà di istituire un'assoluta uguaglianza fra i coniugi ha portato così a trascurare del tutto l'interesse del figlio che, in seguito al disconoscimento, rischia di venire considerato figlio di ignoti, perchè anche l'indicazione del nome della madre deve essere cancellata dall'atto di nascita, trattandosi di nascita da unione illegittima (art. 73 ord. stato civile)... Si noti poi il grottesco di una moglie che conviene il marito per fare accertare che essa ha commesso adulterio; e di un marito che, per l'esigenza del contraddittorio, dovrebbe negare che adulterio ci sia stato con uno scambio di parti che potrebbe fornire materia per il canovaccio di una comicissima farsa.

Poichè il contraddittorio dovrebbe servire per far emergere la verità, si può facilmente immaginare quali lumi potranno venire al giudice da un siffatto contrasto. Si noti che la moglie non rischierà nulla (salvo la riprovazione morale che leggi del tipo di quella in esame finiranno per spegnere totalmente) poichè la fedeltà coniugale è ormai un bene che non ha più tutela giuridica veruna, cancellato l'adulterio come reato, ed eliminata, dal progetto in esame, la separazione per colpa ».

L'Azzariti (Erosione delle strutture legislative a difesa della famiglia e progetto di riforma - in Giustizia civile 1972, IV, pagina 67) osserva che il riconoscere il predetto diritto alla madre « vale quanto dire che la moglie può non solo incorrere in rapporti sessuali con altri, ma anche convocare il marito innanzi al magistrato perchè senta dichiarare che il bimbo da lei dato alla luce durante il matrimonio e che dovrebbe presumersi figlio del marito, è invece figlio di un terzo e non tale quindi da usufruire della presunta paternità di lui, e perchè senta anche allora condannare a mezzo di apposito accertamento giudiziario che la moglie ha in suo danno violato l'impegno alla fedeltà coniugale »; il che, a suo avviso, importa

approvare l'unione libera equiparandola al matrimonio e scusare l'adulterio.

Forse le opinioni del Ferri e dello Azzariti sono improntate ad eccessivo allarmismo, ma non può nascondersi che, seppure il riformatore appaia indotto ad introdurre la legittimazione attiva della moglie all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità da motivi di ordine morale e sociale, tuttavia ripugna al sentimento del popolo italiano ipotizzare appunto che una donna possa autoriconoscersi adultera al fine di denegare al figlio la paternità del di lei marito.

Si, è vero, la sola legittimazione del marito è suscettibile di prestarsi ad abusi e ricatti potendo, ad esempio, concretizzarsi nel fatto — peraltro marginale — che l'omesso esercizio dell'azione di disconoscimento da parte del presunto padre sia ispirato « non tanto dal desiderio di accogliere nella famiglia legittima un figlio adulterino, dimenticando in siffatto modo la condotta illecita della moglie — motivo questo encomiabile se diretto a perdonare le colpe del coniuge ed a salvare il matrimonio — quanto piuttosto dal desiderio di vendicarsi sul figlio della colpa della madre » (Alfio Finocchiaro - op. cit. pag. 137).

Anche il Delitala (op. cit. cl. 65) pone in evidenza che il marito della madre può in ipotesi utilizzare il « monopolio » attualmente riservatogli dal codice civile sull'esperibilità dell'azione di disconoscimento della paternità come uno strumento di vendetta o di estorsione. Ed il Moscarini (op. cit. pag. 189) sottolinea che al di sotto del problema del disconoscimento materno della paternità del marito si cela *de iure condito* un altro problema, di non poco momento, che è quello del potere insindacabile attribuito al marito dell'adultera di riconoscere come proprio il figlio concepito con altri dalla propria moglie, precludendo, con la propria iniziativa unilaterale, al padre naturale la possibilità di operare il riconoscimento.

Ma non è da sottacere che l'estensione della legittimazione attiva alla madre in ordine al disconoscimento della paternità può trasformare quello che oggi potrebbe essere un sopruso nei confronti della donna o una

preclusione per il padre naturale in un ricatto opposto esperito dalla moglie in danno del marito. Certo il problema della titolarità nel delicato campo delle azioni di accertamento e di denegazione della paternità è fonte di accese discussioni e di contrastanti guidizi. Si è perfino proposta come soluzione la modifica dell'articolo 70 dell'ordinamento dello stato civile, nel senso di escludere la legittimazione del padre alla dichiarazione di nascita e, con essa, quella degli altri soggetti legittimati in subordine (levatrice, capo della famiglia eccetera) e di stabilire che chi materialmente si reca davanti all'ufficiale dello stato civile non debba fare altro che trasmettere le dichiarazioni scritte, possibilmente sottoscritte, della madre, alla quale in tal modo verrebbe riservata la scelta sul come denunciare la nascita (Delitala op. cit. cl. 68). Ma — come è evidente — un rimedio di questo genere non è minimamente accettabile, in quanto si presta fondatamente ad aspre critiche ed a vero e proprio scandalo (Moscarini op. cit. pag. 189), non essendo giustificabile porre il marito in condizione di inferiorità in rapporto alla moglie.

Concludendo su tal punto, quindi, sembra prudente mantenere la vigente disciplina, conferendo maggior tutela al figlio al quale va estesa la facoltà di proporre azione di denegazione della paternità sia personalmente che a mezzo di curatore speciale al fine di ottenere la declaratoria che non vi è stato concepimento ad opera del presunto padre (art. 63 del disegno di legge Falcucci).

In tal modo verrebbe eliminato anche uno dei tanti paradossi insiti nel testo unificato e particolarmente quello riscontrabile nell'articolo 87, che vuole modificare il vigente articolo 233 codice civile. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede attualmente che l'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato primo che siano trascorsi centotanta giorni dalla celebrazione del matrimonio spetta solo al marito, stabilendo però che essa non possa essere accolta in alcuni casi determinati e cioè: 1) quando il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio; 2) quando risulti dall'atto di nascita che la dichiarazione venne fatta

dal marito o da un suo procuratore speciale.

Ora la legittimazione all'azione di disconoscimento predetta si vorrebbe attribuire pure alla moglie, mentre si eliminano le cennate due limitazioni all'evidente scopo di evitare una disuguaglianza, questa volta, a carico del marito. La conseguenza di tutto ciò si è — come puntualizza il Ferri (op. cit. pag. 269) — « che l'interesse del figlio alla conservazione dello stato di legittimità è sprovvisto di una qualsiasi, anche meramente formale, tutela.

Basta, infatti, che il marito o la moglie lo vogliano, per privare il figlio della legittimità, dato che nessun onere di prova grava su di loro ». E potrà così accadere « che il marito, dopo aver contratto consapevolmente matrimonio con donna incinta, disconosca il figlio solo per fare un dispetto alla moglie, in seguito a qualche litigio o contrarietà, facili a nascere durante la vita del matrimonio. E nessuna difesa nell'interesse del figlio, contro il pericolo che si abusi del potere di disconoscimento. Il marito finisce, così, come la moglie, col poter disporre dello stato del figlio », il quale, a mente del citato articolo 89, sarà facultato ad agire soltanto per disconoscere la paternità presunta legittima ma non per contestare la dichiarazione dell'uno o dell'altro dei suoi genitori tesa a negargli la qualità di figlio legittimo.

Così formulate le nostre osservazioni in ordine alla nuova proposta disciplina del disconoscimento di paternità, non rimane che sottolineare che i casi di disconoscimento previsti dall'articolo 89 del testo unificato sono quelli stessi elencati nell'articolo 235 del codice civile (mancata coabitazione dei coniugi nel tempo compreso fra il trecentesimo ed il centotantesimo giorno prima della nascita del figlio; impotenza del marito, anche se soltanto di generare, durante il tempo predetto; adulterio della moglie nel detto periodo od occultamento al marito da parte della stessa dello stato di gravidanza e della nascita del figlio).

A completamento dell'esame della materia appare, però, opportuna qualche altra puntualizzazione.

L'omesso riferimento, nel nuovo articolo 235 del codice civile, alla proponibilità del-

l'azione di disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio anche nel caso di separazione dei coniugi nel tempo decorso dal trecentesimo al centotantesimo giorno prima della nascita trova giustificazione nel fatto che l'ipotesi debba ritenersi compresa nella più generale previsione della mancata coabitazione dei coniugi durante il tempo predetto.

Il disegno di legge Falcucci (articolo 62) aggiunge il caso di nascita del figlio per effetto di inseminazione artificiale eterologa della moglie e la presenza nel figlio di caratteristiche del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre. Per quanto riguarda quest'ultima previsione non ci pare che sia necessaria la sua introduzione nel testo legislativo, ben potendo il fatto rientrare tra le prove dell'adulterio (art. 89 n. 3 del disegno di legge n. 550), mentre, in conformità a quanto ritenuto nella V Legislatura dal relatore Castelli alla Camera dei deputati, sembra opportuno escludere dalla elencazione dei casi legittimanti il disconoscimento di paternità l'ipotesi del figlio nato per effetto di inseminazione artificiale eterologa della moglie (peraltro controversa come ipotesi di adulterio), perchè il suo richiamo specifico nella norma codificata potrebbe dar luogo alla supposizione di una tacita legalizzazione dell'inseminazione artificiale eterologa stessa.

Circa le prove della filiazione legittima rimane fermo il principio che questa si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile e che, in mancanza di tale titolo, basta il possesso continuo dello stato di figlio legittimo (articolo 236 del codice civile). Resta altresì confermato che i fatti costitutivi del possesso di stato di figlio legittimo consistono in una serie di fatti che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere (art. 237 stesso codice civile), sicchè è *ius receptum* che la differenza tra possesso di stato di figlio legittimo e possesso di stato di figlio naturale non consiste solo nel fatto che è richiesto nel primo e non nel secondo il *nomen* ed il riconoscimento da parte della famiglia, ma anche nel fatto che i due elementi comuni del *tractatus* e della *fama* de-

vono avere nei due casi una diversa efficienza probatoria, e devono, quindi, essere valutati più rigorosamente nell'uno che non nell'altro.

Il vigente articolo 238, poi, stabilisce che, quando una persona gode del possesso di uno stato di filiazione legittima conforme all'atto di nascita, non sono ammessi nè la contestazione di quello stato, nè il reclamo di uno stato diverso, tranne che non si dimostri una supposizione di parto o di sostituzione di neonato (art. 239).

Il Delitala (op. cit. cl. 73) ritiene che « l'articolo 238 è oggi, dietro l'apparenza di una solenne affermazione di principio, null'altro che un fantasma, una norma inesistente, un relitto che ci trasciniamo dietro soltanto per tradizione storica » e la sua presenza servirebbe unicamente a creare confusione, perchè, esaminando la giurisprudenza successiva al '42, si constaterebbe che nessun caso sarebbe stato effettivamente deciso sulla base dell'articolo 238 ».

Nutriamo forti dubbi circa l'esattezza dei rilievi espressi dal Delitala, il quale peraltro precedentemente fa salvo l'errore in ordine alla constatazione relativa alla mancata applicazione dell'articolo 238; in ogni caso, tuttavia, non ci sembra che possa condividersi la sua proposta di abrogazione totale sia dell'articolo 238 che dell'articolo 239 del codice civile e di eliminare dal nostro codice civile il principio generale relativo al divieto di contestare la legittimità in presenza di un atto di nascita e di un possesso di stato conforme all'atto stesso. Tale principio generale, che è stato accolto sia nel codice napoleonico che in quelli del 1865 e del 1942, non è una illusoria apparenza, ma è pienamente giustificato e deve a nostro giudizio permanere in sede di riforma del diritto di famiglia. Parimenti debbonsi prevedere le eccezioni al principio, che riflettono — così come ha ritenuto di proporre la Commissione giustizia del Senato accogliendo per quanto di ragione anche un nostro emendamento — i casi del matrimonio putativo (art. 128 codice civile), della nascita del figlio dopo i trecento giorni (art. 234), del disconoscimento o denegazione di paternità da parte del figlio (art. 235 codice civile) e della sup-

posizione di parto o della sostituzione di neonato (art. 239 codice civile).

Un'osservazione del Delitala (op. cit. pag. 274), impone, peraltro, un interrogativo ed è questo: poichè i progetti di riforma stabiliscono che il divieto (da lui qualificato divieto-fantasma), di reclamare uno stato contrario a quello che attribuisce l'atto di nascita di figlio legittimo e il possesso di stato conforme all'atto stesso non si applica nei casi previsti dagli articoli 239 e 235 (art. 235 bis nel disegno di legge n. 40) vi è qualche motivo perchè la eccezione non sia estesa al caso di cui all'articolo 233 del codice civile?

Il Delitala ritiene che si configuri nel caso *de quo* una palese mancanza di giustificazione di un diverso trattamento tra l'ipotesi di disconoscimento o denegazione relativa al figlio concepito in costanza di matrimonio e quella riguardante il figlio nato nei primi centottanta giorni successivi alla celebrazione ed opina che tutto ciò fa pensare a una dimenticanza del riformatore, cui si dovrebbe porre rimedio. Riteniamo, invece, che la nuova formulazione dell'articolo 233 del codice civile (art. 87 del testo unificato), nel prevedere a favore di uno dei coniugi o del figlio stesso la facoltà di disconoscimento della paternità di chi — nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio — è reputato legittimo, implicitamente ammette un'ulteriore eccezione al divieto di reclamare uno stato contrario a quello attribuito dall'atto di nascita di figlio legittimo e dal possesso di stato conforme all'atto stesso; ma, per evitare eventuali difficoltà interpretative, opiniamo che sia opportuno includere nell'articolo 238, quale eccezione al principio generale in esso enunciato, anche il richiamo all'articolo 233, così come ha ritenuto di fare — acquisendo il nostro emendamento — la 2^a Commissione permanente del Senato.

Rilevato, quindi, che i successivi articoli del testo unificato riflettanti la filiazione legittima e cioè gli articoli 91 - 92 - 93 - 94 e 95 adottano soltanto delle modifiche di carattere formale e comunque marginale rispettivamente agli articoli 244 (termini dell'azione di disconoscimento), 245 (sospen-

sione del termine per la proposizione di tale azione da parte dell'interessato che si trovi in stato di interdizione), 246 (trasmissibilità dell'azione stessa), 247 (legittimazione passiva) e 248 del codice civile (imprescrittibilità dell'azione di contestazione della legittimità) giova soffermarci brevemente sulla norma di cui all'ultima delle predette articolazioni del disegno di legge numero 550 e cioè dell'articolo 95 nel punto in cui, innovando il citato articolo 248 del vigente codice civile, non prevede più l'azione di contestazione fondata sulla nullità del matrimonio. Da ciò consegue che ove il marito, qualunque sia il motivo, non possa o non voglia promuovere l'azione di disconoscimento, il figlio, pur non potendo essere stato concepito ad opera sua, sarà parimenti per legge suo figlio legittimo e godrà dei diritti, che *naturaliter* non gli competerebbero, in danno di terzi ai quali rimarrà inibita qualsiasi azione per impugnare lo stato.

Certamente si tratta di un difetto di coordinamento tra le varie norme cui incorre il riformatore; difetto che deve essere emendato.

Forse si è considerato che la nullità del matrimonio non è più motivo di contestazione, perchè — come abbiamo visto — il nuovo articolo 128 del codice civile accorda in ogni caso il beneficio del matrimonio putativo e cioè la legittimità a tutti i figli nati dal matrimonio nullo. E forse si è ritenuto che un procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile sia sufficiente a dirimere le questioni originanti dal mancato reperimento dell'atto di matrimonio o dalla pretesa che la nascita sia avvenuta al di fuori dei termini stabiliti dall'articolo 232 del codice civile. «Ma» — come fondatamente rileva il Delitala (op. cit. pag. 72) — «se quest'ultimo rimedio può essere applicabile nei casi più semplici, quando i genitori riconoscano di aver dichiarato falsamente di essere coniugati, oppure che la data della nascita o dello scioglimento del matrimonio è stata indicata in modo errato, cioè in casi in cui non sorge alcuna controversia che abbia carattere di serietà, il discorso muta quando gli interessati per-

sistano nel sostenere la veridicità delle proprie attestazioni e — per fare degli esempi — le difficoltà nel reperimento dell'atto di matrimonio derivino vuoi da inefficienza dei canali diplomatici in casi di matrimoni celebrati all'estero, vuoi da distruzione o smarrimento dei registri dello stato civile, vuoi infine dal fatto che, morti i genitori, il figlio non sa esattamente dove e quando il matrimonio è stato celebrato». È, pertanto, opportuno che questioni di tanta delicatezza siano definite, in via autonoma, davanti al tribunale civile ordinario, con le garanzie di un processo contenzioso di stato e non con un semplice procedimento di rettificazione. E poichè è da ritenere che in sede giurisprudenziale l'azione di contestazione non potrà non essere riconosciuta applicabile anche ad altri casi oltre quelli della supposizione di parto e della sostituzione di neonato previsti dalla nuova formula dell'articolo 248 del codice civile, è bene che questa norma si limiti alla disciplina della legittimazione attiva e delle modalità cronologiche dell'azione, rinviando alle altre disposizioni del sistema l'individuazione delle ipotesi di contestazione. Così sarà eliminata una delle tante imperfezioni e lacune che in tema di filiazione legittima si riscontrano nel testo unificato, comportando purtroppo — come criticamente assume il più volte citato professor Delitala — un costo sociale tutt'altro che indifferente.

B) Profonde sono le innovazioni che il testo unificato adotta in ordine alla filiazione *illegittima (naturale)* tant'è che si è rilevato che proprio nella disciplina della filiazione fuori del matrimonio la riforma raggiunge il suo effetto massimo di vera e propria alterazione degli istituti del matrimonio e della famiglia (Lener-op. cit. pag. 205).

La materia della filiazione naturale è certamente tra le più gravi, ardue e complesse, sicchè il riformatore deve stare attento a non travalicare determinati limiti al fine di non scardinare il principio della preminenza della tutela dei figli legittimi e di non attentare al correlativo principio della tutela della famiglia.

Come abbiamo già ricordato, l'articolo 30 della Costituzione, stabilendo che ai figli nati fuori del matrimonio va assicurata « ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia », ha proposto al legislatore il compito non facile di conciliare due esigenze diverse e talora anche opposte e cioè: *a*) evitare che i figli nati fuori del matrimonio sopportino le conseguenze dannose della altrui condotta; *b*) salvaguardare l'istituzione della famiglia che, identificata nel precetto costituzionale con la famiglia legittima, non può essere menomata proprio per il disconoscimento della sua fondamentale legittimità.

Tale compito è assolto dal vigente codice civile con una disciplina che, in più riprese, la Corte Costituzionale ha riconosciuto pienamente conforme alla Costituzione anche in rapporto a discriminazioni che non pochi vorrebbero eliminare (Santoro Passarelli - Osservazioni Generali - in Atti del 1° Convegno di Venezia 1967 pag. 200 - 201).

Il disegno legislativo n. 550, invece, soggiace ad una ispirazione di fondo, costituzionalmente inammissibile, per la quale la filiazione naturale, ed in specie quella adulterina, è completamente assimilata alla filiazione legittima.

Tale concezione fundamentalmente contrasta con l'affermazione della funzione insostituibile della famiglia legittima.

Famiglia legittima e famiglia naturale sono due termini complementari (sicchè — come ha osservato giustamente il professor Nicolò (Osservazioni generali - in Atti del 2° Convegno di Venezia 1972 pag. 164) - « maggior tutela si dà alla famiglia legittima, minor tutela si può dare a ciò che succede fuori del matrimonio. Meno rispetto si dà alla famiglia legittima, più se ne può dare all'altra parte. Per quanto si accresce la tutela dell'una, tanto diminuisce la tutela dell'altra; ciò in linea di massima è inevitabile »).

Il legislatore — continua lo stesso Nicolò — sino ad oggi, nel quadro delle leggi sulla famiglia, non ha voluto certamente manifestare una antipatia o prevenzione preconcetta verso i figli naturali, adulterini o incestuosi, ma è partito sempre dalla premessa di mantenere intatta la tutela dell'istituto

della famiglia legittima, considerandolo essenziale allo sviluppo dell'individuo e della società.

Questa è stata la fondamentale premessa dei legislatori passati ed anche la norma costituzionale pone un punto fermo sul riconoscimento del valore sociale della famiglia legittima.

Non ignoriamo che in varie legislazioni e, maggiormente in quelle dei paesi dell'est, rilevata una sostanziale ingiustizia nel trattamento fatto alla filiazione naturale, si è cercato di attenuare il rigore di tale trattamento e di migliorare la tutela dei figli nati fuori del matrimonio adottando nuove norme rispondenti a criteri di maggiore comprensione e tese alla eliminazione e, quanto meno, alla riduzione di discriminazioni che mortificano la persona umana. Per quanto concerne i paesi occidentali a noi più vicini, ad esempio, la legge federale tedesca del 19 agosto 1969 sui figli nati fuori del matrimonio e la più recente legge francese del 3 gennaio 1972 sulla riforma della disciplina della filiazione regolamentano la materia con norme che consentono una maggiore tutela verso il figlio nato fuori del matrimonio.

La nuova legge tedesca, infatti, rompendo con una radicata tradizione dei diritti germanici, ammette l'attribuzione di uno *status* di filiazione anche nei confronti del padre, senza alcuna discriminazione.

La riforma francese, a sua volta, adotta un'impostazione nettamente diversa rispetto al modello del codice Napoleone, che non poca influenza ha avuto sulla nostra legislazione (Bianca - La filiazione in generale - Atti del II Convegno Cini pag. 116); essa, mentre accoglie ed introduce il principio che al figlio naturale spettano generalmente gli stessi diritti e gli stessi doveri del figlio legittimo nei rapporti col padre e con la madre (art. 334), non vieta il riconoscimento dei figli extraconiugali (art. 335 e segg.), allarga le ipotesi in cui è ammessa la ricerca della paternità (art. 340 e segg.) e ammette l'azione per alimenti nei confronti di chi abbia avuto relazioni con la madre al tempo del concepimento (art. 342 e segg.). Tali innovazioni hanno trovato adesioni, ma hanno suscitato anche vivaci critiche. Il ministro Ple-

ven, in sede di discussione del progetto di riforma, ha ritenuto che dovesse spazzarsi via il fogliame secco di una legislazione antiquata, in quanto sarebbe impossibile ai nostri tempi tollerare che i figli naturali vivano in una condizione giuridica inferiore. A suo avviso, bisogna distinguere la giustizia resa al figlio e il giudizio che ci si fa del comportamento dei genitori. « Dando ai figli naturali gli stessi diritti dei figli legittimi, non approviamo l'unione libera, nè la equipariamo al matrimonio. Migliorando sostanzialmente la posizione del figlio adulterino, non scusiamo l'adulterino ». Per converso, con giudizio diametralmente opposto il Mezeaud, professore alla Sorbona e membro dell'Istituto di Francia, è arrivato a scrivere che alcuni aspetti della nuova legislazione francese sulla disciplina dei figli naturali non possono spiegarsi se non ammettendo la legalizzazione della poligamia! Ed in Italia non sono mancati coloro che hanno commentato sfavorevolmente l'opinione del ministro Pleven. Per tutti ricordiamo Giuseppe Azzariti (Erosione delle strutture legislative a difesa della famiglia eccetera, in Giustizia Civile - Parte IV - 1972 pag. 49), il quale così si esprime: « Non può, però, il ministro francese, relatore della legge, negare che con la equiparazione giuridica degli illegittimi ai legittimi viene inevitabilmente a riconoscersi che la famiglia fondata sul matrimonio non ha più sul piano giuridico alcuna particolare rilevanza, pur se da qualcuno possa ancora non approvarsi moralmente l'unione libera e non scusarsi l'adulterio ».

Nell'ordinamento giuridico italiano, per il quale peraltro non può invocarsi l'esempio certamente non univoco delle legislazioni straniere in considerazione della nostra tradizione storica e del nostro costume sociale, non è possibile recepire la nuova legislazione francese, perchè a ciò osta il precetto della nostra Costituzione che, assicurando — come già rilevato — ai figli nati fuori del matrimonio tutela giuridica e sociale compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima, è lontano dal prescrivere uno stato di filiazione od uno stato di famiglia naturale che sia parallelo o concorrente con

la famiglia legittima e, quindi, non avalla la tendenza dei fautori del cosiddetto « arco costituzionale », che vogliono introdurre nella nostra codificazione una specie di « famiglia naturale legalmente riconosciuta » e la parificazione del trattamento giuridico tra figli legittimi e figli nati fuori del matrimonio. Il testo unificato, che adotta tale linea, non può trovarci consenzienti, così come non trova adesione nella maggior parte della dottrina giuridica e dell'opinione pubblica.

Il De Cupis (op. cit. pag. 63), ad esempio, rileva che l'abolizione di ogni differenza tra chi nasce dentro lo stato di matrimonio e chi nasce fuori di esso è auspicata principalmente da coloro che vogliono negare al matrimonio ed alla famiglia la loro funzione esclusiva ed i loro effetti propri.

Il Simonetto (Considerazioni generali, in Atti del II Convegno di Venezia 1972 pag. 216) è estremamente critico ed, osservato che il testo unificato perviene alla svalutazione della famiglia legittima come istituto (svalutazione di cui non si sono ponderate le conseguenze e che è addebitabile ad una deprecabile faziosità politica), si domanda che cosa rimane della famiglia legittima e del matrimonio come istituto, dopo che si sono parificati nel trattamento i figli legittimi e gli illegittimi, adulterini od altri. La sua risposta allarmante, seppure pittoresca, è la seguente: « Il progetto finisce per introdurre, in sostanza, una specie di poligamia con pluralità di rapporti familiari ».

Il professor Santoro Passarelli (Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia - in Atti del II Convegno di Venezia pag. 13 e segg.) nutre viva preoccupazione, perchè il progetto arriva in realtà alla creazione di una famiglia naturale. Egli ritiene che, in piena consonanza con la Costituzione e con il sentimento prevalente, non possa essere approvata « l'introduzione, non esplicita ma sicura, di una famiglia naturale, incompatibile con la sola famiglia ammessa dalla Costituzione e sentita dalla maggior parte del nostro popolo, la famiglia legittima ». L'illimitata riconoscibilità e dichiarabilità della filiazione anche adulterina in pendenza di matrimonio (artt. 98, 111); l'assoluta parificazione dei doveri e dei diritti

ti verso i figli naturali e verso i figli legittimi (art. 107); l'estensione della parità di trattamento dei figli naturali e dei figli legittimi sul piano non solo personale (art. 138), ma anche patrimoniale (art. 162) e successorio (art. 179); la propagazione della parentela naturale a tutti gli effetti (artt. 162, 165) non possono lasciar dubbio sull'introduzione di una famiglia naturale, in conflitto con la famiglia legittima in atto esistente». « Il rispetto dei diritti della famiglia legittima » — egli puntualizza — « è richiesto dalla Costituzione, all'unisono con la coscienza sociale del nostro popolo e del nostro tempo, non come un privilegio della famiglia fondata sul matrimonio, ma perchè questa è la società naturale intermedia storicamente affermata e ritenuta ancora più utile alla società generale e in definitiva ai consociati. Allora le scelte del legislatore ordinario non possono non essere coerenti con questa scelta di fondo: se la famiglia legittima è un valore, la legge non può rinnegare questo valore ».

Dello stesso avviso è Fiorella D'Angeli (Filiazione adulterina - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » Ed. Cedam 1973 pagg. 228 e 229), la quale pone in rilievo che il criterio indicato dal Costituente per la soluzione del problema della prole naturale, cui il legislatore ordinario si deve attendere, « è quello della tutela giuridica di questa con la esigenza di difesa della famiglia legittima e dei diritti dei suoi membri, criterio naturalmente elastico, suscettibile di diverse interpretazioni in considerazione delle svariate concezioni in tema di matrimonio, di filiazione, nonché delle diverse valutazioni degli interessi umani e sociali, rilevanti in questo ambito, ma che tuttavia non può essere dilatato ad un punto tale da eliminare ogni elemento differenziale tra lo stato di figlio legittimo e quello di figlio naturale ed in particolare di figlio adulterino, senza che ciò venga ad incidere sia sull'unità della famiglia costituzionalmente garantita sia sui diritti dei suoi membri.

Ora il predetto criterio costituzionale risulta eluso ed infranto dal testo unificato in esame.

E ciò viene riconosciuto anche da coloro che si dichiarano più favorevoli alle novità progettate.

Il Bianca (La filiazione in generale - Atti del 2° Convegno di Venezia 1972 pag. 117), infatti, riconosce che, fatta una analisi del progetto, è da concludersi che tra la posizione del figlio nato fuori del matrimonio e quella del figlio legittimo « una sostanziale differenza è venuta meno ». Anche il Mengoni (op. dianzi citata pag. 143) ammette che il disegno di legge unificato in qualche punto ha passato il limite poichè se « la Costituzione tutela ampiamente la filiazione naturale, non riconosce invece l'unione libera, e tanto meno l'unione macchiata dall'adulterio ».

Il Puleo (La riforma del diritto di famiglia - in « Realtà nuova » - 1973 pag. 423), infine, opina che il progetto assicura la maggiore possibile tutela ai figli naturali, sia semplici che adulterini, ma non può fare a meno di sottolineare che esso « forse per qualche aspetto » va « oltre i limiti della compatibilità coi diritti della famiglia legittima, e, per quanto riguarda la dichiarabilità e cioè la ricerca della paternità, oltre il limite dell'opportunità ».

Dopo di che veniamo a porre in luce alcune delle innovazioni del testo unificato che in tema di filiazione naturale comportano i cambiamenti più radicali rispetto alla disciplina attualmente in vigore.

Una delle trasformazioni di maggiore rilevanza auspicata dai partiti del cosiddetto arco costituzionale è costituita dall'eliminazione della distinzione tra figli naturali semplici e figli adulterini e, quindi, dalla illimitata riconoscibilità di questi ultimi.

È questa una soluzione d'ispirazione prettamente marxista, *in toto* prelevata dagli originari progetti Jotti (n. 1378 del 30 aprile 1969) e Gatti Caporaso (n. 1151 del 16 marzo 1970) che precisamente suggerivano l'eliminazione di ogni differenza nell'ambito della filiazione naturale.

Essa dà adito a fondate critiche di natura costituzionale e di carattere morale. Sotto il riflesso costituzionale è indubbio che l'articolo 30 della Carta fondamentale, affermando al comma 3° che la « legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima » pone — così come osserva la senatrice Falucci a pagina 24 della relazione che precede il disegno

di legge n. 41 — « chiaramente una preclusione al riconoscimento dei figli adulterini, poichè un tale riconoscimento verrebbe a ledere profondamente l'unità della famiglia legittima e la compattezza della comunità sorta a seguito del matrimonio ».

Sicchè la riconoscibilità illimitata dei figli adulterini non può non ritenersi in contrasto con la norma costituzionale che, nell'imporre al legislatore un giudizio di comparazione tra i preminenti diritti dei membri della famiglia legittima e la tutela del figlio illegittimo, si ripercuote su tutti i diritti degli uni e dell'altro « ed inserisce quindi alla situazione giuridica del figlio nato fuori del matrimonio e cioè al suo *status* » e non può ridursi — così come intende fare il testo unificato — a dettare qualche marginale regola limitativa in ordine all'immissione del figlio illegittimo, anche se adulterino, nella convivenza familiare (Stella Richter - op. cit. 1970 pag. 276).

È certo che sulla legittimità costituzionale dell'illimitata riconoscibilità dei figli adulterini i giuristi sono alquanto divisi; ma anche coloro che con sottili disquisizioni e con evidenti difficoltà tentano di superare il vizio di illegittimità di tale illimitata riconoscibilità appellandosi ad una scala di valori attribuitiva di una posizione preminente alla personalità umana meritevole di essere garantita nella totalità dei suoi rapporti col mondo e quindi nei confronti dei genitori, sono costretti ad ammettere che la circostanza che il figlio è nato da persona legata in matrimonio al tempo del concepimento con persona diversa dall'altro coniuge influisce in modo diverso di quanto non accade per il caso del riconoscimento o della parificazione dei figli naturali semplici. Chè « derivando la generazione adulterina da un rapporto che comporta la violazione di un dovere fondamentale del coniuge, essa si pone non soltanto fuori, ma contro la famiglia legittima », onde « il riconoscimento (e la parificazione) del figlio adulterino importa perciò, inevitabilmente, una minore tutela di questa famiglia » (Puleo op. cit. 1973 pag. 429) ed « effettivamente i timori di indebolimento della famiglia legittima appaiono meno infondati » (Giorgianni - La filiazione fuori del ma-

trimonio - Atti 2° Convegno Venezia 1972 pag. 135). L'eliminazione, poi, di qualsiasi distinzione giuridica tra i figli illegittimi (figli naturali semplici e figli adulterini) porta alla considerazione che il legislatore non intende più attribuire alcun rilievo al fatto che la filiazione derivi da persone non legate da vincolo matrimoniale e cioè da persone che quanto meno non hanno violato l'obbligo della facoltà oppure sorga da persone legate da matrimonio e pertanto impegnate reciprocamente alla fedeltà, sicchè nessuna rilevanza la legge dovrebbe più dare, ai fini del riconoscimento del figlio illegittimo, all'esistenza o meno di un vincolo matrimoniale. Ma tutto ciò — come è di palmare evidenza — non può essere condiviso, perchè un qualsiasi giudizio sulla compatibilità della tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima non può prescindere dalla valutazione del dovere di fedeltà che deve essere sempre considerato al primo posto tra i « diritti ed i doveri reciproci » dei coniugi, onde — così come fondatamente rileva il senatore Carraro (op. cit. 1972 pagina 112) — non si vede come possa ritenersi compatibile, con il diritto di un coniuge alla fedeltà dell'altro, una tutela giuridica del figlio adulterino che consenta di attribuirgli lo *status* di figlio, riconosciuto anche in costanza di matrimonio.

Consentire in costanza di matrimonio del genitore naturale e senza alcuna limitazione il riconoscimento del figlio adulterino, « comporta, in definitiva, l'espressa ammissione legislativa che gli stessi rapporti vigenti nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio possano sussistere anche tra un membro di questa ed altri soggetti estranei nonchè portatori di interessi contrastanti con quelli afferenti i componenti del nucleo familiare legittimo. Ma ammettere ciò significa riconoscere l'esistenza di altre comunità familiari non fondate sul matrimonio, assumenti rilevanza giuridica sulla base di un rapporto di fatto derivante, nella fattispecie in questione, dalla violazione di un preciso obbligo liberamente assunto dal genitore naturale con il matrimonio: l'astensione dallo svolgimento delle relazioni sessuali con per-

sona diversa dal proprio coniuge, pregiudizievole, tra l'altro, sia per gli affetti familiari sia per la saldezza ed unità dell'organismo familiare. È pertanto evidente che il riconoscimento, con gli effetti che ne discendono, nei termini previsti dal progetto, implica la legalizzazione della famiglia adulterina, decorata tra l'altro della legittimità dei propri figli (art. 122), contrapposta a quella legittima e semprechè si versi nell'ipotesi di un solo adulterino; ma qualora il riconoscimento si riferisca a più soggetti procreati con persone diverse, si verificherebbe la rilevanza giuridica di più famiglie adulterine non solo contrapposte a quella legittima, ma anche tra loro; e ciò in aperta violazione dell'articolo 29 Cost., ove si riconosce e si tutela l'unione fondata sul matrimonio, non quella libera o macchiata di adulterio, nonchè dell'articolo 30, comma 3°, Cost. che alla tutela dei figli naturali pone il limite del rispetto di quei diritti dei membri della famiglia legittima nei quali si realizza l'unità familiare» (Fiorella D'Angeli op. cit. pagina 229).

Conseguentemente è da scartare la soluzione della riconoscibilità illimitata dei figli adulterini adottata dall'articolo 98 del disegno di legge unificato, mentre l'ammissibilità del riconoscimento del figlio adulterino, così come del figlio naturale in genere, deve essere disciplinata secondo l'evidente finalità del Costituente che innanzitutto vuole tutelare la famiglia legittima non riconoscendo l'unione libera, e secondo il diffuso sentimento comune del popolo italiano che non intende comparare alla famiglia legittima la cosiddetta famiglia naturale e che considera tuttora la relazione adulterina durante la convivenza coniugale come offesa particolarmente grave per il coniuge tradito e quale attentato all'istituto del matrimonio. Siamo, pertanto, dell'avviso che la disposizione di cui all'articolo 252 del vigente codice civile, che disciplina il riconoscimento dei figli adulterini, debba essere parzialmente mantenuta, pur con opportune modifiche ed integrazioni accogliendosi la soluzione suggerita in Commissione Giustizia dal senatore Carraro, nel senso che i figli adulterini possano essere riconosciuti dal genitore che al

tempo del concepimento non era unito in matrimonio, ma che il riconoscimento possa essere anche fatto dal genitore che al tempo del concepimento non era unito in matrimonio soltanto dopo che il matrimonio stesso sia stato sciolto o ne siano cessati gli effetti civili, ovvero quando vi sia l'assenso dell'altro coniuge.

Per il resto, per quanto concerne l'articolo 98 del progetto unificato, non rimane che ricordare le innovazioni che esso apporta all'articolo 250 codice civile. In ordine al riconoscimento del figlio naturale, esso, infatti, eleva opportunamente da 14 a 18 anni la capacità per la madre parificandola così a quella del padre, salvo per entrambi i genitori che il riconoscimento avvenga in occasione del loro matrimonio, mentre tende a tutelare l'interesse che il figlio ha di evitare il riconoscimento cosiddetto « interessato » e di non vedere lesa la sua reputazione, prevedendo la necessità del consenso del figlio allorchè abbia compiuto i 18 anni (ridotti a 16 anni dalla Commissione giustizia) e stabilendo che il riconoscimento del figlio che non ha raggiunto il diciottesimo anno non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento. Al riguardo il Guzzi (*Filiazione naturale — in « Sulla riforma del diritto di famiglia » — Ed. Cedam 1973, pag. 211*) esattamente rileva che la tutela dell'interesse del figlio dovrebbe essere garantita in ogni caso, a prescindere dalla sua età. Ed il Finocchiaro (op. cit. pag. 134) fondatamente osserva che se da un punto di vista metagiuridico si giustifica la necessità del consenso dell'ultradiciotenne quale giusta tutela di chi, abbandonato per tanti anni, viene successivamente riconosciuto nel momento in cui non solamente è in grado di provvedere a se stesso, ma addirittura può venire obbligato a prestare gli alimenti a chi tardivamente tale riconoscimento vuole effettuare, « meno comprensibile è invece il motivo per cui è richiesto il consenso del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento quando si è in presenza di un infradiciotenne. Il secondo riconoscimento può infatti avvenire a breve distanza dal primo per motivi non sempre riprovevoli ed il riconoscere ad un genitore

questo indiscriminato diritto di veto si può prestare ad abusi e ricatti di varia natura e questo è argomento che ne consiglia la soppressione. Salva, eventualmente, ove si voglia mantenere questo potere, e ciò soprattutto nell'ipotesi in cui il secondo riconoscimento avvenga a distanza di molto tempo dal primo, la possibilità di un intervento del tribunale, che, valutati i motivi dell'opposizione e tenendo presente l'interesse preminente del minore, possa emettere una decisione sostitutiva del consenso mancante». Appare, pertanto, opportuno un emendamento aggiuntivo dopo il comma 3° del nuovo articolo 250 codice civile come modificato dall'articolo 98 del testo unificato, così come suggerito dal Finocchiaro, nel senso dell'introduzione di un nuovo comma che suoni nei seguenti termini e cioè: « Il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio. In caso di opposizione decide il tribunale, su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore, in contraddittorio con il genitore che si oppone al riconoscimento, con l'intervento del pubblico ministero, con sentenza che, in caso di accoglimento della domanda tiene luogo del consenso mancante ». E la Commissione giustizia del Senato, accogliendo all'uopo un nostro specifico emendamento, ha opportunamente introdotta tale norma.

Il successivo articolo 101 del disegno di legge n. 550 (art. 99 del testo della Commissione giustizia del Senato) mantiene la regolamentazione dell'articolo 251 codice civile in ordine al riconoscimento dei figli *incestuosi*, confermando che esso è ammesso solo in caso di buona fede di uno o di entrambi i genitori ed aggiungendo anche l'ipotesi della dichiarazione di nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità tra i genitori.

Viene, però, introdotta un'innovazione, in quanto il riconoscimento del figlio incestuoso non è rimesso soltanto alla volontà del genitore, ma è richiesta l'autorizzazione del tribunale che la concederà avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

Secondo alcuni (Majello — La filiazione naturale — in Atti del 2° Convegno Cini 1972

pag. 222), le condizioni previste per la riconoscibilità dei figli incestuosi e la perpetuazione dei divieti d'indagine sulla paternità e maternità incestuosa costituirebbero un residuo omaggio alla retorica della famiglia legittima non del tutto coerente alle linee programmatiche del progetto, ma avrebbero un'importanza del tutto trascurabile anche perchè attengono ad un fenomeno connesso alle condizioni ambientali di promiscuità delle famiglie meno abbienti. In tema di riconoscimento di figli incestuosi sarebbe intervenuto un singolare compromesso interamente a scapito di costoro, perchè non solo sarebbe prevalsa la tesi conservatrice dell'attuale norma dell'articolo 251 codice civile malgrado seri dubbi avanzati da parte della dottrina circa la legittimità costituzionale di essa, ma la posizione di questi figli verrebbe aggravata attesochè il loro riconoscimento è ulteriormente subordinato all'autorizzazione del tribunale. Il Mengoni (op. cit. pag. 141) osserva che « un simile requisito avrebbe senso solo se configurato come correttivo dell'abolizione del limite posto dal codice: soppresso questo limite, come proponevano i progetti Jotti e Gatti Caporaso, si dovrebbe certamente introdurre un controllo idoneo a impedire il riconoscimento quando risulti dalle circostanze che da esso il figlio riceverebbe un danno piuttosto che un vantaggio ».

Anche il Bianca (op. cit. 1972 pag. 120) fa una valutazione decisamente negativa circa l'ulteriore discriminazione che si vuole introdurre nell'ambito della filiazione extramatrimoniale con riguardo ai figli nati da persone unite da vincoli di parentela o affinità. A suo avviso, la regola che ammette il riconoscimento del genitore di buona fede ripropone l'inammissibile prospettiva di un atto compiuto nell'interesse preminente del genitore anzichè del figlio, ed un trattamento di particolare sfavore per il figlio di parenti non si giustifica. Egli, aggiunge, però, che l'unica spiegazione di quest'atteggiamento è che il fenomeno è socialmente irrilevante, mancando gli stessi presupposti per il formarsi di centri di pressione e conclude ritenendo opportuna l'autorizzazione del tribunale volta ad evitare un riconoscimento

suscettibile di tradursi in un pregiudizio del figlio.

Di contrario parere è, invece, su quest'ultimo punto Stella Richter (op. cit. 1970 pag. 278), perchè, nei casi, fortunatamente assai rari, di filiazione incestuosa, non vi sarebbe campo di valutazione di opportunità per il riconoscimento, che deve avere un carattere di assoluta eccezionalità giustificata dalla buona fede dei genitori e considerato che i figli hanno interesse a nascondere e non a far constatare la loro tanto dolorosa origine.

Noi riteniamo che, tenuto conto che l'incesto costituisce un fatto di estrema gravità, esso deve essere considerato con particolare rigore ed il legislatore deve operare non per agevolarlo ma per reprimerlo. Pertanto, pur avendo il fenomeno scarsa rilevanza pratica perchè — come leggesi nei lavori preparatori del vigente codice civile — le salde tradizioni morali del nostro popolo rendono estremamente rari i casi di incesto, sembra assolutamente necessario riaffermare il principio generale del divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, quel divieto che dal diritto romano si è perpetuato nella nostra tradizione legislativa.

Ci sembra, quindi, esatto che il riconoscimento dei figli incestuosi sia ammesso nei soli casi di buona fede di uno o di entrambi i genitori oppure di dichiarazione di nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità. Parimenti l'innovativa norma che subordina il riconoscimento ad autorizzazione del tribunale appare pienamente conferente al fine di salvaguardare l'interesse del figlio e la necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio.

Non altrettanto condividibile è, però, l'altra innovazione introdotta nell'articolo 100 del testo unificato che, sostituendo l'articolo 252 codice civile ammette la convivenza del figlio naturale (e, quindi, anche del figlio adulterino) di uno dei coniugi, riconosciuto durante il matrimonio, nel nucleo familiare legittimo del genitore naturale con il consenso del coniuge di quest'ultimo e dell'altro genitore naturale, se conosciuto.

La norma, che dà ulteriore rilevanza alla « famiglia naturale » e che, ad avviso di alcuni, costituisce il rispetto del limite di compatibilità con i diritti dei membri della fa-

miglia legittima posto costituzionalmente per la tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori del matrimonio, è manifestamente incostituzionale perchè viola gli articoli 29 e 30, comma 3° della Carta Fondamentale.

La senatrice Falcucci, nella relazione al suo disegno di legge, fondatamente avverte che, pur essendo innegabile il dovere del genitore all'educazione ed istruzione del figlio adulterino, non è possibile garantire a questi il diritto di realizzare tale educazione ed istruzione mediante l'inserimento nella famiglia legittima; inserimento che urta contro quei diritti di essa costituzionalmente riconosciuti, fra i quali va certamente compresa la salvaguardia dell'unità e dell'armonia familiare.

Peraltro la nuova disposizione suscita vivaci critiche in larghissima parte della dottrina.

Fiorella D'Angeli (op. cit. pag. 231) osserva che i diritti indicati dai citati articoli 29 e 30 della Costituzione sono riferibili non ai soli coniugi, ma a tutti i componenti il nucleo familiare legittimo e quindi anche alla prole, sicchè, attribuendosi ai coniugi il potere di far convivere i propri figli adulterini nella sede familiare, si consente loro in definitiva di incidere sulla posizione che i figli legittimi hanno come membri della famiglia legalmente costituita, nonchè sui loro diritti costituzionalmente garantiti (unità, continuità, integrità del gruppo, esclusione di elementi estranei eccetera). E, pertanto, auspica che l'articolo 100 preveda, oltre il consenso, del coniuge del genitore naturale, anche quello dei figli legittimi in grado di esprimerlo « e ciò al fine di evitare che alla prole non consenziente, fermo restando l'obbligo di convivere con i genitori (art. 139 p. unif.), sia imposta *ope legis* una convivenza forzata con gli adulterini, rispetto a cui unico rimedio possibile per i figli legittimi, se maggiori di età, sarebbe l'abbandono della sede familiare, con quali conseguenze per l'unità della famiglia legittima è dato immaginare ».

Tale esigenza di carattere costituzionale (peraltro, anche su nostra segnalazione, risolta dalla Commissione giustizia del Senato) viene raccomandata tra gli altri anche dal Santoro-Passarelli, dal Bianca, dal Guz-

zi, dal De Cupis, dal Moscarini, e dallo Sbisà, il quale ultimo (Atti del 2° Convegno di Venezia 1972 pag. 250) fondatamente pone in rilievo che nessuno ha mai dubitato che per « membri della famiglia legittima » debbano intendersi il coniuge ed i figli legittimi, onde l'interesse di costoro alla compattezza della famiglia è costituzionalmente garantito al pari di quello del coniuge del genitore. « La convivenza con il figlio naturale non può dunque prescindere dalle loro valutazioni. Tanto più che sarebbero proprio i figli ad essere maggiormente danneggiati da una convivenza imposta contro la loro volontà, per gli inevitabili rancori che sorgerebbero tra essi e il fratello naturale unilaterale, con la conseguente frattura dell'unità familiare e la lesione di quegli aspetti morali e spirituali dell'educazione che l'ordinamento ha voluto garantire costituzionalmente ».

Beniamino Fumarola (Il Giornale d'Italia 19 dicembre 1972), a sua volta, trova sorprendente l'innovazione di cui all'articolo 100 del testo unificato e così argutamente commenta in ordine al prescritto consenso del coniuge del genitore naturale alla convivenza del figlio adulterino nella famiglia legittima: « A parte il fatto che il consenso potrebbe essere la conseguenza di compromessi e di atteggiamenti ricattatori, si deve tener conto del fatto che i genitori sono due: quale dei due, quindi, dovrà tenere presso di sé il figlio? »

È sufficiente assistere a qualche causa di separazione per vedere la violenta lotta dei genitori per ottenere l'affidamento dei figli, spesso più per dispetto all'altro coniuge che per interesse del figlio. Dal punto di vista del figlio, poi, si può affermare che questo, proprio per la sua origine adulterina, non troverebbe certo il clima più adatto per una vita serena; per non parlare poi, degli altri componenti la famiglia che potrebbero vederlo come il figlio della « colpa » commessa dal padre o dalla madre. Evidentemente i compilatori del progetto attribuiscono alle loro norme poteri carismatici, quasi accogliendo l'aforismo inglese: la legge può far tutto fuorchè tramutare l'uomo in donna e viceversa. Difficilmente, invece, una norma giuridica può dare al figlio naturale quella

condizione psichica di cui gode il figlio legittimo. Essa, infatti, nasce dalla convivenza dei genitori, convivenza che risulta impossibile se i genitori non sono coniugati tra loro o se uno o entrambi sono coniugati con persone diverse dall'altro coniuge, e ciò fino a quando la nostra legislazione manterrà il principio monogamico ».

E Fiorella D'Angeli (op. cit. pag. 230), dopo avere significato che con l'introduzione del figlio adulterino nel nucleo familiare legittimo il riformatore tende a « recuperare tale figlio in seno all'unica famiglia del genitore naturale e ad assicurare comunque una famiglia a chi non l'ha, puntualizza che « tuttavia non si può fare a meno di osservare, sia sul piano giuridico che umano, che la famiglia dell'adulterino in realtà è rappresentata da quel complesso di rapporti giuridici che legano il medesimo ai suoi genitori naturali, rapporti che garantiscono in concreto il realizzarsi di un insieme di relazioni umane per quanto attiene l'esercizio della potestà parentale, l'educazione, l'istruzione ed il suo mantenimento, sicchè l'immissione nel nucleo familiare legittimo dell'uno o dell'altro genitore (sempre ammesso che avvenga serenamente) non potrebbe dargli mai una famiglia vera in quanto la sua vera famiglia resta costituita da quel complesso di rapporti e relazioni ora richiamati, famiglia anzi contrapposta a quella legittima dell'uno o dell'altro genitore ». Conseguentemente è da concludere, in conformità al giudizio espresso dalla D'Angeli, che « sotto questo profilo la prospettata riforma non sembra in grado di raggiungere il risultato a cui in effetti tende ».

Gli articoli 101, 102, 103, 104 e 105 del testo unificato non meritano particolare attenzione, perchè apportano soltanto alcune sostituzioni o soppressioni di norme per esigenze di carattere formale e non sostanziale, sicchè è inutile indugiarsi in ordine alla normativa da essi prevista.

È, invece, assai importante una delle altre radicali innovazioni del disegno di legge numero 550 e precisamente quella che, abrogando con l'articolo 106 le disposizioni di cui all'articolo 260 codice civile e sostituendo con l'articolo 107 l'attuale articolo 261

LEGISLATURA VI — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

dello stesso codice, introduce il cosiddetto principio della parificazione, secondo il quale dal riconoscimento del figlio naturale deriva al genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi.

Il vigente codice civile stabilisce specificamente i poteri (diritti) del genitore che ha riconosciuto il figlio naturale disponendo che essi sono quelli derivanti dalla patria potestà ad eccezione dell'usufrutto legale (articolo 260), mentre in ordine agli obblighi del genitore naturale verso il figlio riconosciuto fa riferimento soltanto a quelli relativi al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione (art. 261).

L'articolo 107 del testo unificato contiene, invece, una disciplina assai più ampia e generalizzata, per la quale la posizione del genitore rispetto al figlio e quella del figlio verso il genitore sono le stesse a prescindere dal fatto che il figlio sia nato fuori o dentro il matrimonio; esso realizza l'equiparazione del genitore naturale al genitore legittimo e coevamente conferma la totale parificazione dei figli legittimi e dei figli naturali sopprimendo qualsiasi limitazione derivante dagli attuali articoli 260 e 261 del codice civile, compresa persino quella concernente l'usufrutto legale previsto dall'articolo 324 dello stesso codice. Ma una tale soluzione non tranquillizza circa la piena osservanza del precetto costituzionale che certamente attribuisce alla famiglia il valore di una istituzione prevalente rispetto al valore dei singoli individui e che — come abbiamo già evidenziato — prevede un criterio di compatibilità anche in ordine al trattamento da adottare ai figli naturali in rapporto a quello inerente ai figli legittimi.

Or — così come precisa il Moscarini (op. cit. pag. 222) — « ne discende che il conflitto di compatibilità tra gli interessi della famiglia legittima e gli interessi dei figli adulterini, o anche soltanto naturali, dev'essere illuminato da questa constatazione di fondo: che gli interessi della famiglia legittima sono interessi di un gruppo sociale riconosciuto dalla Costituzione, mentre quelli degli adulterini sono interessi individuali. Dal che l'inevitabile conclusione che la tutela di tali interessi individuali dev'essere in qual-

che misura subordinata alla tutela degli interessi del gruppo familiare ». Pertanto, in tema di diritti e di doveri del genitore verso il figlio naturale, con leggere e marginali modificazioni ben potrebbero essere convalidate le disposizioni previste dagli articoli 260 e 261 del codice civile, perchè si può aderire anche ad una soluzione di quasi sostanziale, ma sempre non totale, equiparazione dei figli nati fuori del matrimonio ai figli legittimi sul piano successorio e ad una soluzione di parità per quanto riflette il diritto ed il dovere di natura patrimoniale al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, ma non si può andare al di là e cioè non è dato parificare *in toto* la famiglia naturale alla famiglia legittima, costituire accanto alla famiglia legittima un'altra famiglia fondata su un'unione adulterina, oppure, equiparando senza alcuna limitazione od attenuazione diritti e doveri del genitore rispetto ai figli legittimi ed ai figli naturali, arrivare al paradosso di un effettivo quanto meno parzialmente omesso esercizio degli stessi poteri e di un reale inadempimento più o meno rilevante degli stessi doveri da parte del genitore nei confronti dei propri figli legittimi ed anche dei componenti la propria famiglia legittima. La parità estesa ad altri campi, oltre l'ambito del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione, e cioè il diritto allo stato di figlio naturale che importa un rapporto con il genitore analogo a quello del figlio legittimo con attribuzione del cognome e di poteri e doveri inerenti alla potestà, trova ostacolo nel trattamento di preminente posizione fatto dalla Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio, di cui solo i figli legittimi fanno parte. Per alterare questa concezione si invoca un preteso profondo mutamento del costume sociale; ma tale espediente costituisce soltanto facile petizione di principio. « Che un mutamento vi sia stato in taluni ambienti della nostra società deve riconoscersi, ma esso non ha assunto diffusione tale da giustificare un nuovo indirizzo che contrasterebbe con le convinzioni dei più » (Carraro, Atti del 2° Convegno di Venezia, 1972, pag. 113).

La progettata riforma del diritto di famiglia non può che essere rispettosa del dettato costituzionale. Se, poi, fosse vero (ciò

che contestiamo) che il costume sociale si è ormai indirizzato verso una configurazione della famiglia diversa da quella a cui si conforma il Costituente, non si dovrebbe forzare la Costituzione, ma si dovrebbe avere il coraggio di cambiarla.

Ma il testo unificato, pur rimanendo ferma la Carta costituzionale, che riconosce una sola famiglia e cioè la famiglia legittima, dà rilevanza giuridica alla « famiglia naturale » sotto molteplici aspetti ed una delle applicazioni concrete di tale modo di pensare si riscontra nella disciplina dell'attribuzione del cognome al figlio naturale (articolo 108). La nuova norma desta fondati dubbi di illegittimità costituzionale laddove prevede l'attribuzione del cognome nel caso di adulterinità *ex patre*, « posto che — come evidenzia il Giorgianni — La filiazione fuori del matrimonio, in Atti del 2° Convegno, Cini, 1972, pag. 133-134) nel nostro ordinamento il cognome del padre costituisce attributo tipico della nascita del figlio legittimo in costanza di matrimonio (tanto che il legislatore dell'adozione speciale, pur attribuendo all'adottato lo stato di figlio legittimo, ha sentito il bisogno di attribuirgli espressamente il cognome); il consentire che il figlio, durante il matrimonio, assuma il cognome del padre ci sembra veramente incompatibile con i diritti dei componenti della famiglia legittima. Qui veramente si verrebbe a consentire una sorta di poligamia ». Tale norma, peraltro, suscita ulteriore perplessità anche sotto altro riflesso specialmente per quanto concerne l'assunzione del cognome da parte dei figli naturali, attualmente qualificati adulterini. « In mancanza del coniuge e dei figli legittimi le perplessità non hanno ragion d'essere; in presenza dell'uno e degli altri, effettivamente, può sorgere il dubbio sulla legittimità costituzionale della norma, anche nel caso che si voglia dare l'interpretazione più favorevole all'ampia tutela giuridica e sociale della prole nata fuori del matrimonio, prevista dall'articolo 30, terzo comma, della Costituzione. Il limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima viene arbitrariamente superato; l'assunzione del cognome, alla stessa stregua della convivenza

con la famiglia legittima, dovrebbe essere subordinata al consenso del coniuge e dei figli legittimi » (Guzzi op. cit., pag. 214).

L'articolo 119 prog. unif., disciplinando l'impugnazione del riconoscimento, non apporta alcuna effettiva modificazione all'attuale articolo 263 del codice civile; il riferimento al falso in sostituzione del difetto di veridicità non concretizza una sostanziale differenza tra le due norme. *Prima facie* potrebbe pensarsi ad un comportamento doloso suscettibile di sanzione penale, ma la possibilità di impugnazione da parte dello stesso autore del riconoscimento esclude che il riformatore si prefigga effetti di natura penale. La facoltà concessa al minore che ha compiuto gli anni quattordici di impugnare l'atto di riconoscimento con l'ausilio di un curatore speciale, quando è privo del genitore esercente la patria potestà, appare pleonastica, onde sembra opportuno mantenere il testo dell'articolo 263 del codice civile, così come peraltro ha ritenuto di suggerire la Commissione giustizia del Senato.

Un'importante innovazione del testo unificato (artt. 111 e 112) riguarda la ricerca della paternità che, contrariamente alle disposizioni degli articoli 269, 270 e 271 del codice civile che la consentono soltanto in casi tassativamente stabiliti ed entro ristretti limiti di tempo, è invece ammessa in ogni caso, stabilendosi altresì che la prova può essere data con ogni mezzo e che l'azione è imprescrittibile. La nuova disciplina è palesemente viziata di incostituzionalità. L'articolo 30, quarto comma, della Costituzione, infatti, nel prescrivere che « la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità » non costituisce una norma agnostica, ma contiene un precetto che opera come limite per il legislatore ordinario, il quale, in conseguenza, deve stabilire i casi in cui la ricerca della paternità è consentita e deve regolare l'ammissibilità o meno di alcuni mezzi di prova, non essendo possibile disporre con legge ordinaria la libera indagine ai fini della dichiarazione giudiziale della paternità.

All'uopo il professor Nicolò (Atti del II Convegno di Venezia 1972 pag. 165) non approva la nuova proposta disciplina della ri-

cerca della paternità, perchè per esperienza della vita concreta sono note tutte le possibilità di ricatto che possano nascere soprattutto in assenza di un sistema scientifico sicuro di accertamento e per la scarsa attendibilità di prove testimoniali in materia.

« Anche nelle giuste riforme bisogna procedere con cautela e non farsi trascinare dall'entusiasmo. Ma questo è un po' un nostro difetto. Così abbiamo fatto per il divorzio. Per secoli l'abbiamo ignorato nei nostri ordinamenti, ma poi quando l'abbiamo voluto introdurre siamo arrivati di colpo addirittura al divorzio incolpevole, al divorzio che è quasi una *usucapio libertatis* ».

Dello stesso parere sono molti altri cultori del diritto, tra i quali riteniamo di citare lo Sbisà (op. cit. pag. 252) ed il De Cupis (op. cit. pag. 264), i quali temono fondatamente che l'indiscriminata prova della paternità e l'imprescrittibilità dell'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità stessa possano favorire speculazioni e ricatti. In effetti il riformatore mostra, con la nuova disciplina sulla ricerca della paternità, la tendenza di lasciarsi prendere la mano da una esasperata ideologia, obliterando ogni dovuta considerazione del costume e della realtà sociale circostante; e dà adito anche ad aspre critiche, quale ad esempio quella riportata su « Il Giornale d'Italia » del 19 dicembre 1972, laddove leggesi che la norma *de qua* « apre la porta a possibili ricatti senza portare consistenti benefici al figlio naturale » e si commenta che « se i parlamentari hanno inteso dare una guida e un sostegno al figlio, non è con una norma giuridica che tale risultato può essere raggiunto: non si può, infatti, obbligare chi non vuole essere padre ad assumere i doveri connessi al rapporto di filiazione e, soprattutto, dettati dall'affetto; se, invece, intento dei compilatori è quello di assicurare al figlio naturale il mantenimento, vien da pensare alla normativa dei paesi scandinavi dove l'obbligo di mantenere il figlio è attribuito a tutti coloro che, all'epoca del concepimento, abbiano avuto rapporti con la madre, rendendo, così, impossibile stabilire con certezza chi di essi era il padre ».

Conseguentemente appare opportuno mantenere l'attuale normativa del codice civile

(artt. 269, 270, 271, 272 e 273) estendendo l'ammissibilità della ricerca della paternità ad altre ipotesi oltre quelle previste dalla vigente codificazione, come, ad esempio, al caso di seduzione con promessa di matrimonio risultante da prova scritta o compiuta con artifici o raggiri oppure facilitata da abuso di autorità, di fiducia o di relazione domestica (art. 75 del disegno di legge Falcucci) od al caso di matrimonio religioso non trascritto, ed attenuando il rigore dell'accertamento della convivenza *more uxorio* della madre o del presunto padre mediante la soppressione del requisito della notorietà di tale convivenza (art. 269 n. 1 del codice civile).

Ferme evidentemente debbono rimanere le limitazioni poste all'esercizio della azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità dall'articolo 274 del codice civile (del quale il testo unificato peraltro non propone modifiche, mentre la Commissione Giustizia del Senato si limita a sostituire il riferimento agli indizi con la più precisa deliberazione delle specifiche circostanze) e per il caso di incesto oppure, tranne preventiva autorizzazione del tribunale, quando vi è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde al tempo del concepimento (art. 117 testo unificato che modifica l'articolo 278 del codice civile).

L'articolo 118 del disegno di legge n. 550, che innova l'articolo 279 del codice civile in conformità alla recente decisione n. 121 della Corte Costituzionale in data 8 maggio 1974, merita particolare considerazione. Esso stabilisce che il figlio naturale, in ogni caso in cui non possa proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, è legittimato ad agire per ottenere, non semplicemente gli alimenti, ma il mantenimento, l'educazione e l'istruzione; prevede, però, che l'azione è ammessa previa autorizzazione del tribunale ai sensi dell'articolo 274 codice civile. È da considerare che, tenuto conto delle innovazioni apportate dal progetto, la azione è riservata sostanzialmente ai figli incestuosi.

Non appare, però, giustificata la previsione relativa alla preventiva autorizzazione del tribunale per l'ammissione dell'azione. « Qui — come pone in evidenza lo Sbisà (op. cit.

pag. 253) — non vi è conflitto con i diritti dei membri della famiglia legittima, perchè non si tratta di immettere il figlio naturale nella famiglia del genitore e non vengono lesi i diritti morali della stessa.

Non essendo diretta a sostituire uno *status* familiare, ma solo ad accertare un obbligo conseguente alle responsabilità assunte dal genitore nel momento della unione sessuale con la madre, l'azione non dà luogo ad alcuno dei problemi da cui dipende il giudizio di deliberazione previsto nell'articolo 274 del codice civile. Non sarà più necessaria una (relativa) certezza di paternità, ma basterà una semplice probabilità. Neppure dovrebbe essere decisiva l'*exceptio plurium concubentium*, che è invece idonea a paralizzare l'azione di dichiarazione giudiziale. Invero se si tratta di una azione patrimoniale, fondata su principi generali in materia di responsabilità, ben si può ammettere una responsabilità solidale tra i presumibili padri, come già del resto prevedono altri ordinamenti.

Il testo unificato mantiene, poi, l'istituto della legittimazione (artt. 119 a 127), seppure questo perda rilevanza nel nostro ordinamento in considerazione della proposta equiparazione piena o quasi piena tra i figli legittimi e naturali. Su tal punto è da osservarsi soltanto che: 1) opportunamente al decreto del Capo dello Stato è sostituita la sentenza del tribunale (artt. 119 e 122), venendosi così ad eliminare la natura, quasi di privilegio, connessa tradizionalmente al *rescriptum principis*, attribuendosi al provvedimento tutte le garanzie — di contraddittorio e di impugnazione — che derivano dal procedimento giudiziario ordinario e consentendosi una più immediata valutazione degli interessi in gioco che il tribunale è certamente in grado di compiere in maniera più congrua rispetto a quanto, secondo l'attuale disciplina, non possa fare il parere del Consiglio di Stato (Giorgianni op. cit. pag. 1236); 2) in conformità alla decisione n. 237 resa dalla Corte Costituzionale in data 17 luglio 1974, non è più prevista la esclusione della legittimazione per il caso che il genitore che la domanda abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio.

Vi è da rilevare altresì una esigenza di rettifica nel senso che, prevedendo l'articolo 122 che i figli legittimi o legittimati debbano essere sentiti dal presidente del tribunale se di età superiore ai 14 anni, sembra conferente (come bene ha fatto la Commissione giustizia del Senato) coordinare tale norma con quella di cui al successivo articolo 125, laddove in punto di procedura si fa riferimento ai figli legittimi o legittimati che abbiano raggiunta l'età di 16 anni.

Circa l'*adozione*, infine, basta annotare che l'articolo 128 progetto unificato modifica marginalmente l'articolo 296 del codice civile riducendo a sedici anni l'età per l'assegno dell'adottando, mentre l'articolo 129 del testo della Camera dei deputati (che sostituisce l'articolo 297 dello stesso codice civile) stabilisce che l'assenso del coniuge è richiesto soltanto per introdurre stabilmente l'adottando nella residenza familiare e prevede che, nella ipotesi che il rifiuto dell'assenso dei genitori dell'adottando sia ingiustificato o contrario all'interesse di costui, l'assenso può essere dato con decreto motivato del tribunale, il quale d'altra parte può provvedere con le stesse forme e con gli stessi modi nei casi in cui l'assenso venga a mancare per incapacità o irreperibilità dei legittimati ad esprimerlo. La Commissione giustizia del Senato, invece, con più appropriata norma, propone in ogni caso la necessità dell'assenso dei genitori dell'adottando e l'assenso del coniuge dell'adottando, se coniugati e non legalmente separati (articolo 130).

Rimane, peraltro, fermo il divieto di adozione dei figli nati fuori del matrimonio da parte dei loro genitori (art. 293 codice civile). Al riguardo il Giorgianni (op. cit. pag. 127) osserva che « si è forse ritenuta superflua la riforma, attesa la pienezza dei diritti personali e patrimoniali connessa alla filiazione naturale », ma è da ritenere più verosimile la seconda ipotesi ventilata dallo stesso docente e cioè che si tratti di una mera lacuna addebitabile alla fretteolosità con la quale il disegno di legge senza alcun riesame è stato predisposto ed approvato dall'altro ramo del Parlamento nella corrente legislatura; la

stessa frettolosità che, commista a leggerezza, poco onorevolmente spinge il riformatore (art. 135 del testo unificato), compreso il proponente democristiano (art. 86 del disegno di legge Falcucci), a sopprimere tra i doveri del figlio quello di onorare i genitori.

C) Per completezza di esame della materia concernente la filiazione, senza ripetere quanto abbiamo evidenziato nello specifico capitolo relativo alla potestà sui figli, ricordiamo che la regola generale voluta dal testo unificato è che la potestà sui figli legittimi è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori (art. 136 testo unificato che modifica l'art. 316 codice civile).

L'articolo 137 dello stesso testo, innovando l'articolo 317 codice civile, disciplina invece la potestà nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che ne rende impossibile l'esercizio ed in tal caso stabilisce che la potestà è esercitata dall'altro coniuge (primo comma), mentre prevede che la potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento o di annullamento del matrimonio ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso, i figli sono affidati ad uno di essi (comma secondo).

Su quest'ultimo punto è da farsi un rilievo di particolare importanza, perchè là dove la famiglia non vi sia o sia dissolta o comunque manchi la convivenza dei genitori, la regolamentazione della potestà sui figli minori non può non essere diversa da quella prevista per il caso di una regolare convivenza nella famiglia legittima. Il testo unificato, mantenendo l'esercizio comune della potestà anche in caso di separazione o di divorzio, ha chiaramente considerato solo gli interessi dei coniugi — i cui diritti si intendono parificare — ma ha trascurato gli interessi dei figli. È vero — osserva il Cattaneo (Atti del II Convegno Cini 1972 pag. 257) — che talune funzioni inerenti alla potestà (ossia la *garde de l'enfant*) saranno inevitabilmente esercitate dal solo coniuge affidatario e che d'altronde l'esercizio della potestà da parte dell'altro genitore potrà essere regolato dal tribunale. Ma resterebbe di regola comune l'esercizio di funzioni assai impor-

tanti, di modo che la scelta degli indirizzi educativi fondamentali, dell'educazione religiosa, del tipo di scuola, come pure l'amministrazione dei beni del minore, verrebbe affidata al problematico accordo di due persone che, per ipotesi, sono in conflitto tra loro: e ciò con evidente pregiudizio per il figlio, a meno che non si voglia confidare nel probabile disinteresse del coniuge non affidatario. Ciò costituisce fra l'altro un regresso rispetto alla legge sul divorzio (articolo 11), parendo chiaro che l'interesse del figlio esige in questi casi l'esercizio della potestà da parte di un solo soggetto: al genitore non affidatario dovranno riservarsi solo diritti determinanti, come ad esempio un diritto di visita e di sorveglianza ».

In presenza di famiglie disunite, sembra poi troppo rigida la norma di cui al comma terzo del citato nuovo articolo 317 codice civile, che prevede la cessazione della potestà comune nel solo caso che il tribunale, pronunciando sull'affidamento, ne dichiari decaduto uno dei coniugi (evidentemente per i motivi gravi previsti dal successivo articolo 149 del testo unificato che modifica l'articolo 330 codice civile e consistenti nella violazione o trascuranza da parte del genitore dei doveri inerenti alla potestà o nell'abuso dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio). Anche la legge italiana del 1970 sul divorzio così come la recente riforma francese propongono in *subiecta materia* modelli più articolati « che consentono di provvedere in modo adeguato alle circostanze, e, se necessario, ammettono perfino la apertura di una tutela senza il presupposto della decadenza dei genitori (che potrebbero allora conservare diritti di visita, di sorveglianza e simili). Un'insufficiente considerazione degli istituti di protezione dei minori, come l'affidamento a terzi e la tutela, costituisce... un difetto della riforma » (Cattaneo op. cit. pag. 258).

Il successivo articolo 137 dell'originario testo unificato introduce due nuovi articoli (317-bis e 317-ter) al vigente codice civile. Esso riguarda la potestà sui figli naturali ed, analogamente alla regola generale che disciplina i figli legittimi, stabilisce che l'esercizio della potestà sul figlio naturale, compreso lo

usufrutto legale, spetta congiuntamente all'uno ed all'altro genitore quando la filiazione naturale, per riconoscimento o per dichiarazione giudiziale, sia stata accertata nei confronti di entrambi, salvo che il tribunale, nell'interesse del figlio, ne attribuisca l'esercizio ad uno soltanto dei genitori. È di tutta evidenza che l'attribuzione legale congiunta opera in pratica nell'ipotesi di concubinato (Mengoni op. cit. pag. 144), perchè — come è verosimile — ove i genitori vivano separatamente, il tribunale attribuirà l'esercizio della potestà parentale al solo genitore che tenga presso di sé il figlio. Sotto questo profilo, pertanto, il concubinato viene equiparato alla famiglia legittima ed ancora una volta in conflitto con questo viene introdotta nella riforma la famiglia naturale. È pertanto opportuno prevedere che, anche quando il figlio sia stato riconosciuto spontaneamente da entrambi i genitori o il rapporto di filiazione sia stato dichiarato giudizialmente rispetto ad entrambi i genitori, la potestà deve essere esercitata di regola da uno solo salvo a vedere se sia preferibile fissare un criterio legale di scelta derogabile dal giudice quando l'interesse del figlio lo esiga.

Praticamente nella disposizione del terzo comma dell'articolo 317-*bis* del codice civile quale è proposto dal testo unificato è da sostituirsi la regola all'eccezione e viceversa.

Per il resto l'articolo 137 del testo unificato dispone che l'esercizio della potestà è attribuito a quello dei genitori che ha spontaneamente riconosciuto il figlio (nuovo articolo 317-*bis* del codice civile, comma 2°) e che, quando il figlio naturale che è stato riconosciuto da uno solo dei genitori e del quale è stata dichiarata giudizialmente soltanto la paternità o soltanto la maternità, non convive con il genitore, questi esercita la potestà, ma non ha l'usufrutto legale sui beni del figlio (articolo dianzi citato ultimo comma). Quest'ultima formulazione appare incongrua e comunque difettosa, perchè — come rileva Paola Accardo (Sulla riforma del diritto di famiglia - Edizione Cedam, 1973, pag. 278) — « pare opportuno escludere parimenti dall'usufrutto legale il genitore non convivente con il figlio naturale anche nel caso che il riconoscimento (o la dichia-

razione giudiziale di paternità o di maternità) sia avvenuto da parte di entrambi i genitori. D'altronde l'articolo 146, ultimo comma, stabilisce l'usufrutto legale del solo genitore affidatario nel caso di separazione tra coniugi, scioglimento, cessazione degli effetti civili e annullamento del matrimonio. È da ritenere, quindi, quella dell'articolo 317, ultimo comma, una svista, giacchè sarebbe inconcepibile una differenza stabilita a tutto danno del genitore legittimo ».

Il nuovo articolo 317-*ter* del codice civile prevede, infine, che il genitore naturale che non ha l'esercizio della potestà può chiedere l'intervento del giudice tutelare, che provvede ai sensi dell'articolo 145 del codice civile così come modificato dall'articolo 23 del testo unificato, quando ritiene che le decisioni dell'altro genitore siano gravemente pregiudizievoli per l'interesse del figlio.

La Commissione giustizia del Senato ha opportunamente modificata (art. 138) la disciplina relativa all'esercizio della potestà sui figli naturali.

In ordine all'articolo 139 (nuovo articolo 318 del codice civile) che disciplina l'abbandono della casa del genitore, nulla vi è di particolare da osservare, tranne il ripristino dello specifico riferimento anche all'abbandono della dimora assegnata al figlio dai genitori od all'unico genitore esercente la potestà, così come proposto dalla Commissione giustizia in accoglimento di nostro emendamento.

Circa l'articolo 140 e l'articolo 156 che riguardano le misure di prevenzione e di cura in caso di irregolare condotta del figlio minore o del minore in genere, bene ha fatto la Commissione giustizia del Senato ad abrogare i corrispondenti articoli 319 e 359 del codice civile in quanto mal si conciliano con le norme che disciplinano i tribunali per i minorenni.

Gli articoli 141, 142, 143 e 144 del testo approvato dalla Commissione giustizia del Senato (che sostituiscono rispettivamente gli articoli 320, 321, 322 e 323 del codice civile) riflettono la rappresentanza e la amministrazione dei beni dei minori e generalmente adeguano l'attuale disciplina, che

come principio conferisce la potestà al padre, alla nuova regolamentazione che attribuisce l'esercizio congiunto della potestà ad entrambi i genitori.

A prescindere da quanto in precedenza abbiamo criticamente rilevato, osserviamo in aggiunta che, se per un momento possa ammettersi l'attribuzione dell'amministrazione dei beni dei minori congiuntamente al padre ed alla madre, tuttavia è opportuno che la rappresentanza sia riservata ad uno solo dei genitori (di regola, il padre) per rendere più semplici e spediti i rapporti con i terzi. « Sembra infatti eccessivo esigere in ogni caso una dichiarazione congiunta dei genitori; meglio sarebbe disporre, almeno per certi atti di minore rilievo, che di fronte al terzo di buona fede (ignaro cioè del dissenso dell'altro coniuge) gli atti compiuti da un solo genitore siano comunque efficaci » (Cattaneo opera citata, pag. 257).

In ordine al nuovo articolo 320 del codice civile (articolo 141 testo unificato) è stato opportuno non escludere la preventiva autorizzazione del giudice tutelare per il caso di divisione di beni dei quali il minore sia comproprietario. È vero che lo scioglimento della comunione ha effetti dichiarativi e non traslativi, ma costituisce tuttavia un atto che può incidere notevolmente sul patrimonio del minore e può a tale patrimonio recare pregiudizio o diminuzione, onde è bene confermare — così come su nostra richiesta ha fatto la Commissione giustizia — il riferimento espresso che l'articolo 320 del codice civile attualmente fa alla divisione al fine di evitare che, continuando la nuova disciplina ad elencare alcuni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (mutui o locazioni ultranovennali), l'omesso richiamo alla divisione possa far equivocare nel senso che questa possa tipularsi senza autorizzazione giudiziale. Sempre in ordine alla stessa norma appare, poi, necessario devolvere alla competenza del giudice tutelare — come propone la 2^a Commissione permanente in accoglimento di emendamento della Destra nazionale — l'autorizzazione anche per l'alienazione di beni di qualsiasi natura pervenuti al minore *jure hereditatis* sopprimendo così la anomalia esistente con la disposizione di cui

all'articolo 747 del codice di procedura civile che demanda al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione l'autorizzazione per la vendita dei beni immobili ereditari.

In tema di usufrutto legale, rilevato che la Commissione giustizia del Senato opportunamente mantiene ferma la norma dell'articolo 328 del codice civile che prevede la cessazione di esso con il passaggio del genitore a nuove nozze (abrogata dal testo unificato), è da condividere (articolo 145 del testo) la esclusione dei beni acquisiti dal figlio con i proventi del proprio lavoro comunque effettuato, sicchè, contrariamente alla vigente regolamentazione (articolo 134 del codice civile), tali proventi sono sottratti all'usufrutto legale anche se il lavoro sia esercitato nell'ambito della sfera di attività dei genitori.

Per quanto concerne l'usufrutto legale non possiamo, però, nascondere come con nostro vivo stupore la natura giuridica e gli effetti di tale istituto risultino completamente stravolti dall'introduzione assai ardita — fatta a leggera maggioranza dalla Commissione giustizia del Senato — di quella norma, per la quale « i frutti ... non consumati al momento della cessazione dell'usufrutto legale costituiscono incremento del patrimonio del titolare dei beni già oggetto dello stesso usufrutto ». Trattasi di una innovazione assai suggestiva che merita di essere depennata, perchè verrebbe a costituire fonte di esacerbate controversie giudiziarie e di serio turbamento nell'ambito delle famiglie.

L'inalienabilità dell'usufrutto legale e la disciplina della esecuzione sui frutti dei beni del figlio (articolo 146 testo unificato) sono regolati dalla stessa normativa dell'articolo 326 del codice civile, con la sola differenza che il divieto della esecuzione è esteso ai creditori dei genitori e non è più limitato a quelli del padre.

L'originario articolo 146 stabilisce che l'usufrutto legale è esercitato da uno solo dei genitori per il caso di decadenza dell'altro coniuge dalla potestà sui figli e che esso spetta al coniuge cui è affidato il figlio quando ricorre l'ipotesi prevista dall'articolo 317 del codice civile. La Commissione giustizia del Senato con formula più generale ha propo-

sto che « il genitore che esercita in modo esclusivo la proprietà è il solo titolare dell'usufrutto legale » (art. 147).

Gli articoli 150, 151, 152, 153 e 155 (che rispettivamente sostituiscono gli articoli 332, 333, 334, 336 e 347 del codice civile) non meritano particolare attenzione, in quanto disciplinano la reintegrazione nella potestà, la condotta del genitore pregiudizievole ai figli, il procedimento relativo a tali provvedimenti e la tutela di più fratelli in conformità alle vigenti norme, coordinandoli con il principio della parità dei genitori nell'esercizio della potestà sui figli e devolvendo al tribunale, anzichè al giudice tutelare, l'adozione anche di ufficio dei provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio in caso di urgenti necessità.

Circa la emancipazione, in considerazione della riduzione a diciotto anni della massima età, dovrebbe rimanere in vigore soltanto la emancipazione di diritto conseguente al matrimonio del minore.

Per il testo unificato licenziato dalla Camera dei deputati l'istituto, però, rimane nel nostro codice civile. Sostituita — poco opportunamente a nostro avviso — ai fini della emancipazione la competenza del tribunale a quella del giudice tutelare (articolo 157 del testo unificato in difformità all'articolo 391 del codice civile), il riformatore riduce a sedici anni l'età necessaria perchè il minore possa essere emancipato, subordinando la concessione della emancipazione all'accertamento di una maturità del minore sufficiente a determinarsi da sè nelle ordinarie occorrenze della vita e ad una indagine giudiziale sulla persona del minore e sulla fondatezza dei motivi addotti a sostegno della istanza.

Gli articoli 158 (curatore dell'emancipato), 159 (capacità dell'emancipato) e 160 (revoca dell'emancipazione) ricalcano i corrispondenti articoli 392, 394 e 398 del codice civile, salve lievi modifiche formali e marginali, onde non è il caso di indugiare in ordine ad essi.

La Commissione giustizia del Senato ha ritenuto di rinviare all'esame dei disegni di legge sulla riduzione del limite per la maggiore età qualsiasi decisione sulla sopravvi-

venza e sulla regolamentazione dell'istituto dell'emancipazione, sopprimendo nel frattempo gli articoli 157, 158, 159 e 160 del testo unificato n. 550. Noi esprimiamo sin da ora un giudizio negativo circa la riduzione a sedici anni dell'età necessaria per il conseguimento dell'emancipazione.

Per quanto concerne l'affiliazione il testo unificato propone soltanto qualche modifica di lieve rilevanza, come ad esempio l'esclusione dell'assenso del coniuge in caso di intervenuta separazione personale (articolo 158 che modifica l'articolo 405 del codice civile), ritenendo sufficiente che in tale ipotesi il coniuge sia soltanto sentito dal giudice tutelare (articolo 159 che sostituisce l'articolo 406 del codice civile).

Dalla nuova normativa che regola gli *alimenti* emerge chiaramente la propagazione della parentela naturale ai parenti del genitore (Carraro, opera citata, 1972, pag. 109-110); anzi è chiara l'applicazione del criterio — per noi inaccettabile — di una piena assimilazione della parentela naturale alla parentela legittima.

Nel testo unificato, infatti, all'articolo 163 è abrogato l'articolo 435 del codice civile, che attualmente regola l'obbligazione alimentare dei genitori ed ascendenti naturali e dei figli naturali, sicchè appare chiaro che la materia si voglia disciplinare con l'articolo 162 che, modificando l'articolo 433 del codice civile, colloca i figli naturali al n. 2 dell'ordine, in unica categoria coi figli legittimi, legittimati ed adottivi, onde i genitori e gli ascendenti naturali sono stati a loro volta compresi nel n. 3 dello stesso ordine.

« Così operando — commenta esattamente il Giampiccolo (Atti del 2° Convegno di Venezia 1972, pag. 178 e 179) — « si deve dedurre che, mentre oggi, a norma del terzo comma dell'articolo 435 del codice civile, la obbligazione alimentare dell'ascendente si colloca all'ultimo posto, sostituendosi a quella dei fratelli dell'alimentando (che per il figlio naturale non è, infatti, configurabile), e viene ad avere, come questa, ad oggetto la prestazione degli alimenti strettamente necessari, in base al progetto invece la stessa obbligazione muta di grado e di contenuto e si modifica anche nei suoi termini sogget-

tivi, in quanto si impone, non più soltanto all'ascendente immediato del genitore naturale, ma, secondo la prossimità del grado di parentela, a tutti gli ascendenti.

E queste notevoli varianti di disciplina, mentre impediscono di continuare ad attribuirle il carattere di eccezionalità che finora consentiva di giustificarla con ragioni di natura puramente equitativa, ed inducono piuttosto a riconoscersi l'intento del legislatore di ordinare per l'appunto anche sotto tale aspetto il rapporto di parentela legittima, costringono logicamente ad ammetterne tutte le conseguenze; tra cui, evidentemente — se non si vuole anche qui che l'allineamento delle due categorie possa ridursi, per la prole naturale, alla prerogativa di uno *status* rilevante solo per le situazioni attive e puntualmente purgato di quelle passive — la conseguenza che il rapporto di parentela debba, a questo punto, operare in senso reciproco. Di tal che, se fra gli obbligati cui si riferisce il n. 3 dell'articolo 433 (nuovo testo) del codice civile vogliono essere, come pare, compresi i genitori e gli ascendenti naturali, tra i discendenti prossimi, cui si riferisce il n. 2 dello stesso articolo, è necessario ritenere inclusi anche i discendenti naturali, e pertanto — salvo al legislatore il compito di valutare la convenienza e la legittimità di una siffatta disciplina complessiva — è opportuno che essa trovi, se del caso, nel testo delle norme un'affermazione consapevole e, comunque, esplicita e chiara ».

In ordine all'obbligo degli alimenti tra adottante ed adottato il citato articolo 162 e l'articolo 164 del testo unificato si limitano a qualche lieve ritocco in rapporto alla disciplina vigente (articolo 436 del codice civile).

Aspetti successori.

Normalmente nell'ordinamento giuridico vi è coincidenza tra i criteri che informano l'aspetto dei rapporti successori e quelli che disciplinano i rapporti di famiglia. È innegabile, infatti, una stretta connessione tra diritto successorio e diritto di famiglia, in quanto se da una parte il primo regolamento anche i rapporti successori dei componen-

ti la famiglia, dall'altra parte i criteri e gli interessi ai quali si ispira il regime della famiglia non possono che incidere sulla disciplina dei rapporti successori.

« In effetti — osserva il professor Scognamiglio (Atti del 2° Convegno Cini, 1972, pagina 147) la morte determina la necessità di dare assetto ai rapporti (patrimoniali) del soggetto, facendo subentrare in essi uno o più titolari (successori). E questi possono identificarsi ove non siano indicati dalla volontà del *de cuius*, solo in base a situazioni preesistenti, che secondo la natura e la realtà sociale coincidono con i vincoli di sangue e familiari. Si assiste così, nel campo delle successioni, alla creazione di istituti e di regole in cui le ragioni ed esigenze del gruppo familiare in una epoca determinata rinvergono una attuazione più o meno puntuale; e che sono destinati a permanere, per il peso della tradizione, anche in epoche successive, in cui per la evoluzione delle condizioni economico-sociali e del sentimento comune, appaiono come il risultato di ingiustificati preconcetti o la espressione di intollerabili privilegi ».

Ciò premesso, è da puntualizzare che il testo unificato, innovando profondamente — seppure spesso inopportuno — la disciplina del diritto di famiglia, avverte la coeva esigenza di una nuova regolamentazione delle successioni ed opera in tal senso su alcuni punti riflettenti la materia.

Prima, però, di procedere particolarmente all'esame delle progettate modifiche, fa d'uopo sottolineare che il codice del 1942, pur ispirandosi alla tutela della famiglia legittima basata sul matrimonio e pur mantenendo ferma una certa discriminazione ed anzi un certo sfavore in una duplice direzione (e cioè verso i figli naturali non riconosciuti e non riconoscibili in quanto non appartenenti alla famiglia legittima perchè nati fuori o contro il matrimonio e verso il coniuge perchè appartenente per origine ad una famiglia legittima diversa), tuttavia adotta un trattamento più favorevole nei confronti del codice del 1865, sia riguardo ai figli naturali che al coniuge.

In relazione ai principi costituzionali (articoli 29 e 30, comma 3°, della Carta fondamentale) ed alla mutata coscienza collettiva

si appalesa ora necessario un ulteriore migliore trattamento in sede successoria a favore del coniuge e dei figli naturali. A tanto vuole provvedere il testo unificato, ma la normativa proposta va assai al di là di quanto detta la Costituzione sicchè essa — come veniamo a dimostrarne — si traduce in un effettivo strumento per indebolire la famiglia e, particolarmente, la famiglia legittima.

Le innovazioni attengono a numerosi istituti e, specialmente, a quelli della rappresentazione, della successione del coniuge, dei figli naturali, dichiarati e riconosciuti, nonché dei figli non riconosciuti nè riconoscibili, del fedecommesso e della collazione. Non mancano disposizioni modificative riguardanti la donazione.

A) La prima norma, che si intende sostituire, è quella dell'articolo 467 del codice civile in tema di rappresentazione. L'articolo 165 del testo unificato, infatti, statuisce che la rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente.

La disposizione non può condividersi, perchè non regola soltanto la successione del figlio al genitore naturale, bensì concede al figlio naturale il diritto a succedere ad un ascendente o collaterale del genitore e, poichè la rappresentazione opera all'infinito, il diritto a succedere a qualsiasi ascendente (naturale) anche del grado meno prossimo, come pure al fratello o sorella di qualsiasi ascendente (naturale) anche del grado più lontano.

« Una normativa siffatta non armonizza sicuramente col sistema, poichè implica un irradiarsi degli effetti del rapporto di parentela naturale oltre la persona del genitore, che non solo evidentemente contrasta col principio enunciato dall'articolo 258 del codice civile (e che lo stesso progetto mantiene fermo), secondo cui sia il riconoscimento volontario che la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (articolo 277 del codice civile) possono avere, di regola, effetto soltanto riguardo al genitore medesimo, ma non può non contrastare con la stessa disposizione del terzo comma dell'articolo 30 della Costituzione: se alla stregua

di tale norma un diritto dei membri della famiglia legittima merita infatti di affermarsi come un sicuro limite a qualsiasi, anche più ampio, sistema di tutela della prole nata fuori del matrimonio, esso è anzitutto proprio quello che a ciascun componente la famiglia stessa non può non riconoscersi (e non pure agli ascendenti o ai collaterali, ma agli stessi figli legittimi e loro discendenti), di respingere il vincolo di una parentela spuria, che può bensì imporsi, in virtù del fatto proprio, al genitore naturale (e in questi limiti potrà anche toccare poi, di riflesso, quei soggetti per le conseguenze che il vincolo stesso può avere nel patrimonio di costui), ma non potrà mai dar vita ad un rapporto diretto nei loro confronti, nè quindi giustificare mai una pretesa qualsiasi, anche soltanto di natura patrimoniale (esempio: alimenti, successioni), del figlio naturale nei loro riguardi » (Giampiccolo, Atti 2° Congresso di Venezia, 1972, pag. 175-176).

Peraltro la nuova disposizione, nel sancire la completa parificazione fra il figlio legittimo e quello naturale, dichiarato o riconosciuto, ha una portata ben più ampia di quella conseguente alla sentenza n. 79 resa dalla Corte costituzionale il 14 aprile 1969 che ha dichiarato illegittimo l'articolo 467 del codice civile solo limitatamente alla parte in cui esso esclude dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, figlio o fratello del *decuius*, non potendo o non volendo accettare, non lasci o non abbia discendenti legittimi.

B) Un'altra significativa innovazione rispetto al diritto vigente riguarda la posizione successoria del coniuge.

Non v'ha dubbio che nell'attuale codificazione (e, con maggiore rilevanza, nella precedente nostra legislazione) è contenuto un tendenziale trattamento di sfavore verso il coniuge, che sostanzialmente si risolve in pregiudizio della donna. Tale trattamento si fonda principalmente su una concezione restrittiva, per la quale dovrebbe essere difesa ad oltranza la consistenza patrimoniale del nucleo familiare in senso stretto (e cioè con il trasferimento dei beni della famiglia dal padre al figlio) di fronte al pericolo che

il patrimonio, attraverso la persona del coniuge, possa passare totalmente o parzialmente a persone estranee e cioè ad altra famiglia. Ma una concezione siffatta è superata dai tempi ed è in contrasto con la Costituzione che fonda i diritti della famiglia proprio sul matrimonio e sancisce l'uguaglianza dei coniugi. È pertanto opportuno che la posizione successoria del coniuge superstite e cioè di uno dei due stipulanti o membri del rapporto su cui per l'appunto poggia la legittimità della famiglia venga trattata in maniera più adeguata di quanto attualmente non sia disciplinata dal vigente codice civile.

Alla base della riforma è così l'attribuzione al coniuge superstite della qualità di erede e non più di semplice legatario, con tutte le conseguenze che da questa qualità derivano (necessità dell'accettazione dell'eredità, responsabilità per i debiti ereditari, successione nel possesso, successione nei contratti stipulati dal *de cuius* eccetera). La qualità di erede a favore del coniuge è posta in piena luce dagli articoli 166 e 177 del testo unificato che, modificando l'ordine stabilito nei corrispettivi articoli 536 e 565 del codice civile, indicano nel coniuge il primo dei soggetti rispettivamente fra i legittimari ed i successibili. Al coniuge viene attribuita una quota in proprietà in luogo del diritto di usufrutto (art. 166 citato del progetto unificato che modifica l'art. 536 del codice civile). Nella successione necessaria, in caso di mancanza di figli, è riservata al coniuge in proprietà la metà del patrimonio dell'altro coniuge (art. 167 del testo unificato in tal senso sostitutivo dell'articolo 540 del codice civile che al coniuge assicura soltanto l'usufrutto dei due terzi del patrimonio del *de cuius*) e, per il caso di concorso con i figli o con gli ascendenti legittimi (articoli 172 e 174 del testo unificato), gli viene riservata parimenti una quota in proprietà (nella misura di un terzo nel caso di concorso con un solo figlio e di un quarto in caso di concorso con più figli, nonchè di metà nella ipotesi di concorso con gli ascendenti legittimi) in luogo della quota di usufrutto stabilita dalle vigenti norme di cui agli articoli 542 e 544 del codice civile. Correlativamente, nel-

la successione legittima, al coniuge, in caso di concorso con figli legittimi o naturali è attribuita una quota in proprietà (art. 183 del testo unificato), mentre attualmente in questa ipotesi gli spetta una quota in usufrutto (art. 581 del codice civile). È aumentata, rispetto all'articolo 582 del codice civile, dalla metà a due terzi la quota del coniuge in concorso con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri (art. 184 del testo unificato) ed è devoluta al coniuge l'intera eredità qualora manchino figli legittimi o naturali, ascendenti e fratelli o sorelle (art. 185 del testo unificato) con esclusione della successione dei parenti entro il quarto grado prevista dall'articolo 583 del codice civile vigente.

Per la verità l'innovazione per la quale il coniuge diviene legittimario di quota ed addirittura della metà dell'asse in assenza di altri legittimari (art. 167 del progetto) desta qualche perplessità.

Lo Impallomeni (Atti 2° Convegno di Venezia 1972, pag. 192), ad esempio, è della opinione che « tale regime di favore non si giustifica in assoluto, ancora meno in un ordinamento che ammette il divorzio solo dopo una separazione durata per un certo periodo, e cioè almeno cinque anni, durante i quali la riserva ereditaria permane ».

Egli tra l'altro ritiene ingiustificata la regola che vorrebbe il coniuge riservatario di quota sotto il particolare riflesso della contemporanea innovazione che eleva a regime legale la comunione degli utili o degli acquisti, perchè « il superstite inattivo, dopo avere goduto del mantenimento, acquisterebbe metà del patrimonio in base allo scioglimento della comunione, e in più, quale riservatario si prenderebbe la metà di ciò che resta. Tenuto inoltre conto che generalmente la moglie è più giovane del marito e, comunque, come donna è per natura più longeva, le nuove disposizioni si risolverebbero in vantaggio prevalente della moglie medesima e dei suoi parenti (o eventuali futuri mariti e figli) ed a svantaggio dell'attuale marito e dei suoi familiari ». E, considerato peraltro che, con la moderna evoluzione della società, il reddito di capitale spesso è in pra-

tica nullo e che in conseguenza la sola quota di usufrutto potrebbe non essere sufficiente a garantire la vita al coniuge superstite, esprime parere conclusivo nel senso che, in conformità all'esempio giustiniano della cosiddetta « quarta della vedova povera » debba stabilirsi a favore del coniuge superstite come regola generale il legato di quota di usufrutto, ma in caso di sua nullatenenza gli potrebbe essere riservato « il legato di una certa quota di patrimonio, del valore comunque non superiore a una certa cifra, come potrebbe essere quella di una ventina di milioni attuali ».

Anche il Gabrielli (Atti dianzi citati pagine 243 e seguenti) formula i suoi dubbi in ordine alla cancellazione dell'istituto tradizionale dell'usufrutto uxorio e pone in luce alcuni inconvenienti derivanti dalla nuova regola per la quale al coniuge viene attribuita una quota di proprietà.

« Basta ricordare — egli dice — il pericolo, in ogni tempo sottolineato, che il genitore superstite, contraendo un nuovo matrimonio finisca per sottrarre ai figli una parte dei beni accumulati da quello premorto; e conviene altresì rilevare il pregiudizio, oggi particolarmente sensibile, che può derivare agli stessi figli, destinatari finali di quei beni, dalla circostanza che la piena proprietà di essi, cadendo due volte in successione, finisca per essere assoggettata ad una doppia e pesante imposizione fiscale ».

Ed altresì osserva, alla stessa stregua dello Impallomeni, che occorre considerare che le ragioni del coniuge sono già tutelate, ed assai ampiamente, nello stesso progetto in esame « mediante l'elevazione di una sorta di comunione degli utili e degli acquisti a regime patrimoniale legale della famiglia », onde « la somma dei due correttivi — comunione legale e diritto a una quota di proprietà nella successione, anche necessaria — crea indubbiamente nuove ingiustizie a danno di altri congiunti » e, tra questi, dei figli naturali. Sicchè egli conclude nel senso che in *subiecta materia* non si può dettare una disciplina eguale per situazioni oggettivamente disuguali (patrimoni di notevole consistenza e piccoli patrimoni). « Sarebbe probabilmente opportuno — a suo avviso —

che la nuova legge distingua secondo la natura dei beni relitti e la loro entità, imboccando più risolutamente la strada di quel diritto successorio speciale, già in parte adottata dal legislatore del 1942 con la norma in tema di destinazione dell'indennità di anzianità in caso di morte. Si potrebbe, per esempio, sancire in ogni caso la spettanza al superstite dei beni d'uso personale o familiare già appartenenti all'altro coniuge nonchè attribuirgli l'usufrutto della casa coniugale, se di proprietà del premorto. Si potrebbe anche pensare a una quota mobile (o partecipazione del coniuge per scaglionamento), in relazione all'ammontare dell'asse ».

Noi siamo, invece, dell'avviso che il trattamento successorio di sfavore protrattosi per secoli nei confronti del coniuge superstite ed in realtà nei rapporti della donna (che a torto è stata posta in una condizione di inferiorità) debba essere profondamente modificato.

È opportuno che si realizzi un tipo di *favor* per il coniuge superstite, ma esso non può travalicare determinati limiti e tradursi in un vero e proprio trattamento di privilegio.

Siamo d'accordo per la soppressione dell'usufrutto uxorio e per la riserva di una quota in piena proprietà a favore del coniuge, ma non possiamo condividere la coeva introduzione della comunione degli utili e degli acquisti come regime legale e dell'attribuzione di una quota di proprietà *ex lege* al coniuge; in tal caso questi conseguirebbe un doppio vantaggio, che potrebbe anche portare ad un indebito ed ingiusto arricchimento di notevole misura a danno dei figli legittimi e naturali e della stessa famiglia, sicchè appare necessario apportare indispensabili modifiche al testo legislativo approvato dalla Camera dei deputati quanto meno riducendo quantitativamente, rispetto alle soluzioni da questo adottate, la rata ereditaria da attribuire o riservare al coniuge superstite nella successione legittima ed in quella necessaria. Il rilievo ha, peraltro, maggiore fondamento ove si consideri che la Commissione giustizia del Senato ha riservato al coniuge superstite anche i diritti di abitazione nella casa adibita a residenza

familiare e di uso sui mobili che la corrodano, se di proprietà del defunto o comuni.

Per concludere, poi, sul tema relativo alla successione del coniuge superstite rileviamo che coerentemente alla nuova proposta disciplina viene meno la facoltà di commutazione di cui all'articolo 547 del codice civile (del quale è proposta la abrogazione dall'art. 175 del testo unificato) ed all'articolo 581 dello stesso codice (modificato dall'art. 183 dello stesso testo unificato).

È altresì rimosso nella successione testamentaria (art. 190 del testo unificato) il limite della incapacità a ricevere per testamento disposto dall'articolo 595 del codice civile per il coniuge del binubo; e ciò nonostante che la Corte costituzionale con sentenza n. 189 del 16 dicembre 1970 abbia ritenuta non fondata la questione di legittimità della norma di cui al citato articolo 595 sulla base della considerazione che il trattamento di sfavore fatto al coniuge del binubo in presenza di figli nati da precedenti matrimoni, con riferimento alla disponibile, si giustifica (art. 3 della Costituzione) sotto il riflesso della tutela della posizione successoria di tali figli e cioè di una tutela speciale che si aggiunge alla tutela assicurata agli stessi in sede di norme sulla riserva. La norma del testo unificato (art. 190 che abroga l'art. 595 del codice civile) ci sembra, però, opportuna e perfettamente in linea con il principio costituzionale della dignità della unione matrimoniale (art. 29 della Costituzione) « che non consente di distinguere tra le prime nozze e le ulteriori, per assumere nei riguardi di queste ultime un atteggiamento di sfavore » (Siciliano - Capacità di ricevere per testamento - in « Sulla riforma del diritto di famiglia » - Ed. Cedam 1973, pag. 283).

Non altrettanto apprezzabile è, invece, (così come abbiamo evidenziato in sede di trattazione della separazione personale) la norma di cui all'originario articolo 189 del testo unificato che, sostituendo l'articolo 585 del codice civile, stabilisce che al coniuge separato spetta la metà delle quote stabilite negli articoli 581, 582 e 583 quando gli è stato riconosciuto il diritto alla somministrazione periodica di somme di denaro a norma dell'articolo 156.

Il riformatore, in contrasto con le altre disposizioni che migliorano notevolmente il trattamento successorio del coniuge, adotta un criterio di sfavore nei confronti del coniuge separato, stabilendo che il diritto di questi alla successione dell'altro coniuge è condizionato alla mancanza di redditi propri ed è ridotto, quando sussista questa condizione, alla metà della quota spettante al coniuge non separato.

Come rileva il Puleo (op. cit. 1973, pagina 431), « si tratta... di una soluzione profondamente ingiusta, perchè danneggia — senza alcuna plausibile ragione che non sia l'applicazione del principio dell'irrelevanza della colpa nella separazione — il coniuge incolpevole, e protegge invece, per le stesse ragioni, il coniuge cui può essere addebitata la responsabilità della separazione. Soluzione che conferma, in ogni caso, l'assoluta inopportunità dell'esclusione della considerazione della colpa nella separazione tra i coniugi ».

Ed il Gabrielli (op. cit. pag. 246) a sua volta rincara la dose, qualificando mostruosa la norma, secondo la quale al coniuge separato spetta la metà della quota di riserva che gli competerebbe normalmente e commentandola nei seguenti termini: « Il progetto — introdotta la separazione giudiziale per fatti che, anche indipendentemente dalla volontà del singolo coniuge, rendono intollerabile la convivenza — ha rinunciato a fare perno sul concetto tradizionale di colpa. Non era possibile, quindi, mantenere in vita il principio attuale, secondo cui il coniuge separato senza sua colpa conserva tutti i diritti successori, mentre li perde integralmente quello che si trovi nella situazione opposta. Il riformatore allora ha stabilito che il coniuge separato ha diritto a metà della legittima, se beneficiario di un assegno alimentare già posto a carico del defunto. Ma poichè tale assegno prescinde dalla colpa — la quale nel progetto funge, al massimo, da criterio concorrente per determinare l'entità della somministrazione — ne segue che potrà essere chiamato contro il testamento anche il coniuge che abbia tenuto un contegno moralmente riprovevole e gravemente offensivo nei confronti del testatore. Tale conseguenza è... significativa:

sintomo di un orientamento complessivo volto ad appiattire ogni cosa e a non più scervere il giusto dall'ingiusto ».

La Commissione giustizia del Senato ha sanato per buona parte la grave discrasia proponendo per il coniuge separato cui sia stata addebitata la separazione un trattamento largamente più sfavorevole in rapporto a quello fatto al coniuge al quale la separazione non sia stata addebitata; e ciò sia a titolo di riserva che nella successione legittima (art. 187).

Infine è da rilevare che nel testo unificato non è prevista alcuna disposizione per il coniuge divorziato. Su tal punto è indispensabile un'apposita disciplina.

C) In ordine alla successione *mortis causa* il testo unificato stabilisce, sia nella successione necessaria che in quella *ab intestato*, il principio della parificazione dei figli legittimi o legittimati e di quelli naturali, dichiarati o riconosciuti. Conseguentemente l'articolo 168, modificando l'articolo 537 del codice civile, assicura ai figli naturali la stessa riserva dei figli legittimi anche in concorso con questi.

Correlativamente l'articolo 170 modifica l'articolo 538 del codice civile statuendo la riserva degli ascendenti legittimi per il caso che il *decius* non lasci figli legittimi o naturali ed a sua volta l'articolo 172 sostituisce l'articolo 548 dello stesso codice civile dettando — come abbiamo visto in punto di successione del coniuge — la nuova disciplina del concorso del coniuge con un solo figlio legittimo o naturale o con più figli naturali o legittimi. Sono così soppressi dagli articoli 171, 173 e 175 del testo unificato le corrispondenti norme del codice civile e precisamente: l'articolo 541 (che disciplina il concorso dei figli legittimi e naturali), l'articolo 543 che regola il concorso del coniuge e dei figli naturali), l'articolo 545 (che riflette il concorso di ascendenti legittimi e figli naturali) e l'articolo 546 (che concerne il concorso di ascendenti legittimi, figli naturali e coniuge). Parimenti, in materia di successione legittima, sancito che al padre ed alla madre succedono i figli legittimi e naturali in parti

uguali tra loro (art. 179 del testo unificato che sostituisce l'art. 566 del codice civile), il testo unificato abroga con l'articolo 181 le disposizioni contenute in alcuni articoli del codice civile e cioè quelle di cui agli articoli 574 (concorso di figli naturali e legittimi), 575 (concorso di figli naturali con ascendenti e coniuge del genitore) e 576 (successione dei soli figli naturali) mentre con il successivo articolo 183 regola — così come abbiamo evidenziato sotto la lettera B) di questo capitolo concernente gli aspetti successori — il concorso del coniuge con i figli modificando profondamente l'articolo 581 del codice civile nel senso che assegna al coniuge una quota ereditaria in proprietà e prevede la ripartizione in egual misura del residuo asse ai figli legittimi e naturali.

Tutte le superiori eliminazioni e modifiche di norme si rendono — come è ovvio — indispensabili perchè, equiparati i figli naturali ai legittimi, non è più necessario prevedere il concorso dei figli naturali con gli altri successibili ed è sufficiente, per disciplinare le varie ipotesi di concorso, fare riferimento alle disposizioni che regolamentano il concorso degli altri successibili con i figli legittimi, ai quali i naturali sono completamente parificati.

Ma la posizione di assoluta parità di trattamento che si vuole stabilire a favore del figlio naturale rispetto al figlio legittimo ha formato e forma oggetto di valutazioni contrastanti e di perplessità.

Giuseppe Azzariti (op. cit. 1972, pag. 67-68), infatti, dopo avere ancora una volta ricordato che, ai sensi dell'articolo 30, comma terzo della Costituzione, la legge deve assicurare ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, opina che la predisposta equiparazione successoria elimina la diversità di situazione giuridica a suo avviso consacrata dalla Costituzione per i membri della famiglia legittima fondata sul matrimonio rispetto ai figli nati fuori del matrimonio « e con una contestabile violazione della norma costituzionale proclama che per i discendenti del *decius*, ai fini del diritto successorio, è del

tutto indifferente l'esistenza o meno del matrimonio ». Egli, quasi indignato e con veemenza, respinge la soluzione adottata dal testo unificato e così conclude: « Che nella promulgazione di una legge si incorra in violazione di un precetto costituzionale, passi: ma che nella promulgazione di un codice voglia procedersi al capovolgimento della Costituzione, no, assolutamente no, perchè saremmo costretti a dichiarare bancarotta anche sul piano legislativo.

Anche il De Rosa (Gli aspetti successori della riforma del diritto di famiglia, in *Giurisprudenza Italiana*, 1973, Parte IV, pag. 55) ritiene probabile che il principio della parificazione successoria tra i figli legittimi e naturali recepito dal testo unificato possa essere oggetto di verifica di legittimità costituzionale e, particolarmente, è del parere che si porrà in tale sede il problema di accertare se il diritto successorio sia un diritto esclusivo della famiglia legittima — intesa nel suo ristretto significato di famiglia costituita col matrimonio — e comunque di aclarare se sia costituzionalmente ammissibile un'indagine sulla quantità del diritto successorio per la esistenza di una norma costituzionale che contrasti con l'equiparazione della quota successoria dei figli legittimi con quella dei figli naturali.

Lo Scognamiglio (op. cit. pag. 152) solleva il dubbio in ordine ad un eventuale vizio di illegittimità costituzionale ed osserva che la preoccupazione potrebbe apparire giustificata soprattutto tenendo conto della riconoscibilità, secondo il testo unificato, dei figli anche da parte del padre o della madre, già uniti in matrimonio all'epoca del concepimento.

Lo stesso giudizio esprime Paola Accardo (op. cit. 1973, pag. 279-280), per la quale se pare possibile, sul piano successorio, l'equiparazione del figlio legittimo col figlio naturale non adulterino, non pare che sia conforme al principio di compatibilità con i diritti della famiglia legittima l'equiparazione del figlio adulterino « giacchè quest'ultimo è stato concepito in violazione di un preciso obbligo di fedeltà del coniuge, mentre il figlio naturale non adulterino è solamente un soggetto estraneo alla famiglia legittima ».

Per il Giorgianni (Atti del II Convegno di Venezia 1972, pag. 131) la parificazione, ai fini successori, dei figli naturali (semplici) ai legittimi non solo non contrasta, ma è pienamente conforme alle indicazioni dell'articolo 30, comma terzo della Costituzione, perchè, a suo avviso, qualunque sia il significato da attribuire alla espressione « diritti dei membri della famiglia legittima » la incompatibilità con tali diritti deve essere esclusa, ove si tenga conto che si tratta di figli concepiti allorchè il genitore non era legato da matrimonio. « Cosicchè — egli precisa — il mantenere una posizione deteriore significherebbe attribuire ai figli legittimi dei privilegi che il dettato costituzionale non contempla. Per le medesime ragioni, non sembra potersi distinguere a seconda che il figlio naturale (semplice) sia stato concepito allorchè preesistevano o meno figli legittimi ».

Stella Richter (op. cit. 1970, pag. 274) ritiene opportuna l'equiparazione dei figli naturali con i figli legittimi, escludendo però che i primi possano ricevere per testamento più del meno favorito dei legittimi; e ciò in contrasto alla sentenza n. 205 del 20 dicembre 1970 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 592 del codice civile nella parte in cui dispone che, se vi sono discendenti legittimi, i figli naturali riconosciuti, o dichiarati o riconoscibili, non possono ricevere per testamento più di quanto avrebbero ricevuto se la successione si fosse devoluta in base alla legge. Ma in sede di discussione alla Camera è prevalsa la soluzione della piena costituzionalità della parificazione successoria tra i figli legittimi e naturali. Il relatore onorevole Castelli osservò che, a suo giudizio, la norma costituzionale non impone la parificazione, ma non la vieta, sicchè la soluzione da adottare concerneva una scelta sul piano dell'opportunità politica non coinvolgente valutazioni di carattere costituzionale. Ed a lui fa eco Alfio Finocchiaro (Giust. Civ. 1972, Parte IV, pag. 139), per il quale la modifica introdotta nel testo unificato (parificazione successoria) « è particolarmente importante sul piano del costume dal momento che viene rimossa quella discriminazione che da

sempre è esistita, e non solamente nel nostro ordinamento, tanto vero che addirittura in sede di una Commissione di studio costituita dall'ONU questo trattamento differenziato presente in quasi tutti i paesi era stato definito ingiustamente discriminatorio nei confronti di una parte della popolazione ».

Certamente qualche dubbio in ordine alla costituzionalità di un pieno trattamento di parità ai fini successori tra figli legittimi e naturali permane ed esso è alimentato anche dalle pronunzie meno recenti e recentissime della Corte costituzionale. Nella sentenza n. 79 del 14 aprile 1969, infatti, la Corte (nel dichiarare la illegittimità dell'articolo 467 del codice civile limitatamente alla parte in cui esclude dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, figlio o fratello del *decuius*, non potendo o non volendo accettare, non lasci o non abbia discendenti legittimi) sottolinea che la Costituzione non ha voluto assimilare del tutto i figli naturali ai legittimi; chè anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi dev'essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario, mentre l'assimilazione è innegabile solo là dove manchi una famiglia legittima.

Anche nella sentenza n. 50 del 16 aprile 1973 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'articolo 539 del codice civile limitatamente alla parte in cui a favore dei figli naturali, quando la filiazione è riconosciuta o dichiarata, è riservato, in mancanza di figli legittimi e di coniuge, soltanto un terzo o metà del patrimonio del genitore a seconda che questi lasci uno solo o più figli naturali) il Supremo consesso costituzionale reitera la interpretazione dell'articolo 30, comma terzo della Costituzione nel senso che questo garantisce al figlio naturale riconosciuto o dichiarato ogni tutela giuridica e sociale quando non urti con gli interessi dei membri della famiglia legittima.

Recentissimamente, poi, con sentenza numero 82 del 28 marzo 1974 la Corte costituzionale, dichiarando la illegittimità dell'articolo 575 del codice civile nella parte in cui

attribuisce ai figli naturali solo i due terzi dell'eredità ed agli ascendenti, ammessi a concorrervi, il residuo terzo, nonchè dell'articolo 435 dello stesso codice nella parte in cui dispensa i figli naturali da ogni obbligo alimentare, ha modo ancora una volta di evidenziare che la famiglia a cui fa riferimento il precetto dettato dall'articolo 30 della Costituzione « non è la famiglia patriarcale, che comprende anche quella di origine del padre naturale, ma solo il nucleo formato da lui con il coniuge ed i loro figli. È perciò solo in favore di questi ultimi che i diritti dei figli nati fuori del matrimonio sulla eredità del padre possono essere sacrificati ».

A nostro giudizio — così come abbiamo avuto occasione di rilevare in precedenza — è da ritenere che la Costituzione adotti una soluzione di quasi sostanziale, seppure non totale, equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio ai figli legittimi sul piano successorio. Appare comunque opportuna una differenziazione di carattere quantitativo più che qualificativo quanto meno sotto il riflesso che spesso il patrimonio del *de cuius* costituisce il risultato della collaborazione familiare del coniuge e dei figli legittimi; e ciò particolarmente per quanto concerne il figlio adulterino, per il quale un trattamento di assoluta parità successoria con il figlio legittimo potrebbe equivalere ad un attestato di legalità al principio concernente l'infedeltà del coniuge ed importare un vero e proprio attentato all'altro principio della garanzia della famiglia legittima e dei diritti ad essa inerenti; onde sembra opportuno a tutela della compatibilità dei diritti della famiglia legittima costituzionalmente assicurata adottare nei confronti dei figli adulterini un trattamento successorio leggermente deteriore sul piano quantitativo.

Il testo unificato (artt 168 e 179) ha voluto realizzare un tenue residuo di differenziazione di trattamento tra i figli legittimi e i figli nati fuori del matrimonio nella possibilità di escludere dalla comunione ereditaria i figli naturali pagando, previa autorizzazione del tribunale, in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione a costoro spettante. Trattasi della facoltà di commutazione spettante ai discendenti legittimi, già

disciplinata negli articoli 541 e 574 del codice civile ed ora prevista nel nuovo testo degli articoli 537 e 556. « Essa — come sottolinea il De Rosa (op. cit. pag. 55) — è configurata non più come diritto potestativo, ma subordinata all'autorizzazione del tribunale che potrà concederla con riguardo alla volontà dei figli legittimi di rimanere in comunione tra loro o ad altre circostanze idonee a riaffermare il principio della unità della famiglia legittima sotto il profilo economico e morale. Anche se contrastante con il diritto alla quota in natura spettante a ciascuno coerede, tale facoltà non appare censurabile sotto il profilo costituzionale, sia perchè diretta — come l'altra analoga prevista nell'articolo 720 del codice civile — a fissare un criterio di massima per il giudice, sia perchè razionalmente giustificabile con riguardo al principio della prevalenza della famiglia legittima.

Purtuttavia la predetta facoltà della commutazione è da alcuni criticata sotto il riflesso che in essa si ravvisa una ingiustificata anomalia del sistema, in quanto contraddice alla posizione di coerede conferita al figlio naturale. Al riguardo il Giorgianni (op. cit. pag. 127) osserva che in tal modo si perpetua a carico dei figli naturali uno sfavore che a suo giudizio « non appare giustificato, sia in considerazione della piena parificazione che si è intesa attuare, sia, soprattutto, perchè nell'attuale clima sociale ed economico sono certamente venute meno le ragioni che potevano giustificare la esclusione dei figli naturali dalla comunione nel patrimonio del genitore ». Ed egli aggiunge che « la posizione del disegno di legge si rivela ancora meno giustificata ove si consideri che il progetto Reale — che non sanciva affatto la equiparazione dei figli naturali agli effetti successori, salvo che nella rappresentazione, e che si era limitato ad annullare la incapacità di ricevere per testamento e per donazione — aveva invece abolito quella facoltà ».

Lo Scognamiglio, invece, (op. cit. pag. 153) ritiene che l'autorizzazione alla commutazione si giustifica sul piano della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima, che in tal modo sarebbero salva-

guardati riguardo all'interesse a mantenere la comunione ereditaria entro il loro ambito, ma solleva un sospetto di incostituzionalità della norma sotto il profilo della diversità di trattamento dei figli naturali e dei figli legittimati ed adottivi ed, addirittura, di coeredi estranei. Quest'ultimo rilievo è certamente apprezzabile, onde, ferma restando la facoltà dei figli legittimi di liquidare la quota spettante ai figli naturali al fine di una migliore tutela della famiglia legittima, ci sembra opportuno anche a questo fine e per evitare eventuali questioni di illegittimità costituzionale, di estendere tale facoltà dei figli legittimi anche nei confronti di coeredi estranei.

D) Riteniamo sufficienti alcune considerazioni sugli aspetti sucesori nei confronti dei figli non riconosciuti e non riconoscibili.

L'articolo 185 del disegno di legge n. 550 (articolo 182 del testo proposto dalla Commissione giustizia del Senato) affronta innanzitutto il problema assai grave e dibattuto del trattamento dei figli naturali non riconoscibili, stabilendo che nei confronti di costoro rimane soltanto il diritto ad un assegno vitalizio con alcune innovazioni rispetto al vigente articolo 580 del codice civile. Tali innovazioni riguardano: 1) la eliminazione dei due criteri attualmente stabiliti per la determinazione dell'assegno (proporzione delle sostanze ereditarie e numero e qualità degli eredi) e la sostitutiva previsione per la quale l'assegno *post mortem* deve essere pari all'ammontare dell'eredità della quota di eredità alla quale il figlio avrebbe diritto in caso di dichiarazione o riconoscimento; 2) la facoltà del figlio naturale di ottenere a sua richiesta la capitalizzazione dell'assegno in denaro o in beni ereditari a scelta degli eredi legittimi.

Alla stessa stregua l'articolo 191 del testo unificato (art. 189 del testo della Commissione giustizia del Senato) modifica l'articolo 594 del codice civile stabilendo che gli eredi o i legatari, ai quali è attribuita per testamento la porzione disponibile, sono tenuti a corrispondere ai figli naturali non riconoscibili o non riconosciuti un assegno vitalizio nei limiti stabiliti dal nuovo testo dell'articolo

lo 580 del codice civile, salvo sempre che il testatore non abbia disposto a favore dei figli medesimi o che questi non abbiano rinunciato alla disposizione.

È da sottolineare che, secondo il testo unificato, la categoria dei figli non riconoscibili è ristretta ai soli figli incestuosi per i quali è vietato, salvo casi eccezionali, il riconoscimento, che invece è previsto per i figli adulterini. Pertanto le disposizioni nel loro contesto hanno scarsa rilevanza, perchè si riferiscono alle ipotesi non molto frequenti di figli incestuosi (di genitori consapevoli del fatto). Esse, comunque, possono pienamente condividersi in quanto applicano lo insegnamento della Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente interpretato l'articolo 30 della Costituzione nel senso che la tutela giuridica e sociale è assicurata soltanto ai figli naturali riconosciuti o dichiarati (sentenze citate n. 79 del 1969 e n. 205 del 1970).

D'altra parte l'articolo 182 del testo unificato tiene conto dei figli non riconoscibili e ne migliora la condizione dal punto di vista economico rispetto alla vigente legislazione, così come fa l'articolo 189 che modifica l'articolo 594 del codice civile. Riguardo a quest'ultima norma è, però, da osservare — così come opportunamente pone in rilievo il Siciliano (op. cit. 1973, pag. 283) — che si appalesa necessario togliere da esso l'inciso « ai quali è attribuita per testamento la porzione disponibile » al fine di evitare il pericolo che il testatore, disponendo in vita della quota disponibile mediante donazioni, o non disponendo del suo patrimonio mediante testamento, impedisca al figlio non riconoscibile di conseguire l'assegno, così come peraltro opportunamente ha fatto la Commissione giustizia del Senato, ponendo l'assegno a carico di tutti gli eredi, i legatari ed i donatori « in proporzione a quanto hanno ricevuto ».

L'articolo 188 del testo unificato, infine, codice civile, che limita la capacità di ricevere per testamento dei figli naturali non riconoscibili. All'uopo basta ricordare che la Corte costituzionale con la citata sentenza

n. 205 del 18 dicembre 1970 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 593, primo comma del codice civile con riferimento all'articolo 30 terzo comma della Costituzione sotto il riflesso dianzi evidenziato che la tutela giuridica e sociale è assicurata unicamente ai figli naturali riconosciuti o dichiarati, mentre ha dichiarato costituzionalmente illegittima la stessa norma perchè in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, considerato che i figli naturali non riconoscibili verrebbero a trovarsi — in relazione alla loro condizione personale e sociale e cioè alla loro nascita avvenuta fuori del matrimonio — in condizione di sfavore rispetto agli estranei alla famiglia legittima, subendo un sacrificio dei propri interessi che non trova giustificazione, nè nel contenuto, nè nella finalità della norma.

Opportunamente, quindi, il riformatore dispone la scomparsa della incapacità di ricevere per testamento prevista dall'articolo 593 del codice civile e conseguentemente bene fa ad abolire (art. 200) la incapacità di ricevere per donazione sancita dall'articolo 780 dello stesso codice civile per il figlio naturale, ove la filiazione non possa essere riconosciuta o dichiarata.

E) Con l'originario articolo 193 il testo unificato, modificando l'articolo 692 del codice civile, commina la nullità della sostituzione fedecommissaria, e con il successivo articolo 194 abroga gli articoli 693 a 697 dello stesso codice civile che hanno attinenza a tale sostituzione. In tal modo l'istituto del fedecommissario viene totalmente abolito anche nelle limitate applicazioni ammesse dalla vigente codificazione ed il divieto rigoroso di esso sancito dal codice del 1865 è ripristinato.

È risaputo che la sostituzione fedecommissaria o fedecommissario, secondo la definizione del Biondi (Istituzioni di diritto romano, IV ediz., Milano 1965, ss. 201) fatta propria dal disegno di legge n. 550, è la disposizione che impone all'erede o al legatario l'obbligo di conservare e restituire, in tutto

od in parte, l'eredità od il legato ad un terzo designato.

Requisiti di carattere generale perchè si concretizzi tale sostituzione sono la doppia vocazione, l'obbligo di conservare e restituire ed il doppio ordine di successione, la cui presenza nella disposizione testamentaria deve essere contemporanea.

Nei lavori preparatori del vigente codice civile (Relazione Commissione Reale, pagina 72) si legge che all'epoca una autorevole dottrina si era pronunciata contro il rigoroso divieto delle sostituzioni comminato nell'articolo 899 codice 1865 e si pone in luce che la coscienza sociale aveva cercato di reagire a tale rigido sistema, così come emergeva dalla giurisprudenza. Furono allora evidenziati quali indizi dell'orientamento della coscienza sociale « le cosiddette sottili arti » a cui i testatori spesso erano soliti ricorrere « per celare sotto forma di disposizioni valide una sostituzione fedecommissaria (ad esempio l'apposizione della clausola *si sine liberis decesserit* da valere come condizione) e gli sforzi della giurisprudenza diretti ad assecondare tale indirizzo nell'intento di mantenere salda la costituzione economica del nucleo familiare » ed, in conseguenza, venne introdotto l'istituto della sostituzione fedecommissaria, non ritenendosi giustificato il divieto del fedecommesso, in quanto ispirato a principi di intollerabile liberalismo economico ed in contrasto con tutte le provvidenze dirette a difendere e rafforzare economicamente il nucleo familiare ed a conferirgli una forza di espansione.

In effetti il ritorno dell'istituto del fedecommesso, sia pure contenuto in limiti ristretti e rigorosi, venne accolto con molta soddisfazione dalla dottrina, la quale rilevò che « nonostante tutto, il fedecommesso esprimeva una esigenza ancora vivamente sentita, che un semplice divieto di legge non poteva esprimere. La tesi della nullità era stata sostenuta, sul piano della politica legislativa, in considerazione della libertà della circolazione dei beni, della uguaglianza tra i figli, della stessa libertà di testare; ma, a ben considerare, la limitazione del fedecommesso ad un solo grado (sulle orme del codice

francese), ed entro i limiti della disponibile, priva queste esigenze di gran parte del loro peso, mentre altre istanze — non meno giustificate — militavano a favore della tesi della validità, sia pure entro i limiti accennati. Scomparsa la società feudale, e venuti meno i motivi ideologici che avevano causato critiche così gravi contro il fedecommesso, considerato strumento giuridico posto tipicamente al servizio di essa, questo istituto era utilizzato soprattutto per la creazione di una nuova ricchezza, quale strumento idoneo ad impedire gli sperperi dei figli e consentire la conservazione dei beni alle generazioni future » (Ricca - Enciclopedia del diritto - Vol. XVII, 1968, pag. 116).

D'altra parte — così come era stato notato in sede di osservazioni e proposte formulate dal Ministero di grazia e giustizia sul progetto del libro terzo relativo alle successioni e donazioni pag. 204 e 209 — lo stesso risultato economico del fedecommesso di famiglia o di beneficenza si sarebbe potuto praticamente conseguire dal testatore in forma più razionale, conformemente a quanto avveniva sotto l'impero del codice del 1865, con il lasciare l'usufrutto di tutta o parte della disponibile in favore dei propri figli o dei propri fratelli e la nuda proprietà in favore dei nipoti *ex filio* o *ex fratre*, nati e nati, o in favore di un ente pubblico.

Senonchè il fedecommesso, così introdotto nel nostro ordinamento giuridico, non ha dato luogo nella pratica attuazione ad uno sviluppo e ad un incremento dell'istituto, onde è stato ritenuto nel volgere del tempo di scarsissima diffusione ed altrettanto irrilevante importanza giuridica, economica e sociale nonchè nettamente superato dalle dinamiche esigenze della vita moderna (Casulli - Sostituzione ordinaria e fedecommissaria - Novissimo Digesto Italiano - Vol. XVII - 1970 pag. 993).

Per queste ultime considerazioni ed, anche e soprattutto, per una più puntuale attuazione legislativa del precetto costituzionale che intende la famiglia nel suo limitato significato di famiglia fondata sul matrimonio (articolo 29 della Costituzione), ci sembra che si possa aderire alla proposta di abolizione del-

la sostituzione fedecommissaria, che peraltro nel complesso della riforma del diritto di famiglia si appalesa di portata assai marginale. Non è peraltro da disattendere la determinazione della Commissione giustizia del Senato che, ferma restando la regola generale della nullità della sostituzione fedecommissaria, ammette eccezionalmente che ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possa istituire rispettivamente il figlio, il discendente o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura della persona dell'interdetto. La disposizione è estesa anche al caso del minore di età che trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato nell'articolo 146 interverrà la sentenza di interdizione.

F) Anche l'istituto della *collazione* è soggetto a modificazioni in relazione ai nuovi principi accolti dal testo unificato in materia successoria ed alla soppressione — da noi non condivisa — della dote.

Al riguardo non si può sottacere che il codice civile del 1942, abbandonando il sistema del codice del 1865 informato ad un sentimento di eccessivo sfavore verso la prole naturale, estende ai figli naturali la collazione, pur giustificando la innovazione con il fine di mantenere una proporzione ritenuta opportuna tra la quota dei figli naturali e quella dei figli legittimi.

Ora l'originario articolo 196 del disegno di legge n. 550, modificando l'articolo 737 codice civile, parifica, agli effetti dell'obbligo collativo, il coniuge, i figli legittimi, gli altri discendenti legittimi ed i figli naturali con una disciplina valida per questi soggetti ed i loro discendenti legittimi e naturali, stabilendo che tutte le predette persone devono conferire ai coeredi quanto hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il *decuius* non le abbia da ciò dispensate e confermando che la dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile.

Conseguentemente (art. 197 del testo unificato) è soppressa la disposizione di cui all'articolo 738 codice civile, che disciplina la collazione tra figli legittimi e naturali.

Sembra, peraltro, opportuno accogliere la proposta della Commissione giustizia del Senato che esclude dall'obbligo della collazione le donazioni di modico valore che il coniuge abbia ricevuto. E parimenti sono da condividere le soluzioni che, suggerite dal progetto Falcucci (artt. 134 e 135), propongono una regolamentazione diversa da quella prevista dall'art. 199 del testo unificato e modificano le attuali norme di cui agli articoli 741 e 742 codice civile nel senso che, adottato un necessario rimaneggiamento formale in ordine alla collazione delle assegnazioni per causa di matrimonio o di lavoro, sottraggono completamente alla collazione le spese di istruzione artistica e professionale che ben possono farsi rientrare tra le spese di educazione e che già sono assoggettate a collazione per la parte eccedente notevolmente la misura ordinaria in relazione alle condizioni economiche del *decuius*, mentre assoggettano alla collazione le spese per il corredo nuziale e quelle relative alla cerimonia nuziale od a questa connesse nei limiti della eccedenza dianzi indicata.

Norme finali e transitorie.

Le altre norme predisposte dal testo unificato (artt. 200, 201, 202 e 203) hanno funzione integrativa, complementare e di puro coordinamento e non esigono particolare trattazione. Esse riflettono la trascrizione di convenzione aventi fini di natura patrimoniale concernenti la famiglia e i suoi soggetti ed originanti sia da atti tra vivi che *mortis causa*, precisano le persone a cui compete la ipoteca legale ed abrogano alcuni articoli del codice civile (2832, 2833 e 2849) riguardanti l'ipoteca legale spettante alla moglie che non hanno più motivo di essere in dipendenza della abolizione dell'istituto della dote proposta dal riformatore. Come è di tutta evidenza, la sussistenza di questi ultimi articoli si imporrebbe ove con saggia resipiscenza si venisse nel-

l'auspicata determinazione di non considerare la dote come strumento arcaico e di confermarla, pur con le opportune modificazioni, nel nostro ordinamento giuridico.

L'ultimo articolo (art. 231) dispone l'entrata in vigore della legge di riforma che viene stabilita dalla Commissione Giustizia del Senato in 120 giorni dopo la sua pubblicazione sulla « Gazzetta Ufficiale ».

Il termine ci sembra assai esiguo, anche se la 2^a Commissione permanente del Senato, facendo in larga parte proprie le proposte del Governo e ponendo riparo ad una gravissima omissione riscontrabile nel testo unificato della Camera dei deputati, ha introdotto alcune tra le necessarie norme complementari, di coordinamento, di attuazione e transitorie.

Non vi è dubbio che le norme finali e transitorie sono indispensabili e ben a ragione esse sono rese operanti coevamente all'entrata in vigore della riforma, evitando così rilevanti e gravi divergenze di interpretazione e di applicazione, attentati alla regolarità dei rapporti tra i componenti i nuclei familiari, difficoltà di regolamentazione nei confronti di persone non facenti strettamente parte della famiglia legittima e nei confronti di terzi, privazione alla famiglia della necessaria serenità nell'assolvimento delle sue peculiari funzioni ed, in ultima analisi, motivi per indebolire e scardinare ulteriormente le famiglie italiane nella loro unitarietà e nella loro stessa essenza.

Peraltro alcune disposizioni di attuazione e transitorie, approvate dalla Commissione Giustizia del Senato, destano non poche perplessità.

Sembra, infatti, motivo di possibile notevole turbamento nell'ambito delle famiglie l'assoggettamento automatico delle stesse al regime della comunione legale in ordine ai rapporti patrimoniali derivanti da matrimoni già costituiti alla data di entrata in vigore della legge di riforma, tranne volontà contraria espressa anche da uno solo dei coniugi nel termine di due anni da tale data. A nostro avviso si sarebbe dovuto procedere in maniera diametralmente opposta, atteso che il mantenimento di situazioni volontariamente pattuite ed, a volte, per lungo tempo rispettate, non dovrebbe avere bisogno di rati-

fica o di convalida, mentre solo le innovazioni e le modifiche dovrebbero imporre la stipula dell'atto pubblico che recepisca la nuova e difforme volontà delle persone interessate.

Non emerge, poi, chiaramente se il regime della comunione legale sia da intendere esteso anche agli acquisti compiuti, prima della entrata in vigore della legge *de qua*, separatamente da ciascuno dei coniugi durante il matrimonio. La soluzione dovrebbe essere in senso negativo, perchè la legge non ha effetto retroattivo salva specifica norma derogativa; ma l'inclusione di una disposizione chiarificativa al riguardo certamente non guasterebbe.

Non ci sembra condividibile altresì la norma che estende l'applicazione delle disposizioni degli articoli 580 e 594 del codice civile anche alle successioni apertesesi prima della entrata in vigore della nuova legge. Certamente più opportuno e più congruo appare determinare un limite di retroattività della norma prevedendone l'applicazione alle successioni apertesesi nel triennio anteriore alla entrata in vigore della legge rispetto alle quali perduri il regime di comunione ereditaria e se i diritti dei figli naturali non riconosciuti non siano stati definiti con sentenza passata in giudicato o mediante convenzione. In tal modo si eviterebbe lo stridente contrasto di regolamentazione che, a nostro giudizio, sussiste in rapporto alla disciplina transitoria prevista per le disposizioni relative al riconoscimento dei figli naturali, che agli effetti delle successioni apertesesi prima dell'entrata in vigore della nuova legge si applicano ove non siano trascorsi tre anni dall'apertura della successione senza che il figlio abbia fatto valere alcuna ragione ereditaria sui beni della successione.

Manca altresì una norma di carattere generale che miri alla doverosa salvaguardia dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni la cui proprietà, il cui godimento e la cui disponibilità trovino ragioni di sostanziale mutamento nelle disposizioni della riforma.

Abbiamo detto che il termine di quattro mesi per l'entrata in vigore della legge ci pare assai ridotto e di ciò siamo pienamente

convinti. Al facile espediente demagogico della celerità preferiamo la prudenza, la ponderatezza, il necessario rodaggio, l'orientamento, l'acquisizione conoscitiva delle disposizioni, prima di dare attuazione ad una nuova disciplina che incide profondamente sull'istituto fondamentale della famiglia.

Esistono peraltro altri motivi seri e validi che consigliano di non accelerare eccessivamente l'applicazione della riforma.

Uno di essi consiste nella esigenza di istituire un organo giudiziario specializzato che accentri nella sua esclusiva competenza ed attribuzione tutte le questioni facenti capo alla famiglia e comunque concernenti il diritto familiare con la conseguente eliminazione della pluralità di organismi giudiziari (Tribunale civile, Tribunale penale, Tribunale per i minorenni, Corte d'appello, Pretore, Giudice tutelare) che attualmente si occupano della materia dando luogo a frequenti conflitti di competenza ed a decisioni spesso frammentarie e contraddittorie.

La istituzione del Tribunale della Famiglia, organo giudiziario specializzato ammesso dall'articolo 102 della Costituzione, non sembra che possa essere disattesa o ritardata e dovrebbe essere realizzata contemporaneamente e comunque in previsione del nuovo ordinamento giudiziario, sin'oggi purtroppo sempre promesso e sempre dilazionato.

Deve essere creato « un giudice nuovo, più attento alla dinamica della vita sociale che alla valutazione ed interpretazione della stretta norma di legge, più aperto ai problemi umani che esperto nella dogmatica giuridica. A dirlo in moneta contante occorre un giudice che si ispiri profondamente al buon senso, tralasciando ogni accademia e che intervenga creando un rapporto non di soggezione ma di amichevole fiducia (Giovanni Bovio - in « Il Corriere della Sera » 17 dicembre 1972). Deve essere istituito un tribunale i cui membri non siano soltanto preclari conoscitori del diritto, ma abbiano principalmente una preparazione sui problemi della sociologia, della psicologia, della pedagogia, della neuropsichiatria e che possano improntare le loro decisioni allo afflato di una specializzata sensibilità.

Occorre, poi, in relazione alla riforma del diritto di famiglia, modificare alcune norme del nostro codice di procedura civile, specialmente per quanto concerne i procedimenti in materia di famiglia (artt. 706-711 codice di procedura civile) ed anche in relazione alla sentenza n. 151 resa dalla Corte costituzionale in data 18 giugno 1971.

Necessita, infine, coevamente all'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, apportare le opportune modifiche agli istituti penalistici che incidono sulla vita della famiglia per armonizzarli sia con le innovazioni civilistiche che con i principi costituzionali e le pronunce della Corte costituzionale, onde la legislazione penale possa effettivamente ed adeguatamente tutelare la famiglia e garantirne i suoi valori fondamentali dalle aggressioni esterne e dalle eversioni interne.

Considerazioni finali e conclusioni.

A conclusione di questa relazione riteniamo opportune alcune considerazioni finali sulla progettata riforma del diritto di famiglia valutata nel suo complesso ed una sintetica esposizione riepilogativa delle soluzioni che al Gruppo MSI-Destra nazionale appaiono congrue al fine di disciplinare la materia. Giuseppe Azzariti (op. cit. 1972 pag 55 e segg.), facendo una panoramica della legislazione italiana di questo ultimo ventennio in ordine alla famiglia, si dice costretto a dover riconoscere con rammarico che le termiti, nell'ampia cerchia degli operatori del diritto, sono tese a dare l'assalto allo istituto della famiglia, « rodendolo nella sua statica consistenza e privandolo della sua efficienza, e così anche ad un tempo compromettendo la stabilità della cellula prima del nostro tessuto sociale ». Parola d'ordine del legislatore e degli operatori del diritto, a suo avviso, sembra sia « quella, sotto l'apparenza di una sacrosanta battaglia per la tutela dei figli illegittimi e della personalità e indipendenza dei coniugi dalla costrizione della legge, di distruggere tutto quello che il precedente senno giuridico, nella piena valutazione delle umane debolezze, aveva escogitato e posto in

essere, in ambito civilistico e in sede penale, per salvaguardare l'istituto della famiglia, cardine fondamentale di una ordinata convivenza sociale ».

In ordine di tempo, si iniziò con la campagna contro l'odiato N.N. anagrafico e con la legge 31 ottobre 1955, n. 1064 venne per tutti eliminata la indicazione della paternità e della maternità.

La innovazione trovò giustificazione nella considerazione che « se è importante difendere la vita e la libertà di ogni cittadino, come è affermato nelle Costituzioni di tutte le nazioni civili in rispondenza alle più profonde esigenze della natura umana, è altrettanto importante difendere la dignità della persona in ciò che ha di più geloso ed intimo, tenendo celate alla indiscriminata conoscenza del pubblico situazioni illegali che hanno accompagnato la sua origine ». Essa, però, ha inevitabilmente importato « il venir meno di una remora alla generazione di figli illegittimi, per la eliminazione nel genitore del disagio di sapere il proprio figlio costretto a dover rendere nota la sua origine ad ogni passo della vita civile » nonchè, ad un tempo, ha importato « che ci si sia posti su di un piano inclinato con tutte le incognite che dalla detta posizione inevitabilmente derivano ».

Successivamente la Corte costituzionale con le sentenze n. 126 e 127 del 19 dicembre 1968 eliminò il reato di adulterio dichiarando costituzionalmente illegittimo l'articolo 559, 1° e 2° comma, codice penale in relazione a detto articolo 29 della Costituzione. Osservò la Corte che è questione di politica legislativa quella relativa alla punibilità dell'adulterio e ritenne che, alla stregua dell'attuale realtà sociale e della coscienza collettiva sostanzialmente mutata, la discriminazione fatta dalla legge penale e cioè il non attribuire rilevanza all'adulterio del marito, ponendo invece quello della moglie, ponesse in istato di inferiorità quest'ultima, la quale, lesa nella sua dignità, era costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria senza alcuna tutela in sede penale. Ad avviso dei giudici costituzionali la discriminazione, lungi dall'essere utile, sarebbe di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia; per l'unità familiare costituisce indubbiamente un

pericolo l'adulterio del marito o della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assumerebbe proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. Parimenti la Corte, rilevato che il legislatore è libero nel suo prudente apprezzamento politico, di stabilire se ed in quali casi l'infedeltà del coniuge possa dar luogo alla separazione personale, ma non può determinare discriminazioni fra il marito e la moglie che non siano giustificate dall'unità familiare, ritenne la disposizione di cui all'articolo 151, comma 2°, del codice civile fonte di una discriminazione a favore dell'uomo ed a svantaggio della donna non consentita dall'articolo 29 della Costituzione ed, anzichè dichiarare illegittima la norma per il fatto che considerava giuridicamente irrilevante la infedeltà del marito ai fini della conservazione della unità della famiglia, depennò l'adulterio dalle cause di separazione personale. « Ma l'uomo di buon senso — commenta lo Azzariti — non adusato alle sottigliezze ed alle cabale giuridiche, è portato a ben diversa considerazione e conclusione: se l'adulterio del marito e della moglie è un pericolo alla unità familiare, e se il pericolo assume proporzioni più gravi in vista della discriminazione tra marito e moglie, unico provvedimento, logico e giuridico, da adottarsi è quello della eliminazione della discriminazione, non quello della eliminazione del reato di adulterio per la moglie, immunizzando da responsabilità penale quel riconosciuto e dichiarato pericolo per la unità della famiglia.

Consequente alla abolizione del reato di adulterio è stato, quindi, il rilievo che non potesse ritenersi reato neppure la « relazione adulterina » perchè l'art. 560 codice penale veniva a determinare una disparità di trattamento tra la moglie non punibile per qualsiasi rapporto extraconiugale ed il marito che sarebbe stato punibile per un reato il cui elemento materiale era pienamente simile a quello dell'adulterio; talchè la Corte costituzionale con la successiva sentenza numero 147 del 3 dicembre 1970, senza peraltro fare più alcun riferimento a mutamenti intervenuti nelle coscienze sociali o ad altri

elementi storicistici e limitandosi a rilevare il contrasto con lo spirito della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dalla Costituzione, ha dichiarato anche la illegittimità degli articoli 559, 3° comma e 560, 1° comma, codice penale, nonché degli articoli 559, comma 4° e 560, comma 2° e 3°, 562 comma 1°, nella parte relativa alla perdita dell'autorità maritale per effetto della condanna per il delitto di concubinato, e dell'articolo 563, con ulteriore più completa abolizione di ogni remora e di ogni difesa alla riconosciuta esigenza della unità familiare. La Corte costituzionale ha così inferto colpi micidiali al principio della unità familiare. Si tratta — ed è penoso rimarcarlo — di quella stessa Corte che, in precedenza, non molti anni prima, con sentenza n. 64 del 28 dicembre 1961 aveva escluso la illegittimità dell'art. 559 codice penale sotto il riflesso che il diverso trattamento in questo previsto, lungi dal costituire violazione del principio di eguaglianza, era determinato dalla diversa natura del bene leso, ma anche da una diversa quantità e gravità dell'offesa a carico del bene stesso e che la disparità di trattamento ben poteva includersi fra i limiti posti a garanzia della unità familiare. Motivava, allora, la Corte (che, successivamente, con la pretestuosa considerazione di una modifica della coscienza collettiva apoditticamente asserita denegava il suo giudizio) che l'ordinamento giuridico positivo non può prescindere dalle valutazioni che spesso imperiosamente si affermano nella vita sociale e si esprimeva nei seguenti termini letterali: « Che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito ». Aggiungeva, altresì, che il legislatore non aveva potuto non avvertire la diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie « rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia » e cioè « in primo luogo l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione sociale; in-

di il turbamento psichico, con tutte le conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale, che in ispecie nelle famiglie (e sono la maggioranza) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nella età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale ».

Ma l'opera di disgregazione della famiglia continua sempre più impietosa. Ed è ancora una volta la Corte costituzionale che, quanto meno indirettamente, se ne rende corresponsabile.

Dopo che con la sentenza n. 9 del 19 febbraio 1965 aveva dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 553 codice penale (incitamento a pratiche contro la procreazione) e dell'art. 112 testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, la Corte, *melius re perpensa*, con la più recente sentenza n. 49 del 16 marzo 1971 cambia opinione e dichiara la illegittimità costituzionale — in riferimento all'articolo 21 comma 1, Cost. — delle citate norme di legge, nonché dell'art. 114, comma 1, dello stesso testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, nella parte in cui vieta l'inserzione sui giornali di avvisi o corrispondenze che si riferiscano ai mezzi diretti a impedire la procreazione, e dell'art. 2, comma 1, d.l.it. 31 maggio 1946 n. 561, nella parte in cui consente il sequestro dei giornali o altre pubblicazioni che divulgano i mezzi medesimi, ne illustrano l'impiego o contengono inserzioni o corrispondenze ad essi relative. E ciò perchè, a distanza di appena sei anni di tempo, il problema della limitazione delle nascite avrebbe assunto una importanza ed un rilievo sociale tali ed investirebbe un saggio interesse così ampio da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune, possa costituire offesa al buon costume la pubblica trattazione dei suoi vari aspetti, la diffusione delle conoscenze relative e la propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncezionali.

Le porte alla legalizzazione dell'aborto stanno per aprirsi e non manca certamente al riguardo la puntuale iniziativa legislativa

di ispirazione marxista. Nel frattempo, mentre è da temere che con la legittimazione dell'aborto si inciderà con ulteriori effetti negativi su uno dei valori più rilevanti della famiglia (la procreazione), il legislatore democratico con la legge 1° dicembre 1970, numero 898 introduce nel nostro ordinamento giuridico il divorzio, non un « piccolo divorzio » ma una delle forme più late di divorzio, in quanto consente il vero e proprio ripudio, lo scioglimento consensuale del matrimonio realizzabile previa separazione legale consensuale o di fatto protrattasi per un determinato tempo ed anche per volontà di uno solo dei coniugi oppure nel dissenso dell'altro coniuge senza minimamente e comunque adeguatamente curarsi della tutela e dell'assistenza dell'altro coniuge anche se incolpevole e dei figli innocenti.

Un ulteriore e decisivo passo per il dissolvimento della famiglia è stato realizzato.

Ora si procede alla riforma del diritto di famiglia: una riforma che si appalesa necessaria in relazione alle nuove esigenze della società; che deve essere moderna e di largo respiro, ispirata alla nostra tradizione, ai sentimenti del nostro popolo ed ai precetti costituzionali; una riforma che valga a disciplinare, meglio che attualmente, i rapporti concernenti la famiglia e, particolarmente, le cause invalidanti il matrimonio, i diritti ed i doveri dei coniugi e quelli attinenti alla filiazione; una riforma, però, che non sia lassista; che sia disancorata da principi prettamente materialistici, individualistici e marxisti; che non costituisca definitivo strumento per indebolire e disintegrare la famiglia, cellula prima ed insostituibile della comunità.

Il testo unificato, invece, — è doloroso constatarlo —, così come abbiamo cercato di dimostrare nel corso di questa relazione, se fosse approvato senza ulteriori opportuni e radicali emendamenti in aggiunta a quelli proposti dalla Commissione giustizia del Senato, servirebbe a sconvolgere ancora più l'equilibrio delle famiglie italiane, in misura assai più grave dello stesso divorzio, ad infliggere all'istituto della famiglia il più decisivo dei colpi mortali.

La tutela sino alla esasperazione della libertà del singolo componente il nucleo fa-

miliare con la proclamazione dell'aritmica parità tra i coniugi conduce al soffocamento ed alla distruzione della libertà della famiglia come complesso di rapporti morali, materiali ed affettivi mortificandola con l'intervento del giudice e cioè di un estraneo alla cerchia familiare. L'ossessionante volontà di abbattere un « nemico teologico » e cioè l'autorità del marito considerato come capo famiglia « residuo di tradizioni bibliche e romane ormai superate » ed un malinteso senso di femminismo privato la famiglia persino della sua rappresentanza di una sua distintiva indicazione, del suo normale funzionamento che non raramente incepperà per le diatribe tra marito e moglie anche per futili motivi.

La totale equiparazione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, compresi gli adulterini, con i figli legittimi e l'allargamento esteso dei casi per la ricerca della paternità dei figli naturali e, quindi, anche degli adulterini portano alla costituzione della famiglia naturale a fianco della famiglia legittima, con evidente violazione del precetto costituzionale, che riconosce una sola famiglia e cioè quella fondata sul matrimonio.

La soppressione del tradizionale istituto della dote non ha motivo di essere, specialmente quando si ritiene di introdurre coevamente il correttivo del « fondo patrimoniale », di cui è facile prevedere la pratica inattuazione. La comunione dei beni eleva a regime legale un istituto in completo disuso, del quale non si avverte alcuna necessità; essa pone il matrimonio sullo stesso piano di un vero e proprio contratto di affari e sarà certamente causa di gravi dissensi, di vere e proprie ingiustizie e di contestazioni giudiziarie non facilmente districabili.

L'abolizione della separazione per colpa, pur con le attenuazioni suggerite dalla Commissione giustizia, attenta ai diritti del coniuge incolpevole e più debole che quasi sempre è la moglie.

La degradazione ad un generico impegno dell'obbligo alla *fides* coniugale, peraltro saggiamente depennata dalla 1ª Commissione permanente, sarebbe un altro espediente atto a minare uno dei pilastri della famiglia,

costituito dagli obblighi di fedeltà e di assistenza tra i coniugi.

Si tratta di tutto un complesso di disposizioni che considerano il matrimonio e la famiglia come se fossero pervenuti ad uno stato quasi fallimentare e che, lungi dall'essere volte a salvare tali istituti, tendono alla definitiva concretizzazione e dichiarazione del loro fallimento.

Tali disposizioni poggiano sul presupposto manifestamente erroneo che la difesa della famiglia legittima (espressione, questa, a torto considerata arcaica e retorica) debba basare su ragioni esclusivamente economiche e su principi individualistici; ma così non è e non può essere perchè a base della famiglia sono e debbono continuare ad essere rinunciabili valori di natura morale e sociale.

Si vuole, poi, invocare a favore della riforma l'esempio di alcune legislazioni straniere e si dimentica non solo che ben diversi sono per il popolo italiano la tradizione storica e — salvo alcune frange più chiassose — il costume sociale, ma che i principi fondamentali costituzionali sul matrimonio e sulla famiglia vanno rispettati sino a quando non sia cambiata la Costituzione.

Ed a chi, infine, intende spiegare in chiave marxista i motivi del proposto ridimensionamento o, peggio, annullamento della famiglia legittima è bene ricordare che la legislazione sovietica, partita dopo la rivoluzione dal pratico annientamento dell'istituto del matrimonio, di fronte alle conseguenze sociali negativamente gravi derivatene (diffusione della delinquenza minorile, difficoltà di accertamento della paternità, contestazioni sull'obbligo del mantenimento, rilevante aumento degli aborti), è stata costretta ad una profonda revisione e con varie riforme (1936, 1944, 1969) è pervenuta a « riaffermare integralmente l'importanza della famiglia come strumento insostituibile per un ordinato sviluppo della società ».

L'unità e la stabilità della famiglia legittima, invero, debbono essere difese ai fini di tale ordinato sviluppo sociale; ed il legislatore a ciò deve tendere e non a sfornare nuove norme che, sotto il riflesso di ragioni

che appaiono artificiosamente e pretestuosamente evidenziate, coartano ed indeboliscono le funzioni della famiglia.

Non vogliamo invocare la espressione carneluttiana « meno diritto e più amore », ma siamo fermamente convinti che a volte il diritto, se malamente codificato e se troppo invadente, può tradursi in coazione, in avvilimento, in frustrazione di valori insostituibili e, per quanto concerne la famiglia, in strumento deprecabile di indebolimento e di disgregazione.

Revisionando il diritto di famiglia, non intendiamo realizzare, più che il divorzio, un ulteriore assalto alla famiglia, la definitiva spedizione della famiglia italiana al museo etnologico nazionale, così come (il ricordo è di Marino Bon Valsassina - in « Il Tempo » del 4 dicembre 1972) gridò una voce di sinistra all'Assemblea costituente francese, nel marzo 1946, durante il dibattito sulla Costituzione della IV Repubblica.

Noi non vogliamo la riforma auspicata dai socialcomunisti per il trionfo delle concezioni del materialismo (Rapporto parlamentare del senatore Nencioni su « La famiglia - Autonomia, parità, uguaglianza » 1974 pag. 29), ma siamo per un diritto di famiglia adeguato alle esigenze, alle mentalità, ai costumi (non ai malcostumi) dei tempi moderni; per dare alla donna non una livellata ed assurda eguaglianza ma una funzione di pari dignità e di pari sicurezza, nella complementarità naturale dei compiti, dei diritti e dei doveri; per garantire l'unità della famiglia contro le forze degradanti e con norme giuridiche che tengano conto prevalente delle realtà sociali e delle morali priorità, senza le evidenti ipocrisie che caratterizzano dalla base al vertice la nostra società (Almirante - Discorso pronunciato alla Camera dei deputati nella seduta del 22 marzo 1974).

A lume di tali principi ed in conformità a quanto analiticamente illustrato nella presente relazione, così sintetizziamo le nostre determinazioni sulla riforma del diritto di famiglia:

1) La nuova disciplina legislativa degli istituti del diritto di famiglia non deve incidere nei fatti dei singoli nuclei familiari si-

no al punto di attentare al loro equilibrio e di annullare la libertà dei soggetti, ma deve tendere alla difesa ed al rafforzamento dell'unità della famiglia. L'indebolimento di quella comunità fondamentale che è la famiglia, così come avviene per la cellula nei rapporti dell'organismo biologico, si tradurrebbe immancabilmente nel dissolvimento, in più attenuata e subordinata ipotesi, nello scardimento o scadimento dell'organo sociologico costituito dallo Stato.

2) L'istituto della famiglia non è definito dalla Costituzione con caratteri di assoluta chiarezza e per buona parte rimane avvolto nella nebulosità. Nella Costituzione, in tema di enunciazione di principi sui rapporti eticosociali, vi è, infatti, qualche cosa di stentato, di artificioso, di estremamente elastico, addebitabile al cosiddetto « compromesso » sin dal 1947 qualificato « storico » avente due poli (quello dell'estrema sinistra e quello democristiano) e, più precisamente, all'arrendevolezza della Democrazia cristiana che all'epoca consentì l'insistente circolazione dello spirito collettivista nella Costituzione, il cedimento al materialismo e cioè a quella forza che la Cristianità nel passato ha combattuto apertamente con tutte le sue armi.

Tuttavia la famiglia, per il Gruppo MSI-Destra nazionale, deve definirsi secondo quella parte del precetto costituzionale che appare chiara ed inequivoca e cioè nel senso di una realtà giuridica e morale preesistente, di una comunità di ordine naturale, che la Costituzione non crea, ma riconosce, tutela e difende in quanto si fonda sul matrimonio, conferendo al legislatore il compito di disciplinare i diritti e i doveri dei componenti il nucleo familiare nell'ambito interno e nei riflessi di carattere esterno.

Ma il diritto di famiglia, pur avendo natura privatistica, ha anche l'esigenza di tutelare interessi superiori. Non può disconoscersi ai diritti di famiglia qualsiasi impronta pubblicistica, contrariamente a quanto opinano giuristi e politici di ispirazione marxista e radicologgiante, per i quali la fondamentale ed immediata finalità di detti diritti dovrebbe ritenersi costituita soltanto dai bisogni dell'individuo verso l'individuo, considerato

anche che l'unità morale della famiglia sarebbe in crisi e la crisi dovrebbe essere vista come un allentarsi dei vincoli del gruppo familiare, come fenomeno di un travagliato mutamento delle relazioni familiari.

Per noi l'istituto della famiglia non può svilupparsi soltanto alla stregua dell'esigenza di ciascun coniuge e di ciascun figlio, ma in relazione alla funzione sociale che esso è chiamato ed è destinato ad assolvere.

La famiglia si pone come elemento intermedio della realizzazione della personalità umana tra l'individuo e la società che diventa Stato, allorchè si concretizza, per i fini collettivi, morali e materiali che la collettività deve perseguire.

3) Aspetto fondamentale della riforma proposta dal testo unificato licenziato dalla Camera dei deputati è la cosiddetta « privatizzazione » del diritto di famiglia.

L'aumentata tutela dei componenti della famiglia considerati come singoli individui e non nell'ambito di una comunità unitaria trova più rilevante riscontro nelle norme che regolano la disciplina delle cause di invalidità del matrimonio, il governo della famiglia, i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e la separazione personale. Tale ingiustificato criterio eccessivamente individualistico non può condividersi perchè si concretizza in un'effettiva minore tutela della famiglia considerata nel suo complesso e comporta un conseguente pericolo per la solidità ed unità familiare.

L'accentuata concezione individualistica è diametralmente opposta alla concezione comunitaria e sociale del matrimonio e della famiglia ed è talmente diffusa nel testo legislativo che persino lo stesso obbligo di fedeltà diviene un non meglio definito « impegno » (la Commissione giustizia del Senato su tal punto ha opportunamente modificato il testo) reso privo di ogni tutela giuridica, realizzandosi così un sistema di legiferare che presuppone una società ed un costume assai diversi da quelli realmente esistenti nel nostro Paese, nel quale la fedeltà coniugale non è ancora, e speriamo, non sarà mai considerata un relitto arcaico.

4) Poichè il matrimonio deve essere considerato l'atto più importante e grave di tutta la vita, esso deve essere coscientemente valutato ed apprezzato. Tale valutazione non può essere adeguatamente fatta da minori degli anni 18 non aventi capacità di agire e, neppure, capacità in materia di lavoro (art. 2 e 3 codice civile). È pertanto opportuno elevare a 18 anni per entrambi i nubendi l'età minima per contrarre matrimonio, dando così preminente rilevanza all'idoneità psichica rispetto a quella psicologica ed all'idoneità al consenso rispetto all'attitudine ai rapporti coniugali, consentendo il matrimonio a chi ha compiuto gli anni sedici solo in casi eccezionali e di straordinaria gravità.

5) Le cause di nullità del matrimonio o invalidanti il matrimonio, pur entro i limiti della garanzia della tutela e dell'unità della famiglia, debbono essere considerate con criteri non estremamente restrittivi. Non può condividersi la tesi del mantenimento di matrimoni solo formalmente esistenti ma sostanzialmente mai esistiti. Cause di nullità del matrimonio vanno ritenute: gli impedimenti dovuti a parentela, affinità, adozione e affiliazione, la minore età, la mancata decorrenza del tempo di attesa per la donna, l'interdizione per infermità di mente, l'infermità di mente per qualunque causa anche transitoria esistente al momento della celebrazione, il vizio di consenso e l'errore in generale, compreso l'*error qualitatis*, nonché l'ipotesi.

Da respingere è, invece, come causa invalidante del matrimonio il timore reverenziale (in tal caso è meglio affidarsi ai fini dell'annullamento alla constatazione che i casi in cui il timore reverenziale abbia una eccezionale intensità e sia determinante cadono facilmente nell'ipotesi della violenza o, se del tutto spontaneo, dell'incapacità di intendere e di volere) ed è da respingere parimenti la proposta di annullamento del matrimonio, perchè contratto *ioci causa* in quanto l'ordinamento giuridico statuale, in coerenza con i valori che tutela, non può ammettere la strumentalizzazione a fini futili o addirittura riprovevoli di un istituto di tanta dignità sociale e morale come il matrimonio.

Particolare attenzione merita l'annullamento per inconsumazione, che peraltro non attiene alla validità del vincolo, tanto che per lo stesso diritto canonico l'ipotesi del matrimonio, al quale non sia seguita la consumazione del rapporto fisico tra i coniugi, costituisce un caso di scioglimento. Comunque per tutti i casi precedenti bisogna apprestare valide disposizioni in ordine all'assistenza ed al mantenimento a favore del coniuge incolpevole e della prole.

6) L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi va attuata in conformità a quanto stabilisce l'articolo 29 della Costituzione, con determinati limiti a garanzia dell'unità familiare. La parità tra i coniugi è la regola generale, ma deve soggiacere a limitazioni e deroghe che valgano al mantenimento della unità della famiglia in tutti i sensi ed in tutti i rapporti, materialmente e spiritualmente, nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività dei suoi componenti, all'interno ed all'esterno. L'esigenza suprema è che la famiglia non si disgreghi, come invece avverrebbe se ogni suo membro agisse in modo autonomo ed eventualmente in contrasto con altri. A costo di essere malevolmente tacciati di arcaica arretratezza, siamo dell'opinione che nella famiglia così come in ogni società, in ogni consesso, in ogni ente, non può rinunciarsi ad una gerarchia, che peraltro non deve estrinsecarsi in atti di oppressione o di autoritarismo, ad un *pater* (o *primus inter pares*) che sia la guida e l'espressione tangibile e morale del nucleo familiare e che, secondo la tradizione, deve continuare ad operare con unità e comunità di intenti. Per assicurare alla famiglia una maggiore funzionalità e la sua stessa autonomia, deve essere comunque attribuita al marito la rappresentanza della famiglia e, quanto meno, il potere di prendere le decisioni di particolare urgenza in caso di contrasto tra i coniugi, salvo il ricorso in sede di volontaria giurisdizione al Tribunale ove le decisioni appaiano gravemente pregiudizievoli per la famiglia. La mancanza di deroghe alla parità dei coniugi comporterebbe ineluttabilmente il ricorso frequente al giudice. Ma l'illimitato intervento del giudice all'interno della

famiglia è da ritenere inopportuno, poco efficace, macchinoso e pericoloso e servirebbe a turbare la stessa vita del nucleo familiare per le conseguenze che derivano dalle controverse giudiziarie per loro natura di notevole durata e complessità. Sino a quando non si è in grado e non si ha il coraggio di istituire validi consultori, che operino all'esterno come servizio sociale a sussidio della famiglia, l'ingerenza del giudice nella famiglia deve essere limitato a pochi casi espressamente previsti, come del resto avviene in Francia ed in Germania, lasciando che i coniugi tra i quali non sia venuto meno l'affetto e la volontà di continuare la vita in comune, spinti dalla necessità di trovare un accordo, superino e risolvano direttamente i conflitti.

7) L'istituto della patria potestà così come oggi è disciplinato dal codice civile non ha bisogno di radicali modifiche, ma solo di marginali adattamenti in relazione ai principi costituzionali — strettamente correlati — della parità dei coniugi e dell'assicurazione dell'unità della famiglia. L'esercizio paritetico della potestà da parte dei genitori sui figli presuppone la carenza di contrasti tra i coniugi onde, in caso di disaccordo, è necessario adire il tribunale. In tal modo viene aperta la strada alle più varie contestazioni, perchè il contrasto può sorgere su qualsiasi determinazione da adottare nei confronti del figlio (atti di amministrazione dei suoi beni, orientamento educativo, mantenimento, avviamento al lavoro, relazioni sociali, piano di studi, disciplina, modi per eliminare le sregolatezze). Il tribunale non potrà mai conoscere il figlio e poterne vagliare la personalità in quanto si tratta di valutazioni concernenti aspetti di un prisma a molte facce (carattere, stato di salute, attitudini, operosità, intelligenza, eccetera), che se normalmente vengono fatte con discernimento e con le dovute cautele dai genitori, assai difficilmente possono essere realizzate da un tribunale, il quale, difettando di dati idonei e dovendo spesso provvedere sommariamente dopo un fugace incontro con gli interessati, potrà « sfornare » decisioni incongrue, tali da danneggiare quel minore che

per converso si vorrebbe tutelare. Il testo unificato di riforma licenziato dalla Camera dei deputati, concedendo senza alcuna limitazione l'esercizio della potestà ad entrambi i genitori, non segna alcun effettivo progresso sull'attuale ordinamento.

Siamo del parere che permanga l'istituto del *pater familias*, seppure auspichiamo una sostanziale parità tra i coniugi nell'esercizio della *potestas*. Se il progetto diverrà legge, sarà da augurarsi che i genitori, nel prendersicura degli interessi del figlio minore, non si inducano ad imboccare le facili vie degli antagonismi e delle contestazioni giudiziarie.

8) La separazione personale va disposta per cause tassativamente fissate: non si può andare al di là della separazione per giusta causa e non si può inserire nel sistema la separazione incolpevole o acolpevole, ovvero sia la separazione per ingiusta causa.

La separazione « senza colpa » deriva dalla tendenza materialistica che anima i propositi legislativi di coloro che si dicono costituenti il cosiddetto arco costituzionale, da quel preteso egualitarismo assoluto che conduce ad interpretare l'obbligo di assistenza reciproca di fedeltà e di coabitazione in un senso rigidamente materialistico negando il valore di qualsiasi componente spirituale, morale e sociale.

La separazione dei coniugi, che possa essere pronunciata senza accertarne le cause e senza determinare il coniuge cui essa è imputabile, costituirebbe facile allargamento dell'ambito del divorzio ed attenderebbe ai diritti del coniuge incolpevole e più debole che quasi sempre è la moglie. Il testo unificato accoglie il principio della separazione incolpevole; e ciò è dettato principalmente in funzione di una conversione della separazione in divorzio. Il problema concreto che, invece, il legislatore deve risolvere è anche quello di una separazione in funzione alternativa al divorzio; il che dovrebbe importare una separazione che mantenga, fuori dell'obbligo della convivenza, quanto più è possibile degli effetti del non cessato vincolo matrimoniale, e sia idoneo ad agevolare la riconciliazione tra i coniugi.

9) Per quanto concerne i rapporti patrimoniali, è assai discutibile la proposta abolizione dell'istituto della dote; propendiamo per il suo mantenimento nel nostro ordinamento giuridico, seppure con alcune modificazioni specialmente in ordine all'amministrazione dei beni dotati.

Siamo nettamente contrari alla retrocessione della separazione dei beni da regime legale a regime convenzionale ed alla promozione della comunione dei beni a regime legale.

La grandissima maggioranza dei componenti il corpo sociale non utilizza e rifiuta la comunione dei beni (solo l'1,4 per cento delle convenzioni matrimoniali la prevede), onde l'imposizione di essa come regime legale è frutto di preconcezioni ed astratte opinioni e di un malinteso principio di eguaglianza giuridica fra i coniugi.

Riteniamo invece che sia opportuno anche nel nostro ordinamento, così come avviene nella Germania federale, introdurre quale regime legale « la separazione dei patrimoni con regolamento finale dei conti » e cioè la forma più moderna di comunione, la cosiddetta « comunione differita » o « comunione degli incrementi patrimoniali ». Trattasi del regime, secondo il quale, al momento dello scioglimento del matrimonio, si attua un pareggiamento degli incrementi patrimoniali attraverso un diritto di credito del coniuge che ha realizzato incrementi minori verso l'altro, ovvero, per il caso di scioglimento del matrimonio a causa di morte, attraverso l'assegnazione al coniuge superstite della quota successoria accresciuta di un quarto dell'eredità.

L'istituto del patrimonio familiare può continuare a sussistere nel nostro codice civile e sembra inutile introdurre un preteso nuovo istituto denominato « fondo patrimoniale », che praticamente, sostituendo la dote ed il patrimonio familiare, assolverebbe una funzione mista risultante dalla fusione di questi due ultimi istituti.

10) La disciplina della filiazione legittima e di quella nata fuori del matrimonio merita particolare impegno.

A nostro avviso il legislatore costituente non adotta aprioristicamente nè la tesi dell'assoluta equiparazione tra figli legittimi e figli illegittimi, nè quella della completa supremazia della prole legittima su quella naturale, ma lascia libero il legislatore ordinario di formulare di volta in volta ed in relazione alle più svariate soluzioni quel giudizio di compatibilità che può permettere di giungere, in determinati casi, ad una completa equiparazione ed, in altri, all'affermazione della preminente posizione della famiglia legittima. L'articolo 30 della Costituzione, infatti, mentre sancisce il principio del dovere e del diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, dispone che la legge assicura a questi ultimi ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima e detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità. Sep-pure, quindi, un trattamento di maggiore favore debba essere adottato ai figli naturali in rapporto alla disciplina nei loro confronti prevista dal vigente codice civile (che peraltro è ispirato a criteri di maggiore larghezza rispetto al codice civile del 1865), si deve stare attenti a non cadere nelle esagerazioni: altrimenti, come è stato autorevolmente osservato da alcuni, per essere coerenti, dovremmo consapevolmente dichiarare che la famiglia legittima non ci interessa più come supporto della struttura sociale o, per lo meno, che ci interessa tanto poco che possiamo non preoccuparci di incrinarla da tutte le parti. Dobbiamo, invece, tenere presente che, se la Costituzione tutela ampiamente la filiazione naturale, non riconosce invece l'unione libera e, tanto meno, l'unione macchiata dall'adulterio; il testo unificato, per converso, va spesso oltre i limiti della compatibilità dei figli nati fuori del matrimonio coi diritti della famiglia legittima e, per quanto riguarda la dichiarabilità e cioè la ricerca della paternità, va oltre il limite dell'opportunità. Arriva persino a costituire una vera e propria famiglia naturale accanto alla famiglia legittima. Per concludere su questo tema, si può aderire anche ad una soluzione di quasi sostanziale, ma sempre non totale, equiparazione dei figli nati fuori del

matrimonio ai figli legittimi sul piano successorio e ad una soluzione di parità per quanto riflette il diritto ed il dovere di natura patrimoniale al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, ma non si può andare al di là e cioè non è dato parificare *in toto* la famiglia naturale a quella legittima, costituire accanto alla famiglia legittima un'altra famiglia fondata su una unione adulterina, oppure, equiparando senza alcuna limitazione od attenuazione diritti e doveri del genitore rispetto ai figli legittimi ed ai figli naturali, arrivare al paradosso di un effettivo quanto meno parzialmente omesso esercizio degli stessi poteri e di un reale inadempimento più o meno rilevante degli stessi doveri da parte del genitore nei confronti dei propri figli legittimi ed anche dei componenti la propria famiglia legittima.

La progettata riforma del diritto di famiglia non può che essere rispettosa del dettato costituzionale. Se, poi, fosse vero (ciò che contestiamo) che il costume sociale si è or-

mai indirizzato verso una configurazione della famiglia diversa da quella a cui si conforma il Costituente, non si dovrebbe forzare la Costituzione, ma si dovrebbe avere il coraggio di cambiarla.

11) Per quanto concerne, infine, gli aspetti successori del diritto di famiglia, siamo d'accordo perchè un migliore trattamento rispetto alle vigenti disposizioni codificate sia adottato a favore del coniuge superstite e dei figli nati fuori del matrimonio.

12) Concludendo, la riforma del diritto di famiglia non può essere ancorata a principi ciecamente od arcaicamente arretrati, ma non deve tendere all'indebolimento o, peggio, al dissolvimento della famiglia, bensì deve salvaguardare la famiglia, intesa come società naturale, nella sua esistenza, nella sua unità, nella sua funzione di cellula prima dello Stato.

FILETTI, *relatore di minoranza*