

IL NUOVO DIRITTO DI FAMIGLIA IN ITALIA (1)

Luigi MENGONI

Prof. di Diritto Civile nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università Cattolica di Milano

I

I. — Il matrimonio

1. Le ragioni della «riforma del diritto di famiglia» attuata dalla legge 19 maggio 1975, n. 151 (in vigore dal 21 settembre 1975) risiedono nelle profonde trasformazioni della struttura sociologica della famiglia e delle connesse ideologie, determinate dalla rapida e tumultuosa evoluzione dell'Italia, dopo la metà di questo secolo, da paese prevalentemente agricolo in paese industriale.

L'avvento della società industriale, fondata su grandi unità produttive e sulla divisione del lavoro, ha messo in moto un processo di disintegrazione delle strutture sociali precedenti, che colpisce in primo luogo la famiglia alterandone progressivamente la fisionomia e le funzioni. La dissoluzione della piccola e media proprietà, il tramonto del soggetto economico indipendente, l'impiego crescente dei giovani e delle donne nell'attività produttiva delle imprese, la mobilità geografica e professionale del lavoro hanno privato la famiglia delle residue funzioni originarie di

(1) Conferenza tenuta il 23 - 24 marzo 1977 su invito dell'Istituto.

produzione economica e di protezione sociale dell'individuo (specialmente dei minori, delle donne e dei vecchi), che la costituivano come cellula organica della società e la investivano di un ruolo politico di mediazione fra l'individuo e lo Stato (*seminarium rei publicae*): «gli individui, crescendo, non hanno più la famiglia come orizzonte di vita». Correlativamente si è generalizzato il fenomeno della «contrazione» della famiglia ai membri del rapporto coniugale e ai figli nati dal matrimonio, espresso nel modello sociologico della *c.d. «famiglia nucleare»* (o piccola famiglia), mentre si è attenuata la rilevanza dei rapporti di consanguineità con i parenti della «grande famiglia» (soprattutto con i parenti collaterali).

Le conseguenze di queste trasformazioni sono profonde e complesse. La riduzione della famiglia al rapporto tra coniugi e al rapporto genitori-figli, e quindi a mera comunità di allevamento e di consumo di redditi provenienti da attività professionali esterne, la perdita delle funzioni sociali e politiche che in passato erano ad essa attribuite, promuovono l'emersione degli interessi dell'individuo all'interno del gruppo familiare con effetti dissolventi sulla struttura gerarchica del gruppo, storicamente espressa nell'investitura del marito nel ruolo di «capo della famiglia». L'ambito delle potestà familiari si riduce, l'«interesse della famiglia», alla cui tutela tali potestà sono ordinate, perde il carattere di interesse istituzionale superiore agli interessi dei singoli e si appiattisce nell'interesse comune dei membri del gruppo, determinato mediante il libero accordo piuttosto che con strumenti autoritativi. La legge storica-sociologica di «contrazione» della famiglia si traduce così, sul piano delle valutazioni etico-politiche, e quindi normative, in una concezione individualistica che risolve i «diritti della famiglia», riconosciuti e garantiti dall'art. 29 della Costituzione, nei «diritti dei membri della famiglia» e affida la conservazione dell'unità familiare più ai rapporti affettivi (finché durano) che ai rapporti (poteri) giuridico-istituzionali.

2. Questa concezione individualistica, che spinge ad una «privatizzazione» del diritto di famiglia e ad una minore considerazione dell'interesse pubblico connesso alla società coniugale, si riflette in primo luogo nella nuova disciplina del matrimonio civile. Sull'idea del matrimonio-istituzione, cui era ispirato il codice del 1942, è prevalsa l'idea del matrimonio-contratto; ad una disciplina organizzata principalmente in funzione dell'interesse generale alla certezza e alla stabilità del vincolo e della responsabilità dei coniugi per l'allevamento e l'educazione della prole, è subentrata una disciplina che mira piuttosto a tutelare la libertà degli individui e la parità della donna.

In ordine al vincolo matrimoniale, le conseguenze più importanti della concezione contrattualistica sono, oltre all'abbandono del principio dell'indissolubilità, anticipato dalla legge 10 dicembre 1970, n. 868, da un lato l'elevazione dell'età matrimoniale al limite generale di capacità per i contratti, cioè alla maggiore età (abbassata a diciotto anni dalla legge 8 marzo 1975, n. 39), dall'altro l'allargamento dell'area di rilevanza dei vizi del consenso, fino a comprendere l'errore sulla qualità.

L'elevazione dell'età matrimoniale al limite della maggiore età, senza distinzione di sesso, significa il distacco del requisito di capacità dal semplice presupposto biologico della pubertà dal semplice presupposto biologico della pubertà e l'adeguamento di esso all'esigenza che il matrimonio sia fondato su una scelta responsabile dei coniugi: esigenza tanto più sentita in una società in cui è venuta meno la funzione di protezione e di guida delle giovani coppie di sposi un tempo adempiuta dalla «grande famiglia». È stato abolito anche il residuo di tale funzione che nel codice del 1942 era rappresentato dall'istituto dell'assenso del genitore esercente la patria potestà al matrimonio del minore di età. Il potere di autorizzare il matrimonio del minore che ha compiuto i sedici anni è attribuito esclusivamente al tribunale dei minorenni. Ma per la concessione dell'autorizzazione

non è sufficiente l'esistenza di gravi motivi, cioè, in pratica, l'accertamento dello stato di gravidanza della sposa, e quindi della funzione riparatrice del matrimonio: il tribunale deve accertare inoltre la maturità psichica del minore. La legge preferisce che il figlio nasca fuori del matrimonio, piuttosto che consentire la costituzione del vincolo tra soggetti che non hanno ancora raggiunto la necessaria maturità spirituale.

L'altra innovazione modifica profondamente la disciplina dei vizi del consenso. Nell'ordinamento precedente la preoccupazione di garantire la certezza e la stabilità del vincolo limitava l'annullabilità del matrimonio ai casi di violenza e di errore sull'identità della persona, mentre era irrilevante l'errore sulle qualità dell'altro coniuge, a meno che ridondasse in errore sull'identità (caso praticamente quasi inconcepibile, fuori dall'ipotesi, rarissima, del matrimonio per procura). Inoltre, nel silenzio della legge, la dottrina dominante e la Cassazione ritenevano esclusa l'impugnazione del matrimonio per simulazione.

Ora, invece, al vizio di violenza è equiparato il «timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne al coniuge», così che può essere annullato anche il matrimonio contratto da uno degli sposi in stato di necessità, per salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, per esempio per sottrarsi, mediante il mutamento di cittadinanza e la conseguente possibilità di espatrio, a persecuzioni razziali o politiche.

Inoltre, il matrimonio può essere impugnato non solo per errore sull'identità della persona, ma pure per errore essenziale (cioè determinante dal consenso) *sulle qualità* dell'altro coniuge, quando riguardi: 1) l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svelgimento della vita coniugale; 2) l'esistenza di una sentenza di condanna per un *delitto non colposo* alla reclusione non inferiore a cinque anni; 3) la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale; 4) il

fatto che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione alla reclusione non inferiore a due anni; 5) lo stato di gravidanza della sposa causato da un uomo diverso dal marito (caduto in errore), e in quanto quest'ultimo abbia proposto l'azione di disconoscimento del figlio.

Il primo caso implica la soppressione dell'impedimento da impotenza, la quale, quando si manifestava come inidoneità, assoluta o relativa, al congiungimento, era causa di nullità del matrimonio indipendentemente dall'errore dell'altro coniuge, e poteva essere fatta valere da entrambi senza limiti di tempo. Secondo la nuova legge il matrimonio può essere impugnato per impotenza di un coniuge soltanto dall'altro coniuge che non ne abbia avuto conoscenza prima della celebrazione ed entro il termine di prescrizione di un anno dalla scoperta dell'errore, qualora vi sia stata coabitazione. La procreazione della prole non è più considerata un fine essenziale del matrimonio.

La valutazione dell'errore sulle qualità come causa di invalidità del matrimonio si fonda su una finzione giuridica, in virtù della quale una volontà negativa contraria al vincolo, sopravvenuta durante lo stato matrimoniale (dopo la scoperta dell'errore), viene idealmente retrodatata al momento del consenso iniziale. In altre parole, fuori dalla finzione, l'annullamento del matrimonio per errore sulle qualità si avvicina concettualmente più allo scioglimento del vincolo (cioè al divorzio) che alla nullità per vizio del consenso. Ciò è confermato dall'evidente parallellismo del secondo, terzo e quarto caso sopra elencati con le cause di divorzio previste dall'art. 3, n. 1 della legge 10 dicembre 1970, costituite da comportamenti delittuosi di uno dei coniugi. Qua'ora l'azione delittuosa sia stata compiuta prima della celebrazione del matrimonio, la discriminazione tra causa di annullamento per errore sulle qualità e causa di divorzio consiste nella circostanza accidentale che la condanna penale sia intervenuta prima o dopo la celebrazione. Si manifesta qui in

modo particolarmente accentuato un difetto fondamentale della legge 19 maggio 1975, cioè l'aver tenuto separato dal problema generale di riforma delle norme del codice civile in materia di diritto di famiglia il problema del divorzio, che è stato risolto autonomamente con una legge speciale. La nuova norma del codice che allarga le cause di annullamento del matrimonio per vizio del consenso fino a comprendere una serie di casi di errore sulle qualità era stata originariamente concepita in vista di un temperamento al regime dell'indissolubilità del vincolo, nella convinzione, in un primo tempo, che non sarebbe stato toccato, più tardi (dopo il 1970), che sarebbe stato ripristinato dal referendum abrogativo della legge introduttiva del divorzio. La conservazione della norma nel testo definitivo, sebbene nel frattempo quelle previsioni fossero state clamorosamente smentite, rappresenta un grave difetto di coordinamento con la legge sul divorzio, il quale può dar luogo a differenze di trattamento affatto ingiustificate, tenuto conto soprattutto che la tutela economica del coniuge di buona fede in caso di annullamento del matrimonio, è assai meno favorevole della tutela prevista in caso di divorzio.

D'altra parte, contrariamente all'intenzione del legislatore, la nuova disciplina dell'errore non riesce a superare l'antico problema dell'errore sulle qualità ridondante in errore sull'identità. Da oltre un secolo si discute se il matrimonio sia impugnabile per es. per errore sulla cittadinanza dell'altro coniuge, oppure per ignoranza che l'altro coniuge è già legato a una terza persona da un matrimonio religioso o è investito di uno stato religioso, cioè, come si usa dire, è un prete «spretato». Poiché casi di questo genere non sono previsti nell'elenco tassativo di errori rilevanti sulle qualità introdotto dalla nuova legge, rimane aperta la questione se essi possano essere considerati come casi di errore sulle qualità ridondante in errore sull'identità. In altre parole rimane aperto il problema della definizione dell'errore sull'identità: se esso debba intendersi restrittivamente come errore sull'identità *fisica*, oppure possa essere inteso secondo

un'accezione più ampia comprendente anche l'errore su qualità che concorrono a determinare l'identità *civile* o *sociale* della persona.

Infine, sempre nel campo dei vizi del consenso, l'accentuazione dell'idea contrattualistica del matrimonio ha portato a risolvere in senso affermativo la questione dell'impugnabilità per simulazione. Il matrimonio può essere dichiarato nullo, su istanza di ciascuno dei coniugi, quando si provi che gli sposi hanno convenuto di non adempiere gli obblighi e di non esercitare i diritti da esso derivanti, cioè hanno celebrato le nozze senza l'intenzione di prendersi in marito e moglie, ma esclusivamente per uno scopo diverso dai fini propri del matrimonio, ad es. unicamente per procurare ad uno di essi la cittadinanza italiana o il diritto a certe prestazioni previdenziali. Tuttavia l'importanza pratica di questa norma è grandemente ridotta dalla disposizione successiva che assoggetta l'azione di impugnativa alla breve prescrizione di un anno dalla celebrazione.

L'abbandono della concezione del matrimonio-istituzione ha avuto un riflesso anche sulla disciplina del «matrimonio putativo». In favore dei figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si producono (cioè i figli conservano lo stato di figli legittimi) non più soltanto se i coniugi o almeno uno di essi erano in buona fede, ma anche nel caso di mala fede di entrambi, salvo che la nullità dipenda da incesto o bigamia. Il termine «matrimonio putativo» è ormai un semplice modo di dire, che non esprime esattamente il reale contenuto della normativa corrispondente. Qualora il matrimonio sia annullato, la buona fede di almeno uno dei coniugi non è più normalmente una condizione necessaria della legittimità dei figli.

3. La legge 19 maggio 1975 non dà l'intera misura del mutamento del sistema matrimoniale recentemente avvenuto in Italia. L'intervento legislativo più penetrante, che ha profondamente modificato l'essenza del matrimonio, è

stato attuato dalla legge precedente 10 dicembre 1970, con la quale è stato abbandonato il principio dell'indissolubilità. La proposta di abrogazione di questa legge mediante referendum popolare, indetto il 12 maggio 1974, è stata respinta dal corpo elettorale con una maggioranza di circa il 57 %.

La legge distingue le cause di divorzio in due gruppi: il primo si riferisce a comportamenti di uno dei coniugi o di entrambi, oggettivamente idonei a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza; il secondo si innesta in uno stato preesistente di separazione legale (e anche, ma solo in via transitoria ed eccezionale, di fatto) dei coniugi, protratta per una durata tale (il minimo varia da cinque a sette anni) da far presumere che la convivenza maritale non possa ormai essere più ricostituita. I casi del primo gruppo legittimano senz'altro la domanda di divorzio senza bisogno di passare attraverso la fase preliminare della separazione dei coniugi, e sono costituiti o da azioni delittuose, qualificate da una particolare gravità, commesse da uno dei coniugi e accertate giudizialmente dopo la celebrazione del matrimonio (anche se risalenti a un momento anteriore), oppure dal fatto che l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio, o infine dal fatto negativo della mancata consumazione del matrimonio.

L'accertamento di una delle cause elencate dalla legge è una condizione necessaria, ma non sufficiente della pronuncia di divorzio. In ogni caso il giudice deve inoltre accertare, in dipendenza della causa allegata in giudizio, la cessazione irreversibile della comunione spirituale e materiale dei coniugi, cioè l'esistenza di una situazione di conflitto tale da lasciare ragionevolmente prevedere che la loro comunione di vita non potrà più essere ricostituita.

Il legislatore italiano non è giunto ad ammettere il divorzio per mutuo consenso, ma nemmeno lo ha subordinato al presupposto della colpa. La violazione colpevole di obblighi derivanti dal matrimonio non è un requisito indispensabile

perché possa avere luogo la pronuncia di scioglimento del matrimonio, tanto più dopo la legge di riforma del diritto di famiglia, che ha sganciato dal presupposto della colpa anche la separazione giudiziale dei coniugi. Certi delitti commessi o tentati da un coniuge in danno dell'altro o dei figli autorizzano senz'altro la domanda di divorzio anche se il reo è stato assolto dal giudice penale per vizio totale di mente; in caso di separazione legale il divorzio, dopo un certo tempo, è ammissibile anche se la separazione non è imputabile a colpa del coniuge convenuto, e perfino anche se è imputabile a colpa del coniuge che domanda lo scioglimento del matrimonio. Il divorzio non è concepito come sanzione di una colpa, ma come rimedio contro una situazione oggettiva di sopravvenuta mancanza di funzionalità del vincolo matrimoniale. La colpa conserva rilevanza solo come criterio e misura di ripartizione tra i coniugi delle conseguenze patrimoniali del disfacimento della loro unione. Nel determinare quale di essi dovrà somministrare un assegno periodico all'altro, il giudice tiene conto anche delle «ragioni» del provvedimento di divorzio, e quindi anche della condotta colpevole di uno dei coniugi che eventualmente sia all'origine del fallimento del matrimonio.

4. La nuova disciplina degli effetti del matrimonio (che investe anche gli effetti civili del matrimonio canonico-concordatario, ossia del matrimonio cattolico in quanto trascritto nei registri dello stato civile secondo il concordato con la Santa Sede dell'11 febbraio 1929) svolge una delle direttive di fondo della riforma, cioè il principio dell'uguaglianza dei coniugi, sancito dall'art. 29 della Costituzione.

Al tradizionale modello gerarchico imperniato sulla prerogativa del marito come «capo della famiglia» (la quale comportava, nei rapporti con la moglie la potestà maritale e correlativamente l'obbligo di mantenimento, nei rapporti con i figli la patria potestà) si è sostituito un modello impostato sulla parità dei coniugi, intesa nel senso rigoroso di una identità di diritti e di obblighi reciproci e verso i figli.

Un modello dunque diarchico, che affida all'accordo dei coniugi la determinazione dell'indirizzo della vita familiare e la fissazione della residenza della famiglia, e ad entrambi attribuisce congiuntamente l'esercizio della potestà sui figli durante la minore età, e quindi anche il godimento dell'usufrutto legale sui loro beni. Il criterio organizzativo, *dall'interno*, dell'unità familiare (principio di autonomia della famiglia) non è più il potere di decisione del marito, bensì l'accordo dei coniugi, e perciò, in definitiva, la buona volontà, il senso di responsabilità, la ragionevolezza, la disponibilità al compromesso di ciascuno.

E' bensì prevista la possibilità di un intervento *dall'esterno* dell'autorità giudiziaria, allorché i coniugi non riescano a raggiungere una decisione di comune accordo. Ma, quando si tratta di questioni concernenti i loro rapporti reciproci, l'intervento del giudice, che ciascuno di essi può sollecitare, è limitato a un tentativo di conciliazione, e può trasformarsi in arbitrato solo se il disaccordo concerne la fissazione della residenza o altri affari essenziali e vi sia una richiesta *espressa o congiunta* dei coniugi. Il giudice allora adotta la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia, senza peraltro che il coniuge, al quale il contenuto del provvedimento riuscisse sgradito, possa essere costretto a rispettarlo. Se l'intervento del giudice non riesce a ricostituire l'accordo, non vi è altra alternativa che la separazione personale e in prospettiva, dopo cinque o sette anni, il divorzio.

L'intervento dello Stato è più energico quando il disaccordo investa questioni «di particolare importanza» concernenti l'esercizio della potestà sui figli: in questo caso una decisione deve essere presa. Il giudice (tribunale dei minorenni) investito della questione da uno dei genitori, se non riesce ad eliminare il contrasto, attribuisce il potere di decisione al coniuge che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Se sussiste un imminente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, così che non v'è

tempo per ricorrere a questo procedimento giudiziale di scelta del genitore la cui decisione deve prevalere, la legge introduce una regola (l'unica) al principio dell'uguaglianza dei coniugi, avvalendosi dell'autorizzazione dell'art. 29, comma 20 Cost: prevale la decisione del padre, il quale è legittimato ad adottare i provvedimenti urgenti e indifferibili.

Il principio della parità dei coniugi non regola soltanto i rapporti personali tra di loro e con i figli, ma si prolunga anche sul piano dei loro rapporti patrimoniali. Al regime della separazione dei beni, tradizionale nel diritto italiano, ma ormai svuotato del suo significato originario dopo il tramonto dell'istituto della dote, è stato sostituito un nuovo regime legale di comunione dei beni. In realtà si tratta di un regime misto, in parte di comunione vera e propria, in parte di separazione temperata da una comunione *de residuo*.

Cadono immediatamente in comunione i beni acquistati congiuntamente o separatamente dai coniugi durante il matrimonio (escluse alcune categorie di beni, che rimangono «personali» o «propri» di ciascun coniuge), nonché le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Invece i frutti dei beni personali di ciascuno dei coniugi e i proventi delle loro attività separate di lavoro entrano nella comunione solo nella misura in cui, allo scioglimento di essa, non siano stati consumati. Durante il matrimonio ciascuno dei coniugi conserva la piena disponibilità dei propri redditi di lavoro, salvo l'obbligo di contribuire proporzionalmente al mantenimento della famiglia.

Il nuovo regime mira essenzialmente a dare adeguato riconoscimento al contributo della donna all'incremento della consistenza economica della famiglia, sia col lavoro casalingo, che esonera il marito dalle cure attinenti al governo della casa, sia collaborando all'impresa o alla professione del marito, sia infine esercitando autonomamente un'attività professionale extradomestica.

5. La separazione dei coniugi ha perduto il senso originario di sanzione a tutela del coniuge offeso dalla violazione colpevole dei doveri matrimoniali commessa dall'altro coniuge, e di rimedio destinato, mediante l'interruzione temporanea della convivenza, a promuovere il perdono e la riconiliazione. La separazione ha ora un fondamento puramente oggettivo: essa può essere domandata (con ricorso al tribunale) tutte le volte che, anche indipendentemente dalla colpa di uno o di entrambi i coniugi, sopravvengano «fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza». Perciò anche fatti che rendono più gravoso, rispetto alla misura normale, l'adempimento dell'obbligo di coabitazione o di assistenza, perfino la c. d. incompatibilità di carattere sono diventati legittimi motivi di separazione.

Il profondo mutamento di significato dell'istituto ha comportato l'abolizione dell'obbligo di fedeltà dei coniugi durante lo stato di separazione, con la conseguenza, come si vedrà, che il marito non è più presunto padre del figlio concepito dalla moglie durante questo stato. La separazione dei coniugi è ormai considerata dalla legge quasi un divorzio anticipato. E poiché essa è la via normale per giungere allo scoglimento del matrimonio per pronuncia del giudice (dopo cinque o al massimo sette anni), l'allargamento dei motivi di separazione oltre i limiti della colpa si risolve in un corrispondente allargamento della possibilità di divorzio.

La colpa conserva una rilevanza residua come criterio di differenziazione di certi effetti della separazione. Qualora l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza sia imputabile al comportamento di uno dei coniugi contrario ai doveri matrimoniali, il giudice nella sentenza che pronuncia la separazione, e in quanto ne sia espressemante richiesto dal coniuge incolpevole, dichiara l'«addebitabilità» (cioè l'imputabilità) della separazione all'altro coniuge, con conseguenze sanzionatorie sia sul piano dei rapporti personali, sia sul piano dei rapporti patrimoniali:

a) Il coniuge al quale sia stata esclusivamente addebitata la separazione deve attendere sette anni, anzichè cinque, per ottenere il divorzio, quando vi sia opposizione dell'altro coniuge. Tuttavia il coniuge incolpevole non avrà normalmente interesse a esercitare l'opposizione perché il suo trattamento economico in sede di separazione, secondo la legge di riforma del diritto di famiglia, è meno favorevole del trattamento riservatogli dalla legge divorzio;

b) Il coniuge al quale è stata imputata la separazione perde il diritto al mantenimento quando non abbia adeguati redditi propri, e conserva il solo diritto agli alimenti subordinato allo stato di bisogno; perde inoltre il titolo ereditario nei confronti dell'altro coniuge ed ha diritto soltanto à un assegno vitalizio se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge defunto.

Nessuna influenza, almeno diretta, ha invece il criterio della colpa sull'affidamento dei figli all'uno o all'altro coniuge. La scelta è fatta dal giudice con esclusivo riferimento all'interesse della prole.

II. — La filiazione

6. Nel diritto italiano il sistema di accertamento della filiazione *legittima* si basa sull'atto di nascita (redatto dello ufficiale dello stato civile), attestante che il figlio è nato da donna coniugata e integrato, ai fini dell'accertamento simultaneo anche della paternità, dall'atto di matrimonio, dalla presunzione legale di concepimento durante il matrimonio e dalla connessa presunzione di paternità del marito. Per l'attribuzione della paternità al marito non basta perciò (come nel diritto germanico) che il figlio sia stato concepito durante il matrimonio (cioè, secondo la presunzione della legge, che sia nato dopo 180 giorni dalla celebrazione e prima di 300 giorni dall'annullamento o dallo scioglimento del matrimonio), ma occorre inoltre che la

nascita del figlio sia stata denunziata all'ufficiale dello stato civile come nascita da unione legittima.

Se concorrono entrambe queste condizioni, e quindi opera la presunzione di paternità del marito, lo stato di figlio legittimo attestato dall'atto di nascita può essere impugnato con l'azione di disconoscimento della paternità solo in certi casi tassativamente indicati dalla legge (prima quattro, ora tre) e caratterizzati da circostanze tali da rendere verosimile che il figlio sia frutto di adulterio della moglie. Se manca il primo presupposto, lo stato di legittimità del figlio può essere impugnato senza limiti di prova o con l'azione di disconoscimento della paternità, soggetta a brevi termini di prescrizione, se il figlio è nato prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, oppure con l'azione di contestazione della legittimità (imprescrittibile), se il figlio è nato dopo 300 giorni dall'annullamento o dallo scioglimento del matrimonio. Se manca il secondo presupposto, cioè la legittimità non è provata dall'atto di nascita (al quale la legge considera equipollente il possesso continuo di stato), il figlio non può conseguire lo stato di figlio legittimo se non con l'azione di reclamo della legittimità, la quale impone al reclamante l'onere di prova della filiazione (la prova per testimoni è ammessa solo in presenza di un principio di prova per iscritto) e ammette le prova contraria con ogni mezzo.

Pur senza alterare le linee essenziali del sistema, la novella del 1975 ha introdotto importanti modificazioni.

Anzitutto è stata modificata la presunzione di concepimento durante il matrimonio, restringendone la portata in due direzioni:

a) La prima restrizione è una conseguenza della nuova concezione, sopra illustrata, della separazione dei coniugi, la quale comporta la cessazione dell'obbligo di fedeltà. Poiché la presunzione di paternità del marito si fonda sull'obbligo di fedeltà della moglie, la presunzione di con-

cepimento durante il matrimonio non opera, restando così impedita la presunzione di paternità del marito, quando il figlio nasca dopo trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale, cioè sia stato concepito dalla moglie durante lo stato di separazione legale. In questo caso, se il figlio viene denunciato come legittimo, la legittimità può essere contestata senza limiti, come se fosse nato dopo 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio;

b) L'altra restrizione tiene conto della possibilità, sperimentata dalla scienza medica, di gravidanze di durata eccezionale, superiore ai 300 giorni. Mentre nell'ordinamento precedente, la presunzione legale di concepimento durante il matrimonio era assoluta sia in senso positivo, sia in senso negativo, ora invece non è più tale nel secondo senso. In caso di contestazione della legittimità del figlio nato dopo 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio o dalla separazione legale dei coniugi, ciascuno dei coniugi e i loro eredi sono ammessi a provare che il figlio è stato concepito durante il matrimonio o, rispettivamente, prima della cessazione della convivenza.

In secondo luogo è stata modificata la legittimazione all'azione di disconoscimento della paternità del marito. Tradizionalmente il potere di impugnazione della legittimità del figlio (entro limiti rigorosi di ammissibilità se concepita durante il matrimonio, senza limiti, salve due eccezioni ora soppresse, se nato prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio) era attribuito esclusivamente al marito, nella veste di «capo della famiglia» e di tutore dell'onore e della pace familiare: a lui soltanto era rimessa la decisione se espellere o no il figlio spurio dalla famiglia legittima. Ora, invece, l'attribuzione legale della paternità al marito può essere impugnata anche dalla madre (entro sei mesi dal parto) e dallo stesso figlio (entro un anno dal raggiungimento della maggiore età o dal giorno in cui ha avuto notizia dei fatti che rendono ammissibile l'azione). La con-

cezione individualistica e paritetica dell'interesse dei membri della famiglia legittima e l'attenuazione della tutela dello interesse generale alla coesione del gruppo si manifestano qui in maniera particolarmente drastica. E' vero, d'altra parte, che il monopolio dell'azione da parte del marito si era non di rado rivelato uno strumento di ricatto o di vendetta.

7. Le innovazioni più radicali in materia di filiazione riguardano la filiazione fuori del matrimonio, detta «filiazione *naturale*» (è stata abolita la qualifica alternativa di «filiazione illegittima»). Esse attuano la seconda direttiva di fondo della riforma del diritto di famiglia, segnata dall'art. 30 della Costituzione il quale, con riferimento a tutti i figli, anche se nati fuori del matrimonio (compresi i figli non riconoscibili) attribuisce ai genitori il dovere e il diritto di mantenerli, educarli e istruirli, e successivamente dispone che «la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica è sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima». Questo precetto costituzionale è stato interpretato dal legislatore del 1975 in termini estremamente avanzati, e corrispondentemente è stato ridotto al minimo il limite rappresentato dal criterio di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Per proteggere l'istituzione del matrimonio e la famiglia legittima la legislazione tradizionale (di cui il modello era il codice Napoleone del 1804) riservava ai figli nati fuori del matrimonio una condizione di diritto familiare inferiore rispetto ai figli legittimi, che sul piano dell'accertamento della filiazione era fondamentalmente caratterizzata da due divieti: *a*) divieto generale di ricerca giudiziale della paternità naturale (salvo soltanto il caso di ratto o violenza carnale); *b*) divieto di riconoscimento dei figli adulterini o incestuosi, e quindi divieto assoluto di dichiarazione giudiziale sia della paternità, sia della maternità

adulterina o incestuosa. Il codice del 1942 aveva notevolmente attenuato questi divieti, ammettendo l'azione di dichiarazione di paternità naturale in quattro casi e consentendo, entro certi limiti, anche il riconoscimento dei figli adulterini e dei figli incestuosi. Aveva inoltre migliorato il trattamento dei figli naturali riconosciuti, soprattutto nel diritto successorio.

La novella del 1975 ha smantellato il sistema tradizionale, salvo che per i figli incestuosi, i quali sono rimasti ai margini della riforma.

E' interamente caduto il divieto di ricerca della paternità naturale, la quale ora è ammessa in tutti i casi in cui è ammesso il riconoscimento. Come la dichiarazione di maternità naturale, così pure la dichiarazione di paternità può essere domandata dal figlio senza limiti di prova e senza limiti di tempo, purché concorrano specifiche circostanze (da accertarsi dal tribunale in un giudizio preliminare di ammissibilità) tali da farla apparire giustificata.

E' caduto interamente il divieto di riconoscimento dei figli adulterini. Il figlio naturale può essere riconosciuto dal padre e dalla madre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento e indipendentemente dalla condizione che il matrimonio in violazione del quale è stato concepito sia stato sciolto. Del pari il figlio naturale (purché non incestuoso) può domandare senza alcun limite la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale. E' così cessata la distinzione tra figli naturali «semplici» e figli «adulterini» (quest'ultima espressione è scomparsa dal linguaggio legislativo). Di conseguenza anche i figli adulterini, in quanto riconosciuti, possono essere legittimati sia per susseguente matrimonio dell'adultero col suo complice, sia durante il matrimonio in violazione del quale sono stati concepiti, per provvedimento del giudice (sentenza del tribunale) e senza il consenso dell'altro coniuge qualora il coniuge adultero viva in stato di separazione legale.

Il riconoscimento (o la dichiarazione giudiziale) della filiazione naturale comporta da parte del genitore l'assunzione verso, il figlio, di tutti i doveri ed i diritti propri dei genitori legittimi: quindi non solo della potestà parentale, ma anche (a differenza della disciplina precedente) dell'usufrutto legale. Il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto, o il cognome del padre se è stato riconosciuto congiuntamente da entrambi i genitori. Qualora il riconoscimento del padre sia successivo a quello della madre spetta al figlio, se maggiorenne, decidere se sostituire o aggiungere il cognome del padre a quello della madre, mentre per il figlio minorene decide il giudice.

La nuova legge si è preoccupata di evitare i riconoscimenti «interessati». Se il figlio non ha compiuto i sedici anni ed è stato riconosciuto da uno solo dei genitori, l'altro genitore può riconoscerlo a sua volta soltanto col consenso del primo, salva, in caso di opposizione ingiustificata, la possibilità di ottenere una sentenza sostitutiva del consenso mancante. Se il figlio ha già compiuto i sedici anni, il riconoscimento non è efficace senza il suo assenso.

Il trattamento dei figli naturali riconosciuti o dichiarati è stato equiparato al trattamento dei figli legittimi (anche nel diritto successorio), con due soli limiti stabiliti a tutela dell'interesse del coniuge del genitore e/o dei figli legittimi alla coesione e all'unità del nucleo familiare costituito dal matrimonio. Il figlio naturale non può essere introdotto nella famiglia legittima di uno dei genitori se non con l'autorizzazione del tribunale dei minorenni, il quale deve accertare l'assenso del coniuge e dei figli legittimi che abbiano compiuto i sedici anni. Inoltre, nella successione legittima al genitore, i figli legittimi possono, con l'autorizzazione del tribunale, estromettere dalla comunione ereditaria i figli naturali pagando la loro quota in denaro o con beni immobili ereditari.

I figli non riconoscibili sono ormai una figura marginale

(figli incestuosi in rapporto al genitore di mala fede). Essi possono in ogni caso domandare l'accertamento della filiazione al solo fine di ottenere la condanna del genitore a sostenere le spese di mantenimento e di educazione fino al compimento della maggiore età. Se maggiorenni, possono agire per ottenere gli alimenti, qualora versino in stato di bisogno. Nella successione al genitore hanno diritto a un assegno vitalizio a carico degli eredi e dei legatari della quota disponibile.

8. Il nuovo regime della filiazione naturale ha fortemente indebolito le difese tradizionalmente apprestate dalla legislazione per la tutela e la conservazione dell'istituzione del matrimonio. Le intenzioni del nuovo legislatore sono certamente rispettabili e anzi in linea di massima plausibili. E' innegabile che quelle difese non avevano dimostrato un'efficacia tale da giustificare il prezzo della mortificazione inflitta ai figli nati fuori del matrimonio, ed è pur vero che i divieti di accertamento della filiazione naturale finivano col favorire l'irresponsabilità dell'iniziativa maschile nei rapporti sessuali extramatrimoniali. Ma resta il fatto che l'importanza sociale e giuridica del matrimonio è stata ridotta e che, accanto alla famiglia legittima, è stata riconosciuta anche la famiglia naturale fondata sull'unione libera, mentre l'art. 29 della Costituzione sembra riconoscere soltanto la famiglia fondata sul matrimonio. Il matrimonio è stato privato di un attributo che era ritenuto ad esso peculiare, cioè quello di essere la forma giuridica essenziale per la costituzione di una struttura che leghi indivisibilmente e collettivamente i figli ai genitori. Qualora i genitori naturali siano conviventi, la legge attribuisce ad essi l'esercizio congiunto della potestà sui figli riconosciuti da entrambi e dell'usufrutto legale sui loro beni, alla medesima stregua dei genitori legittimi. Siamo ancora lontani dal pieno riconoscimento del concubinato, ma nei rapporti tra genitori e figli esso ha ormai assunto alcune caratteristiche giuridiche analoghe alla società coniugale.