

Famiglie ricomposte

# Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze

di Enrico Al Mureden

## 1. La famiglia ricomposta e la pluralità di modelli familiari dopo la L. 20 maggio 2016, n. 76

Il termine famiglia ricomposta (1) evoca una pluralità di formazioni familiari la cui caratteristica comune può essere individuata nell'unione tra persone che abbiano già formato un nucleo familiare precedente. È possibile, pertanto, includere in questa categoria non solo l'ipotesi della famiglia ricomposta da vedovi e da persone reduci da un divorzio, ma anche quella dell'unione tra persone che abbiano già vissuto un'esperienza familiare fondata sulla convivenza, o che, pur non avendo mai formato una coppia unita, abbiano generato un figlio con una persona diversa dal nuovo *partner* o, ancora, ricorrendo come singoli alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Questo articolato quadro di ipotesi si amplia ulteriormente a seguito della L. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), che, in linea con i moniti provenienti dalla giurisprudenza della Cedu ed interna, ha introdotto una disciplina dell'unione tra persone dello stesso sesso e delle convivenze sia tra persone di sesso diverso che tra persone dello stesso sesso. Non vi è dubbio, quindi, che il processo di transizione da un modello di famiglia fondata sul matrimonio indissolubile alla pluralità di modelli familiari registri un ulteriore momento di espansione. Infatti, accanto alla famiglia destruttu-

rata - formata da persone separate o divorziate, ma nondimeno unite dalla presenza di figli comuni - ed alla c.d. "famiglia di fatto" fondata su un'unione non matrimoniale, si aggiungono oggi nuovi modelli di famiglia quale quella fondata su una convivenza rilevante ai sensi del comma 36 della L. 20 maggio 2016, n. 76 e quella costituita da persone dello stesso sesso unite civilmente.

Proprio l'espandersi delle tipologie di relazioni di coppia alle quali il diritto riconosce forme di tutela differenziate costituisce il presupposto affinché possa ampliarsi l'ambito di rilevanza della cosiddetta famiglia ricomposta e la possibilità di una sovrapposizione nel tempo di nuclei familiari diversi formati da soggetti che provengono da una precedente esperienza familiare.

Nell'ambito dei modelli familiari appena indicati la parentela e l'affinità si costituiscono secondo modalità differenziate, dando vita ad un quadro assai articolato e complesso (2). Così, alla famiglia fondata sul matrimonio - che si caratterizzava per il sorgere di legami di parentela necessariamente basati sul ricorrere dei due presupposti rappresentati dal matrimonio e dalla discendenza biologica e di legami di affinità derivanti dal matrimonio - si affianca oggi un modello di famiglia fondata sulla generazione biologica del figlio nella quale i legami di parentela scaturiscono dalla sola "cogenitorialità" (3) e non necessitano dell'elemento del matrimonio; una famiglia nella quale, al tempo stesso,

(1) Sulla famiglia ricomposta o ricostituita Rescigno, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 1 ss.; Bilò, *Famiglia ricostituita*, in *Codice della famiglia*, III ed., a cura di Sesta, Milano, 2015, 2394; Ead., *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, 831; Buzzelli, *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012.

(2) Come è stato perspicuamente osservato, è stato attuato in modo complementare dalla riforma che ha introdotto la condizione unica dei figli (L. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal

D.Lgs. n. 28 dicembre 2013, n. 154) e da quella operata dalla L. 20 maggio 2016, n. 76 con le quali si è realizzato un ampliamento dei modelli familiari riconosciuti dal legislatore e, di conseguenza, una profonda modificazione delle regole di attribuzione dell'affinità e della parentela (Sul punto v. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in questo fascicolo, retro).

(3) Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1; Id., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 445 ss.

proprio la mancanza del matrimonio determina l'assenza di vincoli di affinità tra i parenti dei *partners*. Infine, a seguito della riforma attuata dalla L. 20 maggio 2016, n. 76, prendono corpo ulteriori modelli di famiglia fondati su un'unione giuridicamente rilevante della coppia (l'unione civile o la convivenza), che tuttavia non genera affinità tra i parenti della coppia stessa. Una famiglia, nella quale i figli comuni sono inseriti nelle reti di parentela di ciascuno dei genitori in virtù della riforma che ha sancito la condizione unica del figlio (L. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), ma nella quale, al contempo - stante il riconoscimento solo in via giurisprudenziale della c.d. *stepchild adoption* (4) -, non sono ancora configurabili con sicurezza legami giuridicamente rilevanti tra il figlio biologico di uno dei componenti e l'altro *partner*, ossia il cosiddetto genitore sociale (5).

In effetti, l'esigenza di attribuire rilievo a relazioni affettive che si instaurano all'interno di un nucleo familiare tra un minore e il *partner* del genitore biologico emerge sotto molteplici profili e si manifesta in modo sensibilmente differenziato in ragione della presenza di entrambi i genitori biologici o di uno soltanto di essi. In questa prospettiva occorre, in primo luogo, prendere in esame quelle fattispecie nelle quali, in assenza di un genitore biologico, il problema della rilevanza giuridica dei rapporti instaurati con il *partner* del genitore può essere osservato isolatamente, ossia senza l'interferenza di ulteriori variabili. Una simile eventualità si concretizza senz'altro nelle ipotesi in cui la nuova coppia sia formata da un genitore "single" che abbia fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita o da un genitore che abbia perso il *partner* con cui generò il figlio o che non lo abbia mai individuato con certezza. In queste fattispecie il problema di riconoscere una posizione giuridicamente rilevante al *partner* che non ha un rapporto biologico con il figlio generato dall'altro assume rilievo sotto diversi profili: anzitutto per quanto concerne l'interpretazione dell'art. 44, L. n. 184/1983 e l'ammissibilità della c.d. *stepchild adoption*; quindi per quanto attiene al problema della continuità del

rapporto tra il minore ed il c.d. genitore sociale in caso di rottura dell'unione con il genitore biologico, sollevato recentemente da un'ordinanza emessa dalla Corte d'Appello di Palermo con riferimento alla necessità di un'interpretazione dell'art. 337 *ter* c.c. orientata secondo il dettato della Costituzione e, soprattutto, secondo i principi stabiliti dall'art. 8 della Cedu (6); infine, può senz'altro essere iscritta entro l'ambito delle questioni relative al riconoscimento della rilevanza della figura del genitore sociale anche quella concernente il diritto di quest'ultimo a conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale subito a causa della perdita del figlio del *partner* (7). In effetti, occorre sottolineare che la rilevanza dei legami affettivi come elementi costitutivi di una relazione familiare tra il minore e il *partner* del genitore biologico - che trova senz'altro riscontro nei principi sanciti dall'art. 8 della Cedu e ormai consolidatisi nell'ambito della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani - è stata significativamente riconosciuta nel nostro ordinamento dal recente intervento legislativo L. 19 ottobre 2015, n. 173, recante *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare*, con il quale il legislatore è intervenuto a regolare la coesistenza delle figure dei genitori biologici e di coloro che, in virtù di periodi di affidamento temporaneo, abbiano stretto rapporti significativi con il minore (8).

Dall'insieme degli elementi brevemente delineati sembra emergere una crescente rilevanza della figura del genitore non biologico con il quale il minore abbia instaurato un significativo rapporto affettivo. Peraltro occorre considerare un ulteriore elemento che merita di essere valorizzato allorché si tratta di calare il problema della rilevanza della genitorialità sociale nel più specifico contesto dei rapporti che si instaurano con il genitore biologico non più convivente con il minore. In questa particolare prospettiva, infatti, le prerogative del genitore sociale non possono essere osservate isolatamente, ma nella loro interazione con la figura del genitore biologico. In altri termini, quindi, il generale problema del riconoscimento della rilevanza del geni-

(4) Cass., SS.UU., 22 giugno 2016, n. 12962, in corso di pubblicazione su questa *Rivista*, con nota di Veronesi; Trib. min. Roma 30 dicembre 2015; App. Roma 23 dicembre 2015; Trib. min. Roma 22 ottobre 2015; Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in questa *Rivista*, 2015, 574, con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*.

(5) Sul punto v. Ferrando, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri* e Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, en-

trambi in questo fascicolo, *retro*.

(6) App. Palermo 30 agosto 2015, in questa *Rivista*, 2016, 40 ss., con nota di Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*.

(7) Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in *DeJure*.

(8) Dogliotti, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2015, 1107 ss.

tore sociale diviene un più specifico problema di riconoscimento del ruolo del terzo genitore in presenza di una coppia di genitori biologici nella quale nessuno dei due abbia in alcun modo abdicato alle proprie responsabilità. In questa particolare fattispecie l'affermazione del principio della bigenitorialità sembra dover prevalere sulle istanze di riconoscimento di un ruolo al genitore sociale. Del resto questa conclusione, già lumeggiata dalla Cassazione in un precedente riferito ad un contesto normativo diverso da quello vigente (9), appare oggi confermata dalla scelta operata in termini generali dal legislatore che ha sancito la regola dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale (10).

In termini generali, a fronte di una crescente espansione della rilevanza della cosiddetta famiglia ricomposta, si evidenzia una difficoltà dell'interprete a ricondurre le complesse fattispecie che di volta in volta si configurano entro il disposto di norme quasi sempre concepite in funzione del paradigma della famiglia fondata sul matrimonio e nelle quali la crisi del rapporto di coppia era considerata nella sola prospettiva del divorzio. Una prospettiva che, tuttavia, non sembra tenere conto di quella fase successiva nella quale, sempre più di frequente, si assiste alla formazione di nuovi nuclei familiari e quindi alla creazione di trame di rapporti assai più complesse di quelle assunte come modello da una disciplina che, seppure con periodiche revisioni, è giunta pressoché inalterata dagli anni Settanta ad oggi. Considerazioni analoghe possono essere ripetute anche con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali consolidati che, in larga misura, appaiono ancorati a soluzioni concepite in funzione del paradigma della famiglia unita nella quale la crisi della coppia può sfociare al più nel divorzio, ma non nella ricomposizione di nuclei familiari nuovi formati successivamente alla rottura del primo.

L'analisi delle norme che governano le conseguenze economiche della crisi del matrimonio, di quelle che regolano la successione a casa di morte, il cognome della famiglia ed il rapporto genitori-figlio sembra confermare, a tutta prima, una complessiva difficoltà nell'inquadramento delle relazioni riconducibili alla categoria della famiglia ricomposta. Peraltro anche la recente introduzione della disci-

plina prevista dalla L. 20 maggio 2016, n. 76 testimonia ulteriormente l'indifferibile esigenza di individuare soluzioni adeguate alla complessità dei rapporti che caratterizzano la famiglia ricomposta e di rimodellare regole concepite in funzione della famiglia matrimoniale tendenzialmente stabile, tenendo conto della presenza di una pluralità di modelli familiari e della loro flessibilità nel tempo. In quest'ottica, anticipando questioni che verranno analizzate con maggiore dettaglio, è possibile osservare che, nell'ambito delle conseguenze economiche del divorzio, il consolidato orientamento secondo cui il tenore di vita coniugale costituisce il parametro fondamentale in funzione del quale valutare la spettanza e l'entità degli assegni di mantenimento dovuti al coniuge economicamente debole ed ai figli non autosufficienti incontra un limite laddove le esigenze dei componenti del nucleo familiare originario, debbano essere conciliate con quelle di una nuova famiglia formata successivamente alla crisi della prima (11). L'introduzione della nuova disciplina, soprattutto per quanto riguarda le convivenze di fatto, impone poi di riconsiderare il tema assai complesso e dibattuto della persistenza dei doveri fondati sulla solidarietà post-coniugale a fronte della nuova convivenza intrapresa dalla parte economicamente debole.

La disciplina delle successioni a causa di morte, concepita in funzione di un paradigma di famiglia unita, sembra condurre a soluzioni talvolta in contrasto con il cosiddetto sentire comune soprattutto laddove il coniuge del *de cuius* non sia anche il genitore dei figli dello stesso *de cuius*. A seguito della Riforma che ha introdotto la possibilità di contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso questo genere di problemi assume oggi una portata ancora più vasta, ove si configuri la ricomposizione di una famiglia fondata dal genitore con un nuovo *partner* dello stesso sesso.

Anche la disciplina del cognome della famiglia costituisce un interessante punto di osservazione dei delicati equilibri tra l'espressione del fondamentale principio della bigenitorialità e l'esigenza di garantire la piena attuazione del diritto all'identità personale del figlio anche qualora egli si trovi ad essere inserito in un nucleo familiare diverso da quello originariamente formato dai suoi genitori (12).

(9) Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1206, con nota critica di Sesta, *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la legge n. 54/2006: quale sorte dell'art. 317 bis c.c.?* e in questa *Rivista*, 2011, 1097, con nota di Mansi, *Figli naturali e potestà genitoriale tra l'art. 317 bis c.c. e la l. n. 54/2006*.

(10) Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in questa *Rivista*, 2014, 466-479.

(11) Cfr. *infra* par. 2.

(12) Cfr. *infra* par. 4.

Sotto questo profilo le innovative disposizioni contenute nel comma 10 della L. 20 maggio 2016, n. 76 relativamente al cognome dei membri dell'unione civile possono essere osservate come il primo passo verso una riforma della disciplina del cognome della famiglia che dovrebbe essere ispirata a principi funzionali a salvaguardare la parità tra i *partners*, senza dimenticare il fondamentale diritto all'identità personale dei figli (13).

## **2. La solidarietà post-coniugale nella prospettiva delle famiglie che si sovrappongono nel tempo. La seconda famiglia formata dal coniuge obbligato al mantenimento**

L'esigenza di adottare letture interpretative che tengano conto della prospettiva della famiglia ricomposta emerge nel contesto delle regole che governano la solidarietà post-coniugale in tutte le ipotesi in cui la nascita di nuclei familiari "nuovi" formati dai coniugi o dagli ex coniugi successivamente alla rottura del matrimonio determinano una sovrapposizione di più famiglie che dipendono economicamente da un medesimo soggetto. In questa prospettiva è ormai da tempo emersa la consapevolezza riguardo al fatto che nelle fattispecie in cui, successivamente alla rottura del matrimonio, il coniuge economicamente forte formi una seconda famiglia, si impone la necessità di commisurare la spettanza e l'entità del mantenimento dovuto alla parte economicamente debole abbandonando il riferimento al tenore di vita goduto nel momento in cui la famiglia era unita e perseguendo il diverso obiettivo di garantire ai nuovi nuclei familiari che si formano a seguito della separazione e del divorzio un tenore di vita simile tra loro in modo da realizzare un'equilibrata ripartizione delle risorse tra la prima famiglia (composta dall'ex coniuge beneficiario dell'assegno divorzile e i figli del

primo matrimonio) e la seconda famiglia che l'ex coniuge obbligato al pagamento dell'assegno divorzile abbia ricostituito successivamente al divorzio (14). Invero un precedente ormai datato aveva adottato una soluzione, criticabile, che si basava sull'assunto secondo cui la decisione di formare una seconda famiglia costituisce una scelta e non una necessità. Muovendo da questo presupposto, la Cassazione aveva concluso che il diritto dei componenti della prima famiglia di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non potesse subire limitazioni a seguito della decisione del familiare economicamente forte di dare vita ad una nuova famiglia (15). Questo orientamento, a ben vedere, risultava difficilmente conciliabile con i principi fondamentali dell'ordinamento in quanto la sua applicazione avrebbe condotto a privilegiare ingiustificatamente i componenti del nucleo familiare originario a scapito dei componenti del nuovo nucleo familiare formato successivamente al divorzio. Così, seguendo un orientamento diverso e sicuramente condivisibile, la Suprema Corte ha preso atto del dato per cui la presenza di una nuova famiglia costituita dall'ex coniuge tenuto al pagamento dell'assegno divorzile *ex art. 5, L. div.*, comporta una variazione degli assetti pregressi di cui non può non tenersi conto. In questi casi, pertanto, si impone un "temperamento dei diritti della prima famiglia" necessario ad "evitare un trattamento deteriore della seconda". Dunque il secondo matrimonio e, più in generale, la nascita di figli dell'obbligato, rendono in linea di principio necessaria una rinnovata valutazione comparativa della situazione delle parti da cui può scaturire una rideterminazione dell'assegno dovuto all'ex coniuge. Queste considerazioni, del resto, trovano una conferma assai significativa in una decisione di legittimità relativamente recente (16) nella quale, per la prima volta, viene chiarito che la costituzione di una nuova famiglia successivamente alla disgregazione

(13) Sul punto v. Bugetti, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in questo fascicolo, *retro*.

(14) Il diritto della persona a riformare una famiglia successivamente alla crisi del matrimonio è stato evocato da una pronuncia di legittimità in materia di assegno divorzile Cass. 19 marzo 2014, n. 6289, in questa *Rivista*, 2015, 470, con nota di Buzzelli, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*; sul punto v. anche Al Mureden, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, in questa *Rivista*, 2014, 1043. In tempi relativamente recenti la Corte costituzionale (Corte cost. 9 febbraio 2015, n. 11, in questa *Rivista*, 2015, 537, con nota di Al Mureden, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*) ha confermato la persistente ragionevolezza del riferimento al tenore di vita coniugale come parametro per commisurare la spettanza e l'entità del-

l'assegno divorzile, dichiarando infondata la questione sollevata da Trib. Firenze 22 maggio 2013, in questa *Rivista*, 2014, 687, con nota di Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* e di Morrone, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*. Sul principio di ragionevolezza delle leggi v. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 275 ss.; Id., sub art. 3 Cost., in *Codice della famiglia*, III ed. a cura di Sesta, Milano, 2015, in part. 41.

(15) Cass. 22 novembre 2000, n. 15065, in questa *Rivista*, 2001, 34, con nota di De Marzo, *Mantenimento dei figli nati da precedente matrimonio e rilevanza della costituzione di una nuova famiglia*.

(16) Cass. 19 marzo 2014, n. 6289, cit.



del primo gruppo familiare rappresenta un diritto ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 9). Il diritto dell'individuo a formarsi una famiglia, precisa la Cassazione, non può incontrare un limite, né essere considerato alla stregua di una mera scelta individuale non necessaria, nemmeno laddove sia già presente un primo nucleo familiare la cui unità è venuta meno a seguito del divorzio. Proprio una simile impostazione, invero, testimonia ulteriormente l'inopportunità di commisurare l'assegno divorzile al tenore di vita goduto durante il matrimonio e la necessità di adottare una prospettiva diversa: quella di garantire un tenore di vita equivalente a tutti coloro che dipendono da un medesimo soggetto economicamente forte.

La recente introduzione della L. 20 maggio 2016, n. 76 pone il problema di stabilire se le considerazioni appena svolte possano essere ripetute anche nell'ipotesi in cui il coniuge economicamente forte successivamente al divorzio dia vita ad un'unione civile oppure ad una convivenza sul modello di quanto previsto dai commi 36 ss. della L. 20 maggio 2016, n. 76. Nella prima ipotesi sembra possibile affermare che gli approcci conseguiti con riferimento al matrimonio contratto con una persona di sesso diverso possano conservare la loro validità. Per quanto concerne, invece, l'eventualità in cui l'ex coniuge divorziato dia vita ad una convivenza sembrano porsi problemi più complessi in quanto il diritto al mantenimento spettante al nuovo convivente non assume la stessa portata di quello garantito al coniuge o alla parte dell'unione civile. Pertanto, gli obblighi assunti con l'instaurazione della nuova convivenza sembrano comunque porsi su di un piano subalterno rispetto a quelli scaturenti dal matrimonio ed anche a quelli che trovano il loro fondamento nella solidarietà post-coniugale. Ciò condurrebbe ad affermare che se da una parte l'assunzione di doveri nei confronti del nuovo convivente possono determinare ad una limitazione degli obblighi di mantenimento verso l'ex coniuge, dall'altra questi ultimi conserverebbero una posizione di preminenza rispetto ai primi.

### **2.1. Segue. La seconda famiglia formata dal coniuge beneficiario del mantenimento**

Nell'ambito della complessa trama di rapporti che può crearsi quando, successivamente alla rottura della coppia coniugale, si instaurano nuove relazioni familiari, occorre considerare anche l'ipotesi

nella quale il coniuge titolare di assegno di mantenimento o dell'assegno post-matrimoniale formi una seconda famiglia. Al riguardo il legislatore ha contemplato la sola ipotesi nella quale l'ex coniuge titolare di assegno divorzile passi a nuove nozze, sancendo che, in tal caso, "l'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa" (art. 5, comma 10, L. div.). Tale norma governa attualmente anche la fattispecie nella quale l'ex coniuge divorziato contragga un'unione civile successivamente al divorzio in virtù del rinvio operato dal comma 25 della L. n. 76/2016. Per quanto riguarda la diversa ipotesi in cui l'ex coniuge divorziato titolare di assegno post-matrimoniale instauri una nuova convivenza nell'ambito della quale benefici del supporto economico del nuovo *partner*, si pongono delicate questioni interpretative, che l'intervento legislativo di riforma ha regolato solo in minima parte e che, pertanto, continuano a dover essere risolte sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali formati in precedenza. In prima approssimazione si può affermare che, fino alla riforma introdotta dalla L. n. 76/2016 l'instaurazione di una nuova convivenza da parte dell'ex coniuge divorziato economicamente dipendente dall'altro imponeva di risolvere quattro ordini di problemi.

Occorre stabilire, in primo luogo, quali fossero i presupposti al ricorrere dei quali l'instaurazione di una convivenza *more uxorio* potesse assumere rilievo al fine della ridefinizione dei rapporti economici tra i coniugi separati e gli ex coniugi divorziati; in altri termini si trattava di individuare quali caratteristiche dovessero presentare la relazione instaurata con il nuovo *partner* da parte del coniuge debole affinché essa potesse essere considerata alla stregua di un elemento capace di giustificare una limitazione dei doveri di solidarietà post-coniugale gravanti sul coniuge tenuto alla corresponsione dell'assegno post-matrimoniale.

Un diverso problema consisteva nello stabilire se l'accertamento di un rapporto di convivenza sufficientemente solido e stabile costituisse una condizione di per sé sufficiente a legittimare una limitazione dei doveri gravanti sul coniuge separato o sull'ex coniuge divorziato, oppure se tale accertamento rappresentasse solamente una condizione necessaria a tal fine, ma non sufficiente. Questa seconda opzione interpretativa, infatti, sembrava ravvisabile in quelle motivazioni nelle quali l'instaurazione di una nuova convivenza veniva considerata rilevante non di per sé, ma solamente laddove da essa scaturisse un effettivo miglioramento della

condizione economica dell'ex coniuge titolare di assegno divorzile.

Una volta individuati i presupposti al ricorrere dei quali risultava possibile affermare che la nuova convivenza del coniuge beneficiario del mantenimento presentasse caratteri tali da poter condurre ad una limitazione dei doveri gravanti sulla parte economicamente forte, poteva porsi l'ulteriore interrogativo di stabilire se tale limitazione si risolvesse nella netta esclusione del dovere di mantenimento o dovesse essere modulata tenendo conto dell'entità del beneficio economico ricavato dalla nuova convivenza.

Da ultimo, inoltre, si poneva il problema di stabilire se la limitazione o l'esclusione dell'obbligo di mantenimento gravante sul coniuge economicamente forte potesse essere considerata "reversibile" oppure se, una volta intervenuta, essa precludesse la possibilità di una reviviscenza degli obblighi di mantenimento fondati sulla solidarietà post-coniugale.

Con riferimento ai problemi illustrati la giurisprudenza aveva elaborato principi comuni applicabili in linea di massima sia al coniuge separato, sia all'ex coniuge divorziato. In effetti sotto alcuni profili sembrava emergere l'opportunità di formulare regole uniformi, applicabili sia nel contesto della separazione che in quello del divorzio; al tempo stesso, tuttavia, è stata suggerita l'opportunità di tenere conto di significativi profili di differenziazione tra i due istituti, che, soprattutto per quanto concerne il problema della reviviscenza degli obblighi gravanti sulla parte economicamente forte, sembrano indicare l'opportunità di affrontare le questioni connesse all'instaurazione di una nuova convivenza da parte del beneficiario del mantenimento secondo approcci che valorizzino le peculiarità che caratterizzano la condizione del coniuge separato e quella dell'ex coniuge divorziato.

L'introduzione della L. 20 maggio 2016, n. 76, sotto alcuni profili, ha determinato il superamento delle elaborazioni giurisprudenziali appena indicate e, per altri aspetti, ha fornito importanti elementi di chiarificazione rispetto ad incertezze emerse nel contesto previgente. La maggior parte delle questioni a cui si è fatto cenno, tuttavia, non possono dirsi risolte a seguito dell'intervento riformatore, di modo che persiste l'utilità degli orientamenti giurisprudenziali elaborati in precedenza.

A tutta prima i criteri elaborati al fine di individuare i presupposti in presenza dei quali fosse possibile ravvisare una convivenza *more uxorio* capace di giustificare la riduzione o l'eliminazione del contributo dovuto dal coniuge separato o dall'ex coniuge divorziato possono apparire oggi superati laddove si consideri che il comma 36 specifica che per "conviventi di fatto" si intendono "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile" e che il successivo comma 37 stabilisce che, ferma restando la sussistenza di presupposti indicati dal comma 36, ai fini dell'accertamento dello stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica. La definizione legislativa dei presupposti al ricorrere dei quali è possibile attribuire rilievo alla convivenza rende ormai superfluo il ricorso ai criteri elaborati dalla giurisprudenza e, al tempo stesso, chiarisce alcune questioni interpretative riguardo alla quali erano emerse incertezze. Anzitutto si chiarisce quali siano i presupposti necessari al fine di individuare una fattispecie di convivenza rilevante e si esclude che possa assumere rilievo la convivenza instaurata da soggetti che risultino ancora vincolati da un precedente matrimonio, ancorché separati. In altri termini, quindi, il legislatore sancisce l'irrelevanza della convivenza instaurata dal coniuge separato ai fini dell'applicazione della disciplina recentemente introdotta (17). Ciò induce a concludere che il problema della rilevanza del mantenimento goduto da parte del convivente e della sua sovrapposizione con la tutela derivante dalla solidarietà post-coniugale debba essere affrontato secondo approcci differenziati a seconda che si verta nell'ipotesi del divorzio o in quella della separazione. Infatti, mentre la posizione dell'ex coniuge divorziato consente l'instaurazione di una convivenza nell'ambito della quale egli beneficia di tutele che oggi il legislatore riconosce, la posizione del coniuge separato si caratterizza per la presenza di una tutela che trae la propria fonte nel matrimonio tuttora persistente; matrimonio la cui persistenza nondimeno impedisce la valida formazione di una convivenza e l'accesso alle tutele ad esso ricollegate dal legislatore. Muovendo da questa premessa sembra possibile concludere che l'instaurazione di una nuova convivenza da parte dell'ex coniuge divorziato assume senz'altro rilievo ai fini

(17) V. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in questo fascicolo, *retro*.

della riduzione o cessazione dell'assegno post-matrimoniale. Diversamente, l'instaurazione di una convivenza da parte del coniuge separato, non rientra tra le fattispecie alle quali il legislatore connette la tutela prevista dal comma 36 e seguenti della L. 20 maggio 2016, n. 76. Ad esso, peraltro, continua ad essere riconosciuta la tutela che scaturisce dal matrimonio. Pertanto, in prima approssimazione, può apparire ragionevole concludere che se l'instaurazione di una convivenza durante la fase della separazione non garantisce l'acquisizione di nessun diritto nei confronti del convivente, al tempo stesso essa non può giustificare la limitazione dei doveri che scaturiscono dalla solidarietà tra coniugi separati. D'altra parte occorre considerare che, anche qualora fosse ravvisabile una convivenza di fatto non ricompresa nell'ambito applicativo del comma 36 della L. 20 maggio 2016, n. 76, non sarebbe possibile escludere radicalmente la rilevanza di una simile situazione ai fini delle rimodulazione dell'assegno dovuto al coniuge, ove quest'ultimo di fatto benefici di considerevoli utilità economiche derivanti dalla nuova relazione instaurata.

Come anticipato, la riforma non è intervenuta a regolare il problema della commisurazione dell'entità del contributo dovuto per il mantenimento della parte debole, nonché la questione dell'irreversibilità della sua cessazione nel caso in cui il titolare dia vita ad una nuova relazione non fondata sul matrimonio o sull'unione civile. Ciò induce a ritenere che le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza formatasi precedentemente alla riforma continuino a conservare la propria utilità. Entrambe le problematiche appena indicate, quindi, necessitano di essere analizzate sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali formatisi precedentemente all'entrata in vigore della riforma, i quali, a ben vedere, costituiscono tutt'ora una imprescindibile chiave di lettura delle norme che governano la solidarietà post-coniugale anche laddove i conflitti si pongano tra l'ex coniuge e la parte di un'unione civile o di una convivenza di fatto.

Per quanto attiene alla misura del contributo dovuto per il mantenimento della parte debole che instauri una nuova convivenza conserva validità l'orientamento secondo cui ogni considerazione relativa alle condizioni economiche godute dal nuovo convivente ed ogni comparazione tra il livello di benessere della nuova famiglia fondata sulla convi-

venza rispetto a quello che aveva caratterizzato la precedente unione matrimoniale dovrebbero risultare totalmente prive di rilievo proprio perché, una volta assunta la decisione (e la responsabilità) di costituire un nuovo nucleo familiare autonomo, non dovrebbe residuare più spazio per interferenze tra questo nuovo nucleo e persistenti doveri di solidarietà post-coniugale radicati sul matrimonio precedente. Adottando l'impostazione appena descritta è inoltre possibile affermare che a seguito dell'accertamento di una stabile convivenza del coniuge beneficiario del sostegno economico da parte dell'altro la limitazione dei doveri della parte obbligata debba risolversi in una netta esclusione del dovere di mantenimento e non possa essere modulata tenendo conto dell'entità del beneficio economico ricavato dalla nuova convivenza (18). La riforma attuata dalla L. 20 maggio 2016, n. 76 sembra confermare senz'altro la validità dell'orientamento appena illustrato. Infatti - poiché attualmente è riconosciuta una specifica tutela alla parte dell'unione civile e della convivenza di fatto - appare illogico che tale tutela possa sovrapporsi a quella che scaturisce da un precedente matrimonio.

Per quanto attiene alla questione relativa al carattere definitivo o reversibile dell'eliminazione del contributo economico dovuto per il mantenimento dell'ex coniuge divorziato che abbia dato vita ad una nuova famiglia, la soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito per lungo tempo dominante propendeva per il carattere reversibile delle limitazioni del dovere di mantenimento gravante sull'ex coniuge. Pronunce relativamente recenti, infatti, avevano chiarito che l'instaurazione di una stabile convivenza da parte del beneficiario dell'assegno divorzile costituiva un limite agli obblighi imposti alla parte economicamente forte e poneva detto assegno "in una fase di quiescenza"; il che comportava la possibilità che la parte economicamente debole riproponesse l'istanza volta al conseguimento dell'assegno divorzile in caso di rottura della convivenza (19). Questa soluzione, appare in effetti espressione di una concezione dei rapporti tra ex coniugi che mal si concilia con il contesto normativo attuale e con la rilevanza che in esso viene attribuita alla formazione di una nuova famiglia nella quale siano presenti figli comuni dei partners. Infatti, qualora si convenga circa il fatto

(18) Cass. 3 aprile 2015, n. 6855, con nota di Al Mureden, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ.*

*comm.*, 2015, I, 683-692.

(19) Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, cit.; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845, cit.; Cass. 12 marzo 2012, n. 3923, cit.

che attraverso la creazione di una nuova famiglia si compie un atto di autoresponsabilità inconciliabile con il persistente godimento dei benefici economici derivanti da rapporto coniugale ormai terminato, appare più ragionevole concludere che il venir meno dell'assegno post-matrimoniale dovrebbe assumere, in linea di principio, un carattere definitivo e quindi non reversibile (20). La soluzione adottata da una *leading decision* della Cassazione, secondo la quale l'intervenuta instaurazione di una convivenza da parte dell'ex coniuge beneficiario dell'assegno post-matrimoniale dopo la definitiva rottura del vincolo coniugale dovrebbe determinare l'effetto di limitare o escludere i doveri di mantenimento gravanti sull'altro in via definitiva ed irreversibile appare, quindi, in linea di principio condivisibile. Cionondimeno occorre precisare che la validità dell'assunto appena riportato dovrebbe essere circoscritta alla sola ipotesi in cui sia l'ex coniuge divorziato a dare vita ad una formazione familiare non fondata sul matrimonio. Pertanto, le osservazioni svolte con riferimento ai riflessi che l'instaurazione di una nuova convivenza può determinare sull'assegno divorzile non sembrano poter essere ripetute nelle ipotesi in cui la convivenza sia instaurata da un coniuge separato titolare di assegno di mantenimento. Già prima dell'intervento riformatore si poteva osservare che la separazione determina un allentamento del vincolo matrimoniale, che, tuttavia, persiste e quindi la permanenza di uno *status* di coniuge che è persino suscettibile di riacquistare una rilevanza piena a seguito di una eventuale riconciliazione. In quest'ultima ipotesi potrebbe addirittura risorgere l'obbligo di contribuzione *ex art.* 143 c.c., e, in caso di una successiva crisi dei coniugi già riconciliati, potrebbero ancora ricorrere i presupposti per l'attribuzione di un assegno di mantenimento *ex art.* 156 c.c. In altri termini l'instaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte di un soggetto che, in quanto separato, conservi ancora un significativo legame con l'altro coniuge può sicuramente legittimare la limitazione o l'esclusione dei doveri di mantenimento scaturenti dall'*art.* 156 c.c. Al tempo stesso la persistenza del vincolo coniugale dovrebbe consentire di attribuire alla limitazione o all'esclusione dei doveri di mantenimento gravanti sul coniuge i caratteri della provvisorietà e reversibilità in ragione dei quali appare possibile ritenere che il diritto al

mantenimento della parte economicamente debole si trovi in una situazione di quiescenza e possa ripristinarsi in caso di rottura della nuova convivenza o di riconciliazione con il coniuge separato. Questa soluzione sembra dover essere confermata persino nell'ipotesi in cui il coniuge separato beneficiario dell'assegno di mantenimento dia vita ad una famiglia non fondata sul matrimonio e caratterizzata dalla presenza di figli comuni con il nuovo *partner*. Anche in questa ipotesi, infatti, resterebbe sempre possibile l'eventualità di una riconciliazione con il coniuge e di una ricomposizione della piena unità del primo nucleo familiare fondato sul matrimonio. In altri termini quella nuova assunzione di responsabilità manifestata mediante la formazione di una nuova famiglia coesisterebbe in quest'ipotesi con la perdurante sussistenza di una famiglia fondata sul matrimonio che, dopo un periodo di crisi formalizzato attraverso la separazione personale, eventualmente recuperi la sua piena coesione. Una significativa conferma circa la validità della lettura interpretativa appena riassunta si rinviene laddove il comma 36 della L. 20 maggio 2016, n. 76 ha espressamente escluso la rilevanza della convivenza instaurata da soggetti ancora coniugati, e quindi anche da coloro che vivono nella condizione di coniugi legalmente separati. Il che conferma indubbiamente la persistenza della tutela fondata sul matrimonio ancora in atto. In quest'ottica, pertanto, la circostanza per cui di fatto il coniuge separato conviva con altra persona e benefici di apporti economici provenienti da essa, potrebbe al più riflettersi sull'assegno di mantenimento comportandone la riduzione o la temporanea eliminazione, ma non giungere ad una sua estinzione irreversibile.

### 3. Successione necessaria, famiglie ricomposte e nuove esigenze di tutela dei figli

La prospettiva della famiglia ricomposta costituisce l'angolo di osservazione nel quale è stato posto in luce come la disciplina della successione del coniuge - che costituì un elemento fondamentale della riforma del '75 e indubbiamente risponde all'esigenza di valorizzare i principi costituzionali che governano l'unione matrimoniale - possa celare profili di criticità qualora, trovando applicazione con riferimento ad un coniuge che non sia anche genito-

(20) Al Mureden, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autore-sponsabilità"*, cit., 1043.



re dei figli comuni, conduca a frustrare la finalità di conservare il patrimonio all'interno del nucleo familiare originario. In effetti gli interpreti hanno posto in evidenza i possibili inconvenienti legati ad una tutela del coniuge che talvolta può apparire eccessiva, soprattutto quando le norme sulla successione e quelle sulla comunione dei beni operano sinergicamente (21). In tal caso la posizione del coniuge (e oggi della parte dell'unione civile) assume una preminenza assoluta rispetto a quella dei figli perché egli consegue metà dei beni caduti in comunione al momento dello scioglimento del regime e concorre con i figli sul restante patrimonio del coniuge defunto (22). Il problema della "sovra-compensazione" del coniuge al momento della successione assume una significativa rilevanza quando la struttura del gruppo familiare originario si arricchisce di nuove ramificazioni. Questa situazione si verificava tradizionalmente solo nel caso di scioglimento del matrimonio per la morte di uno dei coniugi e, successivamente all'introduzione del divorzio, ha assunto una diffusione sociale assai più ampia. Dimensione che appare oggi ulteriormente ampliata in ragione dell'estensione dei diritti successori tradizionalmente riservati al coniuge anche alla parte dell'unione civile; nonché in considerazione dei diritti, assai più limitati, ma significativi, attribuiti al convivente di fatto (23).

Indubbiamente un'ipotesi di sovrapposizione di diverse famiglie nel tempo che anche il legislatore del '75 aveva ben presente era quella del secondo matrimonio dei vedovi. In questo caso l'applicazione delle nuove norme in tema di successione comporta una significativa alterazione delle aspettative successorie dei figli del primo matrimonio. Infatti il collegamento che si instaura tra i patrimoni dei coniugi che si accostano alle seconde nozze fa sì che, alla morte del primo, l'altro consegua necessariamente una considerevole quota di eredità ed il diritto ad abitare vita natural durante la casa familiare (art. 540 c.c.); inoltre, qualora il regime prescelto sia quello legale, il secondo coniuge si vedrà

attribuire una considerevole parte del patrimonio accumulato durante gli anni del matrimonio (24). Nella prospettiva dei figli del primo matrimonio la situazione appena descritta può rappresentare, di fatto, una significativa lesione dell'aspettativa successoria maturata nei confronti del genitore passato a seconde nozze oppure un incremento di questa stessa aspettativa. Il fatto che si verifichi la prima eventualità o la seconda dipende esclusivamente dalla circostanza che il genitore sposato in seconde nozze premuova al (secondo) coniuge oppure sopravviva ad esso. Per cogliere i rilevanti risvolti applicativi delle norme sulla successione necessaria in caso di secondo matrimonio dei vedovi conviene ipotizzare che i coniugi che si accostano alle seconde nozze abbiano entrambi alle spalle una prima esperienza matrimoniale o familiare e quindi abbiano entrambi figli da una unione precedente. In tal caso potrebbe ravvisarsi un interesse reciproco a conservare la purezza dell'integrità dell'aspettativa successoria dei rispettivi figli della prima unione. Qualora i coniugi che si apprestano a contrarre il secondo matrimonio volessero accordarsi per rinunciare anticipatamente in modo reciproco alle rispettive posizioni di eredi necessari verrebbe in considerazione il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.) (25). L'inconveniente appena indicato costituisce una conseguenza indiretta dell'attuale disciplina della successione necessaria del coniuge alla quale le parti non possono porre rimedio nemmeno con apposita convenzione. Da ultimo occorre rilevare che il secondo matrimonio dei vedovi rappresenta un'eventualità di limitatissima portata sul piano statistico (26) e, pertanto, i delicati problemi appena riassunti interessano un numero di situazioni estremamente circoscritto. Il recente intervento riformatore ha determinato un ampliamento di queste situazioni, estendendole anche all'ipotesi dell'unione civile contratta dal vedovo e, sotto limitati profili, della nuova convivenza istaurata dal vedovo (27).

(21) Calvo, *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, Milano, 2010, 39.

(22) Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. Dir. fam.*, diretto da Zatti, I, 1, II ed., Milano, 2011, 17; Calvo, *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, cit., 39.

(23) Sul punto v. Bonilini, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in questo fascicolo, *infra*.

(24) Calvo, *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, cit., 39.

(25) leva, sub art. 458 c.c., in *Codice delle successioni*, a cu-

ra di Sesta, Milano, 2011, cit., 595 ss.; Balestra - Martino, *Il divieto dei patti successori*, in Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, Milano, 2009, 63; leva, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008; Cecere, voce *Patto successorio*, in *Digesto Disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2003, 1001.

(26) *Il matrimonio in Italia*, 2013, pubblicato il 12 novembre 2014, 8, consultabile sul sito dell'Istat al link [www.istat.it/it/archivio/138266](http://www.istat.it/it/archivio/138266).

(27) Sul punto v. Bonilini, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in questo fascicolo, *infra*.

Il fatto che la disciplina della successione necessaria abbia assunto come paradigma quello della famiglia unita e, soprattutto, di una famiglia nella quale non si aggiungono soggetti nuovi rispetto a quelli che componevano il gruppo originario (28) poteva essere riguardato come una scelta condivisibile in un contesto giuridico caratterizzato dall'indissolubilità del matrimonio, ma può destare perplessità in un contesto come quello attuale caratterizzato dalla dissolubilità del matrimonio e della crescente rilevanza assunta dalla famiglia ricomposta. In prima approssimazione, quindi, può apparire quasi paradossale che il legislatore abbia introdotto un sistema di regole che possono presentare profili di criticità laddove si ponga il problema di calare la successione nel contesto di un gruppo familiare che si è arricchito di nuove ramificazioni successivamente allo scioglimento del primo matrimonio (29) proprio nel momento in cui queste situazioni erano destinate a moltiplicarsi a seguito dell'introduzione del divorzio e della separazione per cause oggettive (30).

Indubbiamente il recente intervento riformatore avrebbe potuto costituire l'occasione di rimodellare una disciplina delle successioni che da tempo reclama un adeguamento e che tenga conto della complessità degli attuali modelli familiari nonché della necessità di proteggere adeguatamente la posizione dei figli della prima unione rispetto alle esigenze che possono venire a crearsi a seguito della costituzione di nuove unioni da parte dei genitori. In quest'ottica appare senz'altro apprezzabile la previsione contenuta nel recente Disegno di legge in materia di introduzione degli accordi prematrimoniali, laddove si prevede l'introduzione di un art. 162 *bis* c.c. il cui ottavo comma dispone che "il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria" e si precisa che la "normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli" (31).

#### 4. Il cognome della famiglia tra flessibilità delle relazioni tra *partners* e diritto all'identità personale dei figli

Le regole che governano l'attribuzione del cognome della famiglia costituiscono un punto di osser-

vazione emblematico nel quale emerge la profonda divergenza tra il modello di famiglia che il legislatore degli anni Settanta aveva assunto quale paradigma e lo scenario attuale, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di modelli familiari e dall'affermarsi del principio della bigenitorialità.

Il legislatore del '75, nell'accostarsi alla Riforma della disciplina del cognome della famiglia, era chiamato a concepire regole coerenti rispetto ad un modello di famiglia profondamente mutato e caratterizzato da significativi elementi di complessità rispetto al sistema previgente in cui il cognome esprimeva l'esigenza di testimoniare l'unità di un gruppo familiare indissolubile caratterizzato dalla preminenza del marito e del padre (32). La finalità di garantire l'unità familiare, infatti, doveva essere perseguita anche tenendo conto dell'esigenza di assicurare la piena attuazione del principio di parità tra i coniugi e dei diritti individuali dei componenti del nucleo familiare, soprattutto con riferimento al diritto all'identità personale. La caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio, inoltre, ha dato vita proprio in quell'epoca, ad un ulteriore elemento di complessità la cui portata è pienamente emersa solo in tempi recenti, imponendo di concepire una disciplina del cognome capace di garantire l'unità della famiglia e l'identità personale dei suoi componenti anche nelle ipotesi in cui la rottura del matrimonio dei genitori determini una divisione del nucleo familiare originario e ponga i presupposti per un'eventuale ricomposizione di nuclei familiari nuovi da parte dei coniugi separati o degli ex coniugi divorziati.

Il raffronto tra le esigenze appena indicate e l'attuale disciplina del cognome della famiglia fa emergere evidenti profili di criticità che si manifestano soprattutto nella prospettiva della famiglia ricomposta. In prima approssimazione si può osservare che l'art. 143 *bis* c.c., giusta il quale "la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze", rientra indubbiamente tra quelle "zone di diritto diseguale" (33), "retaggio di una concezione patriarcale della famiglia", che appare "non più coerente con i principi dell'ordinamento

(28) Belloni, *La famiglia polinucleare*, Roma, 2011, in part. 142 ss. e 162 ss.

(29) Calvo, sub art. 457 c.c., cit., 576-577; Crotti, sub art. 536 c.c., *ivi*, 888.

(30) Santosuosso, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011, 21, 22.

(31) Disegno di legge n. 2629, XVI Legislatura, recante, *Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898,*

*in materia di patti prematrimoniali.*

(32) Cavina, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma, 2007, 251 ss.; De Cupis, voce *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 307.

(33) L'espressione è di Ferrando, *I rapporti personali tra coniugi: principio di uguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Antologia a cura di Perlingieri e Sesta, I, Napoli, 2007,

e con il valore costituzionale dell'uguaglianza fra uomo e donna" (34). Del resto la violazione del principio di uguaglianza emerge anche nella prospettiva del marito al quale è preclusa la possibilità di aggiungere al proprio cognome quello della moglie (35).

L'asimmetria che caratterizza la disciplina del cognome nella fase fisiologica del rapporto si riflette anche nelle norme che governano l'utilizzo del cognome maritale durante la separazione (art. 156 bis c.c.) e successivamente al divorzio (art. 5, comma 2 e 3, L. div.) (36). In particolare l'art. 156 bis c.c. prevede che il giudice possa vietare alla moglie separata l'utilizzo del cognome del marito ove da ciò derivi un pregiudizio per quest'ultimo; al tempo stesso anche la moglie, qualora da ciò possa scaturire un grave pregiudizio, può essere autorizzata a non utilizzare il cognome del marito (37). Nell'ambito del divorzio l'art. 5, comma 2, L. div. ricollega allo scioglimento del matrimonio la perdita del cognome maritale, salva la possibilità di conseguire un'autorizzazione a conservarlo in presenza di un interesse meritevole di tutela in capo alla ex coniuge o ai figli (art. 5, comma 3, L. div.). I problemi appena delineati sembrano superati nel contesto dell'unione civile, ove il comma 10 della L. 20 maggio 2016, n. 76 dispone che le parti possono

stabilire di assumere un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi e che ciascuna delle parti può anteporre o posporre al cognome comune il proprio. Appare assai significativa la precisazione secondo cui tali eventualità sono limitate alla durata dell'unione civile, cosicché, una volta che essa venga meno, non dovrebbero porsi problemi circa la persistenza del cognome diverso da quello individuale.

I profili di inadeguatezza che caratterizzano la disciplina del cognome della famiglia sono emersi principalmente per quanto concerne la regola - ricavabile per implicito da numerose disposizioni (38) - secondo cui i figli devono assumere necessariamente il solo cognome paterno. La contrarietà di questa regola rispetto al principio della parità tra coniugi è stata evidenziata in più occasioni giungendo a provocare importanti decisioni della Corte costituzionale (39), della Cassazione (40) ed a stimolare progetti di riforma (41). In questo contesto occorre considerare, da ultimo, una decisione della Cedu (42) che ha sottolineato, ancora una volta, l'indifferibile esigenza di regolare l'attribuzione del cognome della famiglia secondo una disciplina rispettosa del principio di parità tra i coniugi (e genitori) e del fondamentale diritto all'identità personale del figlio (43).

317 e in part. 328.

(34) Quest'espressione si rinviene in Corte cost. 19 febbraio 2006, n. 61, in *Famiglia*, 2006, 931, con nota di Bugetti, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di uguaglianza* e in *Fam. pers. succ.*, 2006, 898, con nota di Gavazzi, *Sull'attribuzione del cognome materno ai figli legittimi e*, seppur riferita al cognome dei figli, conserva la sua validità anche con riferimento alla disciplina del cognome della moglie.

(35) De Cicco, *Cognome della famiglia e uguaglianza tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, II ed., Milano, 2011, 1016; Sesta, *Diritto di famiglia*, II ed., Padova, 2005, 140; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 22 febbraio 1994, n. 16213/90, in *DeJure*.

(36) Bonilini, *Gli effetti della pronuncia di divorzio sul cognome coniugale*, in Bonilini - Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, III ed., Milano, 2010, 513; A. Finocchiaro, in A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 675.

(37) Una disposizione analoga si rinviene nell'ordinamento francese, ove l'art. 300 c.c. (così come modificato dalla l. 26 maggio 2004, n. 439), dispone che "Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire".

(38) La regola secondo cui ai figli dev'essere attribuito necessariamente il solo cognome paterno è stata ricavata per implicito dal testo, oggi in parte abrogato, dell'art. 237 c.c. che tra gli elementi costitutivi del possesso di stato indicava l'utilizzo del cognome paterno, dall'art. 262, comma 1, c.c., che sancisce la preminenza del cognome paterno in caso di contemporaneo riconoscimento da parte di entrambi i genitori del fi-

glio non matrimoniale, dall'art. 299, comma 3, c.c., che stabilisce una regola analoga in materia di adozione, infine dall'art. 34, n. 1, d.P.R. n. 396/2000, che vieta l'attribuzione al figlio dello "stesso nome del padre vivente". Sul cognome della famiglia Arceri, sub art. 143 bis c.c., in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, 475; Ead., sub art. 156 bis c.c., *ivi*, 609; De Cicco, *Cognome e principi costituzionali*, cit., 2007, 333.

(39) Corte cost. 11 febbraio 1988, n. 176, in *Dir. fam.*, 1988, 670; Corte cost. 16 febbraio 2006, n. 61, in *De Jure*.

(40) Cass. 17 luglio 2004, n. 13298, in questa *Rivista*, 2004, 457, con nota di Carbone, *Quale futuro per il cognome?*; Cass. 15 dicembre 2011, n. 27069, in questa *Rivista*, 2012, 133, con nota di Carbone, *Conflitto sul cognome del minore che vive con la madre tra il patronimico e il doppio cognome*.

(41) Corte cost. 16 febbraio 2006, n. 61, cit. Per un'esauriva illustrazione delle soluzioni adottate nel sistema tedesco e in altri ordinamenti europei Jayme, *Cognome diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (spunti di diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 71.

(42) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, in questa *Rivista*, 2015, 205, con nota di Carbone, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio* e con nota di Stefanelli, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*. Sul punto v. anche Giardina, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 139.

(43) Il D.L. n. 1628, approvato dalla Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, in un testo risultante dall'unificazione di precedenti disegni di legge recante *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*, prevede l'introduzione di norme dedicate al cognome del figlio nato nel matrimonio, nato fuori dal matrimonio ed adottivo. Le soluzioni proposte si ispi-

L'esigenza di sottoporre ad una revisione la disciplina del cognome della famiglia può essere sicuramente considerata come una delle più rilevanti espressioni dell'istanza di adattamento di regole concepite in funzione del paradigma della famiglia coniugata e unita ad un contesto nel quale si è affermata la diffusione di una pluralità di modelli familiari nei quali l'unione matrimoniale dei genitori e la sua stabilità non costituisce un elemento fondamentale. La constatazione per cui nel sistema giuridico attuale il legislatore ha ormai preso atto dell'incertezza circa l'esistenza, la stabilità e la solidità dell'unione tra i genitori ed ha affidato l'attuazione dell'obiettivo di assicurare al figlio la massima coesione possibile del nucleo familiare al principio della bigenitorialità costituisce un punto di partenza ineludibile nell'ottica di delineare una disciplina del cognome effettivamente capace di conciliare l'esigenza di garantire l'unità della famiglia e quella di tutelare il diritto all'identità personale dei suoi componenti. L'affermazione di una condizione unica del figlio caratterizzata dal conseguimento dei vincoli di parentela nei confronti di tutti i parenti dei genitori e dalla regola generalizzata dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale, hanno indotto a ritenere che l'unità della famiglia non sia più affidata al matrimonio ed alla sua stabilità, ma si fondi sul principio della bigenitorialità, ossia su un necessario coinvolgimento comune nei riguardi dei figli che l'ordinamento impone ai genitori a prescindere dalla stabilità dei loro rapporti (44).

Proprio questa prospettiva evidenzia l'inadeguatezza di una disciplina del cognome evidentemente legata ad un paradigma di famiglia fondata su un matrimonio "fisiologicamente" stabile. Del resto, anche il superamento dell'attuale regola della necessaria attribuzione al figlio del cognome paterno, attuata introducendo previsioni rispettose del principio di parità tra coniugi e di non discriminazione

tra il padre la madre, potrebbe condurre a risultati non soddisfacenti qualora si consentisse ai genitori di scegliere un unico cognome della famiglia. L'attuazione del principio di parità tra i *partners* o, più in generale, di non discriminazione tra genitori, infatti, non consentirebbe di tutelare adeguatamente il diritto che sembra assumere nel sistema giuridico attuale una posizione di preminenza: quello dell'identità personale dei figli e del loro interesse all'attribuzione di un cognome capace di rappresentare nel modo più completo e fedele possibile i legami di parentela con le famiglie di entrambi i genitori (45).

Così, proprio la prospettiva della pluralità dei modelli familiari pone in evidenza i limiti di una disciplina del cognome che attribuisca ai figli uno solo dei cognomi dei genitori. A ben vedere, infatti, l'esigenza di un'affermazione dell'identità personale del figlio, e quindi della sua appartenenza al nucleo familiare formato dai suoi genitori, nonché del suo inserimento nelle reti di parentela di entrambi risulta ancor più avvertita nella prospettiva della diffusione di modelli familiari diversi da quello della famiglia coniugata unita.

Nel caso in cui il figlio conviva stabilmente soltanto con la madre che utilizza solo il proprio cognome a seguito della rottura del matrimonio o della dissoluzione della convivenza dei genitori o solamente perché questi non hanno mai formato una coppia unita, l'attuale regola della necessaria attribuzione al figlio del cognome paterno rappresenta in modo parziale ed "infedele" la condizione di quest'ultimo. I profili di incoerenza tra la struttura del nucleo familiare in cui il figlio vive e quella che può essere percepita attraverso il cognome delle persone con le quali egli entri in relazione divengono ancor più evidenti nel caso in cui i genitori formino nuove famiglie successivamente alla rottura della loro unione. In questo caso la regola dell'attribuzione del cognome paterno evidenzie-

rano a quelle - peraltro prevalenti nell'ordinamento tedesco, francese ed inglese - che attribuiscono prioritaria rilevanza all'opzione dei genitori. Pertanto l'attribuzione del doppio cognome è prevista solo in via residuale, ossia in caso di mancato accordo tra i genitori. Tale soluzione, del resto, ricorre anche in altre proposte di legge presentate in passato (per un'approfondita disamina della prospettiva comparatistica cfr. Carbone, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, in questa *Rivista*, 2015, 212, in part. 219).

(44) Cfr. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 5; Id., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Recte sapere: Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, III, Torino, 2014, 1647; Id., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, cit., 445; M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La Riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 3 ss.; Al Mureden, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di di-*

*ritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, I, Milano, 2015, 12 ss. Per un'approfondita riflessione circa l'opportunità di una riforma della disciplina del cognome che si accompagnasse alla riforma che ha reso unica la condizione dei figli Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in questa *Rivista*, 2013, 243; con riferimento alla disciplina recentemente introdotta dal comma 10 della L. 20 maggio 2016, n. 76, Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*; in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 17.

(45) Sul cognome come elemento funzionale ad indicare l'appartenenza del figlio alle stirpi dei genitori Stefanelli, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, cit., 221 ss.



rebbe i rapporti di parentela tra il figlio ed i componenti della seconda famiglia formata dal padre in una misura eccessiva ed “infedele”; al tempo stesso risulterebbero ingiustificatamente celati i rapporti di parentela che scaturiscono dalla formazione di una seconda famiglia da parte della madre. In altri termini, i fratelli germani nati dal secondo matrimonio o dalla seconda unione non matrimoniale (convivenza) del padre porterebbero un cognome identico al figlio nato dal primo matrimonio o dalla prima unione non matrimoniale (convivenza), mentre i fratelli uterini nati dal secondo matrimonio o dalla seconda unione non matrimoniale (convivenza) della madre porterebbero un cognome diverso dal figlio nato dal primo matrimonio o dalla prima unione.

In una prospettiva de *iure condendo*, quindi, la soluzione più coerente con i principi del diritto vigente ed i valori perseguiti dal legislatore appare quella dell’attribuzione obbligatoria di un doppio cognome che rappresenti al tempo stesso la famiglia paterna e quella materna. Questa soluzione consentirebbe, anzitutto, di coniugare l’attuazione del principio di parità tra i *partners* (e, qualora lo siano, tra genitori) con la finalità di realizzare nel modo più pieno il diritto all’identità personale del figlio. Per mezzo del doppio cognome, infatti, risulterebbero opportunamente evidenziate le appartenenze alle “stirpi” (46) del padre e della madre ed anche il patrimonio di tradizioni, cultura e storia familiare che ciascun cognome può evocare.

In definitiva, nell’ottica di una revisione delle norme che disciplinano il cognome della moglie e dei figli, appare auspicabile un intervento riformatore che - in linea di continuità con quanto recentemente previsto dal comma 10 della L. 20 maggio 2016, n. 76 riguardo all’unione civile - rimuova la previsione contenuta nell’art. 143 *bis* c.c. e, nel pieno rispetto della parità tra coniugi e della valorizzazione della loro identità personale, elimini ogni riferimento all’assunzione del cognome maritale da parte della moglie. Ciò comporterebbe, inoltre, la conseguente eliminazione delle disposizioni relative al persistente utilizzo del cognome maritale durante la separazione (art. 156 *bis* c.c.) e successivamente al divorzio (art. 5, comma 2 e 3, L. div.). All’eliminazione di ogni riflesso del matrimonio sui cognomi individuali dei coniugi dovrebbe corrispondere un intervento riformatore che - similmente al modello di disciplina adottato dal le-

gislatore spagnolo - preveda l’imposizione obbligatoria del doppio cognome ai figli, così da realizzare il principio della parità tra i genitori unitamente a quello della valorizzazione dell’identità personale del figlio. Proprio attraverso l’attribuzione del doppio cognome, infatti, sarebbe possibile plasmare uno degli elementi maggiormente significativi dell’identità personale secondo una modalità che appare idonea a rappresentare in modo completo i legami di parentela con le famiglie di entrambi i genitori. In questo modo l’unità della famiglia sarebbe attuata e rappresentata esaustivamente sia nell’ipotesi in cui essa sia fondata su un matrimonio dei genitori, sia qualora si fondi su una relazione non matrimoniale. Anche in caso di disgregazione della coppia di genitori, inoltre, il doppio cognome del figlio costituirebbe lo strumento maggiormente idoneo per rappresentare la collocazione di quest’ultimo all’interno di un nucleo familiare “diviso” e, talvolta, reso più articolato e complesso dalla formazione di nuove unioni.

In conclusione, un disegno di riforma nel quale venga eliminata la previsione dell’aggiunta del cognome maritale a quello della moglie e sia sancita la regola inderogabile dell’attribuzione del doppio cognome ai figli apparirebbe coerente con i lineamenti che le recenti riforme hanno impresso alla struttura della famiglia. L’esigenza di rappresentare nel modo più completo e fedele i rapporti che legano i figli ai genitori ed alle loro stirpi, infatti, non può più essere affidata al cognome del marito e padre, così come accadeva in un contesto in cui il matrimonio era indissolubile ed ordinato sulla preminenza dell’uomo. Queste considerazioni sembrano ulteriormente confermate ove si consideri che a seguito dell’introduzione della condizione unica dei figli il matrimonio ha cessato di costituire il presupposto indefettibile al fine di istituire legami di parentela tra i figli ed i parenti dei genitori. In un contesto in cui il sorgere di legami di parentela è determinato dalla generazione di un figlio comune, l’identità personale di ciascun componente e la sua appartenenza al gruppo appare efficacemente garantita proprio attraverso l’attribuzione ai figli di un cognome che contenga elementi identificativi di entrambi i genitori sottolineando la loro individualità e, al tempo stesso, la comune genitorialità che costituisce oggi il nucleo essenziale della famiglia.

(46) Cfr. Stefanelli, *Illegittimità dell’obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, cit., 221.

## 5. Osservazioni conclusive

L'analisi delle molteplici questioni sulle quali si è soffermata l'attenzione testimonia che la prospettiva della famiglia ricomposta da una parte non costituisce l'oggetto di un disegno organico entro il quale iscrivere gli interventi legislativi e gli orientamenti giurisprudenziali ad essa inerenti. Cionondimeno alcune riforme recenti possono essere osservate anche nella prospettiva di una presa di posizione del legislatore riguardo al fenomeno della famiglia ricomposta. Così la riforma che ha introdotto l'affidamento condiviso (L. 8 febbraio 2006, n. 54) e quella che ha sancito la condizione unica del figlio (L. 10 dicembre 2012, n. 219 e D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), proclamando il principio della bigenitorialità, hanno chiaramente indicato la posizione di preminenza riconosciuta dall'ordinamento al genitore biologico nei confronti del cosiddetto genitore sociale. Al tempo stesso, tuttavia, la legge sulla L. 19 ottobre 2015, n. 173, recante *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare* ha riconosciuto l'importanza delle relazioni affettive, accanto a quelle costruite intorno al legame biologico.

Anche l'analisi della casistica giurisprudenziale fa emergere significativi riconoscimenti della famiglia ricomposta laddove la formazione di un nuovo nucleo familiare incide sia sulla posizione del coniuge economicamente forte tenuto al mantenimento dell'altro (47), sia su quella della parte economicamente debole che tragga beneficio economico dall'instaurazione di una nuova convivenza (48).

D'altra parte, la prospettiva della famiglia ricomposta appare del tutto obliterata nelle norme in mate-

ria di successione legittima ed in quelle che governano l'attribuzione del cognome della famiglia.

La recente L. 20 maggio 2016, n. 76, con la quale si è ulteriormente ampliato l'ambito di rilevanza della c.d. famiglia ricomposta, testimonia ulteriormente l'indifferibile esigenza di concepire interventi di riforma già da tempo presenti nell'"agenda" del legislatore tenendo nella massima considerazione la complessità che caratterizza i nuclei familiari scaturenti dalla ricomposizione di famiglie già costituite in precedenza. Così, sembra da osservare con favore la previsione contenuta nel recente Disegno di legge in materia di accordi prematrimoniali, laddove si prevede l'introduzione di un art. 162 *bis* c.c. il cui ottavo comma dispone che "il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria" e si precisa che la "normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli" (49); sempre in questo senso appare senz'altro auspicabile una revisione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di mantenimento del coniuge economicamente debole ispirata ad una rigorosa applicazione del principio dell'autore sponsabilità nelle fattispecie in cui il beneficiario dia vita a nuovi nuclei familiari; da ultimo, con riferimento alla disciplina del cognome della famiglia, appaiono senz'altro preferibili le soluzioni che, introducendo il doppio cognome obbligatorio per i figli della coppia, consentano di conciliare il principio della parità tra *partners* ed il fondamentale diritto all'identità personale dei figli, viepiù in un contesto sociale caratterizzato dal costante espandersi di modelli familiari non necessariamente composti da una coppia di genitori unita e stabile.

(47) Cfr. *retro* par. 2.

(48) Cfr. *retro* par. 2.1.

(49) Disegno di legge n. 2629, XVI Legislatura, recante,

*Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali.*