

Il diritto di famiglia dal codice civile alle leggi speciali: intervista alla prof.ssa Rossella Fadda docente di diritto di famiglia presso la facoltà di giurisprudenza dell'università degli studi di Cagliari

Autore: Concas Alessandra

In: Diritto civile e commerciale

-Nel codice civile la materia del diritto di famiglia è disciplinata nel libro primo "delle persone e della famiglia" può dire precisamente quali sono gli argomenti che il legislatore prende in considerazione?

La disciplina del diritto di famiglia è contenuta nel codice civile e in altre leggi speciali collegate al codice civile che lo hanno modificato e integrato.

Gli argomenti sono la parentela, l'affinità, il matrimonio compresa la promessa di matrimonio, i requisiti per celebrare il matrimonio, che poi si traducono in impedimenti nel caso della loro mancanza e nel caso nel quale il matrimonio sia celebrato in presenza di questi impedimenti in cause di invalidità.

Altro settore è quello dell'invalidità del matrimonio, nullità e annullabilità e della separazione dei coniugi, mentre il divorzio è disciplinato da una legge speciale entrata in vigore nel 1970 (L. 1/12/1970 n. 898), e modificata nell'87 (L.06/03/1987 n. 74) , abbiamo la disciplina della filiazione, il rapporto di filiazione legittima e naturale, la adozione.

Ci sono delle norme del codice civile relative all'adozione dei maggiori di età e c'è una legge speciale del 1983 (L. 04/05/1983 n.184), modificata nel 2001 (L. 28 /03/2001 n. 149) che disciplina l'adozione

legittimante, l'adozione in casi particolari e l'adozione internazionale.

Oggi ci sono numerose leggi, perché la materia ha subito numerose riforme nel tempo.

L'impianto codicistico è stato modificato nel 1975, quando c'è stata la riforma del diritto di famiglia attuata con la legge numero 151 (L. 19/05/1975 n. 151) che ha modificato soprattutto la materia della filiazione come disciplinata nel codice civile; poi ci sono anche leggi più recenti, una legge del 2006 (L. 08/02/2006 n. 54) che ha introdotto l'affido condiviso, e anche questa ha modificato le norme del codice civile, e una legge del 2004 (L. 19/02/2004 n. 40) sulla fecondazione artificiale della quale si sente tanto parlare.

Altra disciplina importante contenuta nel codice civile è quella del regime patrimoniale tra coniugi, quella degli effetti del matrimonio, dei diritti e doveri dei coniugi.

-Giuridicamente cosa si intende per famiglia e che differenza esiste tra la famiglia legittima la famiglia di fatto, della quale forse più spesso sentiamo parlare?

La famiglia è quel gruppo di persone che si uniscono stabilmente, dando vita a una comunione di affetti.

Si può distinguere tra famiglia parentale e famiglia nucleare. La famiglia nucleare che è quella composta dai coniugi e dai loro figli. La famiglia parentale è quella che comprende anche i vincoli di parentela e non solo il nucleo familiare più ristretto.

La distinzione più importante è quella tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto, anche per l'attualità delle questioni relative alla famiglia di fatto.

La famiglia legittima è quella fondata sul matrimonio e naturalmente il codice del '42 contemplava esclusivamente questa.

La Costituzione definisce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, quindi dà una definizione di famiglia legata al matrimonio, e per questo il riconoscimento della famiglia di fatto che invece è quella che si basa su una stabile convivenza non formalizzata nel matrimonio è difficile, soprattutto in Italia, dove si tende a non riconoscere rilevanza giuridica alla famiglia di fatto anche se è un fenomeno sociale ampiamente diffuso.

Ci sono numerose questioni e ci sono numerosi progetti di legge per estendere alcuni effetti giuridici anche alla famiglia di fatto e riconoscere alcuni diritti ai conviventi, ma attualmente non c'è una regolamentazione di questo tipo di famiglia.

La legge soprattutto negli ultimi interventi normativi, fa riferimento alla convivenza quando parla di stabilità di coppia come requisito necessario per valutare l'idoneità di una coppia all'adozione, si deve trattare di una coppia di coniugi, ma siccome la legge richiede un matrimonio che sia durato almeno tre anni, riconosce la rilevanza di un periodo di convivenza stabile che c'è stato prima del matrimonio.

La legge sulla fecondazione artificiale, riconosce l'accesso alla fecondazione omologa a una coppia di conviventi.

La nuova normativa sull'affido condiviso dei minori in caso di separazione e divorzio dei coniugi estende la stessa disciplina al caso di separazione di una coppia di conviventi.

Ci sono delle norme che citano i conviventi ed estendono determinati effetti giuridici ai conviventi, anche se non c'è una regolamentazione della famiglia di fatto.

I figli naturali, cioè i figli nati da genitori non uniti in matrimonio, sono ormai pressoché equiparati ai figli legittimi.

Da questo punto di vista è importante un progetto di legge del 2011 già approvato dalla camera che prevede la totale equiparazione della filiazione legittima e della filiazione naturale, e addirittura l'abolizione del riferimento normativo che troviamo nei vari articoli del codice a figli legittimi e figli naturali, con l'introduzione di un solo termine "figlio" senza più fare questa distinzione che ormai ha perso rilevanza nel senso che ormai c'è totale una equiparazione di effetti.

La rilevanza della famiglia di fatto si può cogliere anche sul piano dell'attuazione pratica, nell'ambito delle sentenze dei nostri giudici.

Ad esempio, il danno subito per la perdita, l'uccisione di un congiunto, è riconosciuto anche al convivente, non sulla base di un atto normativo ma dell'applicazione giurisprudenziale, perché è la giurisprudenza che ha creato queste regole che si sono un po' consolidate; ancora, non c'è un diritto al mantenimento di un convivente nei confronti dell'altro, però quello che è corrisposto durante la convivenza non è ripetibile, nel senso che un convivente non può dopo la separazione chiedere all'altro convivente quello che ha prestato per il mantenimento.

In questo caso la giurisprudenza ha affermato che si tratta di un obbligo morale e sociale, ossia di un'obbligazione naturale, per legge non ripetibile. Il fenomeno ha una sua rilevanza giuridica, anche se non è espressamente riconosciuto dal legislatore.

-In riferimento ai rapporti che legano tra loro i componenti della famiglia distinguiamo tra coniugio, parentela e affinità, nel dettaglio in che consistono?

Il coniugio è il vincolo che lega due persone unite in matrimonio, ossia il vincolo coniugale.

A riguardo farei una breve parentesi per dire che parliamo di matrimonio civile, ma dal matrimonio civile si deve distinguere il matrimonio concordatario, forma molto diffusa di matrimonio, che è il matrimonio religioso con effetti civili introdotto nel 1929 con i patti lateranensi, ossia l'accordo tra lo Stato e la Chiesa attraverso il quale il matrimonio religioso celebrato davanti a un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile acquista effetti civili.

Questa legge del 1929 è stata modificata nel 1984.

Parliamo di matrimonio civile perché è a questo che si riferiscono le norme del nostro codice civile.

Chiusa la parentesi torniamo ai termini sopra richiamati.

La parentela è il vincolo che lega persone che hanno uno stipite comune, cioè che hanno in comune una discendenza che può essere in linea retta quando uno discende dall'altro: padre, figlio, nipote, e in linea collaterale: quando hanno un ascendente comune ma non discendono l'una dall'altra: fratelli, cugini.

Questo vincolo di parentela costituisce un impedimento al matrimonio.

L'affinità è un vincolo che lega un coniuge ai parenti dell'altro coniuge: nuora, genero, suocero, cognati.

Anche questo ha rilevanza negli impedimenti matrimoniali.

-Si parla spesso di separazione e di divorzio e nei nostri tribunali le cause di questo tipo sono all'ordine del giorno, nello specifico qual è la differenza tra il divorzio la separazione dei coniugi?

La separazione è regolata dal codice civile, è configurata come un rimedio alla crisi coniugale, attenua il vincolo coniugale e lo modifica ma non lo estingue.

I coniugi separati mantengono lo stato coniugale e non possono contrarre un nuovo matrimonio.

Può essere anche una soluzione intermedia, perché la crisi può essere superata e i coniugi si possono riconciliare, non è necessaria una formalità, basta che i coniugi continuino ad attuare o a riprendere un rapporto coniugale perché la separazione perda i suoi effetti.

Ma può essere anche una fase intermedia nel senso che alla separazione può seguire il divorzio, e il divorzio determina l'estinzione del vincolo coniugale.

Con la separazione alcuni doveri vengono meno.

Ad esempio il dovere di coabitazione, perché con la separazione il giudice autorizza i coniugi a vivere separatamente.

Altre doveri rimangono in piedi, soprattutto il dovere di assistenza reciproca morale e materiale.

Un coniuge può essere tenuto a corrispondere all'altro un assegno di mantenimento se questi non è in

grado di sostenere e di mantenere lo stesso tenore di vita che aveva durante il matrimonio.

La separazione è stata modificata con la riforma del '75; oggi ha un fondamento oggettivo, mentre prima del '75, cioè nella formulazione originaria di queste norme nel codice civile del '42 era configurata come una separazione per colpa, cioè si poteva ottenere la separazione solo nei casi che la legge specificamente indicava.

Con la riforma del diritto di famiglia questo istituto è stato notevolmente modificato, e ha un presupposto oggettivo, che è la intollerabilità della convivenza, una situazione di impossibilità di continuare la convivenza, così che i coniugi possono chiedere la separazione, indipendentemente dal fatto che questa situazione sia riconducibile al comportamento dell'uno o dell'altro; può essere una situazione che non dipende dalla loro volontà.

La violazione dei doveri rileva ancora, ma non come causa e presupposto della separazione ma al fine di ottenere una pronuncia ulteriore, che il coniuge può chiedere al giudice, che è quella di addebito della separazione con la quale si accerta che la situazione di intollerabilità è stata provocata da una violazione di un dovere coniugale, cioè da un comportamento tenuto da un coniuge che ha violato il dovere coniugale. Il giudice nel pronunciare la separazione può anche dichiarare che la separazione è addebitata al coniuge responsabile della situazione di intollerabilità.

Riguardo la separazione ci sono vari effetti di carattere personale nei rapporti tra i coniugi e nei confronti dei figli. L'affidamento dei figli è la conseguenza più importante dei rapporti tra i coniugi ed è causa molto frequente di contenzioso.

La separazione può essere giudiziale o consensuale.

In caso di separazione consensuale il procedimento è molto più veloce, mentre la separazione giudiziale richiede tempi più lunghi. I motivi di conflitto possono derivare da questioni di carattere patrimoniale (assegno di mantenimento), questioni relative all'affidamento dei figli e all'addebito che incide sempre sugli aspetti di carattere patrimoniale (perdita del diritto al mantenimento e dei diritti successori) e crea contenziosi.

Il divorzio è regolato fuori dal codice civile e precisamente da una legge del 1970 modificata nel 1987.

E' una causa di estinzione, di scioglimento del vincolo coniugale.

La legge non parla di divorzio, "divorzio" non è un termine giuridico, la legge parla di cessazione degli effetti civili del matrimonio nel caso di matrimonio concordatario, e di scioglimento del matrimonio, nel caso di matrimonio civile. Col divorzio si accerta che è venuta meno la comunione di vita, che ormai non è più possibile una comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi.

Il vincolo si estingue, i coniugi riacquistano lo stato libero e possono contrarre un nuovo matrimonio. La causa statisticamente più frequente è costituita dalla separazione per tre anni (dopo tre anni di separazione i coniugi possono chiedere il divorzio), poi ci sono anche altri casi, una serie di cause penali, cioè il fatto che un coniuge abbia subito una condanna penale per un reato di una certa gravità (reati contro la persona) o la condanna l'ergastolo.

Anche queste sono cause autonome di divorzio, perché denotano proprio una situazione nella quale è venuta meno la possibilità di mantenere una unione di vita tra i coniugi.

Altre cause meno frequenti sono il caso nel quale un coniuge ha ottenuto un divorzio all'estero, oppure ha contratto un altro matrimoniale all'estero.

-Il periodo di tre anni (che in passato erano cinque) che devono intercorrere tra la separazione il divorzio esiste solo in Italia o è una prerogativa anche di altri paesi?

In altri paesi è diverso, è più veloce, qui si parla di divorzio veloce ma ancora non c'è niente,

qualche disegno di legge, ma nessuna riforma sul punto. Forse si arriverà anche da noi a una modifica del tempo di separazione necessario per ottenere il divorzio.

Prima erano cinque anni quindi il limite temporale è già stato abbreviato.

- In tema di separazione e divorzio un cenno all'affidamento dei figli.

In particolare le chiederei un cenno all'affido condiviso che nella pratica mi sembra quello più adottato.

L'affido condiviso è stato introdotto come regola, come soluzione prioritaria nel caso di separazione dei due coniugi nell'ottica di privilegiare l'interesse del minore. La normativa relativa alla filiazione è rivolta a privilegiare e a tutelare in via primaria il minore e i suoi interessi, che sono quelli preminenti.

Già nella vigenza della precedente normativa questa era una possibilità, ma veniva attuata in casi rari. Infatti, poche volte si procedeva all'affido condiviso, anche perché presuppone l'assenza di una particolare conflittualità tra i genitori, e la soluzione privilegiata nella pratica giurisprudenziale era quella di affidare il minore al genitore ritenuto più idoneo alla sua educazione.

Adesso la legge privilegia questa forma di affidamento così che i giudici applicando questa norma devono valutare prioritariamente la possibilità di affidare il minore a entrambi i genitori, e sarà sempre il giudice volta per volta a valutare la fattispecie concreta per determinare le modalità con le quali si può attuare questo affidamento.

Naturalmente non possono essere definite dalla legge le concrete modalità con le quali il minore deve essere affidato e mantenuto dai genitori, sarà volta per volta il giudice a stabilirlo, o se è possibile saranno i coniugi, o i genitori anche non coniugati, a mettersi d'accordo e a stabilire l'eventuale affidamento.

Questa è la soluzione preferibile, perché i genitori possono essere in grado di stabilire meglio di ogni altra persona estranea le concrete modalità per attuare l'affidamento dei figli.

Certamente la legge prevede anche l'affido esclusivo a un solo genitore, nel caso in cui quello condiviso risulti contrario all'interesse del minore.

Anche qui c'è giurisprudenza sul punto, nel senso che ci sono numerose sentenze che hanno applicato questa norma, posto che come dicevo non sempre è possibile l'affido condiviso il quale presuppone un rapporto con scarsi conflitti tra i genitori.

- Sempre in tema di separazione e divorzio può fare un cenno al regime patrimoniale tra i coniugi?

Il regime patrimoniale per i coniugi è un argomento interessante e attuale, fonte di molte controversie.

Il nostro ordinamento prevede diversi regimi.

Quello legale e quello della comunione dei beni che entra in vigore quando al momento del matrimonio i coniugi non effettuano una scelta diversa.

Se i coniugi non dichiarano di scegliere un altro regime si ritrovano automaticamente sotto il regime legale, che è quello della comunione.

Possono scegliere un regime diverso al momento della celebrazione oppure attraverso una convenzione matrimoniale successiva, oppure costituire un fondo patrimoniale che può riguardare alcuni beni destinati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

Può essere fonte di controversia perché proprio nel momento della separazione i coniugi possono entrare in conflitto per stabilire le rispettive spettanze in ordine ai beni acquistati durante il matrimonio.

Ci sono delle norme che creano problemi di interpretazione e quindi possono far sorgere delle controversie tra i coniugi in relazione ai loro diritti sui beni.

Il regime legale si basa proprio sull'esigenza di creare una comunione anche dal punto di vista dei rapporti patrimoniali.

Una caso frequente che mi viene in mente, è la costruzione di un'abitazione su un fondo di proprietà di un solo coniuge.

Qui contrariamente alla regola degli acquisti in comune la costruzione diventa proprietà del titolare del diritto sul fondo.

Spesso i coniugi non conoscendo questi meccanismi giuridici possono realizzare insieme la costruzione, nella convinzione che divenga comune, invece in questo caso la giurisprudenza prevalente applica norme diverse che sono quelle relative alla accessione, in base alle quali diventa proprietario solo il proprietario del suolo.

Delle norme non poco conosciute possono trarre in inganno, creare delle situazioni che possono originare dei conflitti e dalle quali può nascere una causa nel momento nel quale i coniugi si separano. Il coniuge che afferma di avere sostenuto delle spese per realizzare una costruzione che è divenuta di proprietà solo dall'altro, può agire in giudizio chiedendo la restituzione di quelle somme.

Queste cause sono frequenti nei nostri tribunali.

-Un altro argomento del quale si parla (forse un po' meno di divorzio e separazione) ma se ne parla, è l'adozione.

In che consiste e che differenza c'è tra l'adozione di un minorenni e l'adozione di un maggiorenne?

Anche l'adozione è una materia che ha subito numerosi interventi legislativi.

Abbiamo una legge del 1983, la n.184 successivamente modificata nel 2001, quindi la disciplina è contenuta fuori dal codice civile.

Nel codice civile rimangono degli articoli che sono quelli relativi alla adozione dei maggiori di età, (l'articolo 291).

L'adozione dei maggiori di età è rivolta a soddisfare un interesse dell'adottante, che è quello di trasmettere il proprio cognome, il proprio patrimonio; quindi si può ricorrere a un'adozione di questo tipo se una persona non ha figli e vuole soddisfare questo bisogno.

L'adozione dei maggiori di età ha gli stessi effetti dell'azione dell'adozione in casi particolari contenuta nella legge dell'83, vale a dire, non recide i legami con la famiglia d'origine.

Non determina un rapporto esclusivo tra l'adottante e l'adottato.

L'adottato acquista il cognome e i diritti successori, però mantiene anche rapporti con la sua famiglia d'origine.

Invece, l'adozione cosiddetta legittimante è quella che instaura un vincolo di filiazione tra l'adottante e l'adottato, equiparato alla filiazione legittima, perché si deve trattare di due soggetti coniugati che procedono all'adozione di un minore.

In questo caso, una volta che si conclude il procedimento di adozione e il minore viene adottato, è inserito nella famiglia legittima come figlio legittimo con tutti gli effetti della filiazione.

-Può fare un cenno sull'adozione internazionale?

Le adozioni internazionali possono essere particolari e anche più frequenti, perché i minori in stato di abbandono sono più numerosi all'estero, in certi paesi in condizioni di particolare difficoltà. La disciplina è contenuta nella legge dell'83 che ha subito delle modifiche quando è stata ratificata in Italia la convenzione dell'Aja, della quale tra i firmatari c'è anche l'Italia, che nel '93 ha uniformato gli ordinamenti

degli Stati che vi hanno aderito e la procedura di adozione, soprattutto per evitare gli abusi che in passato si creavano quando i coniugi interessati all'adozione si rivolgevano all'estero e spesso si arrivava a trattare direttamente con famiglie in condizioni di difficoltà e a pagare per avere delle agevolazioni. Oggi questi abusi vengono evitati grazie alla normativa che è stata adottata con la convenzione dell'Aja del '93 poi ratificata in Italia nel '98, attraverso delle norme che hanno modificato la legge dell'83 e hanno introdotto una procedura internazionale uniforme.

Un altro principio che si può segnalare, introdotto dalla legge 149 del 2001, è quello previsto dall'articolo 28, che prevede la possibilità per l'adottato di conoscere le sue origini e l'obbligo degli adottanti di comunicare al minore la sua condizione di figlio adottivo.

Per conoscere le origini c'è una procedura particolare: si deve trattare di una persona che ha compiuto 25 anni, oppure 18 se sussistono ragioni di una certa gravità.

<https://www.diritto.it/il-diritto-di-famiglia-dal-codice-civile-alle-leggi-speciali-intervista-alla-prof-ssa-rossella-fadda-docente-di-diritto-di-famiglia-presso-la-facolta-di-giurisprudenza-dell-universita-degli-studi-di/>