



Manuali

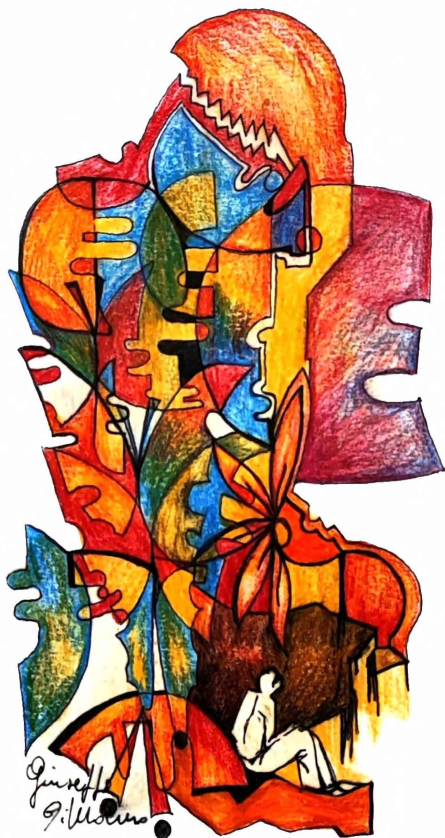
Studi latinoamericani



Diritto delle famiglie a Cuba

*Manuale di Diritto Cubano
delle Famiglie*

A cura di Leonardo Bernardino Pérez Gallardo,
Vincenzo Barba e Ettore William Di Mauro



University Press



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE



Manuali

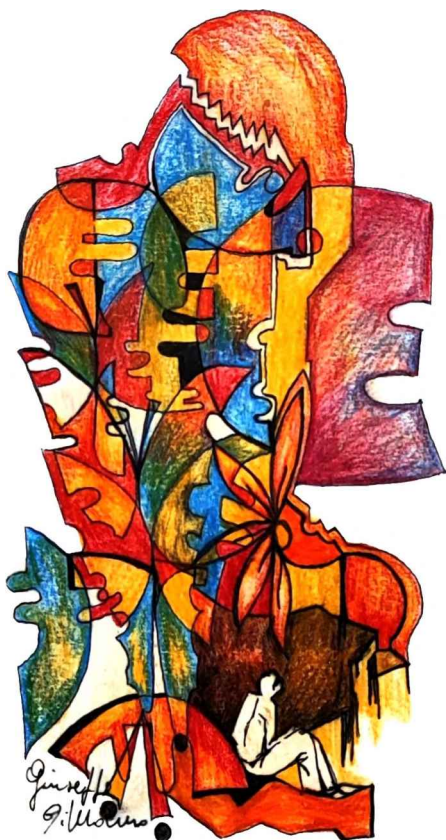
Studi latinoamericani



Diritto delle famiglie a Cuba

*Manuale di Diritto Cubano
delle Famiglie*

A cura di Leonardo Bernardino Pérez Gallardo,
Vincenzo Barba e Ettore William Di Mauro



University Press



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Collana Manuali 26

Studi latinoamericani

Diritto delle famiglie a Cuba

*Manuale di Diritto Cubano
delle Famiglie*

A cura di Leonardo Bernardino Pérez Gallardo,
Vincenzo Barba e Ettore William Di Mauro



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2025

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Roma
"La Sapienza", Dipartimento di Diritto ed Economia dell'Impresa.

Comitato editoriale: Bruno Concas, Federica Maffettone, Antonio
Musto e Valentino Ravagnani.

Copyright © 2025

Sapienza Università Editrice
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it
editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420
Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN: 978-88-9377-406-2

DOI: 10.13133/9788893774062

Pubblicato nel mese di settembre 2025 | *Published in September 2025*



Opera diffusa in modalità *open access* e distribuita con licenza
Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere
derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial –
NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)*

Impaginazione a cura di | *Layout by:* Ettore William Di Mauro

In copertina | *Cover image:* Giuseppe Di Mauro, *Pensieri sui modelli familiari*, (2002), acrilici, Roma,
Archivio personale dell'Autore.

Indice

Prefazione	7
1. Disposizioni preliminari <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	11
2. La discriminazione e la violenza nell'ambito familiare <i>Gabriele Carapezza Figlia</i>	45
3. Parentela e obblighi alimentari <i>Ana María Álvarez-Tabío Albo</i>	59
4. Gli alimenti volontari <i>Anabel Puentes Gómez</i>	95
5. Il matrimonio <i>Vincenzo Barba</i>	115
6. Regimi economici del matrimonio <i>Vincenzo Barba</i>	131
7. Le unioni di fatto fondate sull'affetto <i>Claudia Irti</i>	159
8. Famiglie ricostituite <i>María del Mar Heras Hernández</i>	179
9. Estinzione del matrimonio <i>Giampaolo Frezza</i>	191
10. Inefficacia del matrimonio <i>Daimar Cánovas González</i>	203

11. Un nuovo Diritto sulle filiazioni: gli scenari attuali, i princípi, le fonti e le tipologie <i>Ana María Álvarez-Tabío Albo</i>	225
12. La filiazione per procreazione naturale <i>Ugo Salanitro</i>	247
13. La filiazione adottiva <i>Yamila González Ferrer</i>	259
14. Filiazione e procreazione medicalmente assistita <i>Giovanna Chiappetta</i>	275
15. La relazione genitoriale <i>Roberto Senigaglia</i>	287
16. La responsabilità genitoriale dei genitori non conviventi: affidamenti, accordi di genitorialità e mantenimento delle relazioni genitoriali, familiari e affettivamente significative <i>Alessandra Cordiano</i>	315
17. Le altre istituzioni di tutela e protezione nel contesto familiare <i>Gianni Ballarani</i>	335
18. Introduzione alla tutela <i>Gianni Ballarani</i>	357
19. La tutela <i>Luis Andrés Pelegrino Toraño</i>	371
20. Persone in situazione di disabilità e adulti anziani nell'ambiente socio-familiare <i>Joanna Pereira Pérez, Janet Gherzi Almarales</i>	403
21. La mediazione familiare <i>Carlo Pilia</i>	439
22. Norme di diritto internazionale privato della famiglia <i>Yanet Souto Fernández</i>	451

Prefazione

Con l'entrata in vigore del Codice delle Famiglie il 25 settembre 2022, Cuba ha dato vita a una delle più importanti riforme normative in ambito familiare degli ultimi anni, tanto a livello nazionale quanto nel panorama giuridico internazionale. Il processo che ha condotto alla sua approvazione si è caratterizzato non solo per la qualità del dibattito scientifico e politico che lo ha preceduto, ma anche per la sua straordinaria apertura democratica. Il testo è stato infatti sottoposto a referendum popolare, ricevendo un consenso da parte della cittadinanza. Una scelta, quella del ricorso alla consultazione diretta, che segnala in modo emblematico la portata del cambiamento e l'esistenza di una forte condivisione sociale circa l'impianto valoriale e culturale della nuova normativa. La riforma, infatti, si fonda su un modello di famiglia pluralista, inclusivo, affettivo e relazionale, in netta rottura con l'immagine tradizionale, spesso fondata su criteri esclusivamente biologici e su un'idea eteronormativa e gerarchica dei rapporti familiari.

Il nuovo Codice si presenta come un testo ambizioso e innovativo, tanto nella sua struttura quanto nei contenuti. Già la scelta del titolo – Codice delle Famiglie, al plurale – rappresenta una dichiarazione programmatica che intende riconoscere giuridicamente la pluralità delle formazioni familiari esistenti nella società contemporanea. Il legislatore cubano ha così preso atto del mutamento sociale in corso e ha scelto di accompagnarlo con strumenti giuridici adeguati, capaci di tutelare i nuovi modelli familiari nati dalla trasformazione culturale e dai mutamenti nelle relazioni interpersonali.

L'opera che accompagna e commenta questa importante riforma raccoglie i contributi di un gruppo di studiosi cubani e italiani accomunati da un lungo percorso di collaborazione scientifica e da una

comune sensibilità verso le tematiche del diritto di famiglia. I saggi qui raccolti offrono un'analisi sistematica e articolata dell'intero testo normativo, seguendone fedelmente la struttura per titoli e articoli, in modo da garantire una lettura coerente e agevolare il lavoro dell'interprete. L'intento è quello di fornire uno strumento che coniughi rigore giuridico e accessibilità, capace di dialogare con la prassi applicativa e, al tempo stesso, di promuovere una riflessione critica sui principi e sui valori che ispirano la nuova normativa.

Il Codice delle Famiglie rappresenta un esempio particolarmente riuscito di rielaborazione in chiave contemporanea di numerosi istituti di matrice continentale, ai quali il legislatore cubano ha saputo attribuire nuovi significati, più vicini alla realtà sociale del presente. Il matrimonio, ad esempio, viene ora definito come un'unione volontaria tra due persone, indipendentemente dal genere, e non rappresenta più l'unica forma giuridicamente rilevante di convivenza affettiva. A esso si affiancano altre forme di organizzazione della vita familiare, come l'unione affettiva di fatto e la parentela socio-affettiva, che può essere riconosciuta anche in sede giudiziaria. Questo approccio consente al diritto di riconoscere e tutelare legami affettivi che si sviluppano al di fuori del matrimonio, evitando discriminazioni e ampliando la sfera della protezione giuridica.

Anche in materia di filiazione, il Codice introduce importanti novità, riconoscendo la parità tra tutti i figli, indipendentemente dalla loro origine o dalle modalità con cui è stato determinato il rapporto di filiazione. L'accento si sposta così dalla genetica alla relazione, dal sangue all'affetto, permettendo il riconoscimento di forme di genitorialità fondate su criteri diversi da quello biologico. In questa prospettiva si inserisce anche l'istituto della multiparentalità, che consente il riconoscimento giuridico di più di due figure genitoriali in capo a un bambino o una bambina, quando ciò risponde al suo interesse e riflette la realtà affettiva e relazionale in cui è cresciuto. Si tratta di una scelta normativa particolarmente innovativa, che rompe con la tradizione duale della genitorialità e si apre a modelli più flessibili e inclusivi.

Altre disposizioni di rilievo riguardano la gestazione solidale, ammessa dal legislatore cubano in forma esclusivamente altruistica e gratuita, e disciplinata in modo da garantire il rispetto della dignità di tutte le persone coinvolte. Questa forma di procreazione assistita viene così riconosciuta e regolamentata, nel rispetto

dell'autodeterminazione della donna gestante e del progetto genitoriale altrui, in un delicato equilibrio tra libertà, solidarietà e tutela della vulnerabilità.

Sul piano delle relazioni genitori-figli, il Codice segna un ulteriore passo avanti eliminando il concetto di patria potestà, sostituito da quello di responsabilità genitoriale. Si tratta di un cambiamento non solo terminologico ma profondamente culturale, che riconosce l'autonomia e la dignità del figlio come soggetto di diritti e valorizza il dovere dei genitori di accompagnarne lo sviluppo rispettando la sua personalità, le sue inclinazioni e la sua identità.

Particolarmente articolata è la disciplina dedicata alla prevenzione e al contrasto della violenza all'interno della famiglia. Il legislatore cubano affronta tale fenomeno in modo sistemico, riconoscendo le sue radici nella disuguaglianza e nella subordinazione strutturale, e prevedendo misure di tutela e protezione rivolte a tutte le persone in condizione di fragilità: donne, bambini, adolescenti, anziani, persone con disabilità. Il Codice si propone così non solo come strumento di regolazione giuridica dei rapporti familiari, ma anche come mezzo di trasformazione sociale e di promozione della parità, della solidarietà e del rispetto.

Nel loro insieme, i contributi raccolti in quest'opera si muovono lungo un doppio binario: da un lato, offrono un'analisi puntuale e articolata delle singole disposizioni del Codice; dall'altro, propongono una riflessione più ampia sul senso e sulla direzione del cambiamento che esso rappresenta. L'intento non è solo descrittivo, ma anche propositivo: si vuole, cioè, stimolare un dibattito critico sul diritto di famiglia e sul suo futuro, nella consapevolezza che il diritto non può restare immobile dinanzi ai mutamenti della società, ma deve invece saperli interpretare e accompagnare.

L'auspicio è che queste riflessioni possano risultare utili anche in altri contesti giuridici, in particolare in quegli ordinamenti in cui la disciplina del diritto di famiglia risale a molti decenni fa e non ha ancora conosciuto una riforma organica, limitandosi nel tempo a interventi frammentari e talvolta incoerenti. In tali realtà, l'esempio cubano può offrire spunti di riflessione preziosi per ripensare il ruolo del diritto nella regolazione delle relazioni familiari, nella convinzione che la famiglia, per essere riconosciuta e tutelata in modo autentico, debba essere concepita come una comunità naturale fondata sull'affetto, sulla

cura reciproca e sulla libera scelta di costruire legami significativi. Solo così il diritto potrà restare fedele alla sua funzione essenziale: quella di essere strumento di giustizia e di umanità.

I Curatori

1. Disposizioni preliminari

Leonardo B. Pérez Gallardo

SOMMARIO: 1.1. Dalla Costituzione al Codice delle famiglie: l'impegno per la pluralità familiare. – 1.2. L'affetto: la bussola delle relazioni familiari. – 1.3. Principi del diritto di famiglia. – 1.4. Diritti delle persone nella sfera familiare. – 1.5. Diritti dei bambini e degli adolescenti nel contesto familiare. – 1.6. Nonni, altri parenti e altri riferimenti affettivi nella trasmissione dei valori alle nuove generazioni. – 1.7. Criteri di interpretazione delle norme del Codice. – 1.8. La specialità delle questioni familiari. – 1.9. Ragionevolezza delle decisioni in materia familiare. Particolare riferimento a quelle di natura notarile.

1.1. Dalla Costituzione al Codice delle famiglie: l'impegno per la pluralità familiare

Pensare alla famiglia al plurale non significa soltanto aggiungere la lettera «e» a una parola, ma anche adeguare la visione tradizionale della famiglia al nuovo scenario, diverso, plurale e democratico, che si sta imponendo¹. Si tratta di aggiungere diritti e rendere visibili modelli familiari finora non riconosciuti dal punto di vista giuridico, senza privare di alcun diritto coloro che già li avevano tutelati. La *Magna*

¹ L'uso del plurale non è un semplice capriccio. È quindi deplorabile che ci sia chi si arrocca su una posizione contraria, legata agli alberi, senza voler vedere la foresta, concependo l'uso della «e», genuina espressione semantica del plurale, come uno spreco di energie e di tempo, un'assurdità o addirittura un infelice trattamento distintivo e discriminatorio.

Charta cubana del 2019 ha riconosciuto espressamente il principio della pluralità familiare (art. 81)² e ha quindi dato mandato al legislatore di sviluppare il suddetto principio in un Codice che, basandosi sull'affetto, permettesse a coloro che compongono le più svariate costruzioni familiari di essere felici.

La «famiglia» nella Costituzione cubana del 2019 è forse uno dei capitoli più riusciti dell'intera *Magna Charta* – approvata con il referendum del 24 febbraio 2019 –³. Il costituente ha posto l'asticella molto in alto dando copertura, nell'articolo 81, alle «*famiglie, qualunque sia la loro forma di organizzazione*».

La Costituzione tiene quindi conto della necessità di estendere il manto protettivo della Legge alle nuove costruzioni familiari la cui visibilità era indiscutibile nella realtà sociale cubana e che era già stata segnalata da ricerche condotte da una prospettiva sociologica, psicologica, demografica o giuridica⁴. Il diritto deve essere

² Sul suddetto principio della nostra dottrina scientifica, v. L.B. PÉREZ GALLARDO, *El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019*, in *Revista Crítica de Derecho Privado*, n. 18, 2021, La Ley, Uruguay, pp. 993-1028.

³ Lo dimostrano i molteplici contributi raccolti in un'opera collettiva da giuristi cubani che, da prospettive diverse, hanno attestato l'impatto del nuovo testo costituzionale su un numero importante di figure giuridico-familiari e che sono serviti come riferimento obbligato per la costruzione del nuovo Codice delle Famiglie. Sul tema, v. L.B. PÉREZ GALLARDO e D. CÁNOVAS GONZÁLEZ (coord.), *Las familias en la Constitución*, Ediciones Olejnik, Santiago del Cile, 2020.

⁴ Come si evince dallo studio multidisciplinare, «(l)a famiglia cubana di oggi è caratterizzata da eterogeneità non solo nelle sue strutture ma anche nelle sue condizioni socio-economiche [...]». Esiste una reale eterogeneità nelle condizioni socio-economiche vissute da alcune famiglie e da altre, che genera «situazioni di disuguaglianza familiare e sociale all'interno della famiglia e tra le famiglie». V. P. ARÉS MUZIO e M.E. BENÍTEZ PÉREZ, *Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba*, all'indirizzo rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org, consultato il 17 marzo 2017, rispettivamente alle p. 21 e 22.

Secondo ÁLVAREZ SUÁREZ «dobbiamo guardare alla famiglia nelle Grandi Antille sapendo che ne esistono di diversi tipi [...]. Il modello esclusivo di mamma, papà e bambino non è più comune, perché le famiglie sono diventate più complesse nella loro composizione e nel loro funzionamento». S. GÓMES BUGALLO e Y. LABACENA ROMERO, *¿Cuánto ha cambiado la familia?*, in *Juventud Rebelde*, edizione digitale del 19 febbraio 2017, in juventudrebelde.cu, consultato il 17 marzo 2017.

Il Centro di Ricerca Psicologica e Sociologica (CIPS) sottolinea che la famiglia cubana «si sta spostando da un modello tipico di famiglia nucleare a un ripensamento delle forme tradizionali, delle unioni consensuali e della monogenitorialità come tendenza predominante nella nuclearizzazione della famiglia [...]. Allo stesso tempo, è evidente l'emergere di nuove configurazioni familiari, come le famiglie ricostruite, le famiglie allargate sotto l'impronta della parentela, le coppie dello stesso sesso, le

un'espressione sentita del tessuto sociale, esiste da e per esso. La società e le famiglie impongono quindi una sfida al costituente: La visibilizzazione della pluralità delle famiglie e il necessario status giuridico dei diversi modelli familiari, che consente di prevedere ciascuno dei diversi assetti familiari e dei loro membri con ruoli definiti, basati non solo sul matrimonio, ma anche sull'unione di fatto, sulla base dell'affetto come valore fondante di ciascuna di queste costellazioni familiari, espressione del mosaico familiare allargato, risultato della coesistenza e della convergenza delle diverse costruzioni familiari esistenti nella società cubana, sempre più eterogenea, transnazionale, divorziata, consensualista, con un'emancipazione femminile, un basso tasso di fertilità e una tendenza all'invecchiamento della popolazione⁵.

La Costituzione cubana del 2019 si distingue da altre del continente, descritte come all'avanguardia⁶, non solo per il riconoscimento esplicito della pluralità familiare, ma anche per la coerenza della sua regolamentazione, dato che per il costituente la diversità dei sessi non è un presupposto nella composizione dei membri del matrimonio, né dell'unione affettiva di fatto, dato che non si fa riferimento a questa particolare questione.

Come sostiene la professoressa Kemelmajer de Carlucci, rifacendosi a Remotti, «parlare di *famiglia* al plurale implica accettare la tesi

unioni in visita o a tetto aperto e il numero crescente di famiglie monoparentali (CAMPOALEGRE *et al.* 2012). Il quadro familiare si sta quindi ricomponendo, diversificando e complessificando a livello socio-strutturale, funzionale e spaziale.⁴ Le sue principali tendenze attuali si rafforzano e acquisiscono maggiore stabilità e prospettiva». R. CAMPOALEGRE SETIÉN *et al.*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), *Glosario de términos más empleados en el Grupo de estudios de Familia del CIPS, 1985-2014, Multiplicando ideas, experiencias y sueños*, 2015, p. 13. Anche in altre ricerche condotte all'inizio di questo secolo dai ricercatori del Centro, è stata richiamata l'attenzione sull'esistenza a Cuba di diverse tipologie familiari, basate sullo studio delle strutture familiari e della loro estensione come principali supporti concettuali classificatori. V. E. CHÁVEZ NEGRÍN *et al.*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), *Las familias cubanas en el parteaguas de dos siglos*, 2008, p. 19 ss.

⁵ Sull'argomento, v. L.B. PÉREZ GALLARDO, *Personas adultas mayores y relaciones familiares: cavilaciones al filo del nuevo Código de las familias de Cuba*, in *Las personas adultas mayores: perfiles desde el Derecho civil y familiar*, sotto il suo coordinamento, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2024, pp. 117-163.

⁶ Così, tra le altre, la Costituzione del Venezuela del 1999, la Costituzione dell'Ecuador del 2008 – riformata nel 2011 – e la Costituzione della Bolivia del 2009.

secondo cui le società umane hanno conosciuto e conoscono molteplici modelli di famiglia e, in linea di principio, non c'è motivo di ritenere che il modello giuridico della suddetta tradizione debba essere considerato «più naturale» di altri presenti nella realtà sociale»⁷. Secondo María Berenice Días «(q)uando si pensa a una famiglia, viene in mente il modello convenzionale: un uomo e una donna uniti dal matrimonio e pieni di figli. Ma la realtà è cambiata. Oggi tutti sono abituati a famiglie lontane dal profilo tradizionale. La convivenza con famiglie ricomposte, monoparentali e omoaffettive ci permette di riconoscere che questo concetto si è pluralizzato. Da qui la necessità di rendere più flessibile il termine che la identifica, per accogliere tutte le sue forme»⁸. Non è un caso che la Corte interamericana dei diritti umani, nel *leading case* di Atala Rifo e bambine contro il Cile (paragrafi 142 e 145), affermi che non esiste un unico modello di famiglia (la famiglia tradizionale)⁹.

Le dinamiche sociali hanno dato un impulso alle concezioni che il diritto ha tradizionalmente avuto della famiglia sulla base di un approccio pluralista che consente di ampliare la sua concezione tradizionale, ancora ancorata alla famiglia nucleare, cioè il concetto di famiglia non può essere inteso in modo isolato, ma secondo il principio del pluralismo, perché in una società plurale non può esistere un concetto unico ed esclusivo di famiglia, identificando quest'ultima solo con quella che nasce dal vincolo matrimoniale¹⁰. Non è un semplice

⁷ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina*, capitolo III del testo *El nuevo Derecho de familia - Visión doctrinal y jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 101-131 (p. 101).

⁸ V. M.B. DÍAS, *Manual de Direito das Famílias*, 9ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 39 (traduzione dell'autore).

⁹ Sentenza del 24 febbraio 2012 della Corte interamericana dei diritti umani. Disponibile in corteidh.or.cr, consultato l'8 maggio 2021.

¹⁰ Tuttavia, la discussione non è pacifica; da una visione negazionista della pluralità familiare, è stato sostenuto che «essa è vista [...] come il risultato dell'attacco al modo tradizionale di essere famiglia, quindi la variabilità delle strutture familiari risponde alle azioni di alcuni attori sociali che lottano per distruggere e screditare questo modo tradizionale di vita familiar. Il grande limite di vedere la pluralità familiare come risultato di questi due processi è che essi si riferiscono solo a uno specifico modo di essere famiglia che non è sempre stato presente nella storia dell'umanità, e quindi sono insufficienti quando si tratta di spiegare le differenze familiari nel tempo». V. W.E. GIL VALENCIA e M.Y. ARIAS CANTOR, *La pluralidad familiar, a la luz de la sociología relacional*, in *Ánfora*, v. 20, n. 35, luglio-dicembre, 2013 (pp. 173-195), p.

capriccio usare il plurale, come è stato usato in precedenza nel diritto civile per riferirsi a successioni, obbligazioni, contratti, persone, diritti reali. Sempre al plurale come espressione della diversità di tipi di ciascuno di questi istituti, che non per questo cessano di essere concepiti in astratto al singolare, come quando si parla della teoria del contratto, o della disciplina della successione *mortis causa*. Solo la famiglia all'interno delle istituzioni classiche del diritto civile nella sua concezione incontaminata è stata relegata e vista dal prisma del singolare, quando anche la famiglia si è pluralizzata per emergere come famiglie, espressione dei diversi assetti familiari che oggi hanno radici e riconoscimento sociale, ma non in tutti i casi, espressione giuridica.

Da un'analisi del diritto costituzionale comparato della famiglia, il Professor Esborraz afferma che la principale innovazione introdotta dal nuovo costituzionalismo nel diritto di famiglia è «l'internazionalizzazione» del diritto che impone l'analisi dei testi costituzionali dalla prospettiva dei diritti umani e che, in tal modo, tra le conseguenze più importanti di questa prospettiva vi è l'enfasi posta sulla dignità, l'autonomia, l'uguaglianza e la non discriminazione, che porta a sostituire «la famiglia» con «le famiglie», autonomia, uguaglianza e non discriminazione, che porta a sostituire «la famiglia» con «le famiglie», in modo tale che si passi da un modello «unico» di famiglia, basato essenzialmente sul matrimonio tra persone di sesso diverso, a

188. Questo, a mio avviso, è contraddetto dalla negazione della visione dialettica dell'evoluzione delle famiglie. Il concetto di famiglia deve essere visto nel contesto sociale in cui si sviluppa. Oggi è impensabile parlare di un unico modello di famiglia. La famiglia si è evoluta verso costruzioni familiari che hanno come denominatore comune l'affetto. In questa lotta per ancorare la famiglia al passato, aggrappandosi a una fase già superata, i già citati autori della sociologia relazionale sostengono che «non è la stessa cosa parlare di famiglia quando è usata come analogia, cioè qualcosa che ha alcune caratteristiche simili alla famiglia ma non lo è, né è la stessa cosa usare il termine come metafora per far sembrare famiglia cose che sono di natura diversa. Questi modi di usare il termine famiglia si differenziano dall'uso dell'autoidentità, che risponde al riconoscimento di quelle caratteristiche della realtà familiare che sono proprie e non analogiche o metaforiche» (p. 189). Ma non è una risorsa metaforica del linguaggio, né analogica, non sono entità conviventi simili o assimilabili alla famiglia patriarcale, monogamica e matrimoniale, ma l'eterosessualità e la consanguineità nella prole non sono le invarianti del concetto di famiglia che, per la sua diversità, è oggi difficile da incasellare in tesi naturalistiche e in una sola tipica –dogmaticamente preconcepita–.

una «pluralità» di modelli o comportamenti familiari¹¹. «*Il diritto di famiglia* diventa così un ordinamento neutro (se è possibile, perché la neutralità è di per sé un'ideologia) da applicare a diversi modelli di famiglia (un *diritto delle "famiglie"*)»¹².

Pertanto, il Codice delle Famiglie è sempre stato costruito al plurale (artt. 1 e 2), con un senso inclusivo, in modo da tutelare non solo le diverse costruzioni familiari, ma anche i diritti delle persone in situazione di vulnerabilità, bambini e adolescenti, anziani, persone con disabilità, persone che subiscono violenza domestica e di genere in tutte le sue manifestazioni. È un Codice che va letto in un'ottica di inclusione, pluralità, diversità, e non in quella della tolleranza. Il linguaggio utilizzato, rispettoso della diversità, ha un valore essenziale per la funzione pedagogica che questa norma ha e per i valori che inculca e cerca di trasmettere. Nulla è casuale, ogni parola usata ha un significato particolare. Non è il Codice di una famiglia idilliaca, sognata, perfetta; è il Codice in cui si riflettono le famiglie di tutti i cubani, con imperfezioni, disfunzionalità, contraddizioni, ma anche amore e affetto. Il Codice ha cercato di essere una fotografia paesaggistica della realtà socio-familiare cubana. Riconosce i diritti e anche i doveri legali di tutte le persone nell'ambiente familiare con una visione ecumenica, senza la prevalenza di opzioni sessuali, di genere, religiose o morali, basate sulla tradizione, spesso imposte dall'egemonia del genere o dell'età.

La Costituzione cubana del 2019 è la bussola della riforma della famiglia. Il Codice delle famiglie è una delle vene più importanti che si collegano all'arteria principale del sistema giuridico, che è la Costituzione. Il Codice è una norma che sviluppa i diritti costituzionali relativi alla famiglia (artt. 1 e 2). La Costituzione del 2019 non solo riconosce esplicitamente la pluralità della famiglia, ma è coerente nella sua regolamentazione: sia il matrimonio che l'unione di fatto sono forme di costituzione di una famiglia, entrambe riconosciute ai sensi

¹¹ V. D. ESBORRAZ, *El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones*, in *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, Colombia, n. 29, luglio-dicembre 2015 (pp. 15-55), pp. 30-31.

¹² M. TAPIA RODRÍGUEZ, *Del Derecho de Familia hacia un Derecho de las Familias*, in *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas nacionales de Derecho civil, Valparaiso, 2007*, Alejandro Guzmán Brito (editor), LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008 (pp. 159-166), p. 161.

dell'articolo 82 della Costituzione, e spetta al Codice disciplinare un regime giuridico adeguato alla natura di ciascuna di esse, ma senza gerarchie tra di esse (titoli VI e VII, rispettivamente). Non è accettabile discriminare, riducendo la possibilità che persone dello stesso sesso possano accedere solo all'unione di fatto e non al matrimonio, perché questo significherebbe negare il libero sviluppo della personalità e, di conseguenza, il proprio progetto di vita, secondo quanto previsto dall'articolo 47 della Costituzione. Ogni persona è degna di costruire la propria biografia.

Il Codice delle Famiglie è quindi il Codice dei nonni e delle nonne che hanno avuto nel corso della storia il bellissimo compito di trasmettere i valori, le tradizioni e i principi più nobili tra le generazioni e che hanno visto affettuosamente crescere i loro nipoti come continuità di ogni famiglia cubana (art. 8); il Codice dei fratelli, degli zii, dei cugini, dei nipoti, che hanno incoraggiato la vita dei loro parenti più stretti, facendo parte di quella famiglia allargata con cui condividono il candore della prima infanzia, le marachelle dell'adolescenza e la complicità della gioventù. È anche il Codice dei padri e delle madri per affinità, così comuni nell'ambiente familiare cubano, invisibilizzati per sempre, dato che apparivano a malapena regolamentati nel Codice di Famiglia del 1975¹³, trasmettitori di valori e anche di affetto [artt. 105, 280 b), 293.2, 329. 2 e 332c)]¹⁴; il Codice delle persone con disabilità nel loro ruolo di padri, madri, figli, nonni, con la necessità di un accomodamento ragionevole affinché possano esercitare la loro capacità giuridica su un piano di uguaglianza con gli altri e i diritti familiari loro spettanti [artt. 3.1 (k), 4 (g)].1 (k), 4 (g) e (k)

¹³ Solo in occasione dei carichi matrimoniali (art. 33.1).

¹⁴ Sull'argomento nel diritto cubano, si veda *per omnia*, I.M. MÉNDEZ TRUJILLO, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los minor de edad en familias ensambladas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020; ID., *Valoración del derecho de comunicación como resultado de la extinción de la familia ensamblada*, in *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, n. 17, 2020, pp. 1241-1260; ID., *Instrumentación de los acuerdos de parentalidad en sede notarial. Especial referencia a la familia ensamblada*, in *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, n. 18, 2021, pp. 963-978; L.B. PÉREZ GALLARDO, *Responsabilidad parentalidad en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las familias de Cuba*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs.), C. BEGUIRISTAIN; N. DE LA TORRE; F. NOTRICA (coords.), *Derecho de las familias contemporáneo Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano (Primera parte)*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 519-539.

12, 13.1, 26.2, 45-47, 54, 76.1 (b), 101 (b), 129.1, 138 (o), 157, 163.3, 172, 188, 193, 215.2, 248.1 (c), 256, 275.1 (c), 277.2, 280.1 (d) e 2, 284.3 e 285.1 (a), 293.1 (e) e 3, 323.2, 325.2, 329.1 b) e 3, 333 e 353.1 e), da 355 a 362, 379, 388.1 b), 395 f), 400, da 434 a 442, 451, 473.1 e 3, nonché la modifica degli articoli da 29 a 32, 90, 409.1 c), 469.1 d) e 484.2 del Codice civile]; il Codice per le persone che hanno subito violenza di genere in ambito familiare, affinché possano rivendicare i diritti loro spettanti e far sentire la loro voce per difenderle dalle manifestazioni più disparate di violenza domestica [articoli 4 j), 5. 1 g) e ñ), 7.1 g) e ñ), 7.1 c), 13-15, 33.2, 39 e) 102.1 c), 138 s), 146, 147, 155, 161.2, 166 d), 177.1, 191 b), 209.2, 248.1 b), 260, 287.1 c), 299 d), 321.2, 395 e), 407.3, 416, 424, 444, 451.1, e nella riforma del Codice civile, gli articoli 31.2, 469 f)]; il Codice degli assistenti familiari, che hanno rinunciato ai loro progetti di vita personali e professionali per dedicarsi disinteressatamente alla cura dei parenti più stretti, senza chiedere nulla in cambio dell'amore e delle cure che danno alla persona bisognosa di assistenza e promuovendo così il benessere del resto della famiglia [articoli 4 l), da 413 a 420, e la conseguente riforma dell'articolo 511.1 e 2 del Codice civile]. In breve, è il Codice delle donne, degli uomini, dei ragazzi, delle ragazze, dei anziani, delle anziane, che hanno costruito la nazione cubana e che continuano a scommettere su sogni, progetti, idee, con l'appoggio della famiglia. Si tratta di costruire un Codice basato sull'affetto [articoli 2.2 e 3, 4 j) e l), 7.2 c), 8.1, 21, 25.2, 45, 46, 50.2, 58 a), 90.2, 107.1, 111.2, 138 (d) ed e), 145.1, 150, 151.4, 160, 163.3, 169, 178.3, 181.1, 183 (a), 184.1, 201, 208.2, 210, 220.1, 246, 283.2, 293 (c), 308.1 d) ed e), 332 b), 333, 335, 343, 355, 360, 364, 365, 367, 370, 372, 374.1, 377.2, 394.2 e) e 3, 421, 430, 431, 441], dato che il suo riconoscimento è l'unico modo efficace per definire la famiglia, al di là dei legami biologici, nella continua ricerca della felicità, della supremazia dell'amore e della vittoria della solidarietà.

Non si può dimenticare che la famiglia è il sigillo che identifica le persone, non solo come figli e figlie, padri e madri, fratelli e sorelle, ma anche come esseri umani. Da essa veniamo e ad essa andiamo, qualunque sia il modello, l'entità, la costruzione o il tipo di famiglia a cui apparteniamo o quella che decidiamo di costruire autonomamente. La sfida di costruire il Codice delle Famiglie è fatta con tutti e per il bene di tutti, come diceva José Martí.

1.2. L'affetto: la bussola delle relazioni familiari

L'affetto è il punto di riconoscimento e di identificazione delle diverse costruzioni e strutture familiari, il denominatore comune, qualunque sia la loro natura. «Non si può negare che la nuova tendenza della famiglia moderna sia la sua composizione basata sull'affettività. Sappiamo che il legislatore non ha modo di creare o imporre l'affettività come regola *erga omnes*, poiché essa nasce dalla convivenza tra le persone e dalla reciprocità dei sentimenti»¹⁵. L'affettività ha superato la soglia della psicologia per avere valore giuridico e riconoscimento costituzionale e legale. È diventato un fattore determinante nella costituzione di legami giuridici, essenzialmente familiari, il che dimostra come il diritto abbia dovuto plasmare questo scenario di rigidità dogmatica verso un'apertura alla flessibilità e all'interdisciplinarietà. «L'affetto, prima escluso dalle deliberazioni e dalle decisioni giuridiche, sta oggi guadagnando nuove posizioni e pesi, ciò che prima era limitato agli interessi privati e ignorato dagli interessi giuridici, oggi si dimostra di interesse pubblico e come vera base per la costituzione dei legami giuridici»¹⁶. Da qui la formulazione trascendentale dell'articolo 81 della Costituzione quando afferma che i legami nati dalle diverse costruzioni familiari possono essere giuridici o di fatto, ma in ogni caso, cioè entrambi, di natura *affettiva*. In altre parole, qualunque essi siano, ciò che li distingue e li riafferma è l'affettività. Questo legame affettivo rafforza l'impegno reciproco nel progetto di vita comune che costruisce qualsiasi modello di famiglia. Così, sulla base della tutela della dignità umana, il diritto di famiglia che si sta costruendo – e che è contenuto nel nuovo Codice – si basa più sull'affettività che sulla stretta legalità, equiparando così l'affetto al sangue [artt. 2.2, 3.1 e)]. Lo sguardo alle famiglie deve essere anche al plurale, con un senso inclusivo, e questo plurale ha – e lo si sottolinea – un valore simbolico nel linguaggio del legislatore – ripreso da quello usato dai nostri elettori. In questo modo, l'affetto acquista e si consolida come valore giuridico,

¹⁵ T.F. VARGAS SIMÕES, *La familia afectiva - El afecto como formador de la familia*, in promovebh.com.br, consultato il 27 marzo 2017.

¹⁶ V. A. de Sousa PINTO, *O valor jurídico do afeto e sua demonstração como fundamento para constituição de vínculos familiares e novas famílias*, in *Revista Aporia Jurídica* (on line), *Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage*, 5ª ed., v. 1 (jan/jul-2016), pp. 269-282, p. 280.

in quanto la legge vi concentra l'attenzione in ambiti prima non toccati. È quindi necessario guardare non solo al diritto, ma anche a scienze affini come la psicologia, la sociologia, la demografia, la filosofia, la statistica, ma non con una visione compassionevole o semplicemente tollerante dei nuovi modelli familiari, bensì con una vocazione ecumenica che il pluralismo costituzionale esalta. In questa visione inclusiva, sempre più pluralista, devono prevalere l'amore, l'affetto, le emozioni, la solidarietà, la responsabilità e il senso di convivenza, al di là degli stereotipi sessisti, dei presupposti ideologici e delle esigenze normative.

Come sostiene la Professoressa Álvarez-Tabío Albo, «l'affettività diventa l'essenza che fonde le relazioni nella famiglia, insieme alla solidarietà e alla volontà responsabile di plasmarla, penetra nei diversi modi di viverla e spiega perché tutti devono essere protetti dalla propria realtà esperienziale»¹⁷. La difesa della rilevanza dell'affetto nelle diverse costruzioni familiari è diventata molto più importante e visibile in epoca contemporanea. La comprensione di questo valore nelle relazioni familiari-giuridiche porta alla conclusione che lo sviluppo della famiglia non può più essere guidato e osservato solo da un punto di vista patrimoniale e individualistico. È necessario rompere i paradigmi precedentemente esistenti per poter affermare, sulla base dei contenuti giuridici, che l'affetto rappresenta un elemento trascendente e deve essere considerato un'espressione concreta della dignità umana come valore fondamentale.

L'affetto, quindi, viene ad occupare una posizione centrale nelle diverse costruzioni familiari, unendo le persone attraverso legami astratti e un fine comune: lo sviluppo della persona attraverso la famiglia, da cui la portata costituzionale data ad esso a Cuba, poi avallata nel Codice, per cui il matrimonio si basa sull'affetto e sull'amore che gli sposi si professano reciprocamente [art. 201.1)] e l'unione di fatto, definita affettiva, richiede per la sua strumentazione notarile o il riconoscimento giudiziario che la coppia mantenga un progetto di vita affettiva in comune [articolo 308.1 d)]. Infine, «la realtà attuale delle formazioni familiari riflette un'epoca in cui le basi di

¹⁷ A.M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, *Tutela jurídica de las familias. Los diez mandamientos constitucionales de su protección en Cuba*, in *Las familias en la Constitución*, L.B. PÉREZ GALLARDO e D. CÁNOVAS GONZÁLEZ (coords.), Ediciones Olejnik, Santiago del Cile, 2020, pp. 27-47 (p. 40).

queste formazioni non si trovano solo in ragioni biologiche, legali o sociali, ma, al contrario, nell'esistenza dell'affetto tra i membri della struttura familiare, affetto che costituisce il principale legame per l'inclusione delle persone nella società moderna»¹⁸. Fino a tempi relativamente recenti, la legge non ha sempre tenuto il passo con l'affetto. Così, il DNA ha prevalso nella sfera giuridica. Il diritto di famiglia è stato essenzialmente costruito sulla base di un modello di famiglia biologica, con una prevalenza di tratti ematologici. Nel corso della storia, questo ha portato a filiazioni biologiche che hanno soppiantato quelle basate in molti casi su legami affettivi. La ricerca della verità biologica è stata un principio essenziale del diritto di filiazione, radicando la genitorialità socio-affettiva. Questo ha portato non solo nel diritto comparato, ma anche in quello cubano, a una contrapposizione tra l'elemento biologico e l'elemento affettivo, sociale, cioè la paternità biologica come valore rispetto alla paternità sociale, affettiva, portando a un vero e proprio conflitto di valori, storicamente risolto dai giudici nella maggior parte dei casi a favore del legame biologico. Il diritto non può ignorare il principio di affettività e la rilevanza che esso ha per la famiglia e anche per la persona stessa. Questo deve essere analizzato dal punto di vista della trascendenza che l'affetto ha nella genesi stessa della persona e, di conseguenza, della sua dignità.

La dottrina brasiliana ha affermato che l'affettività dal punto di vista giuridico «è una costruzione culturale che si verifica nella convivenza, senza interessi materiali, che emergono solo secondariamente quando si estingue. Si rivela in un'atmosfera di solidarietà e responsabilità. Come ogni principio, ha una chiara densità semantica, che è determinata dalla mediazione concreta dell'interprete in ogni situazione reale. Può essere tradotto come segue: «Dove c'è una relazione o una comunità unita da legami di affetto, essendo questa la sua causa originaria, ci sarà una famiglia»¹⁹. L'affetto è un sentimento che porta le persone ad assumere pubblicamente le loro relazioni, che resiste al tempo e permane in modo continuo e duraturo nelle famiglie, «attraversa l'intero diritto di famiglia e, di conseguenza, deborda e va

¹⁸ T.M. ALVES DE OLIVEIRA PEREIRA, *O afecto no Direito de família brasileiro*, in *Revista Direito & Dialogicidade*, Universidade Regional do Cariri – URCA, v. 4, n. 1, luglio 2013, in *periódicos.urca.br*, accesso 13 marzo 2021.

¹⁹ LOBO cit. pos T.M. ALVES DE OLIVEIRA PEREIRA, *O afecto*, cit.

oltre gli aspetti meramente filiali (senza ignorare il suo impatto superlativo in questo campo, così come la sua ineludibile connessione con l'interesse del minore)»²⁰. Si fa spazio attraverso la convivenza, da cui gli effetti giuridici che crea tra i membri della coppia genitoriale e tra questi e i loro figli, siano essi biologici o affini (da cui le filiazioni socio-affettive o quelle derivanti dall'adozione per integrazione). L'affetto crea radici nelle relazioni parentali che nascono come conseguenza delle famiglie miste (da qui, ad esempio, la possibilità attribuita al padre o alla madre del bambino), la possibilità attribuita al genitore affidatario di delegare temporaneamente e parzialmente l'esercizio della responsabilità genitoriale al genitore affine (partner del genitore affidatario), purché sia dimostrato un intenso legame affettivo tra quest'ultimo e il bambino o l'adolescente rispetto al quale si intende delegare l'esercizio della responsabilità genitoriale [cfr. art. 183 a) del Codice] e la possibilità di delegare l'esercizio della responsabilità genitoriale a un genitore affine (partner del genitore affidatario) [cfr. art. 183 a) del Codice] ed è stato il fondamento della paternità socio-affettiva e della filiazione che ne deriva [v. artt. 21, 50 d), 58 a), 59, 78.2 e da 104 a 108, tutti del Codice di famiglia, relativi alla filiazione socio-affettiva e alla filiazione adottiva in caso di adozione per integrazione] nonché un catalizzatore della multigenitorialità (v. artt. 58 e 59). Da un punto di vista giuridico, l'affetto è trattato come un fatto giuridico che comporta l'instaurazione di relazioni intersoggettive (da qui la regolamentazione delle cure familiari basate sull'affetto – art. 41), favorire lo sviluppo degli affetti familiari da parte dei figli fa parte del contenuto della responsabilità genitoriale – art. 138 d), dare affetto ai genitori è un dovere legale dei figli e delle figlie adulti nei confronti dei loro genitori – articolo 150 –, nell'ordine coniugale, l'affetto insieme all'amore sono la base su cui si fondano le relazioni coniugali – articolo 208.2 –, l'affetto è anche un dovere legale da adempiere da parte degli affidatari nei confronti delle persone affidate – articolo 360.2 – e, allo stesso modo, da parte delle famiglie di sostegno nei confronti dei bambini e degli adolescenti affidati ai centri di assistenza sociale e alle case di accoglienza con cui sono collegati –

²⁰ A. GONZÁLEZ MONZÓN, *Le disposizioni preliminari della Ley 156/2022, 'Código de las familias'. Aproximaciones exegéticas desde un enfoque principialista*, in *Derecho de las familias contemporáneo* (Primera parte), (pp. 43-61), p. 57.

articolo 370 –, mentre l'affetto come valore fa parte del contenuto della protezione degli anziani – articolo 431.1 – a tal punto che ha il potere di superare anche i legami genetici (la cui massima espressione è riconosciuta nell'art. 78.2)²¹. «L'affetto, con o senza legami biologici, deve essere sempre il prisma più ampio della famiglia, lontano dalla vecchia asfissia del sistema patriarcale del passato, sempre a favore della dignità umana. È noto che gli ordinamenti giuridici del passato non avevano alcun impegno per l'affetto e la felicità»²².

Come giustamente sostenuto dalla dottrina brasiliana, che è stata all'avanguardia su questo tema, «la de-biologizzazione dei legami familiari è un'evoluzione che sta gradualmente guadagnando terreno nella sfera giudiziaria. E da questa trasformazione sociale nasce la necessità di innovare il diritto, permettendo a sempre più gruppi, prima esclusi, di essere integrati nella società attraverso la legge. Il ruolo del legislatore e di chi applica la legge in questo contesto è quello di soppesare queste trasformazioni sociali, agendo in modo etico, morale e, soprattutto, giusto nell'adempimento della propria funzione, per non correre il rischio di emarginare alcuna minoranza»²³.

1.3. Princípi del diritto di famiglia

L'articolo 3 positivizza «alla maniera di una grande porta»²⁴ i princípi guida del diritto di famiglia. Si adotta un criterio convenzionale per la ricezione di questi princípi nella norma, in modo

²¹ Certamente, in questo precetto è chiaro che l'azione di riconoscimento della filiazione da parte di chi si ritiene legittimato a riconoscere il figlio o la figlia precedentemente riconosciuti da un altro, può avere successo solo se è nell'interesse del bambino o dell'adolescente, cioè il principio del loro interesse superiore deve essere preso in considerazione al di là della verità biologica, in modo tale che la domanda presentata potrebbe essere dichiarata inammissibile se il riconoscimento non fosse vantaggioso per il bambino o l'adolescente, o, nel migliore dei casi, per condividere la filiazione con il genitore socio-affettivo, se fosse nell'interesse del bambino o dell'adolescente mantenere la filiazione e aggiungerne una nuova derivata dalla verità biologica, diventando così un caso di multigenitorialità sopravvenuta.

²² S. DE SALVO VENOSA, *Direito civil: família*, 17ª ed., Atlas, São Paulo, 2017, p. 24.

²³ J.P. GUTIÉRREZ, A. SOUZA FERRÃO, T. de C. PEÇANHA ROCHA, *O afeto*, cit., p. 197.

²⁴ A.R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El título preliminar. Los principios generales*, in *Derecho de las familias contemporáneo* (Primera parte), (pp. 21-42), p. 21.

che diventino formule di portata generale che rendano praticabile l'ermeneutica dell'intero testo normativo. I principi riconosciuti dal legislatore vogliono essere, come sostiene González Monzón, «mandati di ottimizzazione, il che significa che devono essere applicati gradualmente, in base alle circostanze del caso specifico, e non nella forma del tutto o niente, al modo in cui si applicano le norme. Dovrebbero anche servire come parametri per l'interpretazione e l'argomentazione razionale nel diritto di famiglia e come regole per la correzione o la soluzione di casi difficili, soprattutto nel contesto della configurazione di lacune assiologiche»²⁵, in altre parole, si tratta di mandati rivolti non solo ai giudici, ma anche ai notai e agli altri operatori giuridici della sfera familiare per fornire una soluzione al caso, denotando i limiti del legislatore nel senso che non può prevedere tutte le situazioni che possono presentarsi, riponendo fiducia in coloro che hanno la missione di giudicare nei tribunali o nei canali della giustizia preventiva cautelare, adottando soluzioni ragionevolmente fondate. Si può sostenere che i principi disciplinati nell'articolo 3 si basano sia sulla dignità che sull'umanesimo come valori supremi, che a loro volta hanno un supporto costituzionale (artt. 1 e 40), archetipi politici e giuridici della società contemporanea.

I principi enunciati nel suddetto articolo 3 diventano veri e propri vettori assiologici in quanto fungeranno da pilastro interpretativo delle norme giuridiche, offrendo un modo migliore per la loro applicazione; hanno una valenza integrativa, in quanto colmano qualsiasi vuoto normativo esistente e hanno anche una forza limitativa per il legislatore successivo, in quanto quando vengono emanate nuove norme, queste devono essere conformi al dovere di garantire l'efficacia e l'applicazione di tali principi come mezzo per assicurare la dignità dell'esistenza della persona umana.

Per la novità che ciò comporta, vale la pena di riflettere sul principio di socio-affettività disciplinato alla lettera e) dell'articolo citato. In effetti, il Codice rafforza le relazioni familiari basate su legami affettivi, al di là della concezione puramente ematologica in cui le relazioni familiari, e in particolare quelle parentali, sono state tradizionalmente concepite. Non si tratta semplicemente di de-biologizzare i legami familiari, ma di dare pari opportunità e valore ai legami familiari basati

²⁵ A. GONZÁLEZ MONZÓN, *Las disposiciones preliminares*, cit., p. 49.

sulla socio-affettività, cioè alle relazioni familiari basate sul supporto fattuale su cui si fonda l'affetto. Non si tratta solo dei legami filiali, ma anche di quelli che si instaurano tra i membri di una coppia di diritto comune. In materia di filiazione, con il riconoscimento della socio-affettività, si dà copertura giuridica a situazioni che tradizionalmente hanno accompagnato la storia di vita di molte persone e che si sono concluse con lo spostamento della filiazione costruita a partire dalla socio-affettività e il trionfo della filiazione biologica, senza che il legame affettivo tra il padre biologico e il figlio da riconoscere abbia molta importanza. Come sostiene Aguirre Mesa, «(a)cettare la denaturalizzazione della filiazione biologica binaria, basata sull'introduzione del principio socio-affettivo, sarebbe la strada per cui, nella concomitanza dei diritti fondamentali, con il diritto alla conoscenza dell'origine genetica o il cosiddetto diritto all'identità, sarebbe perfettamente possibile indagare sulla paternità biologica di una persona senza distruggere il suo legame di filiazione socio-affettiva con i diritti di filiazione che ne fanno parte. È necessario fare progressi nel differenziare il diritto di conoscere l'origine biologica di una persona dai suoi diritti di filiazione, siano essi genetici o meno. Un test del DNA non può continuare a contenere il potere di far crollare, disconoscere e violare il legame socio-affettivo consolidato in complicità con l'ordinamento giuridico»²⁶.

In termini di filiazione, la socio-affettività si basa sul possesso dello status di figlio e sul possesso dello status di genitore. È questo il comportamento che denota un legame di natura filiale tra le persone coinvolte, annodato dall'affetto nella costruzione di paternità e maternità al di là del sangue, con un riconoscimento non solo familiare e comunitario, ma anche sociale. Anche a livello di relazioni di coppia, l'affettività è una componente vitale, così come è essenziale nelle istituzioni di tutela e protezione dei diritti degli anziani, così come nei contratti di mantenimento o di affidamento, sia per i minori che per gli anziani. L'affettività sociale è trasversale al codice della famiglia.

Va menzionato anche il principio del perseguimento della felicità, disciplinato dall'articolo 3 f) del Codice. In entrambi, l'autorealizzazione della persona, l'autonomia, l'autodeterminazione,

²⁶ V. AGUIRRE MESA, *La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural*, in *Revista Pluriverso*, n. 16, luglio-dicembre 2021 (pp. 119-161), p. 155.

i limiti imposti dalla legge e il modo di conciliare la felicità o la proiezione individuale con gli interessi di terzi degni di protezione sono legami essenziali. Non va dimenticato che l'articolo 1 della Costituzione cubana fa riferimento al benessere e alla prosperità individuale e collettiva come compiti del nostro Stato di diritto e della giustizia sociale. Tuttavia, la soggettività della felicità come concetto filosofico è stata oggetto di aspre critiche per poterla concepire come un diritto fondamentale, tanto che i suoi difensori hanno sottolineato che «questo diritto si riferisce esclusivamente alla ricerca della felicità, ma non alla felicità stessa, in considerazione del fatto che, come abbiamo già detto, la sua soggettività è intrecciata con le caratteristiche culturali, religiose, morali, etiche e altre diverse caratteristiche individuali di ogni popolo»²⁷. Nel tentativo di eliminare la soggettività che indubbiamente esiste nel termine felicità, essa è stata definita come «il diritto di pianificare e realizzare un progetto razionale di soddisfazione di preferenze o desideri legittimi, considerando, in questo compito, le possibilità di successo»²⁸. Analogamente al diritto al libero sviluppo della personalità, il diritto alla ricerca della felicità implica «un controllo sugli interventi arbitrari dello Stato», «scelte individuali per intraprendere progetti di realizzazione personale [...], soddisfazione personale, liberi da interventi repressivi»²⁹. Questo principio, che è stato sviluppato dalla dottrina brasiliana – ispirando la sua positivizzazione nel Codice cubano – è stato inteso dal Tribunale federale come un'idea-forza che ispira l'interpretazione delle norme infracostituzionali³⁰. Nel Codice delle famiglie agisce in modo simile.

²⁷ D. GÓMES DE SOUZA RAMOS, *A positivação do direito fundamental à busca da felicidade como método de desenvolvimento sociopolítico*, in E. TREVISAM e F.G. KNOERR (coords.), *Direitos sociais e políticas públicas I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA, CONPEDI, Florianópolis, 2016, pp. 22-37 (p. 28).

²⁸ S.T. LEAL, *Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição*, in *Tese (Doutorado em Direito Constitucional)*, Pontifica Universidade Católica, São Paulo, 2013, p. 114, disponibile su tede2.pucsp.br, visitato il 01 marzo 2021.

²⁹ J. ESPÍNDOLA DOS SANTOS, C. E. SILVA E SOUZA, *Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações*, in *Revista Pensamento Jurídico*, v. 13, n. 2, São Paulo, Jul./Dec. 2019 (pp. 121-147), p. 144, disponibile all'indirizzo fadisp.com.br, consultato il 01 marzo 2021.

³⁰ «Il principio costituzionale della ricerca della felicità, che decorre, per implicazione, dal cerchio in cui si irradia il postulato della dignità della persona umana, assume un ruolo di estremo rilievo nel processo di conferma, miglioramento ed espansione dei diritti fondamentali, qualificandosi, secondo la propria teleologia, come fattore

La ricerca della felicità diventa uno standard per la realizzazione personale e familiare, una guida per il progetto di vita familiare degli individui, le volontà, i desideri e le preferenze degli anziani e delle persone con disabilità. Diventa così «uno scudo per gli esseri umani di fronte ai tentativi dello Stato di inquadrare la loro realtà familiare in modelli preconcepiuti dalla legge [...] più tipici di una concezione eudemonistica della famiglia in cui non è il soggetto a esistere per l'istituzione della famiglia e del matrimonio, ma piuttosto per il suo sviluppo personale, alla ricerca delle sue aspirazioni e della sua felicità»³¹.

E l'altro principio che merita di essere sottolineato in questa occasione per la sua importanza è quello che il Codice delle Famiglie all'articolo 3.1 l), ovvero quello dell'equilibrio tra l'ordine pubblico della famiglia e l'autonomia. L'obiettivo è quello di trovare il giusto equilibrio tra i principi di libertà e responsabilità. Si tratta di una norma che valorizza la libertà nell'ordine familiare, espressa attraverso la possibilità data agli individui come partner affettivi, come partner genitoriali o anche nell'ordine di filiazione di stabilire accordi di vario tipo attraverso i quali possono disegnare i diversi statuti legali della famiglia. Questi patti – espressione viva di quella che la dottrina ha chiamato contrattualizzazione del diritto di famiglia – sono accordi da cui emergono regole di natura volontaria secondo linee guida o criteri stabiliti da chi li stipula allo scopo di disciplinare gli effetti delle relazioni che si instaurano a questo scopo. Il legislatore evita di utilizzare il termine contratto, riferendosi in ogni caso a patti o accordi stipulati da persone legate da vincoli familiari, in base ai quali si creano, si modificano o si estinguono rapporti di questa natura, cioè i rapporti familiari. Tali accordi sono sempre notarili. L'atto notarile sarà il loro serbatoio formale o documentale, cosicché il notaio è responsabile di un doppio controllo, uno sostanziale, in cui inserirà le espressioni di volontà delle parti nel torrente normativo, adeguandone

di neutralizzazione di pratiche o omissioni dannose il cui verificarsi può compromettere, intaccare o addirittura sterilizzare i diritti e le libertà individuali. - Assiste, per questo mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana» (RE 477554 AgR/MG, Relator Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011, Segunda Turma, DJe-164 25-08-2011).

³¹ V. G.N. GALPERIN, *Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura*, Primera parte, data: 4-set-2018, citation: MJ-DOC-13675-AR | MJD13675.

il contenuto a quanto consentito dalle norme imperative, e uno formale, che sigillerà o schiererà l'accordo secondo i requisiti nell'ordine strumentale stabilito dalle norme aggettivali di questa natura.

1.4. Diritti delle persone nella sfera familiare

Il legislatore distingue i diritti delle persone nell'ambiente familiare da quelli dei bambini e degli adolescenti. Questi diritti sono espressamente riconosciuti negli articoli 4 e 5 del Codice. Questi diritti sono coperti dai vari istituti del diritto di famiglia. Così, mentre l'articolo 81 della Costituzione disciplina il diritto di fondare o meno una famiglia, l'articolo 4 a) del Codice della famiglia – come sviluppo costituzionale – riconosce il diritto di formare una famiglia e anche alla lettera b) il diritto alla vita familiare, due diritti di natura diversa che vale la pena distinguere. Certamente, a differenza del primo, il diritto alla vita familiare non copre solo ciò che è necessariamente intimo o privato in quel ridotto che è la vita familiare, ma rifiuta anche qualsiasi altra interferenza nel modo in cui la famiglia è fatta o vissuta. Ognuno ha diritto alla propria vita familiare e proprio come espressione di questa vita familiare esiste una sfaccettatura della sua intimità legata alla famiglia. Si tratta della dimensione dell'intimità in cui il soggetto impedisce a terzi di conoscere i propri legami affettivi con le persone che fanno parte del modello familiare che ha formato, con le quali condivide alcuni segreti o passaggi della vita in cui è stato coinvolto come parte della famiglia, non della famiglia stessa, in quanto priva di personalità giuridica e quindi non soggetto di diritto, e che vuole tenere nascosta a terzi, impedendo interferenze illegittime da parte loro, anche dello Stato.

È riconosciuto anche il diritto alla piena uguaglianza in materia di filiazione (comma c), un diritto-principio espressamente previsto dall'articolo 83 della Costituzione, per cui i figli, siano essi biologici, adottivi, socio-affettivi o frutto dell'applicazione di tecniche di riproduzione umana medicalmente assistita con donatori terzi, hanno uguali diritti e doveri. In materia di genitorialità, il legislatore lo rafforza per i parenti socio-affettivi - e non solo per i figli - nell'articolo 21.2 e, in modo specifico, in materia di filiazione nell'articolo 48. Va

inteso che tale uguaglianza nell'ordine dell'esercizio dei diritti e dell'adempimento dei doveri non implica che le fonti di filiazione non esistano, al contrario [articoli 50 e 206.2 in relazione al 206.1 a)]. Il legislatore regola una molteplicità di fonti. Gli effetti della filiazione non sono identici, quindi il figlio adottivo avrà alcuni divieti di formalizzare il matrimonio che il figlio biologico non ha (articolo 93)³². Il riconoscimento del diritto all'uguaglianza della filiazione - esercitabile ai sensi della Costituzione - significa che il figlio ha gli stessi diritti nelle relazioni parentali, compresi i diritti ereditari, che possono essere utilizzati in qualsiasi processo giudiziario o extragiudiziario, ma ciò non implica che ogni fonte di filiazione abbia un proprio status giuridico, che può essere diverso. Così, in materia di tecniche di riproduzione umana eterologa medicalmente assistita, il legislatore prevede alcune norme relative al diritto di informazione sull'identità del bambino nato in seguito al successo di queste tecniche, che non sono previste per altre fonti di filiazione, ed è eccezionale che il bambino possa conoscere l'identità della persona che ha fornito altruisticamente il materiale genetico per il suo concepimento (v. art. 122)³³.

Infine, tra i diritti riconosciuti alle persone nell'ambiente familiare, vale la pena sottolineare quello delle cure affettive. Per la sua trascendenza nella concezione del Codice, merita di essere evidenziato. La cura come diritto umano supera i confini del suo semplice riconoscimento normativo e trascende la sua comprensione multi-causale e multi-temporale, basata sulle politiche pubbliche dello Stato per la sua garanzia, la protezione personale e patrimoniale di coloro che la

³² Ed è logico, così come i figli biologici non possono formalizzare il matrimonio (divieto di parentela) con i loro parenti più stretti, nel caso di un figlio biologico tali parenti stretti sono tali per sangue e per legge, coincidono, ma nel caso dell'adozione, essendoci un divorzio tra la biologia e la norma giuridica, il divieto si estende non solo rispetto ai nuovi parenti adottivi, ma anche a quelli biologici che, pur non essendo più tali per legge, continuano ad esserlo per natura, una *ratio del* divieto a base eugenetica.

³³ Si tratta indubbiamente di una questione molto controversa, se la si guarda dal punto di vista dell'identità della persona (i bambini nati con queste tecniche), il cui diritto alla propria identità potrebbe essere considerato violato, il che non implica in alcun modo un tentativo di rivendicazione della filiazione, che, dato lo scenario in cui si svolge, non avrebbe alcuno spazio.

forniscono e la ricevono, il riconoscimento dei suoi punti di connessione con altri ambiti come la salute e il lavoro, nonché il suo valore sociale e familiare, per una riproduzione sociale sostenibile per l'umanità. In questo modo, la cura diventa uno dei fili conduttori del nuovo Codice, essendo diventata «un concetto polisemico che attraversa l'intera vita della persona e comprende la sfera pubblica e privata»³⁴. Pertanto, in tutto il testo, la cura dei bambini e degli adolescenti è trattata in associazione con l'obbligo di prestare gli alimenti (artt. 25.1 e 32), la comunicazione tra parenti (art. 47), la responsabilità genitoriale (artt. 136-139, 144 e 146) e il regime di tutela e assistenza (artt. 151 e seguenti). Per quanto riguarda il regime economico del matrimonio, viene introdotta la valutazione economica del lavoro domestico e di cura (art. 216), rafforzata dalla natura imperativa della norma, connessa alla possibilità per il coniuge o il partner di comune accordo di chiedere un risarcimento economico per compensare la situazione patrimoniale svantaggiosa dopo il divorzio o la rottura della vita di coppia, a condizione che si sia dedicato al lavoro domestico e di cura, per non aver svolto alcuna attività remunerata o lucrativa durante il matrimonio. Parallelamente, l'ex coniuge che si trova nella stessa situazione può richiedere l'assegnazione preferenziale dei beni e dei diritti dopo la liquidazione dei beni della comunione domestica (art. 326).

Con tutto ciò, i precetti forse più rilevanti in materia di assistenza sono disciplinati nel Capo VII del Titolo VIII, dedicato esclusivamente agli assistenti familiari, insieme alle riforme del Codice Civile, essenzialmente quelle previste dall'art. 511, che prevede incentivi successori nella successione intestata per gli assistenti familiari³⁵ e cause di incapacità a succedere per chi assume una condotta di trascuratezza, distacco, disaffezione o mancanza di cura nei confronti di anziani o disabili adulti [es., rifiutando cibo o attenzioni al defunto – articolo 469.1 c), o favorendo lo stato di abbandono fisico o emotivo del defunto, nel

³⁴ A. PUENTES GÓMEZ, *El derecho al cuidado en la reforma familiar cubana. Nuevos horizontes a favor de la dignidad humana*, in *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba*, L.B. PÉREZ GALLARDO e G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dirs.), M. GARCÍA MAYO (coord.), Ediciones Olejnik, Santiago del Cile, 2023, (pp. 427- 446), p. 429.

³⁵ V. L.B. PÉREZ GALLARDO, J. PEREIRA PÉREZ, *Del cuidado personal como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios*, in *Revista de Derecho Privado*, n. 4, luglio-agosto 2023, pp. 3-24.

caso di una persona anziana o disabile – articolo 469.1 d)]³⁶. Come sostiene Puentes Gómez «(il) diritto ad essere assistiti è un diritto fondamentale di ogni persona, ma anche degli adulti anziani, tuttavia il diritto degli assistenti è inseparabile dall'idea stessa di assistenza come diritto sociale. Nella sua duplice dimensione, è parte integrante dell'insieme dei diritti umani universali sanciti da vari strumenti internazionali, anche se non è individuato tra di essi»³⁷.

1.5. Diritti dei bambini e degli adolescenti nel contesto familiare

In attesa di una norma *ad hoc* che regoli lo status giuridico di bambini e adolescenti, le norme contenute nel Codice evidenziano la peculiarità offerta dal riconoscimento e dalla tutela dei diritti delle persone in questa fascia di età. I diritti riconosciuti dall'articolo 5 in ambito strettamente familiare sono la concretizzazione di alcuni diritti che trovano riscontro nella Convenzione sui diritti del fanciullo e nella Costituzione della Repubblica. È evidente l'intenzione del legislatore di sistematizzare questi diritti in un articolo incluso nelle Disposizioni preliminari, rafforzandone così l'importanza.

L'accento è posto sul riconoscimento dei minori come soggetti di diritti e sulla possibilità di esercitarli secondo la loro progressiva autonomia, in modo tale che, con l'evolversi delle loro facoltà intellettuali, ci sarà un maggiore progresso nell'esercizio da parte loro dei diritti di cui sono titolari. La responsabilità dei genitori porterà quindi a una diminuzione della partecipazione alle decisioni dei figli nella stessa misura in cui questi ultimi – in base alla loro maturità psicologica – decidono da soli entro i limiti stabiliti dalla legge. Un'espressione concreta di ciò può essere vista nell'esercizio dei diritti della personalità, che secondo l'articolo 139.2 a) possono essere

³⁶ Secondo la modifica apportata al Codice Civile dalla disposizione finale QUATTRO del Codice di Famiglia. Si veda a questo proposito L.B. PÉREZ GALLARDO, *Violencia familiar e incapacidades para suceder (a propósito de la reforma del derecho familiar cubano. Especial referencia al artículo 469 del Código civil)*, in M. TESCARO e A. ZACCARIA, (coords.), *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 29-77.

³⁷ A. PUENTES GÓMEZ, *El derecho al cuidado*, cit., p. 429.

esercitati *di per sé* secondo «la loro età, le loro condizioni e la loro maturità», nella misura in cui, pur partendo da un criterio di età e non dal profilo della progressiva autonomia, l'articolo 29.6 del Codice Civile (secondo la Disposizione Finale Prima del Codice di Famiglia) include la possibilità che a partire dai 12 anni essi possano concedere testamenti (di qualsiasi tipo) e persino atti di autotutela. Analogamente, il legislatore ha posto l'accento sul rafforzamento del diritto dei bambini e degli adolescenti ad essere ascoltati [articolo 5, lettera *a*)]. L'ascolto diventa uno strumento fondamentale che, pur non essendo uno strumento decisionale per giudici, notai e altri operatori del diritto³⁸, è un diritto di cui i bambini e gli adolescenti sono titolari nella misura in cui le decisioni da prendere riguardano i loro legittimi interessi. Si tratta di un processo di ascolto realizzato da un'équipe con la rappresentanza di diverse discipline legate al diritto di famiglia, che consente di costruire il principio guida del rispetto dell'interesse superiore del bambino o dell'adolescente³⁹ in questa prospettiva

³⁸ È necessario notare che la manifestazione dei desideri del bambino non sempre coincide con i suoi interessi; in questi casi, è necessario determinare se il suo atteggiamento deriva da una condizione capricciosa, dall'ignoranza di un altro ambiente o dall'alienazione dei genitori. Le ragioni principali che devono essere stabilite per determinare i limiti ai desideri dei bambini, quando questi sono contrari ai loro diritti fondamentali e al libero sviluppo della loro personalità. La volontà del bambino può essere fatta valere attraverso la partecipazione diretta o nelle udienze giudiziarie e amministrative. Va notato che i desideri dei bambini non sempre coincidono con i loro interessi, quindi i giudici devono essere analitici e chiedere l'aiuto di esperti per prendere una decisione migliore. V. R.E. LÓPEZ CONTRERAS, *Interés superior de los niños y niñas. Definición y contenido*, in *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, n. 13 (1), 2015 (pp. 51-70), p. 63.

³⁹ Il suo contenuto deve essere determinato in base al principio della realtà familiare [art. 3.1 *m*)], cioè tenendo conto delle particolarità di ogni caso. Si tratta di un concetto giuridico indeterminato, flessibile e adattabile. Deve quindi essere adattato e definito su base individuale, in base alla situazione specifica di ogni bambino o adolescente e tenendo conto del contesto, della situazione e delle esigenze personali. Come ha affermato il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel suo Commento generale n. 14 del 2013 sul diritto del bambino ad avere il suo interesse superiore preso come considerazione primaria, articolo 3, paragrafo 1, disponibile all'indirizzo in observatoriodelainfancia.es, consultato il 12 maggio 2024, paragrafo 34: «La flessibilità del concetto di interesse superiore del bambino consente di adattarlo alla situazione di ciascun bambino e all'evoluzione delle conoscenze sullo sviluppo del bambino». In ogni caso - come ha affermato lo stesso Comitato - «occorre tenere presente che lo scopo della valutazione e della determinazione dell'interesse superiore del minore è quello di assicurare il pieno ed effettivo godimento dei diritti

multidisciplinare, secondo i parametri che l'articolo 7 del Codice stesso offre come una luce all'orizzonte⁴⁰. L'audizione non solo può essere effettuata in un tribunale, ma, a differenza di altri testi giuridici, è autorizzata anche in uno studio notarile⁴¹. Ciò va di pari passo con un altro dei diritti-principio dei bambini e degli adolescenti nell'ambiente familiare, ossia il diritto alla partecipazione alle decisioni familiari che riguardano i loro interessi [articolo 5, lettera b)]. In linea diretta con il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, «la valutazione del miglior interesse consiste nel valutare e soppesare tutti gli elementi necessari per prendere una decisione in una determinata situazione per un particolare bambino o gruppo di bambini. È responsabilità di

riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli opzionali, nonché lo sviluppo integrale del minore»(par. 82).

⁴⁰ «Articolo 7. Interesse superiore dei bambini e degli adolescenti. 1. L'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti è un principio generale che informa il diritto di famiglia, di osservanza obbligatoria e primaria in tutte le azioni e decisioni che li riguardano, sia nella sfera privata che in quella pubblica.

2. Per determinare l'interesse superiore di un bambino o di un adolescente in una situazione specifica nell'ambiente familiare, è necessario valutare quanto segue:

a) La loro opinione, in base alla loro capacità di comprensione, alla loro capacità di formarsi un proprio giudizio e alla loro progressiva autonomia;

b) la loro specifica identità e il loro status di persone in via di sviluppo;

c) il mantenimento delle relazioni familiari, quelle affettivamente vicine in un ambiente familiare armonioso, libero da discriminazioni e violenze;

(d) la loro cura, protezione e sicurezza;

(e) le loro esigenze fisiche, educative ed emotive;

f) situazioni di vulnerabilità, comprese quelle causate da situazioni eccezionali e catastrofiche riconosciute dalla Costituzione della Repubblica di Cuba;

(g) l'effetto che qualsiasi cambiamento di situazione può avere sulla loro vita quotidiana; e

h) altri criteri pertinenti che contribuiscono alla massima, completa e simultanea soddisfazione dei diritti dei bambini e degli adolescenti.

3. L'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti è valutato in armonia con i doveri dei bambini nei confronti di madri, padri e altri parenti, in conformità con le disposizioni dell'articolo 149 del presente Codice».

⁴¹ Sebbene sia disciplinata in occasione del trattamento del divorzio consensuale nei procedimenti notarili (art. 291.3) e negli accordi sull'estinzione dell'unione di fatto degli affetti (art. 329.4), l'audizione è possibile e anche consigliabile in tutti gli atti o negozi giuridici in cui sono coinvolti gli interessi dei minori, nonché negli accordi parentali (art. 163.2). In alcuni casi è obbligatoria, come per la delega dell'esercizio temporaneo e parziale della responsabilità genitoriale [artt. 145.2 e 183 e)], purché le condizioni di maturità del bambino o dell'adolescente lo consentano.

chi prende le decisioni e del suo staff (idealmente un'équipe multidisciplinare) e richiede la partecipazione del bambino»⁴².

1.6. Nonni, altri parenti e altri riferimenti affettivi nella trasmissione dei valori alle nuove generazioni

L'articolo 8, che regola il valore nelle famiglie cubane della partecipazione dei nonni, delle nonne e dei nonni e di altri riferimenti affettivi nella trasmissione intergenerazionale di «*tradizioni, cultura, educazione, valori, affetto e lavoro di cura*», potrebbe essere definito particolarmente importante. Si tratta di un precetto con un valore assiologico indiscutibile. Si tiene conto del fatto che le famiglie cubane sono famiglie allargate, in cui i nonni svolgono un ruolo importante, poiché in molti casi creano intensi legami affettivi con la loro prole, essendo coloro che formano ed educano i nipoti, assumendo talvolta anche un ruolo di guida di fronte a padri e madri assenti o con ruoli secondari⁴³. Anche se viene dato particolare risalto ai nonni e alle nonne, l'articolo non si limita a loro, alludendo ad altri parenti (fratelli o zii, per esempio) o ad altre persone affettivamente vicine (amici, vicini di casa, padrini o madrine di battesimo) che possono anch'essi avere una relazione affettiva significativa con i neonati o gli adolescenti).

Ogni famiglia si basa su valori e tradizioni che le danno un'impronta particolare. Questi valori rafforzano il sigillo dell'identità, consolidano la personalità dei figli, orientano la loro dimensione ontologica, i valori che abbracceranno, la loro concezione della vita, le loro relazioni non solo in famiglia ma anche nella società. La famiglia è la culla che scuote l'essere di ogni persona. La formulazione del legislatore pone l'accento sul ruolo svolto dalle

⁴² Commento generale n. 14 del 2013 sul diritto del bambino ad avere il suo interesse superiore preso come considerazione primaria (art. 3, paragrafo 1), paragrafo 47.

⁴³ Secondo il Professor González Monzón, questa normativa «risponde alle possibilità di realizzare il principio della pluralità familiare in considerazione delle circostanze sociali e familiari che, in molte occasioni, collocano le nonne, i nonni e altre persone affettivamente vicine alle famiglie in posizioni di primo piano nella loro dinamica strutturale e funzionale». V. GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Las disposiciones preliminares*, cit., p. 49.

persone a cui ci si riferisce nel lavoro di cura, tenendo presente che nella società cubana è molto comune che i nonni e le nonne – come è già stato spiegato – assumano il ruolo di assistenti per i loro nipoti. Pertanto, questo articolo ha uno sviluppo trasversale nel testo codicistico, sostenendo i diritti e i doveri che si armonizzano con lo spirito del legislatore. In questo senso, gli articoli da 45 a 47 e 160 regolano il diritto alla comunicazione familiare e gli articoli 151.4 e 169, il diritto di richiedere giudizialmente la tutela e la cura dei bambini o degli adolescenti, quando le circostanze lo favoriscono, in correlazione con gli articoli 149 e 150 che stabiliscono i doveri dei bambini e dei ragazzi, siano essi minorenni o maggiorenni, nei confronti dei loro padri, delle loro madri e degli altri parenti, mirando in ogni caso alla simmetria di tali relazioni, in modo che i diritti e i doveri agiscano nell'orbita dell'equilibrio delle relazioni familiari.

1.7. Criteri di interpretazione delle norme del Codice

Il Codice prevede la necessità di criteri ermeneutici, tanto necessari in norme di portata generale e con la vocazione di universalità e validità prolungata nel tempo che questo testo giuridico implica. Oltre ai tradizionali criteri di interpretazione: storico, logico e sistematico, è degno di nota il fatto che per la prima volta a Cuba si incorpora il criterio evolutivo o sociologico come criterio di interpretazione di una norma giuridica, il che è un inno all'attivismo giudiziario, ora trasposto ad altri scenari non necessariamente giudiziari. Tra gli elementi che meritano di essere evidenziati nella regolamentazione dell'articolo 9, vale la pena citare:

a) Non esiste una priorità tra i criteri interpretativi, l'ordine in cui sono enunciati non dà la preferenza a uno rispetto agli altri, e ciò è reso esplicito quando si afferma che nell'interpretazione non si deve tener conto solo del significato delle parole, ma che esso da solo non è decisivo (art. 9, paragrafo 2).

b) fa espresso riferimento all'ordinamento giuridico nazionale e internazionale, in modo da lasciare all'operatore giuridico la libertà di utilizzare qualsiasi fonte disponibile in ambito nazionale o internazionale, senza altre limitazioni se non quella di non violare i diritti riconosciuti dalla Costituzione della Repubblica di Cuba,

ponendo particolare enfasi sulla coerenza dell'ordinamento giuridico; il Codice è un ulteriore collegamento, non un satellite con direzione autonoma (art. 9.1).

c) Si fa riferimento ai principi come criterio di interpretazione, che non sono solo integrativi ma anche regole di integrazione e controllo assiologico (art. 9, paragrafo 1).

d) rende praticabile il dialogo delle fonti in materia di diritto di famiglia, ammettendo la coerenza necessaria per l'interpretazione dei suoi precetti in conformità non solo con l'ordinamento giuridico interno, ma anche con l'ordinamento giuridico internazionale (quindi, la Convenzione sui diritti del fanciullo, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne) (art. 9.1). L'interpretazione delle norme contenute nel Codice è conforme al suo ambito di applicazione e quindi ai principi, ai valori e alle regole contenuti nella Costituzione e nei trattati internazionali in materia di famiglia in vigore nella Repubblica di Cuba. L'interpretazione delle norme del Codice deve avvenire in conformità con esse, rafforzando il suddetto dialogo delle fonti e garantendo così una lettura più contemporanea, realistica e umanistica del diritto di famiglia.

Dopo un'analisi dell'articolo 9.2 del Codice delle Famiglie cubano, confrontandolo con l'articolo 2 del Codice Civile e Commerciale argentino, la Professoressa Kemelmajer de Carlucci sottolinea che «il Codice delle Famiglie dell'isola menziona il contesto storico e legislativo; tuttavia, queste linee guida sono rese più flessibili dall'espresso riferimento alla 'realtà sociale del tempo in cui le norme devono essere applicate'. In altre parole, l'interpretazione evolutiva o dinamica, che nel diritto argentino nasce dal riferimento alle finalità dell'ordinamento giuridico, sembra avere una formulazione più diretta nel diritto cubano». L'allusione all'interpretazione evolutiva o sociologica è stata ripresa dal Codice Civile spagnolo, che la prevede all'articolo 3.1. Con l'interpretazione evolutiva, sostiene Guastini, si attribuisce al testo normativo un significato diverso da quello letterale, ma soprattutto un significato nuovo, diverso da quelli già stabiliti, tenendo conto delle istanze sociali basate su una valutazione politica

dell'interprete⁴⁴. L'interpretazione delle norme giuridiche cambia sulla base delle esigenze sociali. «Si tratta della cosiddetta giurisprudenza progressiva. Questo modo di intendere l'attività giudiziaria è fondamentale in uno Stato moderno ed elementare per la sopravvivenza delle leggi, che altrimenti dovrebbero essere costantemente modificate, il che è impossibile e implica necessariamente l'allontanamento dalla volontà del legislatore che le ha redatte. Per realizzare questo tipo di interpretazione giuridica, il giudice deve essere sensibile alle esigenze sociali del suo tempo»⁴⁵.

«L'interpretazione delle leggi deve cambiare in base alle esigenze sociali»⁴⁶, e proprio in base a queste esigenze i giudici (e anche gli altri operatori del diritto di famiglia) «devono mettere in atto la norma giuridica»⁴⁷, e in questo modo ringiovanire la legge, per cui la funzione ultima della legge è quella di «costituire un fattore decisivo e [...] contribuire al cambiamento e alla trasformazione sociale»⁴⁸. Secondo il Professore siviliano Cerdeira Bravo de Mansilla: «Lo scopo dell'interpretazione sociologica è, in linea di principio, molto semplice e ovvio: evitare l'anacronismo, impedire la pietrificazione della legge; fare della norma un'entità viva che da sola, senza bisogno di rigide e incessanti riforme, sia in grado di adattarsi ai nuovi tempi, alle nuove realtà (sociali, economiche, politiche, culturali, [...])»⁴⁹.

Come affermava all'epoca la Sentenza della Corte Suprema spagnola del 21 novembre 1934⁵⁰, pioniera in materia, il cui relatore era

⁴⁴ R. GUASTINI, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, n. 43, ottobre 2015, (pp. 11-48), p. 28.

⁴⁵ M.I. LORCA MARTIN DE VILLODRES, *Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el Derecho como instrumento del cambio social)*, in *archivos.juridicas.unam.mx*, accesso 19 marzo 2017 (pp. 241-313), p. 261.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 312.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Matrimonio y Constitución. Su interpretación evolutiva en España*, in *Derecho familiar constitucional*, L.B. PÉREZ GALLARDO, C. VILLABELLA ARMENGOL e G. MOLINA CARRILLO (coords.), Grupo editorial Mariel, Messico, 2016, (pp. 145-185), p. 151.

⁵⁰ Come spiega il Professor Cerdeira Bravo de Mansilla, con il caso sottoposto alla Corte Suprema «si trattava di adattare il Codice Civile spagnolo [...] alla nuova realtà sociale che la Corte intendeva contemplare nella Costituzione allora in vigore, la Costituzione repubblicana del 1931. Il caso era anche un caso di famiglia, sebbene strettamente riferito alla filiazione: si trattava di una richiesta di paternità

Castán Tobeñas: «[...] *se si vuole che il diritto sia in contatto con le esigenze della vita reale, che costituiscono la sua ragion d'essere, è necessario che i risultati ottenuti grazie a questi due elementi classici siano rafforzati e controllati dall'applicazione di quello che si suole chiamare l'elemento sociologico*». L'obiettivo è quello di lasciare aperta la strada alla rivitalizzazione delle norme del diritto di famiglia nel tempo, come è avvenuto negli ultimi anni del Codice di Famiglia del 1975. Per evitare la pietrificazione delle norme a cui allude il professore sivigliano. Mettere la norma in continuo contatto con il tessuto sociale in modo da ottenere «il naturale aggiornamento del senso letterale e storico [...] secondo il suo rinnovato senso logico»⁵¹. Con il canone sociologico dell'interpretazione, il legislatore lascia aperta la possibilità di interpretare la norma in base alle nuove circostanze che il trascorrere del tempo comporta, in modo che l'interprete possa aggiornarla nella sua applicazione a questa nuova realtà in qualche modo giuridificata o positivizzata⁵². Le dinamiche socio-familiari lo rendono consigliabile.

1.8. La specialità delle questioni familiari

L'articolo 10 del Codice ribadisce la specialità dei professionisti che si occupano di diritto di famiglia rispetto ad altre materie, che è data – tra le altre ragioni – dalla natura delle materie di questa branca del diritto. Il termine specialità utilizzato dal legislatore si riferisce quindi alla verticalità delle conoscenze tecniche che l'operatore che risolve una questione di natura familiare deve possedere, qualunque sia la sua sede, giudiziaria o extragiudiziaria. Oltre alla verticalità delle conoscenze, che implicherebbe corsi di formazione in materia familiare

extraconiugale (intentata dalla madre contro la vedova del padre illegittimo), quando, almeno programmaticamente. L'art. 43 della Costituzione repubblicana del 1931 imponeva già l'accertamento della paternità, imponendo l'uguaglianza in tutte le filiazioni (matrimoniali e non), così come fa oggi l'art. 39 CE; ma tale principio non trovava riscontro nel CC (del 1889), il cui regolamento manteneva ancora i vecchi valori di discriminazione tra figli legittimi e illegittimi e il divieto di accertamento della paternità». V. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Matrimonio y Constitución*, cit., pp. 147-148.

⁵¹ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Realidad (social) y norma (jurídica): La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 142.

⁵² *Ibidem*.

con una dimensione multidisciplinare, che potrebbe comportare diversi gradi, nonché la sensibilità richiesta ai professionisti che operano in materia familiare, affinché possano agire anche con onestà, trasparenza, imparzialità o neutralità, oltre a essere dotati di una visione olistica del fenomeno.

Sono quindi i bilanci informativi della specialità:

- a) Una formazione che porti a un elevato livello di preparazione tecnica degli operatori, non solo in diritto ma anche in scienze affini, che consenta di avere un professionista altamente qualificato con una flessibilità di pensiero sufficiente a fornire soluzioni all'ampia gamma di problemi che si presentano nelle relazioni familiari.
- b) la sensibilità che deve essere sviluppata da coloro che lavorano in queste aree, indipendentemente dal ruolo che ricoprono, che siano autorità pubbliche o meno. Questa particolare sensibilità implica una comprensione delle questioni familiari da un punto di vista conciliante, con un'attenzione al genere, un senso di inclusione e un profilo dei diritti umani.
- c) l'incorporazione di una cultura di pace, di uno spirito di conciliazione e di un senso di giustizia nella risoluzione delle questioni familiari.
- d) la fornitura di strumenti tecnici per prevenire, identificare e scoraggiare le espressioni di discriminazione.
- e) Il necessario approccio multidisciplinare alle questioni di diritto di famiglia, in cui si incontrano diverse aree di conoscenza, in modo da risolverle in una prospettiva olistica.

L'articolo 10 è l'ombrello per una legislazione successiva che dovrebbe richiedere determinati requisiti di formazione professionale per coloro che lavorano nel campo del diritto di famiglia e che sono decisori o agiscono in questa veste (compresi anche i notai). La specializzazione di coloro che si occupano di questioni familiari rafforza a sua volta l'approccio sistemico e multidisciplinare degli studi di diritto di famiglia, in cui confluiscono diverse aree di conoscenza. Da qui la necessità dell'intervento di medici, psicologi, sociologi, politologi, demografi, economisti, architetti, informatici, filosofi, assistenti sociali, pedagogisti e altri specialisti in scienze affini. Come spiega Álvarez-Tabio Albo della dottrina cubana, «(i)n Diritto di Famiglia, come in nessun'altra branca del sapere giuridico, è inevita-

bile affrontare tanti fenomeni – come la trasformazione dei modi di comunicare, i processi migratori, l’urbanistica, l’ambiente, la violenza, la tossicodipendenza o l’invecchiamento – basandosi sulla natura inter, trans e multidisciplinare che è essenziale a causa dell’implicazione multifattoriale delle loro cause e conseguenze. La maggior parte dei conflitti che questi fenomeni pongono non possono essere affrontati senza il contributo disciplinare di altri campi del sapere, e questa è la sfida a cui noi giuristi siamo chiamati [...]»⁵³.

1.9. Ragionevolezza delle decisioni in materia familiare. Particolare riferimento a quelle di natura notarile

L’articolo 11 del Codice delle Famiglie regola la ragionevolezza delle decisioni familiari per la prima volta in una normativa sostanziale sulla famiglia, mentre nel suo secondo paragrafo introduce per la prima volta nel sistema giuridico cubano il mandato normativo della ragionevolezza delle decisioni notarili⁵⁴. «La ragionevolezza è stata definita molto efficacemente come la ‘logica dei valori’, che rifiuta qualsiasi tipo di descrizione normativa, formalistica, astratta, rigida, certa e, quindi, di applicazione controllabile; fondamentalmente caratterizzata da flessibilità e duttilità; imprevedibile nelle sue

⁵³ A.M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, *El orden público familiar. Su expresión en el futuro Código de las familias cubano*, in *Las familias en la Constitución*, L.B. PÉREZ GALLARDO e D. CÁNOVAS GONZÁLEZ (coords.), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, (pp. 79-99), p. 97.

⁵⁴ M. Secondo ATIENZA, *Sobre lo razonable en el Derecho*, in *Revista española de Derecho constitucional*, anno 9, n. 27, settembre-dicembre 1989, pp. 93-110 «una decisione giuridica è ragionevole in senso stretto se e solo se 1) viene presa in situazioni in cui non si potrebbe, o non sarebbe accettabile, adottare una decisione strettamente razionale; 2) raggiunge un equilibrio ottimale tra le diverse esigenze che si presentano nella decisione, e 3) ottiene un massimo di consenso» (pp. 108-109). In questo senso, egli propone «una nozione di ragionevolezza che non può essere semplicemente utilizzata per giustificare, in quanto tale, praticamente qualsiasi soluzione che possa essere adottata in un caso difficile o tragico, ma che contiene un certo potenziale critico, cioè che può essere utilizzata come un criterio, o uno schema di criteri, che permette di giustificare che una certa interpretazione o decisione sia preferibile (più giustificata) rispetto a un’altra» (p. 109).

specificazioni; e intrinsecamente incline a tutto ciò che riguarda la fattualità e gli interessi»⁵⁵.

Il legislatore al comma 1 del suddetto articolo – con una dichiarazione di portata generale – prevede che «Le decisioni prese in materia familiare devono essere ragionevolmente fondate, tenendo sempre conto dei principi e dei valori giuridici che informano il diritto di famiglia [...]» in linea con le disposizioni del Codice. Poi, al paragrafo 2, impone lo stesso dovere «a tutte le autorità che intervengono in questioni di questo settore, anche se non sono di natura giudiziaria». Questo include ovviamente il notaio, in quanto è una delle autorità che intervengono in materia di famiglia, quasi al pari dei giudici. Cosa comporta tale ragionevolezza? Come sostiene la Professoressa argentina Kemelmajer de Carlucci riferendosi all'articolo 3 del Codice civile e commerciale nazionale, che è stato la fonte di ispirazione per l'articolo 11 del nostro Codice di famiglia, si tratta di una norma che limita l'arbitrio, «nella misura in cui obbliga [...] a uno sforzo supplementare di argomentazione»⁵⁶.

Il potere decisionale non è esclusivo dei giudici; il Codice lo attribuisce anche ai notai⁵⁷, per cui il notaio deve, ai sensi del § 152, ponderare le norme contenute in questa disposizione per valutarne la rilevanza ai fini dell'approvazione o dell'omologazione degli accordi di divorzio, accordi che pongono fine a un'unione affettiva o accordi di genitorialità, quando i coniugi, rispettivamente coniugali, di fatto o genitoriali, propongono l'affidamento e la cura condivisi, al fine di determinare se tale regime – in conformità con il principio della realtà familiare – sia nell'interesse del bambino o dell'adolescente. Si trova in una situazione analoga quando il § 164 comma 2 gli attribuisce la responsabilità di prendere la decisione negli accordi parentali, il che

⁵⁵ N. BALDASSARRE cit. pos STAMILE, *Razonabilidad (Principio de)*, in *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 8, marzo-agosto 2015, (pp. 222-228), p. 223.

⁵⁶ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Capítulo I. (Primera parte) La razonabilidad en el Código civil y comercial argentino. Lineamientos generales*, in A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, C.I. JARAMILLO JARAMILLO, *El criterio de la razonabilidad en el Derecho privado*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2020, (pp. 3-38), p. 28.

⁵⁷ Secondo N. STAMILE, *Razonabilidad*, cit., p. 224, «la ragionevolezza è un principio, una categoria concettuale che appartiene a tutti i campi e, soprattutto, che è propria di tutti gli esseri umani, siano essi giuristi o giudici, chiamati a decidere e risolvere 'ragionevolmente' le questioni giuridiche più spinose e controverse».

implica implicitamente un controllo di equità su tali accordi, che sono soggetti alla sua «revisione» legale. Spetta al notaio verificare i *«motivi sufficientemente giustificati»* che consentono di stipulare in un atto notarile accordi sull'assegnazione della custodia e della cura di bambini e adolescenti a *«nonne, nonni, altri parenti o persone affettivamente vicine»*, di cui al § 169, comma 1, del Codice. Allo stesso modo, spetta al notaio decidere se sia opportuno o meno apportare adeguamenti ragionevoli per facilitare l'esercizio dei diritti delle persone con disabilità al fine di agevolare un sistema di comunicazione familiare, quando una delle parti interessate si trova in questa situazione, secondo quanto previsto dall'articolo 188. Ancora, il § 295 impone al notaio il controllo dell'equità negli accordi di divorzio, essenzialmente quelli che riguardano gli interessi dei figli in una situazione di vulnerabilità, a causa della loro età o della loro disabilità, una caratteristica particolare che viene riprodotta nel § 296 comma 3 in occasione della modifica di tali accordi – come è già stato spiegato. Nel frattempo, l'articolo 477 lascia la decisione sull'attuazione di accordi o patti raggiunti attraverso la mediazione nelle mani dei notai, il che implica anche un controllo di equità o di non pregiudizio che consente al notaio di astenersi dall'agire quando questi – secondo l'articolo 477.2 – *«incidono su criteri di ordine pubblico o violano l'interesse superiore di bambini e adolescenti o la protezione di persone in situazione di vulnerabilità»*, un'astensione che deve essere ragionevolmente fondata.

Nel § 11 comma 2 del Codice delle famiglie, il legislatore richiede quindi al notaio di motivare giuridicamente le sue decisioni. La ragionevolezza è ricercata «come criterio di valutazione per giungere a decisioni conformi ai principi e ai valori risultanti dall'ordinamento giuridico»⁵⁸, che il legislatore richiede nella parte precedente di questa disposizione. Il legislatore ha avviato un processo che deve essere proseguito – immediatamente, vorrei sottolineare – nella riforma della legge notarile e del regolamento notarile che avverrà a breve. Non basta l'intrepidezza di questa norma sostanziale; occorre anche ricostruire l'edificio notarile a partire da questa visione di argomentazione e ragionevolezza. Come dice Cosola dall'Argentina: «Quanto migliore è l'argomentazione della legge da parte del notaio,

⁵⁸ J.P. VILLAR, *Introducción a la argumentación jurídica notarial*, Asociación de escribanos del Uruguay, Montevideo, 2020, p. 54.

tanto maggiore è la certezza del diritto che egli fornisce. Si tratta di rafforzare alcuni doveri etici del notaio, affinché la creazione del documento sia una conseguenza naturale di un'esecuzione notarile corretta, e affinché le persone abbiano accesso ai loro diritti attraverso un'ingegneria giuridica senza conflitti, che favorisce la pace»⁵⁹, il che è ancora più importante nell'ambito del diritto di famiglia, in quanto si tratta di una materia tradizionalmente lontana dall'influenza notarile, in quanto considerata un tempio degli interessi pubblici, preferibilmente protetto nei domini di Themis.

Sebbene il controllo di legalità notarile sia spesso basato su un sillogismo congiuntivo, il ragionamento giuridico senza struttura sillogistica, con una predominanza di giudizi di valore – come sottolinea Villar –⁶⁰ è da incoraggiare⁶¹. Il legislatore del Codice delle Famiglie cerca un ragionamento non sillogistico con prevalenza di giudizi di valore, intendendo con ciò «quel procedimento mentale di mettere in relazione idee e informazioni per giungere a una conclusione senza una struttura sillogistica e in cui prevalgono i giudizi di valore dell'interprete per giungere a una decisione entro determinati parametri previsti dalla legge». Pertanto, quando il notaio deve approvare o omologare accordi in materia di diritto di famiglia in conformità al principio dell'interesse superiore del bambino o dell'adolescente, il ragionamento che deve utilizzare non è sillogistico, ma è un ragionamento con una predominanza di giudizi di valore all'interno di determinati parametri previsti dalla legge, tra cui l'articolo 7 del Codice. La ragionevolezza notarile cui fa riferimento Cosola – e con essa la ponderazione in questa ipotesi – invocata dall'articolo 152 del Codice in occasione delle regole per la valutazione dell'adeguatezza della tutela e dell'affidamento condiviso, si impone dunque. La ragionevolezza notarile impone al notaio di trovare dal dialogo delle fonti la migliore risposta al caso in questione, ponderando soluzioni, alternative e decisioni in modo che l'atto notarile non sia né arbitrario né ingiusto⁶². Le sue linee guida – come

⁵⁹ S.J. COSOLA, *La prudencia notarial. Vigencia del pensiero di Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Gaceta Notarial, Lima 2014, p. 109.

⁶⁰ J.P. VILLAR, *Introducción a la*, cit., p. 53.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² S.J. COSOLA, *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación)*, in *Relazione presentata alla XXXII Jornada notarial argentina*, p.

sottolinea l'attuale rettore dell'Università notarile argentina – presuppongono che: «a) Il lavoro notarile parte dall'idea di conoscenza e mira al controllo razionale; b) Questa conoscenza presuppone l'idea che il notaio debba trarne conclusioni valide (ragionevolezza teorica); c) Accoglimento della volontà delle parti richiedenti in conformità con la nuova legge (ragionevolezza pratica) d) Raggiungimento di un risultato equo (il bene deve essere fatto, il male deve essere evitato) e) Applicazione della conoscenza integrata con l'equità»⁶³, linee che in sostanza sono in linea con i mandati del legislatore nel Codice delle famiglia, che cerca in materia di famiglia che il notaio dovrebbe raggiungere – attraverso l'atto notarile – un risultato equo in conformità con la prudenza notarile e l'applicazione dell'equità come formula di moderazione per soluzioni razionali. «Indubbiamente – come ha sottolineato Vallet de Goytisolo – il senso del diritto, o senso della giustizia, si basa su un sentimento di giustizia che è innato nell'uomo, anche se è sempre educabile, ma questo sentimento deve essere sottoposto a ciò che la ragione impone, tenendo conto di tutte le circostanze oggettive di ogni caso»⁶⁴.

In conclusione, per usare le parole della Professoressa Kemelmajer de Carlucci, «la ragionevolezza è uno strumento prezioso nella lotta contro gli assoluti. [...] Un mondo in cui regna il pluralismo [...], può essere governato solo da ragioni che, in linea con i principi, le parti interessate possono accettare [...]»⁶⁵. Come esprime saggiamente la dotta professoressa: «Il diritto, in quanto scienza sociale, deve valere per la realtà; la realtà è, di per sé, infinitamente multiforme e soggetta a continua evoluzione; pertanto, il diritto non può essere racchiuso in formule univoche e immodificabili; al contrario, deve ponderare le situazioni concrete [...]»⁶⁶, ponderazione che oggi è affidata al notaio come artefice della sicurezza giuridica preventiva nel nuovo Codice delle Famiglie cubano.

41, disponibile all'indirizzo: 32jna.colegio-escribanos.org.ar, consultato il 06 gennaio 2024.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *La función notarial observada por su ciencia práctica*, in L.B. PÉREZ GALLARDO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coords.), *Derecho notarial*, v. I, Editorial Félix Varela, L'Avana, 2006, (pp. 69-94), p. 88.

⁶⁵ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Capítulo I. La razonabilidad en el*, cit., pp. 34-35.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 35.

2. La discriminazione e la violenza nell'ambito familiare

Gabriele Carapezza Figlia

SOMMARIO: 2.1. Eguaglianza, non discriminazione e pluralismo quali principi fondamentali delle relazioni familiari. – 2.2. Disciplina della discriminazione nella sfera familiare. – 2.3. Violenza domestica quale illecito endofamiliare lesivo dei diritti fondamentali della persona. – 2.4. Esigenze di tempestività della procedura. – 2.5. Rimedi e tutele contro la discriminazione e la violenza nell'ambito familiare.

2.1. Eguaglianza, non discriminazione e pluralismo quali principi fondamentali delle relazioni familiari

La disciplina della discriminazione e della violenza nell'ambito familiare, contenuta negli artt. 12-15 del Codice delle famiglie della Repubblica di Cuba, richiede di essere interpretata alla luce dei principi fondamentali previsti dalla Costituzione cubana del 2019 e specificati dallo stesso Codice – quale normativa di sviluppo costituzionale (c.d. “norma de desarrollo constitucional”) – nel Titolo I intitolato “Disposizioni preliminari” (artt. 1-11).

La Costituzione cubana non si limita a enunciare il principio di eguaglianza formale di tutte le persone davanti alla legge, formulando un ampio divieto di discriminazione con riferimento a numerosi fattori di rischio, quali «sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere, età, origine etnica, colore della pelle, convinzioni religiose, disabilità, origine nazionale o territoriale, o qualsiasi altra condizione o circostanza personale» (art. 42 cost.). Attribuisce, altresì, all'uomo e alla donna «eguali diritti e responsabilità» in molteplici ambiti, tra i quali

quello «familiare»; garantisce a entrambi «le stesse opportunità e possibilità»; promuove «lo sviluppo integrale delle donne e la loro piena partecipazione sociale»; assicura «protezione dalla violenza di genere in qualsiasi manifestazione e spazio», creando adeguati meccanismi istituzionali e legali (art. 43 cost.).

Dedicando a “Le famiglie” il Capitolo III del Titolo V, inoltre, la Costituzione cubana riconosce «le famiglie, qualunque sia la loro forma di organizzazione, come cellula fondamentale della società» (art. 81, comma 1 cost.), sì da aprirsi in senso evolutivo a una pluralità di modelli alternativi, in grado di attrarre nella dimensione giuridica, a prescindere dal rapporto coniugale, molteplici forme di comunione di vita materiale e spirituale (artt. 1; 2; 3 Codice delle famiglie).

L’abbandono, da parte della Costituzione e della nuova codificazione, del paradigma della famiglia come istituzione portatrice di interessi superiori a quelli dei suoi membri apre la strada a un processo di articolazione plurale dell’arcipelago familiare, nel quale rinvenire una serie aperta di comunità ove condurre una vita familiare meritevole di tutela.

Le relazioni di natura affettiva (art. 81, comma 2 cost.; art. 2, comma 2, Codice delle famiglie) divengono il *proprium* delle famiglie, differenziandole da altre formazioni sociali ove non è riscontrabile la concreta esistenza di stretti legami di vita tra le parti, ispirati al rispetto di principi come la dignità, l’umanità, la solidarietà, la condivisione e la cooperazione (art. 2, comma 3; 3 Codice delle famiglie). L’affetto costituisce, pertanto, un valore in grado di fondare la rilevanza normativa dei rapporti familiari, nei quali si manifesta il diritto costituzionale al libero sviluppo della personalità (art. 47 cost.) volto alla realizzazione, secondo modalità in concreto differenziate, del proprio «progetto di vita personale e familiare» (art. 4 d) Codice delle famiglie).

Il rifiuto di ogni forma di organizzazione autoritaria e gerarchica dei rapporti familiari, imperniata sulla disegualianza, induce ad ascrivere una rinnovata centralità alla democraticità, fondamento di un ordinamento interno idoneo ad assicurare il rispetto delle libertà e dei diritti dei singoli e la loro partecipazione, in posizione paritaria, alle decisioni rilevanti per la vita del gruppo (artt. 81, comma 2; 82, comma 1 cost.; 3 Codice delle famiglie).

L’incidenza del principio di eguaglianza nell’assetto normativo delle comunità familiari – lungi dall’esigere una formale parità di trattamento tra i componenti – richiede sia una sostanziale distribuzione

equitativa delle responsabilità familiari (art. 4, lett. f, Codice delle famiglie), sia una speciale protezione dei diritti delle persone in situazioni di vulnerabilità, come bambini, bambine e adolescenti (art. 86 cost.), persone anziane (art. 88 cost.), persone con disabilità (art. 89 cost.), vittime di violenza familiare che «in qualsiasi delle sue manifestazioni, si considera distruttiva delle persone implicate, delle famiglie e della società, ed è sanzionata dalla legge» (art. 85 cost.).

La disciplina costituzionale della violenza nell'ambito familiare comprende, dunque, i tre possibili ambiti di rilevanza – individuale, familiare e sociale – del fenomeno, risultando suscettibile di applicazione, grazie all'atipicità della formulazione normativa, a una serie ampia e indeterminata di atti e comportamenti commissivi e omissivi. La tutela da parte dell'art. 85 cost. del diritto a una vita familiare libera da violenza fonda l'obbligazione dello Stato di adottare misure idonee a prevenire, perseguire e sanzionare tali forme di illecito (artt. 43, comma 2; 84, comma 3; 85, 86, comma 2; 95 d), cost.), ispirando un approccio innovativo del formante legale che – in un mosaico di recenti testi normativi quali, oltre al Codice delle famiglie, il Codice dei processi (Ley n. 141/2021), la Legge del processo penale (Ley n. 143 del 2021) e il Codice penale (Ley n. 151 del 2022) – articola un arsenale di rimedi e tutele di natura interdisciplinare.

L'esigenza di inclusività si riflette, altresì, nel linguaggio normativo della Costituzione e del Codice delle famiglie, fortemente attento al rispetto delle diversità di genere e familiari, nella convinzione che l'uso di termini discriminatori o sessisti, oltre a possedere una valenza simbolica rilevante sul piano politico e culturale, eserciti un'influenza significativa nella perpetuazione di modelli interpretativi patriarcali da parte della prassi applicativa degli operatori giuridici.

Sono pertanto eliminati termini, in grado di esprimere squilibri di potere o relazioni di subordinazione, come "patria potestà", "relazione paterno-filiale", "minore", "incapace", oppure impiegati al maschile sovraesteso, come "uomini", "figli", a vantaggio di espressioni, rispettose del principio di eguaglianza, quali "responsabilità genitoriale", "persona minore di età", "bambino, bambina o adolescente", "persona con disabilità" oppure non contrassegnate in base al genere, come "persona", "soggetto", "discendenza", "ogni", "qualsiasi", "qualunque".

2.2. Disciplina della discriminazione nella sfera familiare

Il Codice delle famiglie detta una disciplina articolata della discriminazione familiare, pienamente conforme ai principali strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani, quali la Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (1979), la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (1989), la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2006).

Sul piano assiologico, la normativa è ispirata ad alcuni principi fondamentali che, quali norme di diritto sostanziale, si irradiano nella trama legislativa ordinaria, operando non solamente nelle vesti di criteri ermeneutici, ma quali parametri valutativi dei comportamenti umani, sì da vincolare, oltre al legislatore, qualsiasi potere in senso lato normativo, di carattere pubblico o privato, che concorra a determinare l'ordinamento del caso concreto.

Nella costellazione di valori delineata dalla nuova codificazione delle famiglie, risaltano:

a) la qualificazione, come principi di base delle relazioni familiari, dell'«eguaglianza e non discriminazione» (art. 3, comma 1, a) Codice delle famiglie.);

b) il riconoscimento, tra i diritti delle persone in ambito familiare, di quelli a «la piena eguaglianza tra donne e uomini, per l'equa distribuzione del tempo dedicato al lavoro domestico e di cura tra tutti i componenti della famiglia, senza sovraccarichi per nessuno di loro» (art. 4, f), Codice delle famiglie); «il pieno sviluppo dei diritti sessuali e riproduttivi nell'ambiente familiare, indipendentemente dal sesso, dal genere, dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, dalla disabilità o da qualsiasi altra circostanza personale» (art. 4, g), Codice delle famiglie); «una vita familiare libera da discriminazioni e violenze in ogni loro manifestazione» (art. 4, i) Codice delle famiglie);

c) l'inclusione, tra i diritti dei bambini e degli adolescenti nell'ambiente familiare, di quelli a «crescere in un ambiente privo di violenza ed essere protetti da ogni forma di discriminazione, abuso, negligenza, danno o sfruttamento» (art. 5, comma 1, g) Codice delle famiglie) e di godere di «un ambiente digitale libero da discriminazioni e violenza» (art. 5, comma 1, ñ) Codice delle famiglie).

Sotto il profilo della politica legislativa riveste, poi, un significato estremamente rilevante la collocazione topografica della definizione

normativa generale di «discriminazione nella sfera familiare» ad apertura del Titolo II del Codice, immediatamente dopo le disposizioni preliminari. Secondo l'art. 12 Codice delle famiglie, in particolare, per «discriminazione in ambito familiare» si considera «qualsiasi azione od omissione il cui scopo o risultato sia quello di escludere, limitare o emarginare in base al sesso, al genere, all'orientamento sessuale, all'identità di genere, all'età, all'origine etnica, al colore della pelle, alle convinzioni religiose, alla disabilità, all'origine nazionale o territoriale, o a qualsiasi altra condizione o circostanza personale che comporti una distinzione lesiva della dignità umana».

Il nuovo Codice delle famiglie, pertanto, radica il principio di non discriminazione sul terreno dei rapporti familiari, configurandolo non soltanto nei termini oggettivi del divieto, ma in quelli della situazione giuridica soggettiva, sì da rafforzare l'efficacia orizzontale del precetto e la sua diretta azionabilità nei rapporti interpretati.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie discriminatoria, è assicurata rilevanza normativa a determinate qualità personali (c.d. "fattori di rischio"), che costituiscono condizioni caratterizzanti l'identità della persona corrispondenti a preconcetti diffusi. Si tratta sia di differenze "ascrritte", come l'età, l'origine etnica, il colore della pelle, sia di differenze "scelte", come le convinzioni religiose. La diffusione sociale del preconcetto giustifica il divieto, per il rischio di distinzione o emarginazione dei membri del gruppo svantaggiato.

Il problema della rilevanza di fattori di discriminazione diversi da quelli testualmente previsti può essere risolto positivamente, alla luce di un'interpretazione sistematica che attinga a quelli indicati da fonti gerarchicamente sovraordinate. Per comprendere la portata della nozione di discriminazione nel contesto domestico assolve, inoltre, una funzione essenziale il concetto di intersezionalità – anche alla luce della Raccomandazione Generale n. 28 (47ª sessione, 2010) del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW) – in virtù dell'impatto negativo combinato esercitato dalle forme intersecanti di discriminazione specialmente nei confronti delle donne.

Nel contesto delle comunità familiari, la discriminazione si può realizzare tanto con una condotta commissiva quanto omissiva, attribuendosi rilievo al profilo teleologico dello «scopo» o «risultato» dell'azione o dell'omissione. Inoltre, la peculiare fisionomia dei rapporti familiari – inerenti alla dimensione esistenziale e innervati da interessi di natura personale – comporta che la protezione normativa è accordata ogni

qualvolta ricorra una forma di limitazione o esclusione lesiva della dignità umana di un familiare, prescindendo da una comparazione con il trattamento riservato ad altri.

Il profilo funzionale della famiglia – formazione sociale servente rispetto al pieno e libero sviluppo della personalità dei suoi componenti – rende peculiare la fisionomia del giudizio diretto ad accertare la discriminazione, che è privo di carattere relazionale, difettando una struttura ternaria composta da un criterio di comparazione e due termini da confrontare.

Nell'ambito delle relazioni familiari, dunque, la discriminazione non è identificabile con la disparità di trattamento, giacché non tende a verificare il rispetto di una regola paritaria che operi come parametro precostituito di valutazione dell'atto o del comportamento. Diversamente, a essere vietata è la lesione di un diritto soggettivo assoluto a non essere esclusi, emarginati o offesi per le proprie caratteristiche o condizioni personali, sì che la violazione del divieto di discriminazione non deriva dalla creazione di una disegualianza rispetto a una situazione reale o ipotetica che presenti caratteristiche simili, ma da un giudizio di disvalore nei confronti di un atto contrario ai diritti fondamentali di uno dei componenti del gruppo.

A titolo esemplificativo, possono considerarsi discriminazioni proibite nella sfera familiare: le offese alla dignità e alla personalità del *partner* in base al sesso; l'inosservanza del dovere di assistenza morale e materiale del coniuge in ragione della disabilità; il disinteresse e la privazione del mantenimento nei confronti di un figlio in virtù delle sue convinzioni religiose; la disparità di educazione e accudimento tra i figli in ragione del genere; i maltrattamenti di un familiare che abbia una determinata origine etnica; la rinuncia a intrattenere normali rapporti affettivi con un figlio per il suo orientamento sessuale; il rifiuto di riconoscere un figlio in quanto persona con disabilità; l'impedimento sistematico a intrattenere un rapporto equilibrato tra il figlio e l'altro genitore per il suo orientamento sessuale; gli atti che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento in virtù dell'identità di genere dell'altro genitore; la mancata osservanza dei doveri di assistenza verso un familiare in virtù dell'età avanzata.

Da ultimo, sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito discriminatorio, nella formulazione dell'art. 12 Codice delle famiglie difetta qualsiasi riferimento al dolo o alla colpa, richiedendosi, ai fini del perfezionamento della fattispecie legale, soltanto l'elemento oggettivo

dello «scopo» o «risultato» discriminatori. La rilevanza del profilo funzionale dell'atto, espresso dagli ostacoli frapposti alla realizzazione della comunione di vita affettiva propria delle famiglie, denota l'adozione di criteri di imputazione oggettiva che, sul piano della distribuzione dell'onere probatorio, tutelano la parte debole del rapporto esonerata dal dimostrare la colpevolezza dell'agente.

2.3. Violenza domestica quale illecito endofamiliare lesivo dei diritti fondamentali della persona

Le discipline della discriminazione e della violenza nell'ambito familiare sono strettamente legate da un collegamento di tipo funzionale, poiché il fondamento della fenomenologia della violenza è rappresentato da una disegualianza dei rapporti di forza nel gruppo familiare, tale da generare la sottomissione gerarchica a un soggetto in condizioni di superiorità di un altro in condizioni di vulnerabilità. Nel linguaggio del nuovo codice: «La violenza domestica si esprime a partire dalla disegualianza gerarchica all'interno della famiglia» (art. 13, comma 1, Codice delle famiglie).

Le principali vittime della violenza che si realizza all'interno della comunità familiare o tra persone che condividono la stessa residenza sono, infatti, «le donne e altre persone a causa della loro condizione di genere, le bambine, i bambini e gli adolescenti, gli anziani e le persone con disabilità» (art. 13, comma 1, Codice delle famiglie). Il contesto della violenza è, dunque, rappresentato dal nucleo familiare, ma le vittime portatrici di un fattore di discriminazione – come genere, età, disabilità – sono colpite in quanto tali o in modo sproporzionato, sì che l'atto violento origina sempre da una disegualianza gerarchica.

La disciplina codicistica della violenza domestica tutela, pertanto, non già interessi dell'organismo familiare in sé e per sé considerato, ma i diritti fondamentali di ogni singolo componente. Si tratta di una normativa funzionale non a una soluzione preventiva del conflitto – in quanto tendente a evitare la disgregazione dell'unità familiare mediante il rafforzamento del vincolo –, ma piuttosto a proteggere le situazioni giuridiche soggettive delle vittime di abusi familiari indipendentemente dalla formalizzazione della crisi. Come riconosce, infatti, l'art. 13, comma 1, Codice delle famiglie, la violenza «tende alla

distruzione delle persone, della convivenza e dell'armonia familiare», sì da ostacolare l'esercizio dei diritti e delle libertà dei membri della formazione sociale.

La nuova normativa appresta un apparato di rimedi e tecniche di tutela multidisciplinari a garanzia della dignità della persona (artt. 1; 13, comma 1, f); 40 cost.) e dei suoi diritti inviolabili (all'eguaglianza e alla non discriminazione: art. 42 cost.; alla vita; all'integrità fisica e morale; alla sicurezza; alla salute: art. 46 cost.; al libero sviluppo della personalità: art. 47 cost.; all'intimità personale e familiare: art. 48 cost.; a non subire trattamenti inumani o degradanti: art. 51 cost.), pregiudicati dalle condotte violente che impediscono alla famiglia di essere un ambiente funzionale allo svolgimento ottimale della personalità umana. La diseguaglianza gerarchica sottesa alla sopraffazione violenta non permette, infatti, di attuare sul piano dell'essere il dover essere ordinamentale della famiglia: una comunità di affetti che riceve protezione giuridica in quanto luogo di esercizio dei diritti fondamentali della persona.

L'art. 13, comma 2, Codice delle famiglie delinea, con una formulazione estremamente ampia, i comportamenti commissivi od omissivi suscettibili di integrare «espressioni di violenza familiare». La nozione designa «abusi verbali, fisici, psicologici, morali, sessuali, economici o patrimoniali, negligenza, incuria e abbandono», oltre a comprendere non soltanto la violenza c.d. agita o diretta, ma anche quella c.d. assistita o indiretta.

La definizione assicura, pienamente, l'effettività degli *standard* imposti a livello internazionale, includendo nel proprio campo semantico, in modo flessibile, tutte le forme di violenza realizzabili nell'ambiente domestico quali: maltrattamenti e aggressioni fisiche; atteggiamenti ostili e intimidatori; minacce e altre forme di costrizione morale; insulti o offese verbali; pedinamenti e controlli telefonici o telematici; imposizioni a compiere o subire atti sessuali contro la propria volontà; situazioni di abbandono di persone minori di età in grado di comprometterne l'equilibrio psico-fisico; significative deprivazioni di carattere economico; gravi negligenze nell'assistenza morale e materiale; violenze delle quali la persona minore di età sia vittima indiretta in quanto testimone.

Con l'obiettivo di estendere l'ambito di applicazione soggettiva della disciplina della violenza, inoltre, l'art. 13, commi 3 e 4, Codice delle famiglie individua, quali contesti di riferimento del fenomeno,

sia le relazioni familiari sia quelle tra persone conviventi nella medesima residenza, pur in assenza di una vita familiare in comune. In altri termini, l'operatività della normativa codicistica va riferita a:

a) rapporti qualificabili, nel singolo caso concreto, come vita familiare, in base alla fisionomia assunta dal legame interpersonale tra le parti di là dal suo riconoscimento formale, pur in mancanza di una convivenza abituale o prevalente, come le relazioni di coppia anche dopo la crisi, i vincoli di vicinanza affettiva e i rapporti di parentela;

b) forme di coabitazione tra persone che condividano il medesimo ambiente domestico anche in assenza di un vincolo familiare, in virtù ad esempio di un contratto di locazione o di comodato.

Pertanto – a conferma della funzionalizzazione della disciplina non già al recupero dell'unità del gruppo familiare, ma alla tutela rafforzata del soggetto – è la consumazione dei fatti di violenza nello spazio domestico a determinare, sul piano della qualificazione giuridica, l'attrazione nella nozione di "violenza familiare", accentuando il carattere di illiceità di comportamenti idonei a pregiudicare beni della personalità di soggetti in situazione di particolare vulnerabilità.

2.4. Esigenze di tempestività della procedura

La normativa del nuovo Codice delle famiglie adempie alle obbligazioni positive di matrice costituzionale e internazionale che impongono allo Stato di assicurare, sia sul piano sostanziale sia su quello procedurale, una tutela piena ed effettiva dei diritti delle vittime di discriminazioni e violenze domestiche.

Essa, invero, non si limita a istituire un quadro normativo di contrasto al fenomeno in grado di prevenire e reprimere le espressioni di discriminazione e violenza familiare, ma delinea regole procedurali prive di ogni "tecnica neutralità" che, in virtù dell'immediatezza della risposta delle autorità competenti, assolvono un'adeguata funzione protettiva della vittima tenendo conto della sua condizione di debolezza.

Oltre a richiedere alle autorità che intervengono su questioni relative alle famiglie di avere una formazione e delle conoscenze comprensive «di strumenti che permettano loro di prevenire, identificare e impedire le espressioni di discriminazione, nonché di incorporare una

cultura di prospettiva di pace, uno spirito di conciliazione e un senso di giustizia» (art. 10, comma 1, Codice delle famiglie), l'effettività della disciplina civilistica dei fenomeni di discriminazione e violenza familiari reclama la tempestività dell'intervento giudiziale, come previsto dall'art. 14, comma 1, Codice delle famiglie, secondo il quale «tutti i casi di discriminazione e di violenza nella sfera familiare sono questioni di protezione urgente». Per interrompere il c.d. "ciclo della violenza" è, infatti, indispensabile favorire l'emersione di relazioni di disuguaglianza gerarchica e di sopraffazione, al loro primo manifestarsi all'interno della famiglia, tenendo conto anche delle difficoltà di fornire la prova nel contesto processuale civile.

Le esigenze di tempestività della procedura idonea a proteggere i diritti fondamentali violati, unitamente all'impiego di una diligenza particolare nel corso del procedimento, sono alla base di ulteriori misure tendenti a irrobustire l'efficacia della tutela, come l'estensione a «chiunque si ritenga vittima» della legittimazione «a denunciare e a chiedere protezione immediata alle autorità competenti» e la configurazione di un obbligo di segnalazione alle medesime autorità in capo a «chiunque sia a conoscenza di un evento di questa natura» (art. 14, comma 2, Codice delle famiglie).

2.5. Rimedi e tutele contro la discriminazione e la violenza nell'ambito familiare

L'art. 15, comma 1, Codice delle famiglie ammette una generale tutela risarcitoria contro il danno cagionato da «chiunque, nelle relazioni familiari, faccia ricorso alla discriminazione o alla violenza in qualsiasi sua manifestazione».

L'incidenza dei principi costituzionali e la progressiva "depatrimonializzazione" dei rapporti familiari hanno concorso, infatti, alla piena attrazione di tali illeciti nel diritto comune, sì da superare la risalente incompatibilità con l'istituto della responsabilità civile.

La funzione servente della famiglia rispetto al pieno e libero sviluppo dei suoi componenti non giustifica alcuna area di immunità rispetto agli illeciti collocati nel contesto familiare, sì da proiettare le ordinarie forme di tutela civile, compresa quella risarcitoria, verso nuovi territori tra i quali spiccano principalmente i diritti fondamentali della persona.

Nelle ipotesi di illecito endofamiliare derivante da condotte discriminatorie o violente, la risarcibilità dei danni patrimoniali e morali mette in luce l'attitudine della responsabilità civile ad assolvere una pluralità di funzioni. L'emancipazione del risarcimento del danno da un modello esclusivamente compensativo permette di ascrivere al rimedio anche finalità sanzionatorie e deterrenti, che risultano adeguate tanto alla peculiare rilevanza giuridica dei diritti costituzionali violati, quanto alla fisionomia dei pregiudizi alla persona sottratti a una determinabilità basata su parametri oggettivi espressivi di una logica economicistica.

La funzione non soltanto riparatoria, ma anche afflittiva del risarcimento esige, pertanto, che la quantificazione sia ispirata a una valutazione di tipo equitativo, mediante la modulazione di una serie di parametri, tendenti nel caso concreto a un'adeguata personalizzazione, come gravità e intensità della condotta, durata temporale e persistenza dell'illecito, consistenza delle sue conseguenze nella sfera della vittima, sì da giungere a una definizione del *quantum debeatur* proporzionata al complessivo disvalore del fatto (art. 13, comma 2, Codice delle famiglie).

Si nega, inoltre, che la volontaria e consapevole esposizione della vittima a una situazione di pericolo, nel contesto domestico, possa integrare una causa di giustificazione dell'illecito endofamiliare in grado di escludere l'antigiuridicità della condotta, anche quando esistano alternative idonee a scongiurare l'eventualità di pregiudizi, oltre a prevedersi un esonero totale o parziale da responsabilità dell'aggressore nella sola ipotesi ove il fatto del danneggiato, contrario all'ordinaria diligenza, abbia interrotto in concreto il nesso causale tra condotta ed evento di danno (art. 13, comma 3, Codice delle famiglie).

La previsione dell'imprescrittibilità dell'azione risarcitoria completa il regime giuridico degli atti di discriminazione e violenza nell'ambiente familiare (art. 13, comma 4, Codice delle famiglie), trovando il proprio fondamento non soltanto nel rilievo costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, ma anche nella diffusa difficoltà a esercitare la pretesa risarcitoria da parte delle vittime, sovente incapaci di percepire l'intrinseca ingiustizia del danno subito.

Accanto alla disciplina del risarcimento del danno, infine, per offrire una tutela completa ed effettiva contro discriminazioni e violenze nella sfera familiare, il Codice delle famiglie delinea un apparato

articolato e flessibile di rimedi civili, quali:

- l'incidenza della violenza domestica sulla disciplina degli alimenti, che sono esigibili retroattivamente se il creditore non li abbia domandati giudizialmente per avere subito violenza dal debitore (art. 33, comma 2, Codice delle famiglie) o cessano di essere dovuti per la condotta violenta dell'alimentato (art. 39 e) Codice delle famiglie);

- la configurazione quale impedimento all'adozione della condanna, con sentenza definitiva, in procedimenti penali «come autore o complice di reati legati alla violenza di genere o familiare» (art. 102, comma 1, Codice delle famiglie)

- il divieto di concedere o mantenere la tutela e l'assistenza dei figli minori «al titolare della responsabilità genitoriale nei confronti del quale sia stata emessa una decisione giudiziaria definitiva per atti di discriminazione e violenza domestica, o nei confronti del quale vi siano fondati motivi per supporre che la stia esercitando e di cui i bambini siano stati vittime dirette o indirette» (art. 155, comma 1, Codice delle famiglie);

- la perdita dell'amministrazione dei beni e dei diritti dei figli minorenni a carico dei genitori che «commettono atti di discriminazione e di violenza domestica in qualsiasi loro manifestazione» (art. 177, comma 1, Codice delle famiglie);

- la decadenza dalla responsabilità genitoriale per i titolari che compiano «maltrattamenti, punizioni corporali o qualsiasi altra manifestazione di violenza, o qualsiasi atto che nell'ambiente familiare ferisce o mina fisicamente o psicologicamente, direttamente o indirettamente, le bambine, i bambini o gli adolescenti» (art. 191 b) Codice delle famiglie);

- la previsione dei «casi di discriminazione e violenza domestica» tra coniugi come causa di separazione giudiziale dei beni (art. 248, comma 1, b) Codice delle famiglie);

- l'esclusione, nel regime di liquidazione della comunione dei beni tra coniugi, del diritto dell'aggressore alla quota a lui corrispondente, «se è stata emessa una sentenza definitiva per atti di discriminazione e violenza domestica o ci sono fondati motivi per supporla durante la durata del matrimonio» (art. 260 Codice delle famiglie);

- la nullità del matrimonio contratto «mediante violenza nei confronti di uno dei due coniugi» (art. 299 d) Codice delle famiglie);

- la revoca della tutela «in caso di reati commessi in conseguenza di violenza di genere o familiare» (art. 407, comma 3, Codice delle famiglie);

– la proibizione di mediabilità dei conflitti familiari nei quali siano allegati fenomeni di discriminazione e di violenza (art. 444, comma 1, Codice delle famiglie);

– l'attribuzione all'Ufficio della difesa familiare della responsabilità di proteggere i diritti, tra le altre, delle vittime di discriminazione e di violenza nell'ambiente familiare (art. 451, comma 1, Codice delle famiglie).

3. Parentela e obblighi alimentari

Ana María Álvarez-Tabío Albo

SOMMARIO: Introduzione. – 3.1. La parentela. – 3.1.1 Che cosa intende il Codice delle famiglie per parentela? – 3.1.2. Fonti di parentela nel Codice delle famiglie. – 3.1.2.1. Parentela di sangue. – 3.1.2.2. Parentela derivante dall'adozione. – 3.1.2.3. Parentela per affinità. – 3.1.2.4. Parentela socio-affettiva – 3.1.3. Estinzione della parentela. – 3.2. L'obbligo legale alimentare. – 3.2.1. Principali modifiche del Codice delle famiglie in materia di diritto e dovere agli alimenti. – 3.2.1.1. Ampliamento della portata del contenuto dell'obbligo alimentare. – 3.2.1.2. Ampliamento dei soggetti reciprocamente obbligati e dei beneficiari. – 3.2.1.3. Coerenza nel concorso degli aventi diritto agli alimenti. – 3.2.1.4. Forme di esecuzione dell'obbligazione. – 3.2.1.5. Conseguenze della violenza di genere e della violenza domestica sull'obbligazione. – 3.2.1.6. Cause di cessazione dell'obbligo. – 3.2.1.7. Esclusione o esenzione dall'obbligo. – 3.2.1.8. Obbligo legale alimentare durante la gravidanza. – 3.3. Il diritto alla comunicazione familiare. – 3.4. A titolo di conclusione.

Introduzione

Il Titolo Terzo del Codice delle Famiglie¹ è dedicato alle norme sulla parentela e a due dei suoi effetti più importanti: l'obbligo alimentare e

¹ Ogni volta che si cita il Codice delle Famiglie, il Codice o qualsiasi articolo di questo testo, si fa riferimento alla Legge n. 156 del 2022 «Codice di Famiglia» approvata dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare dopo essere stata sottoposta a referendum popolare e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 99 Ordinaria del 27 settembre 2022, che è la data della sua entrata in vigore. Occasionalmente, per evitare di

la comunicazione familiare. Una volta sviluppate nei primi due titoli le questioni generali tipiche di qualsiasi testo codificante associate all'ambito di applicazione, ai principi che lo regolano, ai diritti da tutelare con uno sguardo particolare a quelli che corrispondono ai bambini e agli adolescenti, alle regole di interpretazione, alla necessità di ragionevolezza delle decisioni in materia familiare - che non equivale a razionalità - e alla discriminazione e alla violenza nello spazio familiare, inizia quella che, in senso stretto, è la prima parte del Codice, inizia quella che, in senso stretto, costituisce la parte speciale del testo normativo incentrata sulla regolamentazione di ciascuna delle figure e delle istituzioni familiari, partendo, a ragion veduta e con coerenza, dall'aspetto generale che accompagna le relazioni familiari, che è la parentela e i diritti e i doveri ad essa inerenti, fino al particolare, a partire dalle sue fonti generatrici e dagli effetti che ne derivano, così come le altre istituzioni di tutela e protezione.

Questo sistema lo colloca a un livello superiore e segna un'importante differenza rispetto al suo predecessore, il Codice di Famiglia in vigore dall'8 marzo 1975 al 26 settembre 2022. Rispondendo al suo momento storico, non si può negare la sua impronta rinnovatrice per quanto riguarda l'uguaglianza delle donne all'interno della famiglia², ma la norma ora abrogata privilegiava in particolare la famiglia coniugale, nucleare ed eterosessuale al punto da iniziare praticamente i suoi articoli con la definizione di ciò che si intendeva per matrimonio, lasciando la maggior parte delle restanti disposizioni a regolare i divieti di contrarlo, i suoi effetti, il suo regime patrimoniale esclusivo di comunione dei beni, le cause della sua estinzione e inefficacia, e persino l'obbligo di convertire in matrimonio quella che era un'unione di fatto

riprodurre il testo degli articoli, si rimanda il lettore a questa pubblicazione, disponibile su parlamentocubano.gob.cu.

² Il Codice di famiglia cubano approvato con la legge n. 1289 del 14 febbraio 1975 è stato uno dei testi giuridici più avanzati del suo tempo; ha anticipato per molti aspetti quelli che sarebbero poi diventati i principi fondamentali sanciti da molti strumenti internazionali, come la protezione preferenziale dei bambini e l'orientamento positivo della posizione della donna nella famiglia, sanciti anni dopo nella Convenzione sui diritti del fanciullo adottata il 20 novembre 1989 e nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979, entrambe adottate dalle Nazioni Unite e ratificate da Cuba.

per ottenere gli effetti giuridici di questa forma di organizzazione familiare nel suo desiderio di equiparare entrambi i modi di vivere in coppia, senza che questo desiderio sia stato pienamente realizzato.³

Dedica la sua attenzione alla parentela e all'obbligo legale alimentare come suo effetto essenziale, solo dopo aver esaurito le sue disposizioni sul matrimonio e sull'altra fonte generatrice, la filiazione e le relazioni paterno-filiali che ne derivano.

Come riconosce Landestoy Méndez, «questa collocazione non è irilevante e casuale, ha un profondo scopo dottrinale che è quello di porre la parentela come base di tutte le relazioni familiari e di costituirla come pietra angolare dell'edificio su cui si costruisce la famiglia»⁴, senza che questo significhi che al legislatore debba essere attribuita l'intenzione di assimilare in modo assoluto le nozioni di parentela con quelle di famiglia.⁵

³ L'equiparazione matrimoniale introdotta dalla Costituzione liberale del 1940 attraverso l'articolo 43 si basa sul presupposto che il matrimonio civile fosse il vero matrimonio, quello di prima categoria, e che queste unioni equiparate non fossero altro che soluzioni per tutelare il diritto alla sussistenza del concubino vedovo. Il riconoscimento giudiziario delle unioni di fatto come matrimoni regolati dal Codice di Famiglia del 1975 raccoglie questa eredità, indubbiamente progressista per il momento storico, e cerca di rompere le differenze tra matrimoni formalizzati e matrimoni non legalizzati e riconosciuti, ma non ci riesce dal punto di vista tecnico-giuridico. Trattandosi di una figura di moratoria, ha effetti marcati per il diritto che non sfuggono a questi casi, in quanto tenta di legalizzare tardivamente una situazione che non esiste più. Per non parlare del mancato rispetto del ruolo della volontà e del consenso come cardini dell'atto giuridico del matrimonio.

⁴ P.L. LANDESTOY MÉNDEZ, *El abordaje del parentesco y sus principales efectos en el Código de las familias. Especial alusión a la obligación legal de dar alimentos y al derecho de comunicación*, in *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Direttori Drs. Marisa Herrera e Leonardo B. Pérez Gallardo. Coordinamenti: Camila Beguiristain, Natalia de la Torre e Federico Notrica, Editores del Sur, 2023, p.146.

⁵ Come giustamente spiega Cánovas González «[...] la prima costituisce quell'unità intersoggettiva con un nucleo di interessi intimi, unita da relazioni di parentela o da una qualche forma di unione matrimoniale, essendo la parentela solo una delle possibili fonti di questi legami familiari. [...] tra i coniugi esiste [...] un rapporto di famiglia, ma non di parentela. Tale parentela esiste, tuttavia, tra ciascun coniuge e i parenti dell'altro, [...] La famiglia, dunque, è una categoria più generale [...] La parentela è solo una delle forme in cui sussiste questo legame familiare». CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *Notas sobre el parentesco*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 24, (luglio-dicembre) 2013, p. 81. Il Professore Cánovas compie uno studio coscienzioso della parentela nel testo citato, che avalla il suo intervento attivo, insieme al legislatore familiare cubano, nelle norme regolamentari di questa e altre istituzioni.

La parentela e il modo in cui è regolata si irradia in molteplici espressioni in tutti gli articoli del nuovo testo giuridico, spesso per dettagliare alcuni dei suoi effetti nella sfera familiare. Dall'articolo 2 dedicato al riconoscimento delle famiglie e delle loro varie forme di organizzazione che si creano sulla base della parentela, passando per i precetti che regolano l'adozione e i suoi effetti, l'opzione di estinzione, o meno, dei legami di parentela con la famiglia d'origine, la possibilità di autorizzarla tra parenti con il limite che la norma stessa impone, la differenza di età richiesta, a meno che la famiglia non sia affine e la possibilità di autorizzarla tra parenti con il limite che la norma stessa impone, la differenza di età richiesta salvo il caso di adozione tra parenti o per integrazione o di più fratelli, sorelle o minori inabili, o gli impedimenti all'adozione, o i soggetti legittimati a opporsi o a contestarla (artt. 93, 94, 96, 101, 102, 103 e 113); o quelli che determinano le linee guida per la delega volontaria della responsabilità genitoriale (articolo 145); o i doveri dei figli minori e maggiorenni (articoli 149 e 150); o la possibilità di tutela e curatela a favore di parenti diversi dalla madre e dal padre (articolo 151); o gli impedimenti al matrimonio (articoli 206.1 (a) e 206.2); o i requisiti per l'attuazione delle unioni affettive di fatto (art. 308); o l'ambito di applicazione dell'affidamento (art. 355); o quando si fa riferimento alle persone all'interno del gruppo di parenti tra le quali possono o meno essere stipulati contratti di mantenimento volontario (art. 376); o le norme che si riferiscono alla nomina del tutore (artt. 394 e segg.); tra i molti altri riferimenti che raggiungono le modifiche introdotte al Codice civile dalle Disposizioni finali soprattutto in materia di capacità, designazione di sostegno e successione.

Non è nostra intenzione, a questo punto, fare una rassegna esegetica degli articoli del Titolo III dedicati alla parentela e ai due effetti principali che si dispiegano in questa parte del Codice. Ci limiteremo a passare in rassegna gli aspetti che segnano i progressi più importanti e che portano a trasformazioni essenziali, anche se i precetti saranno analizzati seguendo lo stesso ordine in cui appaiono disciplinati nel testo di diritto di famiglia cubano, con alcune delle incidenze più evidenti in altre figure, nel rispetto della concezione sistemica che deve adornare tutte le norme giuridiche.

3.1. La parentela

Le modifiche alla nozione di parentela introdotte dal Codice delle famiglie del 2022 si giustificano sulla base della Costituzione cubana del 2019. Nonostante la *Magna Charta* non riesca a liberarsi della classica, inappropriata e già superata concettualizzazione della famiglia come «cellula fondamentale della società», che rende difficile andare oltre la sua nozione puramente biologica, è riuscita a fare appello al riconoscimento della molteplicità delle forme familiari, allontanandosi da un modello unico ed esclusivo di *familia*. In questo modo ha posto le basi per la sua protezione da tutte le sue possibili rappresentazioni e comprendendo tutti i suoi membri, senza privilegiare il fatto che sia costituita da vincoli giuridici o dalla semplice volontà dei suoi membri, purché vi sia una convinzione responsabile di formarla e sia accompagnata da un certo grado di permanenza⁶.

«In questo modo, tutti i modelli, le costruzioni, le strutture e le forme di organizzazione delle famiglie cubane (tutte espressioni della diversità familiare esistente nella realtà) ricevono uguale protezione, sullo stesso piano, senza gerarchie verticali»⁷. E questo si riflette fedelmente nella sua norma di sviluppo contenuta nel Codice delle Famiglie a partire dalla stessa concezione giuridica della parentela e dei suoi effetti essenziali.

Per quanto riguarda i progressi del diritto di parentela, per citare solo quattro esempi, vale la pena sottolineare, in primo luogo, l'ossigenazione e l'aggiornamento di una categoria molto antica come il possesso notorio o costante dello status di filiazione dal momento in cui la socio-affettività acquisisce particolare rilevanza⁸, che rompe con il paradigma biologico-binario dei sistemi di filiazione naturale; in secondo luogo, la regolamentazione della plurigenitorialità con l'opzione e la

⁶ Gli articoli 81 e 82 della Costituzione cubana sanciscono il diritto di tutte le persone a fondare una famiglia, qualunque sia la sua forma di organizzazione, compreso il matrimonio e le unioni di fatto, con caratteristiche ed effetti propri, il che significa che sono gli individui a definire la propria famiglia e non l'imposizione della legge basata su concezioni familiari prefabbricate dalla legge o dai sistemi giudiziari.

⁷ A.M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, *Tutela jurídica de las familias. Los diez mandamientos constitucionales de su protección en Cuba*, in *Las familias en la Constitución*, L.B. PÉREZ GALLARDO e D. CÁNOVAS GONZÁLEZ (coords.), Ediciones Olejnik, Santiago del Cile, 2020, p. 39.

⁸ L'affettività diventa così l'essenza che fonde le relazioni nella famiglia - insieme alla solidarietà - e penetra i diversi modi di viverla e spiega perché tutti devono essere protetti dalla propria realtà esperienziale.

possibilità di detenere più di due legami di filiazione e il suo dispiegamento o estensione verso il gruppo dei parenti, che mette in discussione una delle principali presunzioni sociali e culturali incise nella legge, ovvero l'esclusività del rapporto genitori-figli, per cui un bambino può avere solo una madre e un padre ai fini legali (o una/due madri o uno/due padri, nel caso di famiglie monoparentali e omoparentali), e i parenti correlativi nella regola massima dipendente dal numero due.

In terzo luogo, l'esclusione dal riconoscimento di questo status di altre persone il cui contributo è stato rilevante nell'educazione, rendendo obsoleti i termini convenzionali di parentela, riconoscendo la responsabilità che corrisponde ad altri parenti, siano essi uniti da vincoli di sangue, di affinità o affettivi, rafforzando l'importanza dei legami che hanno il loro seme nell'amore, nella vicinanza emotiva e che sono significativi per le persone nelle loro relazioni nello spazio familiare; in quarto luogo, l'estensione dell'affinità alle unioni di fatto⁹, più che giustificata se si tiene conto della crescente tendenza alla consensualità nelle famiglie cubane¹⁰.

Ma queste profonde trasformazioni e progressi citati nel diritto di famiglia sia costituzionale che ordinario non sono sufficienti se non abbiamo anche una società matura e, soprattutto, empatica, accompagnata da operatori giuridici impegnati per la giustizia familiare da qualsiasi sfera d'azione, ma soprattutto quelli la cui funzione essen-

⁹ Nella legislazione comparata, il Codice Civile brasiliano riconosce già la conformazione dell'affinità sia ai coniugi che ai conviventi, affermando all'articolo 1595 che «*Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade* 1. *O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro*. 2. *Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável*», (disponibile all'indirizzo: senado.leg.br) e il Codice di famiglia boliviano, all'articolo 8(c) sulla parentela, afferma che l'affinità «[...] è il rapporto che esiste tra uno dei coniugi, le unioni libere o altre forme con i parenti dell'altro. Nella stessa linea e nello stesso grado in cui una persona è un consanguineo o un parente per adozione di uno dei coniugi, è un parente affine dell'altro coniuge. L'affinità cessa con la separazione coniugale o l'invalidità del matrimonio o con la separazione del matrimonio di comune accordo». (Disponibile su: abogadosbolivia.xyz).

¹⁰ Secondo il rapporto del Censimento nazionale della popolazione e delle abitazioni condotto nel 2012, i cui dati sono di dominio pubblico, sul totale delle persone che hanno dichiarato di avere un partner stabile, il 52% ha dichiarato di essere sposato e il 48% di avere un'unione; dopo 12 anni questa tendenza è proseguita o si è già invertita nell'aumento delle unioni di convivenza che non sfociano mai nel matrimonio.

ziale è quella di amministrarla in ambito giudiziario in uno Stato democratico di diritto e di giustizia sociale, che li costringa a smettere di agire sulla base del presupposto, ormai superato, che il giudice obbedisca ciecamente a ciò che la legge prevede o che il suo ruolo si limiti ad essere la bocca della legge, come ci ricorda Montesquieu. Coloro che impartiscono la giustizia familiare devono essere attenti e sensibili ai cambiamenti sociali, con poteri molto ampi per interpretare la legge e persino per rimuovere tutti gli ostacoli che essa impone o che portano all'ingiustizia, sempre in linea con i precetti costituzionali.

3.1.1. Che cosa intende il Codice delle famiglie per parentela?

Una revisione etimologica della parola «parentela» ci porta al termine provenzale *parentes*, originariamente inteso come «parente, insieme di parenti»; di uguale significato in latino (plurale di *parens-tis*) «il padre e la madre» che nel linguaggio familiare è inteso come «persone della stessa famiglia»¹¹.

Per quanto possa essere allettante intraprendere uno studio minimamente dettagliato della parentela vista da una nozione antropologica¹², a causa del suo ovvio impatto sul modo in cui sarebbe *successivamente* regolata dalla legge, è sufficiente per ora menzionare i molteplici fattori che portano alla riformulazione delle famiglie e della parentela nella nostra società:

- L'uguaglianza raggiunta per tutte le persone in molti modi, ma soprattutto sulla base del genere e del sesso a livello sociale e familiare, è il risultato dei progressi nella conquista dei diritti dei cittadini, della

¹¹ J.E. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*, 4ª ed., Ediciones de Palma, 1991, p. 442 e 443.

¹² I legami dell'antropologia della parentela con la storia della famiglia, la sociologia e la psicologia sociale, la demografia e l'economia sono innegabili, il che giustifica la necessità di un approccio integrato allo studio dei processi domestici, familiari e riproduttivi e della loro influenza sui sistemi di genere, sulle gerarchie, sulle dinamiche di gruppo e sugli individui. Cfr. F. ENGELS, *El origen de la familia*, in *La propiedad privada y el Estado*, Mosca: Casa editrice Progress, 1970; M. SEGALÉN, *Antropología histórica de la familia*, Taurus, Madrid, 1992; J. ARANZADI, *Introducción y guía al estudio de la antropología del parentesco*, Madrid, UNED, 2003; J. CARSTEN, *Cultures of relatedness. New Approaches to the Study of Kinship*, Cambridge University Press, 2000; C. LÉVY-STRAUSS, *La familia*, in K. GOUGH, C. LÉVY-STRAUSS e M. SPIRO, *Polémica sobre el origen y la universidad de la familia*. Anagrama, Barcellona, 1991; e molti altri studi.

massiccia incorporazione delle donne nel mercato del lavoro e delle conquiste nelle lotte delle correnti femministe più coerenti.

- La rottura del legame forzato tra il matrimonio come gruppo premiente di convivenza e le sue finalità essenzialmente riproduttive. La famiglia è l'ambiente in cui si svolgono al meglio le funzioni essenziali per lo sviluppo di ogni essere umano, vale a dire: la funzione educativa, economica e protettiva, di sicurezza e di cura per i suoi membri, soprattutto per coloro che sono svantaggiati a causa della loro condizione di neonati, anziani, vittime di violenza o in qualche situazione di disabilità.

- L'impatto del progresso tecnologico sulla vita domestica e sulla genitorialità, sul mondo simbolico, sull'istruzione e sulle comunicazioni e su tutta una serie di trasformazioni sociali che in precedenza erano controllate più all'interno delle famiglie.

- L'influenza dei progressi della medicina riproduttiva.

- La flessibilità giuridica dei legami filiali, coniugali e familiari e il ruolo attribuito alla socio-affettività nella loro costruzione.

In armonia con quanto sopra, il Codice di Famiglia definisce la parentela all'articolo 16 come «[...] il rapporto giuridico esistente tra due persone che le rende membri della stessa famiglia e che, senza distinzione, nei limiti stabiliti dalla legge e in proporzione alla loro vicinanza, produce determinati effetti giuridici, siano essi permissivi, proibitivi o capaci di stabilire obblighi».

Questa definizione era già stata avanzata da Cánovas González quando la considerava «[...] il rapporto giuridico esistente tra due persone, che le rende membri di una stessa famiglia, sia in ragione del matrimonio o della filiazione, qualunque sia il modo in cui è stato determinato, e che, nei limiti stabiliti dalla legge, produce determinati effetti giuridici, sia che proibisca, che permetta o che obblighi, in proporzione alla vicinanza degli stessi»¹³. Questo autore ci ricorda che una definizione completa di parentela non può prescindere, almeno come premesse, dalle molteplici fonti che la originano, dai soggetti tra i quali il legame si genera e dall'estensione e determinazione che, per mandato della legge, dovrà produrre effetti giuridici.¹⁴

¹³ D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *o.c.*, p. 80.

¹⁴ «[...] non sfugge a nessuno che due persone possono avere un antenato comune, ma non sono quindi legalmente imparentate, perché la mancanza di un'adeguata vicinanza porta alla loro irrilevanza. [...] Una persona psicologicamente equilibrata organizza i suoi affetti secondo determinati criteri, perché è impossibile che ami tutti i suoi simili con la stessa intensità», *Idem*, p. 81

3.1.2. Fonti di parentela nel Codice delle famiglie

In armonia con uno dei presupposti fondamentali per la costruzione del concetto di parentela, che fa riferimento alla molteplicità delle sue fonti, l'articolo 17 del Codice delle famiglie afferma esplicitamente che essa può avere origine nella filiazione, qualunque sia il suo antecedente o il modo in cui si determina, nel matrimonio e nell'unione affettiva di fatto strumentalizzata e registrata.

Le profonde trasformazioni che l'attuale Codice delle Famiglie ha apportato in materia di parentela non significano che esso sminuisca l'importanza dei legami di sangue e riconosca il valore giuridico della parentela esistente tra parenti in ragione della consanguineità, che il diritto alfonsoino chiamava discendenza. Né sottovaluta nelle sue norme la parentela derivante dall'adozione; al contrario, rafforza le disposizioni quando si tratta di filiazione adottiva, che deriva da quella che in dottrina è nota come parentela civile o consanguineità legale.

Approfondisce le derivazioni generate dal vincolo *uxorio*, che esiste tra i coniugi, da cui deriva la parentela per affinità, che estende alle unioni affettive di fatto con importanti note di progresso e, infine, concede identici effetti a quel vincolo di parentela che ha origine in relazioni affettive costruite nel tempo, con le note di stabilità e notorietà, che giustificano una filiazione.

In questa stessa opera collettiva, altri autori approfondiranno le fonti di filiazione e le tipologie che ne derivano e le restanti cause originarie di parentela che costituiscono la base per la determinazione di queste relazioni, per cui dedicheremo solo brevissimi accenni con maggiore enfasi alle trasformazioni che si incorporano rispetto all'affinità e alla socio-affettività.

3.1.2.1. Parentela di sangue

La fonte primaria della parentela di sangue si trova nella filiazione consanguinea e nell'insieme di presunzioni giuridiche storicamente costruite. In linea di principio, si stabilisce sulla base dell'esistenza di relazioni sessuali dei presunti padri e madri, senza che nessun'altra considerazione basata sull'affettività o sulla volontà di coloro che pretendono di assumere funzioni genitoriali e che non sono legati dalla verità biologica, intervenga a generare il legame giuridico.

Sulla base di questa premessa, l'articolo 18.1 stabilisce che sono imparentate tra loro le persone che discendono l'una dall'altra per sangue (parentela diretta ascendente o discendente) e quelle che non discendono l'una dall'altra ma discendono dalla stessa persona (parentela collaterale).

Tuttavia, qualche dubbio potrebbe essere sollevato dalla pronuncia contenuta nel secondo comma di questo stesso articolo, quando fa un distinto ed esplicito riferimento alla parentela che ha come fonte la filiazione derivata dall'uso di una qualsiasi delle tecniche di riproduzione umana assistita, stabilendo che, se questo è l'atto che determina l'esistenza di una persona, ai fini della determinazione della parentela, questa è delimitata allo stesso modo della parentela consanguinea. Non si vuole intendere che l'origine consanguinea venga equiparata a quella generata dall'uso di una tecnica di riproduzione medicalmente assistita, poiché, come è noto, può anche mancare qualsiasi legame genetico, persino quello biologico, ma si vuole sottolineare, senza alcun dubbio, che, per il momento della sua determinazione, valgono le stesse linee guida della delimitazione della parentela consanguinea.

3.1.2.2. Parentela derivante dall'adozione

Si potrebbe pensare che, una volta raggiunta la piena uguaglianza nelle filiazioni e, per derivazione, nei rapporti di parentela, soprattutto per quanto riguarda l'adozione, la distinzione tra consanguineità e adozione non sia più giustificata.

Ma spetta alla legge, al di là di questo risultato, rafforzare il fondamento attribuito a questa figura, così come i requisiti personali e formali per l'autorizzazione alle adozioni. Sono queste le ragioni che meritano una trattazione a parte, anche se solo da questo punto di vista.

Per questo tipo di parentela viene sancito e rafforzato il suo carattere pieno, cioè ha gli stessi effetti della consanguineità, compreso il divieto di sposarsi o di formare un'unione affettiva di fatto che riguarda gli ascendenti e i discendenti diretti, i fratelli e gli altri parenti collaterali fino al terzo grado¹⁵.

¹⁵ Quest' ultima nota la distingue dalla precedente regola familiare, che imponeva il divieto solo fino al secondo grado in linea collaterale.

3.1.2.3. Parentela per affinità

La Costituzione della Repubblica di Cuba riconosce che sia il matrimonio che le unioni di fatto sono una fonte che genera una famiglia e, pertanto, entrambi meritano protezione e una regolamentazione coerente con questo postulato.

In armonia con ciò, il Codice delle Famiglie considera entrambi i casi come causa fondante della parentela per affinità nella stessa linea e grado, e con l'estensione della parentela per affinità alle unioni registrate segna una prima nota di progresso nella sua regolamentazione, che si completa con l'esplicita conferma della sua natura bilaterale, in quanto si determina sia tra una persona e i consanguinei del suo coniuge o partner registrato in comune, sia tra una persona e i coniugi o partner registrati in comune dei suoi consanguinei.

Si noti che il legislatore richiede la strumentazione e la successiva registrazione del rapporto affettivo di fatto per ottenere gli effetti concessi dal diritto di famiglia, senza che ciò implichi un disprezzo per le unioni che si formano senza l'intenzione di alcun riconoscimento giuridico, che rispondono a decisioni esistenziali delle persone di cui si devono assumere le conseguenze, o la mancanza di esse.

L'estensione della fonte generatrice della parentela per affinità alle unioni di fatto è più che giustificata: queste, purché rispettino i requisiti determinati dalla legge, che ruotano intorno all'esistenza di una comunità di vita stabile, duratura, notoria e pubblica, sono costituite allo scopo di assumere diritti, facoltà, doveri, obblighi e finalità simili o analoghi al matrimonio, ma senza rispettare le formalità che l'atto matrimoniale comporta.¹⁶¹⁷ Tuttavia, beneficiando degli effetti concessi dalla legge, tra cui la generazione di legami di parentela per affinità, i diritti ereditari, il diritto alle reciproche richieste di alimenti, tra i tanti, non può sfuggire a un certo controllo, sia in ambito notarile che giudiziario.

¹⁶ Ciò coincide con gli identici criteri esposti da E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Matrimonio y uniones estables*, nel suo *Tratado de Derecho de Familia*, v. II., 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 413.

¹⁷ Il legislatore cubano concede i diritti e gli effetti di cui già godono le unioni di fatto a partire dal momento in cui questa unione soddisfa i requisiti stabiliti negli articoli 306 e 308 e viene autenticata o riconosciuta e registrata giudizialmente.

La parentela per affinità, a differenza del rapporto di sangue e, per estensione, del rapporto adottivo, non costituisce un divieto di sposarsi o di contrarre un'unione affettiva di fatto. Se l'affinità sussiste, la causa impeditiva sarebbe l'esistenza del vincolo o del ligamen o di un'unione di fatto registrata e non estinta. Una volta sciolto l'uno o l'altro, la rottura del carattere perpetuo o indissolubile del matrimonio significa che le persone sono in grado di risposarsi o di contrarre un'unione affettiva di fatto senza alcun impedimento.¹⁸ Tuttavia, è una sfida per il diritto in generale e per il diritto di famiglia in particolare prendere posizione di fronte alle posizioni talvolta contrastanti e aspre riguardanti non solo i suoi limiti ed effetti, ma anche la durata di alcuni dei suoi effetti in caso di divorzio o di morte.¹⁹

La seconda nota che ci permette di valutare che si tratta di una norma giuridica avanzata in questo contesto si basa sulla costruzione del regime giuridico delle madri e dei padri affini e sull'estensione dei suoi effetti ai parenti dei nuovi partner dei genitori. La riassegnazione dei ruoli familiari derivante dalla ricostituzione della famiglia implica sempre più l'assunzione di responsabilità non solo genitoriali ma

¹⁸ A differenza del Codice delle Famiglie cubano, altre legislazioni contemplano la parentela per affinità come impedimento al matrimonio tra ciascuno dei coniugi con i consanguinei dell'altro, prendendo come base questioni morali e sociali, come ad esempio che lo stato di famiglia che si genera tra i membri di entrambe le famiglie è perpetuo, permanente e non cessa con lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra i coniugi o con la rottura dell'unione familiare che lo Stato è obbligato a proteggere. Un esempio della persistenza di questo impedimento è l'articolo 242, paragrafi 3 e 4, del Codice Civile peruviano promulgato con il Decreto Legislativo 295 del 24 luglio 1984 e in vigore dal 14 novembre dello stesso anno, che stabilisce che gli affini in linea retta e gli affini in linea collaterale di secondo grado non possono sposarsi tra loro quando il matrimonio che ha prodotto l'affinità è stato sciolto per divorzio e l'ex coniuge è in vita, disponibile all'indirizzo spijweb.minjus.gob.pe.

¹⁹ Cfr. A.M.^a. ROMERO COLOMA, *El parentesco por afinidad y su problemática jurídico-práctica*, in *Revista CEF Legal*, 2019, p. 223-224, p. 43-54. Sebbene i fatti fondanti di questa tipologia familiare siano solitamente la separazione, il divorzio o la vedovanza, può anche trattarsi di una famiglia originaria monoparentale per scelta, in cui non esisteva una precedente relazione stabile o addirittura temporanea. Se si difende la pluralità familiare, non bisogna tralasciare altre opzioni che possono fare da sfondo alle unioni familiari e chiedersi se una famiglia si forma solo quando ci sono figli minorenni, o se l'unica utilità dello studio e del riconoscimento delle famiglie ricostituite è per le conseguenze nei confronti dei figli minorenni, il che ci porta a chiederci se non ci siano conseguenze legali per quelle ricostituite e con figli maggiorenni. Per maggiori informazioni sulle famiglie miste e sul loro regime giuridico, si veda I.M. MÉNDEZ TRUJILLO e L. MONZÓN MÉNDEZ, *El principio de socioafectividad: una mirada desde la protección a la familia ensamblada en Cuba*, Bollettino ONBC, in *Revista Abogacía*, n. 68, luglio-dicembre 2022, pp. 17-28, disponibile su ojs.onbc.cu.

anche familiari da parte del gruppo familiare di coloro che la legge definisce genitori affini.

La sfida raccolta dalla norma giuridica sulla famiglia è stata quella del suo riconoscimento giuridico, con la concessione di diritti e doveri a coloro che partecipano a questo spazio intimo e molto diversificato della convivenza familiare. L'attenzione si concentra sulla responsabilità educativa e familiare, su un piano di parità, delle persone che non coincidono con i genitori e i parenti biologici, in particolare il nuovo coniuge o il partner in comune.

La presenza di queste forme di organizzazione familiare, che sono state identificate con i termini di famiglie riunite, ricostituite, ricomposte, ricostruite, amalgamate, miste, miste o stepfamilies, e persino di famiglie di seconda, terza e persino quarta generazione, non è una novità. Sebbene abbiano una propria entità da tempo, nella maggior parte delle legislazioni mancano di un nome o di una denominazione adeguata che ci permetta non solo di dare loro un'identità, ma anche di stabilire chi vi appartiene o meno, questioni non trascurabili in quanto l'identificazione e l'appartenenza sono bisogni fondamentali degli esseri umani.

Era necessario dare loro un nome legale per molte ragioni. In primo luogo, perché, una volta riconosciuti, cessano di essere fantasmi, entità silenziose; la legge li cita e ora li legittima e legalizza e può assegnare loro una funzione chiara all'interno delle dinamiche delle famiglie miste, riconoscendoli come membri necessari del nucleo familiare, salvandoli dal limbo familiare, sociale e legale in cui si trovano.

In secondo luogo, perché si eliminano le ambiguità e si può distinguere il ruolo della famiglia e dei genitori biologici o legali da quello degli affini, con un proprio corpo di istituzioni e regole da apprezzare. Non solo all'interno della famiglia, ma anche nei rapporti con i terzi nelle questioni quotidiane o di routine. Il riconoscimento delle nuove responsabilità dei membri delle famiglie ricostituite, accompagnato dal riconoscimento legale e/o sociale dei partner dei genitori, consente di includere altri diritti come i permessi di lavoro o il processo decisionale (salute, istruzione, tra gli altri) rispetto alla persona che non è biologicamente imparentata, ma di cui sono responsabili, in molte occasioni, emotivamente e finanziariamente.

In terzo luogo, perché permette di stabilire le linee guida in caso di disaccordo, stabilendo il principio di collaborazione o continuità e non di sostituzione come principio preferenziale. Infine, perché la

domanda sociale impone di creare i riferimenti giuridici necessari per ordinare i diritti e i doveri tra parenti affini anche dopo l'estinzione o la rottura del legame che lo ha originato.

La soluzione giuridica può sembrare irraggiungibile, ma il Codice delle Famiglie crea lo spazio con sufficiente plasticità per accogliere le varie situazioni che possono presentarsi e riesce a togliere dalla nebbia ciò che accade nella pratica sociale delle famiglie cubane quando i compiti di cura, attenzione e affetto all'interno di una famiglia coinvolgono persone che fanno parte dell'ambiente familiare e assumono comportamenti considerati positivi nel nostro sistema di credenze.

3.1.2.3. Parentela socio-affettiva

Una delle novità più rilevanti introdotte dal nuovo Codice delle Famiglie cubano è il riconoscimento giuridico della socio-affettività²⁰, considerata come una nuova fonte di filiazione con totale autonomia, presente in qualsiasi forma in cui si sviluppano questi legami parentali - cioè sia che si tratti di una relazione bi-genitoriale, mono-genitoriale o pluri-genitoriale -, che si irradia a tutti gli effetti verso le relazioni di parentela.

È giusto ringraziare la dottrina e la giurisprudenza brasiliana per i primi riferimenti al riconoscimento esplicito delle conseguenze giuridiche della socio-affettività. Una delle sue maggiori esponenti, Berenice Dias, esprime che questa nuova fonte di filiazione deriva dalla libera volontà di assumere le funzioni genitoriali e dall'accertamento del possesso dello status di figlio, come realtà sociologica e affettiva, che può ben comparire in situazioni in cui è presente la filiazione biologica, come quelle in cui la volontà e l'affetto sono gli unici elementi²¹.

Come riconosce un'altra parte della dottrina, la filiazione socio-affettiva «[...] si costruisce a partire dall'effettivo adempimento volontario e disinteressato dei ruoli genitoriali, che possono tradursi

²⁰ «[...] socio-affettività è un termine formato dall'unione di due parole -sociale e affettiva-, che si riferisce alle relazioni sociali che nascono dall'affetto di due o più persone». G. MEDINA, *Socioafectividad y derecho de familia*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, anno 45, n. 101, 2020-II, p. 87.

²¹ M.B. DÍAS, *Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*, in *Revista Jurídica de Derecho Privado*, UCES, 2009, p. 84.

nell'educazione e nella cura quotidiana della persona, senza che questo rapporto si basi su una parentela legale derivante da consanguineità, affinità o adozione»²².

L'articolo 21 del Codice delle Famiglie definisce la parentela socio-affettiva come quella che «[...] si basa sulla volontà e sul comportamento tra persone legate affettivamente da un rapporto stabile e duraturo nel tempo che può giustificare la filiazione» e che richiede il suo riconoscimento, come eccezione, attraverso una decisione giudiziaria. Il legislatore cubano non aderisce inconsapevolmente alle correnti della più moderna legislazione e giurisprudenza straniera, ma è coerente sia con la realtà che con la pluralità delle famiglie esistenti a Cuba nel terzo decennio del XXI secolo, nel suo specifico contesto sociale e culturale e che è chiamato a tutelare²³, dando rilievo alla situazione di fatto che ogni famiglia sta attraversando, in cui il legame affettivo che si è sviluppato nel tempo merita un'attenzione particolare, così come al nuovo modo di concepire il diritto alla vita familiare, in cui la congiunzione di affetto e cura è la pietra angolare delle relazioni intrafamiliari.

Da questo precetto si possono trarre quattro importanti considerazioni. La più importante è che, una volta ottenuto tale riconoscimento, tutti gli effetti sono assimilati a quelli derivanti dalla parentela di sangue, tutelati dal principio di uguaglianza delle filiazioni e dei legami di parentela.

La seconda è che le relazioni di parentela nascono attraverso la socio-affettività solo se c'è un precedente riconoscimento della

²² A. KOWALENKO, *El derecho a vivir y desarrollarse en familia: Socioafectividad y vínculo filial*, in O. ORLANDI; F. FARAONI; A. KOWALENKO (dirs.), *Derecho de Niñez y Adolescencia. Hacia una disciplina autónoma*, Nuevo Enfoque Jurídico, 2021, p. 171.

²³ In altre parole, il legislatore vede la famiglia come qualcosa di vivo, mutevole e in continua trasformazione, che impedisce di confinarla nel modello biologico o affettivo. La presenza dell'affettività e della sua componente sociale e affettiva, non legata alla parentela, non è estranea alle famiglie cubane, in quanto ingranaggio di relazioni che possono essere definite familiari, ma che erano sconosciute alla legge. Per citare alcuni esempi, lo status di figli, madri e padri, nonni e fratelli adottivi è sempre stato conosciuto e accettato ed è stato utilizzato per riferirsi al legame esistente tra persone che si trattano e si considerano come famiglia senza la coincidenza di dati biologici o genetici; o il legame tra i padrini e i loro figliocci non imparentati. Anche il legame tra l'adottante e l'adottato, sia attraverso l'adozione generica sia nella sua variante di integrazione con i parenti e i referenti affettivi dell'adottante o dell'adottato, e il legame tra la persona nata attraverso una TOS con i donatori di materiale genetico o della donna incinta, già esplicitamente riconosciuti dalla legge, sono filiazioni tipicamente socio-affettive con piena tutela nel diritto di famiglia cubano.

filiazione. Cioè, le relazioni di parentela che hanno origine nella socio-affettività non possono sorgere o estendersi se prima non viene accreditata e giustificata come fonte di filiazione che non poggia più né sul gioco delle presunzioni legali che hanno il loro germe nel trattamento sessuale dei presunti padri o madri che prescinde da qualsiasi ragionamento basato sull'affetto, né implica una tecnica di riproduzione umana assistita in cui ciò che prevale è volontario, né sul riconoscimento che a titolo di adozione viene fatto dall'autorità giudiziaria.

Il terzo è che tale riconoscimento è eccezionale, un requisito che ruota più intorno ai requisiti per la sua dimostrazione e il suo riconoscimento quando le altre soluzioni previste dal Codice non sono le più appropriate o consigliabili o non si sono verificate (ad esempio, genitori imparentati, tutela di fatto o adozione), che alla sua presenza più o meno correlata nella realtà familiare cubana.

È ovvio che qualsiasi relazione sociale non può essere considerata allo stesso tempo una relazione familiare, né un legame costruito sulla base della parentela e del desiderio di essere genitore è uguale alla relazione, ad esempio, con i nostri vicini di casa, per quanto vicini possano essere, anche nei casi in cui essi offrono attenzione, cura, calore e cibo in momenti di crisi personale, esistenziale o economica.

L'articolo 59 del Codice delle Famiglie cubano, nel disciplinare la plurigenitorialità superata per socio-affettività, ci fornisce, nella sua seconda sezione, le linee guida o le circostanze che porterebbero o meno al suo riconoscimento, associate a «[...] alla comprovata presenza di un legame familiare socio-affettivo noto e stabile, indipendentemente dall'esistenza o meno di un legame biologico tra una persona e la figlia o il figlio; al comportamento della persona che, in qualità di madre o padre legale, ha meritoriamente adempiuto ai doveri che le incombono in ragione della paternità o maternità socialmente e familiarmente costruita, e di coloro che, per intenzione, volontà e azioni, possono essere presunti madri o padri».

La socio-affettività si costruisce a partire dalla quotidianità, dalla reciprocità e dalla cooperazione dei soggetti coinvolti e richiede la confluenza di diversi fattori che operano come requisiti costitutivi: la comprovata presenza di affetti; la volontà di comportarsi e di appropriarsi delle responsabilità derivanti dalla paternità o dalla

maternità e di assumerle concretamente; il possesso dello status di figlio o figlia; la persistenza di questi fattori nel tempo ²⁴.

La quarta e ultima considerazione è che l'accertamento del vincolo di filiazione avviene solo per decisione del tribunale competente, mai per mera volontà o dichiarazione delle persone interessate a ottenere tale riconoscimento.

Le porte per la rivendicazione della filiazione da parte della socio-affettività, che espande i suoi effetti al resto delle relazioni di parentela che ne derivano, si aprono a partire dal salvataggio di una figura molto antica del diritto in generale, e fatta propria dalla famiglia, che è stata sottovalutata nonostante il suo enorme potenziale: il possesso notorio di uno status e il mandato legale affinché questo possesso di status sia dichiarato giudizialmente.

Questo istituto di grande importanza in questo contesto (perché, una volta verificato, finisce per essere più forte della paternità biologica) viene salvato e rivitalizzato dal momento in cui si stabilisce la presunzione (che diventa convinzione) che chi di fatto si è comportato pubblicamente come se avesse diritto a uno status familiare, lo detiene indipendentemente dal fatto che questa situazione corrisponda a una realtà giuridica o biologica²⁵.

3.1.3. Estinzione della parentela

Seguendo gli articoli del Codice delle Famiglie cubano, gli articoli 22 e 23 sono riservati alla regolamentazione del modo di calcolare la parentela, che non introduce variazioni degne di nota e i suoi effetti - intesi come i diritti, gli obblighi, gli impedimenti o i divieti e le limitazioni che genera - secondo l'ambito attribuitogli da questa norma, ma

²⁴ Cfr. A. KOWALENKO, *Filiación socioafectiva y Pluriparentalidad. Un estudio de los vínculos parentales basados en los afectos*, Mediterránea, 2022.

²⁵ Ancora una volta, il diritto brasiliano è il primo a notare la rinascita del possesso di status per la verifica dei criteri socio-affettivi nelle rivendicazioni filiali. Le sue componenti o elementi dottrinali classici (*nomen*, *tractatus*, *fama*) sono gli stessi analizzati per il riconoscimento della filiazione socio-affettiva, che si traducono nella convivenza familiare, nel comportamento costante e consapevole sulla base dell'affetto, nell'effettivo e comprovato adempimento dei doveri di tutela, cura, formazione, educazione e sostegno del figlio o della figlia, attraverso il significativo vincolo di attaccamento, sia all'interno della famiglia che verso la comunità e l'ambiente sociale dei soggetti coinvolti.

che esulano dall'ambito strettamente familiare per avere un impatto su altre materie come quelle civili, ereditarie, penali, amministrative, immobiliari, dell'immigrazione, fiscali, del lavoro, della previdenza sociale e molti altri ambiti.

Vale la pena di segnalare, per ora, come nota di novità, l'inclusione del diritto alla comunicazione familiare²⁶, che non è più riconducibile esclusivamente ai rapporti di parentela di primo grado in linea retta derivanti dalla filiazione, cioè ai legami tra madri, padri e le loro figlie e figli.

L'articolo 24 merita un plauso per aver precisato ciò che non era stato chiarito nel Codice di famiglia del 1975 in relazione alle cause di estinzione della parentela secondo il suo tipo e per aver integrato le nuove fonti originarie della parentela.

Sia le relazioni consanguinee, sia quelle adottive e socio-affettive, una volta autorizzate o riconosciute, sono, in linea di principio, perpetue, cioè sussistono oltre la morte delle persone nei confronti delle quali si analizza la relazione. Ma questa affermazione merita diverse osservazioni che la rendono una verità relativa.

Questi tre tipi di parentela si estinguono solo con l'adozione, una nota che segna l'eccezione alla regola di persistenza di cui sopra. Ma non raggiungono assolutamente tutti i loro effetti nel caso di un'adozione nella sua forma integrativa, in cui i legami giuridici dell'adottato con la famiglia d'origine sono mantenuti²⁷; e, nella sua volontà di completezza, il legislatore familiare, per le stesse ragioni che giustificano l'impedimento del legame di sangue per formalizzare un matrimonio²⁸ o per formalizzare un'unione affettiva di fatto, nonché per il carattere pieno di questa fonte filiale, fa sussistere il divieto anche quando si verifica un'adozione o una riadozione.

²⁶ A questo è dedicata una sezione a parte in questo stesso testo come il secondo degli effetti principali derivati dalla parentela.

²⁷ V. Artt. 103 e 107 del Codice delle Famiglie. Per il limite di pagine assegnato dai coordinatori di questo libro, non è possibile approfondire questo argomento, anche se sarà certamente trattato da chi si occupa della figura dell'adozione.

²⁸ La base del divieto di relazioni tra parenti è più antropologica che giuridica. Sia per i Greci che per i Romani, le nozze dovevano avvenire tra persone estranee alla famiglia d'origine; solo così si poteva comprendere la *conventio in manum*, un atto giuridico con il quale la donna lasciava la sua famiglia d'origine e si univa a quella del marito. A Roma, l'esogamia era imposta come requisito fondamentale nella configurazione del matrimonio per evitare la confusione dei ruoli nel nucleo familiare. Nel corso del tempo, i divieti si sono basati maggiormente su nozioni morali ed eugenicistiche, con il rispettivo riflesso nella legislazione penale come condotta criminale.

L'opposto è il caso della parentela per affinità, che dipende dalla validità del matrimonio o del rapporto di comunione registrato. Pertanto, una volta estinta per qualsiasi motivo, comporta la conseguente estinzione di questa parentela e dei suoi principali effetti, ad eccezione dei diritti di comunicazione familiare e dell'obbligo legale alimentare nei casi in cui la sua persistenza sia giustificata e nei casi previsti dalla legge²⁹.

3.2. L'obbligo legale alimentare

In armonia con l'approccio sistematico adottato dal Codice delle Famiglie cubano, l'obbligo giuridico degli alimenti, come uno dei principali effetti derivanti dalla parentela, dà continuità alle norme contenute negli articoli da 25 a 44, sottolineando così la sua separazione dall'idea così diffusa in altre legislazioni che tale obbligo derivi solo dalla responsabilità genitoriale³⁰.

Si potrebbe rimproverare l'inclusione di questa figura di tutela all'interno del Titolo III e di non essere stata disciplinata con totale indipendenza e autonomia, in quanto non si tratta di un effetto derivante esclusivamente dai rapporti di parentela, poiché si estende a coloro che sono sposati o uniti di fatto in virtù del più ampio dovere di assistenza reciproca che si manifesta in una situazione di crisi della convivenza o di rottura del matrimonio, persone che notoriamente non sono legate da vincoli di parentela, ma che fanno parte della famiglia.

La sua impronta si ripercuote, in un rapporto dialettico e di integrazione, su molte delle altre figure disciplinate dal Codice. Ad esempio, è menzionato come effetto esplicito della filiazione (articolo 51); è una delle uniche prestazioni economiche possibili nella gestazione solidale e in solido a favore del figlio, oltre alle spese derivanti dalla gravidanza e dal parto [articolo 130, paragrafo 3); fa parte del contenuto della responsabilità genitoriale (articolo 138, lettera *m*); è una delle figure di riferimento per i genitori; fa parte del contenuto della responsabilità

²⁹ V. artt. 45, 185, 186, 187, 280, tra gli altri del Codice delle famiglie.

³⁰ Ad esempio, il Codice civile spagnolo inserisce il titolo sulle obbligazioni alimentari dopo quello sulla paternità e la filiazione, dando l'impressione che questo obbligo sia una conseguenza della potestà genitoriale, anche se ammette, come dovrebbe, che «il padre e la madre, anche se non hanno la potestà genitoriale, sono obbligati a prendersi cura dei figli minori e a fornire loro gli alimenti» (art. 110).

genitoriale [articolo 138, lettera *m*]); è uno dei doveri dei figli adulti (articolo 150); fa parte dei patti parentali nella tutela e nell'assistenza unilaterale o condivisa (articoli 165 e 166); si applica alle famiglie miste come onere del matrimonio e come obbligo sussidiario del coniuge o del convivente nei confronti dei figli dell'altro coniuge o convivente in caso di rottura (artt. 231 e 185); fa parte delle disposizioni che devono essere contenute nella sentenza che dispone la privazione, la sospensione o l'esclusione della responsabilità genitoriale, poiché in uno qualsiasi dei tre casi l'adempimento di tale obbligo è sempre salvaguardato (artt. 194, 196 e 200); è una delle dichiarazioni che devono essere contenute nella sentenza del tribunale o nell'atto notarile di divorzio, nonché negli accordi adottati consensualmente (artt. 280, 291 e 293); è imputabile al coniuge o al partner affettivo in situazione di vulnerabilità (artt. 275 e 327); è un obbligo che si assume nell'affidamento familiare dei minori (art. 349); e rientra tra i doveri della persona o delle persone che assumono la tutela di un minore (art. 398) tra le altre manifestazioni esplicite dell'obbligo alimentare nel testo del diritto di famiglia cubano.

L'obbligazione alimentare viene tecnicamente qualificata come legale per distinguerla da altre forme o meccanismi più moderni di autotutela o autotutela del patrimonio e di assistenza a persone che possono trovarsi in una situazione di vulnerabilità presente o futura; gli alimenti derivanti dall'autonomia della volontà (volontaria o convenzionale) in cui i presupposti tipici della prima non sono soggetti a controllo o, in altre parole, all'esistenza delle circostanze che devono sussistere perché sorga l'obbligo giuridico di prestare gli alimenti, come ad esempio un parente legalmente obbligato, sia per vincolo di parentela nella misura prevista dalla legge, sia per matrimonio o unione affettiva registrata di fatto; lo stato di bisogno del richiedente e la capacità finanziaria dell'obbligato.

Esistono diverse interpretazioni della natura *ex lege* dell'obbligazione alimentare: è legale perché è la legge che prevede e descrive i presupposti oggettivi e soggettivi in cui una persona in condizione di vulnerabilità e priva di mezzi propri di sostentamento vi ricorre; è legale perché è la legge che la rende obbligatoria e la possibilità di farla valere coattivamente; è legale perché la determinazione del prestatore, l'ordine di priorità, la possibilità del concorso di più soggetti come obbligati, i loro doveri e obblighi, l'ambito e i limiti, i meccanismi per

rivendicarlo e le forme coercitive per costringere il prestatore ad adempiere al suo obbligo, sono esaustivamente previsti dalla legge.

3.2.1. Principali modifiche del Codice della famiglia in materia di diritto e dovere agli alimenti

Nel contesto del diritto di famiglia cubano, gli alimenti si basano sull'idea di solidarietà e responsabilità familiare e intergenerazionale. I membri di una famiglia hanno l'obbligo di sostenersi a vicenda e di fornire il sostentamento necessario per il benessere e lo sviluppo integrale dei suoi membri, in particolare di quelli che non possono procurarselo con i propri mezzi, rispondendo così a uno scopo economico e personale³¹.

3.2.1.1. Ampliamento della portata del contenuto dell'obbligo alimentare

Questa duplice concezione dell'alimentazione che il Codice delle Famiglie cubano abbraccia, sebbene non lo dichiara espressamente, è la prima delle note di progresso che si percepiscono ed è, allo stesso tempo, la ragione per cui include nel paragrafo 2 del suo articolo 25 l'assistenza personale e affettiva come parte delle prestazioni coperte da questo concetto, rompendo con il carattere materialista dell'assistenza allo sviluppo e al benessere di altri individui, come l'alimentazione nella sua funzione nutrizionale, igiene, abbigliamento, riparo, salute, istruzione e ricreazione, ma include altre risorse di natura immateriale, soggettiva e affettiva come l'affetto, l'amore, l'accompagnamento e la preoccupazione per l'altra persona, in totale connessione con uno dei principi che attraversa l'intero plesso normativo familiare, che è quello della socio-affettività come elemento importante delle relazioni familiari, che lega in modo coesivo e rafforza l'identità dei suoi membri.

³¹ Il dibattito sulla natura giuridica dell'obbligazione alimentare legale si è mosso tra la sua natura esclusivamente patrimoniale o personale. Ma è certo che si tratta di una figura *sui generis* con un contenuto patrimoniale e una finalità personale legata a un interesse familiare prevalente.

«La famiglia è una comunità di persone unite non solo da rapporti giuridici come la parentela o il matrimonio, ma anche da legami affettivi, da una comunità di interessi che significa che essa interviene quando uno dei suoi membri non è in grado di provvedere a se stesso: se lo sviluppo di ogni persona è in linea di principio una questione che riguarda solo lui, bisogna tener conto che il percorso della vita può essere segnato da ostacoli come l'insuccesso nel lavoro, la malattia o l'età stessa, il che significa che la famiglia più stretta è responsabile del soddisfacimento dei bisogni vitali di queste persone»³².

L'intersezione tra socio-affettività e diritto agli alimenti si basa sull'influenza che l'adempimento di tale obbligo ha sul benessere emotivo, sulle relazioni familiari, sull'accesso alle risorse per lo sviluppo integrale e sulla stabilità emotiva dei suoi membri più vulnerabili.

3.2.1.2. Ampliamento dei soggetti reciprocamente obbligati e dei beneficiari

Un'altra delle trasformazioni introdotte dal Codice delle Famiglie in materia di alimenti è l'ampliamento dei soggetti obbligati e beneficiari, estendendo l'obbligo reciproco alle unioni di fatto, alle madri, ai padri, alle figlie e ai figli, alle zie, agli zii e ai nipoti, nonché ai parenti socio-affettivi una volta ottenuto il riconoscimento, riserva che risulta superflua se si tiene conto del principio di uguaglianza di tutte le fonti e di tutti i tipi di parentela che il testo giuridico difende e sancisce. Sono poche le riflessioni da fare a questo proposito sulla base del riconoscimento delle unioni affettive di fatto come forma autonoma e autosufficiente di organizzazione della famiglia e del rafforzamento del regime giuridico della genitorialità affettiva. Solo l'inclusione della parentela collaterale di terzo grado, che viene presa in considerazione anche nell'ambito dei divieti matrimoniali e successori, merita una menzione speciale.

La presenza di zii e zie nella famiglia cubana è molto stretta, un'affermazione supportata dall'esperienza personale e dalla percezione sociale di questi membri della famiglia allargata come riferimenti

³² D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *La obligación legal de alimentos. Aproximación a su régimen jurídico*, in O. RODRÍGUEZ e N. DE LA CARIDAD (coords.), *Ensayos sobre Derecho de Obligaciones*, Libro Homenaje al Profesor Dr. Humberto José Luis Sánchez Toledo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 64.

profondi e duraturi, come figure autorevoli e positive nella vita dei nipoti e viceversa, come sostegno emotivo o economico, come appoggio nei momenti di crisi, come influenza efficace nello svolgimento di diverse attività e prospettive, a volte anche più naturalmente dei genitori stessi, e come anello di congiunzione nella solidità del legame familiare. Non di rado sono loro ad essere affidati i figli dei fratelli in caso di assenze più o meno prolungate. È stato quindi un atto di giustizia elementare includerli tra le persone obbligate/bisognose di alimenti.

3.2.1.3. Coerenza nel concorso degli aventi diritto agli alimenti

Gli articoli 28 e 29 del Codice modificano l'ordinamento in caso di concorso di alimentatori e fornitori, non solo includendo tutti i nuovi soggetti reciprocamente obbligati, ma anche organizzando il ricorso con la coerenza dettata dagli effetti, soprattutto nei casi di concorso di alimentatori, superando la disciplina del suo predecessore, che ha generato tante incongruenze e critiche³³.

3.2.1.4. Forme di esecuzione dell'obbligazione

Seguendo l'ordine degli articoli del Codice di Famiglia cubano, arriviamo alla norma contenuta nell'articolo 32, dedicata alle modalità di adempimento dell'obbligo alimentare legale, che, in sostanza, non differisce da quella che nello stesso senso era contenuta nell'articolo

³³ «La norma contenuta nell'articolo 126 è [...] *innaturale*. Va contro l'ordine naturale degli affetti, secondo cui l'alimentatore è costretto a coprire i bisogni del suo coniuge e dei suoi ascendenti, e solo successivamente quelli dei suoi discendenti». D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *o.c.*, p. 83.

129 del testo del 1975³⁴. Vorremmo solo fare una piccola osservazione sul comma 2 dell'attuale articolo 32³⁵.

Una delle più profonde insoddisfazioni del legislatore familiare cubano è quella di non essere riuscito a includere alcune misure efficaci da adottare in caso di inadempienza per garantire il pagamento dell'obbligo alimentare e di essersi accontentato del riferimento a quelle stabilite nel Codice di procedura.³⁶

Tra le prime versioni discusse in seno al Comitato di redazione vi è stata la proposta di un articolo che illustrava le misure di costrizione al pagamento per garantire l'adempimento dell'obbligazione, come l'impossibilità di viaggiare all'estero o la concessione di prestiti bancari o l'acquisto di beni di un certo valore o le difficoltà di adottare o limitare altri diritti del debitore inadempiente, proponendo la creazione di un libro centrale dei debitori di alimenti in cui iscrivere i debitori di alimenti totalmente o parzialmente debitori di più rate consecutive o alternate nell'arco di un anno, esponendoli così alle conseguenze legali del loro comportamento evasivo.

³⁴ Articolo 129 del Codice di famiglia del 1975. «La persona obbligata a prestare gli alimenti può, a sua scelta, soddisfarli pagando la pensione fissata o accogliendo e mantenendo nella propria abitazione la persona avente diritto agli alimenti. Quest'ultima forma di alimenti può essere prestata solo se le disposizioni relative alla custodia e alla cura dell'alimentando non sono pregiudicate e se non vi sono impedimenti morali o materiali».

³⁵ Articolo 32.2 del Codice delle Famiglie 2022. «In caso di inadempienza, può essere richiesta l'applicazione delle misure stabilite a tal fine nel Codice di procedura, fatta salva la responsabilità penale prevista dalla legislazione in materia».

³⁶ Codice di procedura approvato dalla Legge n. 141 del 2021 dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 138 Ordinaria del 7 dicembre 2021. Si vedano i relativi articoli che regolano le misure cautelari e quelle adottate durante l'esecuzione delle pene, disponibile su tsp.gob.cu.

Il legislatore ha tenuto conto dell'esperienza di legislazioni³⁷ e giurisprudenze³⁸ straniere sempre più prolifiche in materia. Anche se, purtroppo, la sua inclusione non è avvenuta per ragioni che al momento non è il caso di dettagliare, c'è sempre la speranza che l'attivismo giudiziario fornisca risposte coerenti con questo spirito, soprattutto perché il diniego degli alimenti è una delle tante manifestazioni della violenza economica o patrimoniale, intesa come qualsiasi azione od omissione che provoca una lesione delle risorse economiche o patrimoniali di un qualsiasi membro del gruppo familiare, nell'ambito di relazioni di potere, dipendenza, responsabilità o fiducia, attraverso, ad esempio, la limitazione delle risorse economiche destinate a soddisfare i bisogni o la privazione dei mezzi indispensabili per vivere una vita dignitosa di una persona che non può provvedervi da sola, nonché l'elusione dell'adempimento dei suoi obblighi alimentari.

3.2.1.5. Conseguenze della violenza di genere e della violenza domestica sull'obbligazione

L'obbligo legale degli alimenti è imprescrittibile, cioè può essere richiesto finché lo stato di bisogno è latente, ma l'azione di rivendicazione delle mensilità già fissate e non ricevute per il trascorrere di tre mesi è prescrivibile, nell'accezione che si tratta di soddisfare esigenze attuali e presenti. Un'altra delle trasformazioni più importanti introdotte dal Codice di Famiglia cubano del 2022, riguarda

³⁷ A Città del Messico, esempio già seguito da altri Stati messicani, il Registro dei debitori di alimenti è stato creato con il decreto di riforma del Codice Civile del Distretto Federale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 18 agosto 2011 (disponibile su ordenjuridico.gob.mx). Nella Repubblica Argentina esiste un Registro con lo stesso nome dal 2003 con la Legge 13.074,¹¹ (disponibile all'indirizzo cnm.gob.ar); in Uruguay il Registro dei debitori di alimenti è stato creato con la Legge 17.957,¹² pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. 957,12 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 18 aprile 2006 (in parlamento.gub.uy); e in Perù il Registro dei debitori di alimenti non pagati è stato istituito con la legge 28970,¹³ del 12 gennaio 2007 (in minjus.gob.pe) solo per citare alcuni esempi della regione.

³⁸ Nel marzo di quest'anno 2024, è stato reso noto che un noto giocatore di calcio argentino è stato sanzionato da un Tribunale della Famiglia alla sospensione della patente di guida nazionale e internazionale, al divieto di assistere a qualsiasi partita professionistica di squadre di calcio appartenenti alla Federazione calcistica argentina e di assistere a partite della Nazionale argentina. Disponibile su tycsports.com.

la non applicabilità della prescrizione per reclamare le mensilità maturate e non ricevute quando il prestatore di alimenti è vittima di violenza domestica imputabile alla persona obbligata a versarle³⁹, nel qual caso possono essere reclamate retroattivamente dalla data in cui viene accreditata la presenza di questa situazione condannabile.

Tale pronunciamento fa eco all'esplicito ripudio della violenza intrafamiliare e di genere che permea il testo del diritto di famiglia, non solo dedicando un proprio Titolo alle manifestazioni di discriminazione e violenza che purtroppo tendono a verificarsi con relativa frequenza in questi scenari, ma anche dettagliando le specifiche ed esplicite conseguenze giuridiche della loro presenza, come quella qui menzionata.

Le risposte ad alcune domande riguardanti la possibilità di rivendicare la responsabilità per danni in ambito familiare e che sono collegate alla possibilità di rivendicare il soddisfacimento di alimenti non richiesti o fissati, con effetto retroattivo, soprattutto quando l'onere dell'adempimento è a carico di uno solo degli obbligati, restano da studiare in uno studio separato; o la possibilità di rivendicare nei casi in cui sia stata emessa una sentenza che stabilisce un importo di alimenti non equo a causa della mancanza di trasparenza da parte dell'alimentarista riguardo al suo reddito reale o alla sua capacità patrimoniale; o l'azione da intraprendere quando vi è una notevole differenza tra gli alimenti fissati e quelli che avrebbero dovuto essere fissati, al fine di recuperare ciò che è stato frodato e ottenere il risarcimento dei danni che ne derivano.

3.2.1.6. Cause di cessazione dell'obbligo

Allo stesso modo, tra le cause di cessazione dell'obbligo⁴⁰, vi è quella legata a comportamenti contrari alla solidarietà familiare o inclini alla violenza da parte dell'alimentante nei confronti dell'alimen-

³⁹ V. Articoli 33, 35 e 37 del Codice di famiglia.

⁴⁰ Il legislatore familiare cubano preferisce qualificare queste cause di cessazione e non di estinzione dell'obbligazione; a rigore, l'unica causa di estinzione è la morte dell'alimentarista, poiché le altre sono piuttosto «una surrogazione nel soggetto passivo, o una sospensione dell'obbligazione o una sanzione». P. BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1958, p. 60.

tato. A meno che l'alimentando non sia un minore, per il quale l'obbligo è comunque stabilito, non possono essere premiati comportamenti che violano il fondamento di questa istituzione, che è la solidarietà e la responsabilità tra i membri del gruppo familiare, né possono essere incoraggiate espressioni di violenza in uno spazio che dovrebbe essere caratterizzato da amore, compagnia, sostegno e protezione⁴¹.

I motivi di cessazione descritti nell'articolo 39 del Codice di famiglia meritano un approfondimento a sé stante, che non è sufficiente in questa fase. Solo qualche breve commento su due di essi, descritti nei paragrafi b) e c) del precetto citato.

La prima riguarda la diminuzione delle risorse economiche dell'alimentatore «[...] al punto da non poter soddisfare la sua obbligazione senza trascurare i propri bisogni e, se del caso, quelli del coniuge, del partner in comune, dei figli minorenni e dei figli maggiorenni con un sostegno intenso con poteri di rappresentanza sotto la sua custodia, nonché delle madri, dei padri e delle altre persone in situazione di vulnerabilità sotto la sua custodia».⁴² È importante sottolineare la soggettività di questa affermazione, che richiede un'interpretazione e una valutazione giudiziaria, nonché la prova della mancanza di mezzi, che pur essendo un fatto negativo, ricade sull'alimentatore. Allo stesso modo, la sua natura temporanea o transitoria poiché, se le circostanze migliorano, l'obbligo può essere ripreso.

La seconda si riferisce ai casi in cui «[...] il prestatore di alimenti raggiunge l'età lavorativa e non si trova in una situazione di disabilità che gli renda impossibile procurarseli da solo, né è iscritto a un istituto di istruzione nazionale o in qualsiasi altra situazione che gli renda difficile impegnarsi regolarmente in un lavoro retribuito».⁴³ Siamo in presenza di un obbligo nei confronti di persone in età lavorativa e, in generale, già maggiorenni che si trovano in una situazione di disabilità o sono ancora immerse nel loro processo formativo. In questo secondo

⁴¹ La Corte Suprema spagnola si è pronunciata su uno degli aspetti che questa causa di cessazione può assumere, ammettendo la *possibilità di cessare di versare gli alimenti per i figli a causa della mancanza di relazione tra il figlio maggiorenne e il genitore che ne è a carico*. Nella *Sentenza n. 104/2019, del 19 febbraio 2019*, chiarisce inoltre che, per poter invocare questa causa di cessazione dell'assegno di mantenimento, è necessario dimostrare che sono i figli a rifiutare di relazionarsi con il genitore obbligato a versare gli alimenti per motivi a loro imputabili. Consultare la sentenza su civil-mercantil.com.

⁴² V. art. 39 (b) del Codice delle famiglie.

⁴³ V. art. 39 (c) del Codice delle famiglie.

caso, la giurisprudenza dovrebbe mirare a incoraggiare la dovuta diligenza nella ricerca di un lavoro o di un'attività retribuita una volta terminata l'istruzione del minore ed evitare il suo prolungamento indefinito, che non fa altro che promuovere quello che la dottrina giuridica straniera chiama «parassitismo sociale».⁴⁴

Alla fine del Capitolo II del Titolo III, rimangono due importanti norme che rappresentano una novità per la legislazione familiare cubana: la prima, la possibilità di escludere dalla nascita dell'obbligazione o di esimersi dal suo adempimento quando il prestatore, senza giusta causa, si pone volontariamente in stato di bisogno o non ha adempiuto all'epoca all'obbligazione nei confronti della persona da cui ora pretende soddisfazione⁴⁵; la seconda, l'esplicita previsione degli alimenti a favore del nascituro o di quelli che possono essere richiesti durante la gravidanza⁴⁶.

3.2.1.7. Esclusione o esenzione dall'obbligo

Quale finalità persegue il legislatore familiare nel prevedere cause di esclusione o esenzione dall'obbligo legale di mantenimento, anche nel caso in cui, apparentemente, siano tipizzati i presupposti per la sua determinazione? Non è altro che quello di mantenere la coerenza nell'applicazione concreta dei principi riconosciuti dall'articolo 3 del Codice, in particolare quelli della corresponsabilità, della solidarietà, dell'importanza degli affetti e del rispetto di ogni realtà familiare.

Spiegata in modo semplice ed efficace, la reciprocità dell'obbligo alimentare fa appello al « [...] fatto che coloro che oggi sono creditori dell'obbligazione alimentare possono successivamente occupare la posizione di debitori e viceversa [...]. Le stesse persone a cui la legge ri-

⁴⁴ V. Sentenza della Corte Suprema spagnola, prima sezione, numero 184/2001, del 1° marzo, in cui è stata negata la richiesta di continuare a versare gli alimenti a due sorelle di 26 e 29 anni che avevano terminato la laurea, sostenendo che concederla significherebbe favorire una situazione passiva di lotta per la vita e di parassitismo sociale. Due laureate, con piena capacità fisica e mentale, in una società moderna e ricca di opportunità, non si trovano in una situazione che possa essere definita di bisogno, che darebbe loro diritto a un assegno di mantenimento. Disponibile in: *iberley.es*.

⁴⁵ V. art. 41 del Codice delle famiglie in relazione al 26.2 dello stesso testo.

⁴⁶ V. artt. da 42 a 44 del Codice delle famiglie.

conosce il potere di chiedere gli alimenti se si trovano in stato di bisogno possono, se queste circostanze cambiano, essere obbligate a fornirli [...]»⁴⁷.

Collegando questa caratteristica ai principi sopra citati, è ragionevole che quando qualcuno si pone intenzionalmente e volontariamente in una situazione che porta a uno stato di bisogno⁴⁸, l'obbligazione non sorga o cessi per la mancanza della presenza effettiva di uno dei suoi presupposti; o, peggio ancora, che nonostante le circostanze che fanno sorgere l'obbligazione siano presenti, la persona che non si è mai assunta la responsabilità dei suoi obblighi alimentari, dopo che sono passati anni, pretenda che chi era suo creditore si faccia carico, attraverso un assegno alimentare, della persona che non ha mai provveduto ai suoi bisogni in quel momento.

In entrambi i casi è necessaria una sentenza del tribunale, cioè l'esonero non avviene automaticamente. Nel primo caso, è necessaria la prova dell'assenza di un vero e proprio stato di necessità, poiché il presunto prestatore di alimenti si è posto in tale posizione in modo deliberato e intenzionale, anche se non allo scopo esplicito di mantenere gli assegni alimentari a proprio vantaggio.

Nel secondo caso, sarebbe sufficiente provare che il ricorrente non ha adempiuto al suo obbligo in quel momento senza una buona causa e spetterebbe al giudice decidere se escludere o meno il ricorrente dall'obbligo che gli incombe per legge.

3.2.1.8. Obbligo legale alimentare durante la gravidanza

L'articolo 25 del Codice Civile cubano stabilisce che il nascituro si considera nato per tutti gli effetti che gli sono favorevoli, a condizione che nasca vivo. Questo principio, presente in quasi tutte le legislazioni, implicitamente o esplicitamente, potrebbe portare alla conclusione che non è necessario regolamentare ciò che riguarda agli alimenti del *nascituro*, fermo restando che la sua concessione è, senza dubbio, un

⁴⁷ D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *La obligación legal de alimentos*, o.c., p. 72.

⁴⁸ Lo stato di necessità si verifica, ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 2, del Codice, «[...] quando una persona priva di risorse finanziarie non è in grado di procurarsi gli alimenti da sola, sia a causa dell'età, sia perché è iscritta a un istituto di istruzione nazionale che le rende difficile svolgere regolarmente un'attività lavorativa, sia perché la sua disabilità lo richiede, sia per qualsiasi altro motivo».

effetto favorevole, per cui può essere stabilito ogni volta che viene rivendicato.

Ma questo non è stato accettato o utilizzato molto frequentemente nella pratica prima dell'entrata in vigore del Codice delle Famiglie, soprattutto, anche se non esclusivamente, nel caso di gravidanze avvenute al di fuori dell'esistenza di un matrimonio, e ora di un'unione affettiva registrata di fatto, considerando che la prestazione di alimenti deve essere conforme alle reali ed effettive esigenze del bambino, che non sono note fino a quando questo fatto non è effettivamente prodotto, insieme alla sopravvivenza del bambino.

Si può così parlare di «nuovi» ambiti o livelli di tutela giuridico-civile del *nascituro* che si aggiungono a quelli già classici contemplati dal Codice Civile in materia di eredità e donazioni; gli effetti favorevoli raggiungono, oltre a questo aspetto esclusivamente patrimoniale, anche quelli di natura personale o extra-patrimoniale o la commistione di entrambi sulla base della natura *sui generis* dell'obbligo giuridico di mantenimento che è stata illustrata sopra.

L'obbligo sorge quando ci sono prove sufficienti e concordanti per raggiungere un minimo di convinzione sulla paternità o maternità dell'imputato, che determina una presunzione di mantenimento parentale, che non richiede una prova esaustiva come quella necessaria per determinare la filiazione, poiché il fatto di dare gli alimenti non costituisce una presunzione di paternità o maternità o un motivo per indagare su di essa.

Il diritto all'assistenza prenatale è la prestazione economica a favore del *nascituro* concepito, che viene erogata alla donna incinta per garantirne lo sviluppo integrale durante i mesi di gestazione e al momento della nascita.

Una volta avvenuta la nascita, la filiazione deve essere accertata in uno dei modi previsti dalla legge e la corresponsione degli alimenti si trasforma da provvisoria a definitiva a seconda dell'esito di questo processo.

Dal testo degli articoli da 42 a 44 non c'è spazio per dubbi su chi sia il titolare di questo diritto: non è la donna incinta, anche se ne beneficia molto da vicino, in quanto potrebbe includere le spese necessarie derivanti dalla gravidanza e dal parto stesso, ma il *nascituro*, in quanto il suo scopo è la realizzazione della sua nascita, la protezione della sopravvivenza del *nascituro*, del suo sviluppo biologico e gestazionale.

Il legislatore cubano è consapevole delle derivazioni che possono derivare da questa disposizione e quindi non perdona atteggiamenti irresponsabili da parte di donne incinte che cercano di chiedere gli alimenti a qualcuno sapendo di non essere il presunto progenitore e stabilisce il diritto alla restituzione di quanto versato se questo comportamento in malafede viene provato, né obbliga alla restituzione di quanto versato in caso di interruzione o frustrazione della gravidanza.

3.3. Il diritto alla comunicazione familiare

Il primo scenario in cui impariamo a vivere insieme è la famiglia, dove acquisiamo le principali competenze e attitudini per vivere in società e per interagire con il nostro ambiente più prossimo e con il resto dei nostri simili, e questo contribuisce a generare spazi di sicurezza, fiducia, benessere e, soprattutto, rende possibile la comunicazione e l'integrazione, soprattutto se queste relazioni sono basate sul buon trattamento, sul rispetto e sulla coesistenza armoniosa per costruire una vita libera dalla violenza.

Il legislatore del Codice di famiglia introduce diversi cambiamenti nell'ambito della comunicazione familiare. Il primo di questi è capire che l'ambito della comunicazione va oltre i contorni della relazione tra madri e padri con i figli minori sotto l'influenza della responsabilità genitoriale, una visione limitata che era contenuta nel Codice di famiglia del 1975 dall'allora autorità parentale, soprattutto in situazioni di crisi nella relazione di coppia delle due figure genitoriali o quando non c'era accordo nei casi in cui non c'era un rapporto coniugale formalizzato o riconosciuto giudizialmente.

Rispettando la linea difesa dal Codice vigente in merito alla tutela della famiglia nelle sue innumerevoli forme organizzative e non solo della famiglia nucleare, il legislatore familiare estende questo diritto-dovere relazionale a tutto il gruppo dei parenti e anche tra persone vicine o affettivamente vicine. In altre parole, supera i confini della sua esclusività nei rapporti tra madri e padri con i loro figli e figlie, per includerlo come diritto attribuibile a tutti i parenti e alle persone affettivamente vicine che possono giustificare un interesse legittimo, anche se non sono legati da rapporti di parentela.

Per questo motivo si potrebbe mettere in discussione il fatto che il capitolo si chiami «Sulla comunicazione tra parenti» e che, come per l'obbligo legale degli alimenti, sia correttamente collocato nel Titolo III come l'altro principale effetto derivante dalla parentela. Le critiche sono sempre valide e forse sarebbe stato più felice un titolo più consono alla sua reale portata, come, ad esempio, Comunicazione familiare; ma è certo che questo diritto-dovere è legato soprattutto alle persone che fanno parte del gruppo familiare per il fatto di essere imparentate tra loro: «Anche se [...] il diritto di comunicazione familiare disciplinato nel Codice non si esaurisce nella parentela, questa è senza dubbio il pilastro principale su cui si basa tale comunicazione. E questo è particolarmente importante in una norma che mira ad estendere le fonti della parentela [...]»⁴⁹.

Il secondo segno di progresso è rappresentato dalla speciale considerazione come beneficiari del diritto alla comunicazione con i membri del loro gruppo di parenti e con i loro riferimenti affettivi, quelle persone che di solito sono svantaggiate all'interno della famiglia, sia a causa della loro minore o maggiore età, della loro disabilità o di qualche circostanza specifica che li rende vulnerabili. E non potrebbe essere altrimenti, visto che si tratta di un testo normativo che tutela tutti i membri della famiglia, ma che si concentra in particolare su bambini, adolescenti, adulti anziani, vittime di violenza o persone in situazione di disabilità. Per questo motivo richiama l'attenzione sul rispetto dell'interesse superiore del bambino, su ciò che è più vantaggioso per la persona anziana o disabile e sui suoi desideri, le sue volontà e le sue preferenze, e riconosce esplicitamente gli innumerevoli modi in cui la comunicazione può concretizzarsi, anche attraverso i mezzi tecnologici grazie all'impatto dell'informatica e delle nuove scienze dell'informazione, adattabili alle circostanze specifiche di ogni persona.

Infine, si riconosce la natura bilaterale di questo diritto, che coinvolge entrambi i soggetti nel suo esercizio, da una persona all'altra e viceversa, e che, per la sua natura relazionale, implica anche il rifiuto di mantenere la comunicazione con una persona indesiderata «[...] non è concepito nel diritto cubano come un'imposizione, ma come una scelta personale degli interessati [...]»⁵⁰.

⁴⁹ L.B. PÉREZ GALLARDO, *El régimen de comunicación familiar entre parientes y allegados en el Código de las familias de Cuba: las variables de una ecuación*, in *Revista Cubana de Derecho*, v. 3, n. 1, gennaio-giugno, 2023, p. 72.

⁵⁰ P. LANDESTOY MÉNDEZ, *o.c.*, p. 166.

Allo stesso modo, viene esplicitamente stabilito il suo duplice status di diritto e dovere, obbligando coloro che svolgono funzioni di tutela e assistenza a rispettarlo e aprendo la strada a misure per garantire, limitare o vietare tale comunicazione, a seconda dei casi. «Il diritto di comunicazione [...] è considerato nel Codice delle famiglie come un diritto a due facce, cioè con una titolarità da parte dei membri della famiglia o delle persone affettivamente legate da un lato e dall'altro [...] suppone sia un diritto per i suoi titolari... sia un dovere per coloro che hanno lo status di tutore o curatore della persona che, a causa della loro vulnerabilità, trovano la possibilità di esercitarlo limitata o ristretta [...]»⁵¹.

Trattandosi, come la parentela e l'obbligo legale alimentare, di una figura che riguarda l'intera famiglia a prescindere dalle circostanze particolari, la sua effettiva presenza è rilevata in tutto il Codice, dal suo esplicito riconoscimento come diritto delle persone nella sfera familiare in generale e dei bambini e degli adolescenti in particolare [artt. 4, lett. j) e 5, lett. m)] alla sua effettiva garanzia come parte del contenuto della responsabilità genitoriale [art. 138, lettera e)]; nella sua previsione nei casi di tutela e curatela unilaterale o condivisa e negli accordi adottati a tal fine (artt. 154, 156, 165, 166 e 283), con particolare attenzione ai minori con disabilità (art. 157) o ai minori in istituto (art. 158); nel diritto delle nonne, dei nonni e degli altri parenti e delle persone a loro affettivamente vicine di richiedere la comunicazione con i minori nel caso in cui questa sia negata o ostacolata dai titolari della responsabilità genitoriale (art. 160); nella possibilità di limitare, rifiutare, sospendere o modificare le modalità di comunicazione dei parenti con i bambini e gli adolescenti se ciò è consigliabile nel loro interesse (art. 161); nella possibilità di stabilire regimi di comunicazione a favore del genitore affine e la loro inclusione nella decisione giudiziaria o nell'atto notarile che pone fine al matrimonio o nei patti che pongono fine all'unione affettiva di fatto (artt. 186, 187, 194, 280, 291, 293 e 329); nel dovere delle persone in affidamento e delle famiglie che hanno persone con disabilità ricoverate in ospedale, di garantire il rispetto e l'adempimento della comunicazione e dei legami con il resto dei membri della famiglia o con le persone vicine ai loro affetti (artt. 360 e 441); e il rispetto di questo diritto per gli anziani come parte di una vita familiare dignitosa (art. 421); tra le altre manifestazioni.

⁵¹ L.B. PÉREZ GALLARDO, *o.c.*, p. 71.

3.4. A titolo di conclusione

Il Codice di Famiglia cubano, in vigore dal 27 settembre 2022, ha introdotto importanti modifiche in materia di parentela, obbligo legale di mantenimento e diritto e dovere di comunicazione familiare che lo pongono all'avanguardia della legislazione e allo stesso livello della realtà socio-familiare che è chiamato a proteggere.

Nel primo caso, incorpora come fonte di parentela per affinità l'unione affettiva registrata, oltre a rafforzare questo tipo di parentela e la sua presenza e impatto sulle famiglie, chiarisce che la parentela che ha origine nell'adozione, pur avendo gli stessi effetti del rapporto di sangue, risente del relativo divieto di contrarre matrimonio o di strumentare un'unione affettiva di fatto basata sul legame con i parenti di origine, stabilisce la natura bilaterale dell'affinità, riconosce la presenza e la virtualità della parentela socio-affettiva basata sul vincolo notorio e stabile di affetto, in cui l'adempimento meritorio dei doveri è stabilito sulla base del comportamento tra i soggetti coinvolti, e fa risorgere, a beneficio di questa nuova fonte, il possesso costante dello status di figlia o figlio.

Per quanto riguarda l'obbligo legale di mantenimento, il Codice non solo lo dissocia con forza dalla tendenza a considerarlo come qualcosa di esclusivamente derivante dalla responsabilità genitoriale, ma estende l'ambito del suo contenuto alle risorse immateriali associate agli affetti come parte essenziale del godimento di una vita dignitosa e del processo di formazione e sopravvivenza delle persone, apre a nuovi soggetti la possibilità di richiedere reciprocamente gli alimenti, li fa cessare quando la persona bisognosa incorre in comportamenti contrari alla solidarietà familiare o in qualsiasi manifestazione di violenza nei confronti del prestatore, esonera dal suo adempimento i casi in cui il prestatore si pone volontariamente e ingiustificatamente in stato di bisogno e prevede esplicitamente gli alimenti a favore del nascituro.

Per quanto riguarda il diritto di comunicazione familiare, la conquista fondamentale è quella di considerarlo come uno degli effetti fondamentali che scaturiscono dalla parentela e non, come faceva il Codice del 1975, dai rapporti genitori-soggetti, estendibile a tutto il gruppo familiare e a quelle persone così vicine al nostro cuore che consideriamo parte di esso.

Questo studio non prevede un'analisi comparativa del modo in cui le tre figure oggetto della nostra riflessione sono regolamentate in altre latitudini; ciò non è possibile nel rispetto delle linee guida che i coordinatori di questo lavoro collettivo ci hanno chiesto di seguire. Il nostro intento è quello di mostrare ai lettori italiani e a tutti coloro che sono interessati al modo in cui le famiglie sono tutelate a Cuba dal punto di vista giuridico, quali note segnano passi avanti che possono servire da riferimento per altre legislazioni e che pongono la legislazione costituzionale e familiare cubana all'avanguardia a livello internazionale, in armonia e coerenza con i diritti umani e la loro espressione concreta nello spazio in cui nasciamo, cresciamo e diventiamo esseri sociali e allo stesso tempo unici.

4. Gli alimenti volontari

Anabel Puentes Gómez

SOMMARIO: 4.1. Autonomia, famiglie e contratti. – 4.2. Fondamenti degli alimenti volontari. – 4.2.1 La socio-affettività negli alimenti volontari. – 4.2.2 Il rapporto di fiducia, la familiarità e la tutela della persona in situazione di dipendenza: verso la natura *intuitu personae* del contratto di alimenti. – 4.2.3 La causa, considerazioni tra assistenza e bisogno. – 4.3. Le parti del contratto. Alcune considerazioni. – 4.4. La portata e l'ambito degli «alimenti» e il riconoscimento al prestatore del ruolo di assistente. – 4.5. Delimitazione tra alimenti volontari, obbligo legale di prestare alimenti e affidamento. Chiarimenti necessari. – 4.6. A titolo di conclusione.

4.1. Autonomia, famiglie e contratti

La sistematizzazione del diritto privato e del diritto di famiglia richiede oggi la presa in considerazione di molteplici fenomeni come la globalizzazione del diritto, la sua costituzionalizzazione e l'influenza ineludibile dei diritti umani, al fine di far debordare un diritto privato strettamente legato alla realtà e alle esigenze prevalenti. È difficile parlare oggi di un diritto privato eminentemente patrimonialista, dimentico della persona e del suo ambiente socio-familiare; allo stesso modo, affrontare il diritto di famiglia senza la ricerca di meccanismi privati al servizio della persona per autoregolarsi e provvedere a situazioni future, rimane parsimonioso e poco rispondente alle esigenze della famiglia e dei suoi membri. D'altra parte, la presenza del principio dell'autonomia privata nel diritto di famiglia ha assunto una virtualità imprescindibile, più che un principio o un diritto, si è fatta strada dalle

relazioni coniugali, dai contratti matrimoniali, dalle transazioni di mantenimento, tra gli altri¹. Pertanto, si tende sempre più a dare importanza agli accordi di volontà volti a organizzare le relazioni nell'ambito della famiglia.

Alcuni meccanismi di autotutela giuridica, come il contratto di alimenti, si pongono come strumenti al servizio delle famiglie, dei loro membri e delle loro relazioni. Non bisogna dimenticare che, come afferma giustamente Varsi Rospigliosi, non è la famiglia *in sé* a cui la legge dedica particolare attenzione, ma i suoi membri, coloro che la compongono. Prima di essa, nella sua composizione e al di sopra di essa, c'è la persona rappresentata dal coniuge, dal padre, dalla madre, dal figlio e da ciascuno dei parenti, essendo la famiglia il luogo insostituibile per la realizzazione e lo sviluppo della persona².

Non c'è solo la tendenza a stipulare accordi finanziari, ma anche altri tipi di accordi che non possono essere valutati in termini di patrimonio. La maggior parte delle famiglie ha uno o più membri anziani, e molte hanno adulti anziani di due generazioni. Il cambiamento demografico, non solo in Europa ma anche in alcuni Paesi dell'America Latina, porterà a un'enorme trasformazione della struttura familiare, che diventerà più piccola, con meno figli e più generazioni allo stesso tempo.

Mosset Iturraspe sostiene che « si presenta una sfida: cedere alle pretese economicistiche, accettando il 'laissez-faire', il libero gioco dell'autonomia della volontà, in nome di presunte conquiste mascherate da sviluppo, efficienza, utilità; oppure resistere, dalle trincee di un Diritto solidale, della protezione dei deboli, facendo ricorso alla giustizia sociale, alla buona fede, all'equità, all'equilibrio nelle transazioni»³. In questo modo si realizza una «umanizzazione del contratto», che implica concepire il negozio come un mezzo per integrare, armonizzare e cooperare nelle relazioni sociali, non come un veicolo di sfruttamento, di imposizione, di abuso di una parte sull'altra, in modo che il contratto di alimenti e il suo regime giuridico rispondano a questo

¹ V. C. LEPIN MOLINA, *Los nuevos principios del Derecho de Familia*, in "Revista Chilena de Derecho Privado", n. 23, Santiago, 2014, in scielo.conicyt.cl [visitato l'8 maggio 2024].

² V. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tratado de Derecho de Familia*, I, 1ª ed., Lima, 2011, p. 46.

³ J. MOSSET ITURRASPE, *La Codificación en América Latina*, in *Reforma del Código Civil Peruano: Doctrina y propuestas*, 1ª ed., Lima, 1998, p. 25.

approccio conciliante⁴.

Sebbene la questione dell'umanizzazione del diritto contrattuale non sia recente, essa è influenzata nel suo sviluppo dai processi di costituzionalizzazione del diritto privato. Corral Talciani afferma: «la crescente presenza dell'autonomia privata nelle relazioni familiari fa sì che la scienza del diritto privato si trovi in un processo di cambiamento, mantenendo i paradigmi dell'uguaglianza ma considerandoli in modo più approfondito, tenendo conto di obiettivi e principi quali la dignità umana, la giustizia contrattuale e i valori della solidarietà sociale che sembrano inevitabili per fondare e dare legittimità al sistema»⁵.

4.2. Fondamenti degli alimenti volontari

Il contratto di alimenti costituisce un negozio giuridico causalmente destinato alle famiglie e ai loro membri. Nel Codice delle famiglie cubano del 2022, è riconosciuto come alimento volontario, ma il suo carattere essenzialmente contrattuale non è affatto evidente. È finalizzato al raggiungimento della redditività immobiliare, affinché le persone che ricevono gli alimenti abbiano una vecchiaia progettata da soli e in un ambiente assistito. Si tratta di un contratto di assistenza legittima, in cui una delle parti (il prestatore) si impegna a fornire alimenti a un'altra (l'alimentarista), che si obbliga a trasferire beni o diritti in cambio⁶.

Da parte sua, la giurisprudenza spagnola lo ha qualificato come un contratto autonomo, innominato e atipico, distinguendo tra vitalizio (prima della regolamentazione che chiama «contratto di alimenti») e contratto di rendita vitalizia⁷, trattamento che, pur con lievi modifiche,

⁴ J. MOSSET ITURRASPE, *Autonomía Privada, contrato y Constitución, Contrato y Mercado*, 1ª ed., Lima, 2000, p. 66.

⁵ H. CORRAL TALCIANI, *Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno*, in C.M. VILLABELLA ARMENGOL, *El derecho constitucional familiar en Europa y América Latina*, in L.B. Pérez Gallardo, C.M. Villabella Armengol e G.M. Carrillo (coord.), *Derecho constitucional familiar*, Puebla, 2016, p. 5.

⁶ V. art. 376 ss. Codice delle famiglie cubano.

⁷ V. Sentenze della Corte Suprema spagnola (di seguito STS) del 28 maggio 1965; 6 maggio 1980; 1° luglio 1982; 13 aprile 1984; 13 luglio 1985 e 30 novembre 1987, in *supremo.vlex.es* [consultato il 28 settembre 2024].

ha seguito una linea abbastanza uniforme fino ai giorni nostri, ora sotto il nome di contratto di alimenti⁸. Pur non senza qualche confusione sulla natura giuridica, la giurisprudenza francese ha definito il *bail à nourriture* o contratto di alimenti come caratterizzato dall'obbligo contratto dall'acquirente di provvedere alla vita e ai bisogni dell'altra parte del trasferimento dell'immobile, in particolare assicurando gli alimenti e l'assunzione della responsabilità del loro mantenimento⁹. Con passaggi analoghi, i magistrati italiani sono incorsi nella confusione della figura con altri istituti¹⁰; tuttavia, queste posizioni sono state superate¹¹, tanto che la Sentenza n. 11290 del 5 settembre 2017 definisce il *vitalizio alimentare come un contratto atipico con il quale una parte si impegna, in corrispettivo della vendita di un immobile o dell'attribuzione di altri beni o utilità, a fornire all'altra parte vitto, alloggio e assistenza per tutta la vita e secondo le proprie esigenze*¹².

Si tratta di un'attività che coinvolge: l'autonomia privata, l'equilibrio tra i diritti di chi assiste e di chi è assistito e si basa sull'assistenza alle persone in situazione di dipendenza. Un altro dei principali vantaggi offerti dall'attività è la possibilità di rogitare, proprio grazie alla consulenza, alla fede pubblica e al consiglio del notaio come professionista legale. È inoltre possibile modificare le clausole, tenendo conto del consenso delle parti e dei cambiamenti delle circostanze, ed è possibile per l'alimentarista scegliere l'entità e il contenuto dell'assegno alimentare

⁸ STS spagnolo del 18 gennaio 2001 e del 26 febbraio 2007. V. J.A. COBACHO GÓMEZ, *Acerca de la jurisprudencia sobre los contratos de prestación de alimentos*, in M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, 2013, pp. 436-439.

⁹ Traduzione dell'autore. Civ. 1re 20 février 2008, 06-19.997, in *dalloz-actualite.fr* [visitato il 28 settembre 2020].

¹⁰ La giurisprudenza italiana ha identificato il contratto di manutenzione come una sottospecie del *vitalizio oneroso*. Cfr. Cassazione del 18 marzo 1958, n. 885, Cassazione del 25 ottobre 1969, n. 3501 e Cassazione del 7 giugno 1971, n. 1694. V. S. MEMOLI, *La rendita vitalizia*, in *Diritto.it*, 2019 [visitato il 28 settembre 2020].

¹¹ V. Sentenza della Corte di Cassazione del 28 luglio 1975, n. 2924; Cass. civ., sez. III, n. 6395/2004, Cass. civ., sez. II, n. 10859/2010; Cass. civ., sez. II, n. 8209/2016; Cass. civ. sez. II, n. 15848/2011, in *legiditalia.it* [visitato il 17 aprile 2021].

¹² G. CENTARO, *Il c.d. vitalizio alimentare e le differenze con la rendita vitalizia*, *Giuricivile. Rassegne di diritto e giurisprudenza civile*, in *giuricivile.it* [accesso 28 settembre 2020].

4.2.1. La socio-affettività negli alimenti volontari

Nel contratto di alimenti – come meccanismo di autotutela giuridica quando non è configurato con una stipula a favore di terzi – la relazione contrattuale si basa su un rapporto di fiducia e familiarità, per cui nella maggior parte dei casi si sceglie una persona con cui vivere e a cui garantire cura e protezione, elementi che predominano nell'ambiente familiare. Pertanto, l'affetto è un elemento giuridicamente valido, laddove lo scopo del contratto è quello di fornire all'anziano un ambiente familiare favorevole, in modo tale che l'affetto ne costituisca l'epicentro. Il fatto che la persona anziana o disabile sia autonoma nel decidere con chi vivere, chi vuole che si prenda cura di lei, che la assista, che si occupi della sua salute, significa accrescere il suo benessere ed è un segno dello sviluppo della sua socio-affettività. L'anziano e la persona con disabilità cercano di sentirsi sicuri e protetti, e queste sono questioni soggettive che solo il soggetto stesso deve determinare per essere soddisfatto, il che significa che la sola opzione del finanziamento pubblico è insufficiente¹³.

Costituisce inoltre un negozio bilaterale, che implica un'equivalenza di prestazioni in diretta corrispondenza con l'aleatorietà del contratto, che si traduce non in una stretta equivalenza patrimoniale, ma in una reciprocità in cui una persona è obbligata come effetto dell'obbligo che porta da un'altra¹⁴.

Il contratto di alimenti è senza dubbio un'attività aleatoria, poiché comporta incertezza in due ambiti: nella durata della vita del mantentore e nella misura in cui i suoi bisogni saranno soddisfatti. Per questo motivo la dottrina fa riferimento a una doppia aleatorietà o *alea*

¹³ Il Rapporto regionale sullo sviluppo umano per l'America Latina e i Caraibi, come risultato dello studio del focus group, ha stabilito che sentirsi sicuri e protetti nel luogo in cui si vive, senza paura di essere derubati o danneggiati, costituisce una delle dimensioni più importanti secondo la percezione che le persone hanno del progresso umano. V. UNDP, *Rapporto regionale sullo sviluppo umano per l'America Latina e i Caraibi, Progresso multidimensionale: benessere oltre il reddito*, UNDP, 2006, p. 115.

¹⁴ M.D.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Madrid, 2003, p. 26.

reinforcé nel caso della *bail à nourriture* francese¹⁵.

La prestazione dell'alimentante è caratterizzata dall'incertezza sulla sua durata e sul suo contenuto. Il fatto che la maggior parte dei soggetti sia anziana o disabile, la possibilità di malattie¹⁶ e la durata della vita del prestatore, tra le altre cose, possono rendere la prestazione più o meno onerosa. La qualità e la durata della vita del prestatore costituiscono il rischio di guadagno o perdita per i soggetti. Tuttavia, lo squilibrio che può esistere nei benefici ha portato a controversie sulla valutazione della natura lucrativa dell'attività quando si verifica la morte prematura dell'alimentando.

Nel contratto di alimenti, l'onerosità non è determinata dall'armonia quantitativa delle prestazioni, ma dal rapporto tra di esse, che è subordinato all'aleatorietà. L'onerosità non implica un esatto equivalente economico; tuttavia, la simulazione contrattuale può essere perfettamente applicabile in questo contratto, per cui il notaio deve vigilare sugli interessi e le preferenze degli anziani e dei disabili e mettere in guardia anche da inganni che potrebbero essere dannosi per loro e per il loro patrimonio.

In questo tipo di affari, la convivenza e l'affetto sono al centro della prestazione, la cui quantificazione è imprecisa, tanto che è possibile rivendicare uno squilibrio significativo. Tuttavia, non bisogna perdere di vista la volontà privata delle parti contraenti e l'aleatorietà che viene intenzionalmente assunta da queste ultime. L'incertezza sarà presente in qualsiasi scenario, il che significa a volte una perdita o un guadagno considerevole.

¹⁵ A. BENABENT, *Droit Civil. Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Collection *Precis Domat Droit Privé*, 7^a ed., Paris, 2006, p. 993; E. TORAL LARA, *El contrato de alimentos y los mayores. Especial referencia a la pluralidad de partes*, in M. Alonso Pérez et al., *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004, p. 86; M. C., GÓMEZ LAPLAZA, *Consideraciones sobre la nueva regulación*, cit., p. 159; I. ZURITA MARTÍN, *Anotaciones al nuevo contrato de alimentos*, in "Revista de Derecho Patrimonial", n. 12, 2004, pp. 147-151.

¹⁶ La doppia aleatorietà e la natura della prestazione, incentrata sulla fornitura di manutenzione e assistenza che può andare a vantaggio o a svantaggio dell'assistito, giustificano il fatto che anche se il contratto di alimenti viene stipulato per un certo periodo di tempo, l'attività non perde la sua essenza aleatoria e rimane quindi un'attività valida.

4.2.2. Il rapporto di fiducia, la familiarità e la tutela della persona in situazione di dipendenza: verso la natura *intuitu personae* del contratto di alimenti.

La possibile determinazione del carattere *intuitu personae* del contratto di manutenzione ha portato con sé abbondante inchiostro e diversi interrogativi da parte della dottrina e delle pronunce giudiziarie¹⁷.

La valutazione del carattere *intuitu personae* dell'obbligazione alimentare e quindi della trasferibilità della posizione del creditore di alimenti *mortis causa* o *inter vivos* è controversa. Tale valutazione richiede un'analisi della possibilità di soddisfare l'interesse del debitore di alimenti da parte di un terzo, rendendo complessa la valutazione della trasferibilità dell'obbligazione alimentare.

In termini generali, si può ritenere che questi tipi di contratti altamente personali possano essere basati sull'affettività, sulla fiducia o su circostanze particolari di una delle parti. Pertanto, *a priori*, il contratto di alimenti può essere considerato come un affare in cui questi elementi sono generalmente intrecciati, in modo tale da non ammettere la trasmissione né *inter vivos* né *mortis causa*¹⁸.

La designazione della natura giuridica del contratto di alimenti deve essere analizzata sotto due aspetti. In primo luogo, qual è l'interesse del fornitore degli alimenti; in secondo luogo, la possibilità o meno che la prestazione sia eseguita da una parte diversa da quella designata. Sebbene in ogni contratto le parti debbano stabilire specificamente l'ambito e i limiti della prestazione alimentare, l'interesse

¹⁷ La dottrina si è pronunciata in modo divergente sulla determinazione della natura *intuitu personae* dell'azienda. Sebbene alcuni la riconoscano come tale, esitano sulla trasferibilità dell'obbligazione alimentare *mortis causa*. Tra coloro che sostengono questa posizione *intuitu personae*, ma con trasmissione della posizione del prestatore di lavoro: J. LETE ACHIRICA, *Comentarios a los artículos 1791 al 1797 del Código Civil*, in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, p. 1939; P. LÓPEZ PELÁEZ, *El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos*, *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, Madrid, 2004, p. 10.

¹⁸ Si noti che l'analisi della natura personale del contratto viene effettuata sulla base dell'esecutività della prestazione, che non si estende alla natura *intuitu personae* della sua conclusione. Il contratto di alimenti può essere eseguito tramite rappresentanti (volontari, legali o organici), senza alcun ostacolo a ciò.

generale del prestatore di alimenti deve essere considerato come cura, mantenimento, sostegno nella vita quotidiana e assistenza¹⁹. Le circostanze personali costituiscono una misura nel contratto per entrambe le parti, poiché la scelta del prestatore di alimenti si basa sul fatto che questi abbia tutte le qualità per fornirgli il sostegno spirituale e materiale di cui ha bisogno, mentre il prestatore di alimenti si impegna a tenere conto della possibilità di effettuare e portare a termine l'assistenza, per la quale valorizza le individualità della persona da assistere e le sue realtà.

Così, le qualità personali e il rapporto familiare si estendono alla realizzazione di questo affare²⁰, e la vicinanza tra le parti sono ciò che motiva la strumentazione di accordi come questi.

Toral Lara sostiene come base del contratto che «l'alimentando stipula il contratto con l'intenzione di essere mantenuto e assistito per il resto della sua vita»; tuttavia, ritengo che lo scopo vada oltre: la persona concorda le caratteristiche e le qualità della persona che dovrà prendersi cura di lui e assisterlo per il resto della sua vita²¹. In questo modo, la relazione deve avere un carattere molto personale e basarsi sulla fiducia reciproca che i soggetti hanno l'uno nell'altro e sulla familiarità. In breve, l'interesse del prestatore di alimenti comprende, di norma, la cura e l'assistenza a vita della persona designata.

¹⁹ V. *infra*, epigrafe 2.6.

²⁰ Sostengono la natura *intuitu personae* dell'impresa con argomenti simili M. PEREÑA VICENTE, *La regulación del contrato de alimentos. Logros y carencias*, in E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, II, Madrid, 2006, p. 562; A. PADIAL ALBÁS, *La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil*, in "Revista de Derecho Privado", Madrid, 2004, p. 620; C. MESA MARRERO, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Navarra, 2006, p. 63; A.L. REBOLLEDO VARELA, *El contrato de vitalicio (Especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia)*, in "Actualidad Civil", 1996, p. 859.

²¹ Pur sostenendo la non trasmissibilità di entrambe le prestazioni *inter vivos* e *mortis causa a causa della stretta natura intuitu personae*, MARIÑO DE ANDRÉS concorda con MARIÑO DE ANDRÉS nel riferire che, a meno che non sia previsto diversamente, soprattutto in relazione alle cure e alle attenzioni affettuose, sarà possibile un eventuale subcontratto per prestazioni come il mantenimento in senso stretto, senza quindi snaturare il contratto. L'autore cita come esempio il caso in cui un'istituzione viene incaricata di eseguire la toelettatura personale dell'alimentatore disabile o l'alimentazione speciale tramite sondino nasogastrico. V. A.M. MARIÑO DE ANDRÉS, *El contrato de vitalicio. Elaboración jurisprudencial, tesi di dottorato* diretta da E. MARTÍNEZ HENS, Vigo, 2013, p. 384.

4.2.3. La causa, considerazioni tra assistenza e bisogno

Nel contratto di alimenti la causa ha l'intento protettivo della coerenza negoziale e contribuisce anche a un controllo sulla proporzionalità delle prestazioni che è stata tanto messa in discussione in relazione all'aleatorietà e all'onerosità²². Da un punto di vista oggettivo, nel contratto la causa si manifesta come scambio di beni o diritti per l'assistenza, il mantenimento o il vitto: qui è sottesa la funzione socio-economica e l'interesse dei soggetti, che si differenzia da qualsiasi altro archetipo aziendale. Gómez Laplaza sottolinea che il contratto persegue una funzione alimentare e di assistenza, che ottiene il valore causale del negozio²³. Di conseguenza, nei sistemi giuridici in cui il contratto è riconosciuto, come in Spagna, l'assenza di uno di questi elementi di assistenza significa l'inefficacia del negozio. Nel caso cubano, si intende che due elementi devono essere configurati come causa dell'affare: l'assistenza e la correlativa situazione di necessità²⁴. Núñez Zorrilla afferma che lo stato di necessità da coprire (assistenza) si manifesta per l'erogatore nel fornire i mezzi di sussistenza che coprono lo

²² M. BERNAL FANDIÑO, *La transformación de la causa en el Derecho de contratos francés*, Bogotá, 2006, pp. 237-240.

²³ M. PEREÑA VICENTE, *La regulación del contrato*, p. 561.

²⁴ Si potrebbe pensare che stabilire la situazione di necessaria assistenza come elemento causale sia contrario all'autonomia privata e restringa la possibilità di stipulare il contratto ad altri soggetti che potrebbero essere inclusi, in ragione dell'interesse all'assistenza, anche se in grado di autodeterminarsi e non dipendenti o vulnerabili; tuttavia, l'autore è dell'opinione che chi richiede assistenza è perché ha un bisogno, magari non economico, ma affettivo o psicologico. Inoltre, la presenza di questo elemento giustifica la possibile frode ai danni dei beneficiari legittimati che si potrebbe configurare optando per questa opzione contrattuale. La situazione di assistenza necessaria potrebbe essere inclusa nei motivi individuali per i quali le parti contrattano. È proprio questo che la distingue dall'obbligo legale di prestare gli alimenti, poiché «lo scopo specifico dell'assistenza» contraddistingue l'attività di rendita. V. sullo stato di necessità, STSJG del 17 gennaio 2002 e dell'8 giugno 2004.

sviluppo degli aspetti spirituali e fisici della persona²⁵. Tuttavia, affermare questi aspetti in modo generico può portare a ulteriori domande su quali siano questi bisogni. La stessa legge spagnola (41/2003) afferma, nella motivazione, che questo contratto consente alle parti di quantificare l'obbligo del prestatore di alimenti in base alle esigenze vitali dell'alimentato, in modo che le individualità dell'alimentato in ogni fase della sua vita e l'accordo tra le parti costituiscano la scala che identifica i mezzi di sussistenza da fornire.

In relazione all'assistenza, Martínez de Velasco afferma: «non si può parlare di contratto di alimenti a beneficio di qualcuno che non ne ha bisogno, né si può stabilire un assegno alimentare superiore o inferiore alle reali necessità del creditore»²⁶. Pertanto, l'unione di questi due elementi produce un complemento nell'analisi, poiché la misura dell'assistenza si trova nel bisogno della persona.

Nel caso dei amilenti volontari, la situazione di bisogno è correlata all'assistenza richiesta e anche all'integrazione familiare, se necessaria, per cui la situazione può includere solo elementi affettivi di sostegno e compagnia. Padial Albás sottolinea che l'assistenza personale e anche quella affettiva e spirituale²⁷ sono essenziali e costituiscono la tipica causa-scopo di questo contratto, nella misura in cui il mantenuto non è materialmente bisognoso, ma cerca un'attenzione personalizzata in base ai suoi limiti e alla sua situazione personale che gli impediscono di provvedere a sé stesso. Tale situazione viene valutata al momento della stipula del contratto, ma può anche basarsi su circostanze future.

Pertanto, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, le esigenze economiche non devono sempre essere il fattore più

²⁵ M.D.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio*, in "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 2005, p. 421.

²⁶ J.I. MARTÍNEZ DE VELASCO, *El contrato de alimentos, Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, I*, in *Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 2006, p. 1533.

²⁷ Il Tribunale Provinciale di Córdoba, nella sentenza del 3 aprile 2008 (JUR 2009/2134), afferma: «è irrilevante che il capofamiglia, pienamente consapevole e consenziente, abbia pagato con la sua pensione e il suo reddito le spese materiali per il cibo, l'assistenza domestica o l'assistenza sanitaria, poiché ciò che conta è l'effettivo mantenimento di quel quadro di convivenza affettiva di cui tutte le persone hanno intimamente bisogno, soprattutto quando, come nel caso, l'età avanzata e i limiti connaturali del proprio corpo hanno minato la capacità di autogestione domestica».

significativo dello scopo del contratto, così come non devono essere essenziali per stabilire l'elemento causale. L'esistenza di persone anziane in situazione di disabilità e in piena solvibilità lo dimostra. Si tratta di persone che cercano compagnia a causa della circostanza di vivere da sole o semplicemente chiedono affetto. Può darsi che, all'inizio della vita del negozio, questa parte materiale sia la più importante, e che col tempo l'assistenza personale sia quella che prende spazio man mano che la situazione di dipendenza aumenta. Allo stesso modo, qualunque sia il bisogno primario, la fornitura deve essere varia e adattabile alle esigenze individuali, che devono essere dimostrate.

4.3. Le parti del contratto

Alcune considerazioni. I soggetti coinvolti nella tipologia contrattuale sono inizialmente due: il cedente o prestatore e il cessionario o alimentatore: il primo, rappresentato in una persona fisica; il secondo può essere identificato sia in una persona fisica sia in una persona giuridica a scopo assistenziale. La posizione di fornitore può essere assunta da qualsiasi persona, a seconda dei soggetti, che siano o meno caregiver professionisti. Al giorno d'oggi, sono gli adulti più anziani ad optare per la posizione di alimentarista, motivo per cui Martínez Ortega afferma che, in base alla sua esperienza notarile in Spagna, la stipula di questi contratti da parte di persone giovani e sane è quasi inesistente. Il 90% dei casi di contratti di alimenti sono stipulati da persone anziane, sane o malate, o da giovani con disabilità²⁸.

Questa struttura di un solo soggetto in ogni posizione può essere modificata dal subingresso di un altro, in modo che vi sia una pluralità di persone che occupano la posizione dell'uno o dell'altro soggetto²⁹. Nella posizione di cedente può esserci una coppia che trasferisce i beni della comunione domestica o i propri beni in cambio di assistenza per entrambi. Allo stesso modo, fratelli e sorelle in età avanzata o bisognosi

²⁸ J.C. MARTÍNEZ ORTEGA, *El contrato de alimentos. Formularios y recopilación de jurisprudencia*, Madrid, 2009. Lo afferma anche C. MESA MARRERO, *El contrato de alimentos*, cit., p. 80.

²⁹ C.A. CALAZA LÓPEZ, *Il contratto di alimentazione. Revisión a la luz de la experiencia notarial: la selección del alimentista, la forma del acuerdo y su fiscalidad: propuestas de ley*, in "Actualidad Civil", 2016, p. 73.

di assistenza possono decidere di contrarre attraverso questo tipo di contratto, che costituisce una realtà familiare tutt'altro che trascurabile nel nostro Paese. Pérez Gallardo sostiene che «è frequente che cugini o fratelli, quando raggiungono una certa età, decidano di condividere lo stesso tetto, per economizzare la loro vita, risparmiare sulle spese quotidiane o magari per aiutare qualcuno che dopo un matrimonio fallito ha lasciato la casa comune»³⁰.

Diventa ammissibile la pluralità di soggetti come creditori di assistenza, che terrà conto di tre aspetti essenziali: l'accettazione della pluralità determinata contemporaneamente o successivamente³¹, l'estinzione dell'obbligazione con la morte dell'ultimo prestatore di alimenti quando non c'è accordo contrario, e l'applicazione delle regole di solidarietà³².

Nulla vieta di accettare più alimentatori, in modo che una coppia o una famiglia sia obbligata a fornire gli alimenti a un'altra o più persone in situazione di dipendenza. In questo caso è importante notare che il fatto che il prestatore di alimenti viva con la famiglia dell'assistente non vincola i conviventi, ma colui che è l'effettivo partner contrattuale. Si applicano le stesse regole, a seconda dei casi, come nel caso di pluralità di parti. L'analisi della pluralità di soggetti porta anche a considerare che nulla impedisce che la transazione avvenga tra parenti o anche tra persone con le quali non c'è un legame di sangue³³. Va ricordato che la motivazione della scelta della persona da parte dell'alimentarista risiede proprio nella fiducia e nella familiarità esistente; pertanto, vietare ciò andrebbe contro gli interessi e le preferenze di queste persone vulnerabili. Bádenas Carpio sottolinea che la maggior parte dei contratti relativi alla costituzione di rendite o vitalizi sono stipulati tra persone

³⁰ L.B. PÉREZ GALLARDO, *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestato... en pos de superar trazos hematológicos*, in L.B. PÉREZ GALLARDO (coord.) *El Derecho de sucesiones que viene*, Santiago del Cile, 2020, p. 236 s.

³¹ Un esempio è un contratto che prevede l'assistenza a una persona con disabilità e a sua madre quando si trova in una situazione di dipendenza o quando raggiunge l'età di 70 anni.

³² La legge galiziana di diritto civile del 2006 prevede la solidarietà nella pluralità dei debitori, salvo accordi diversi, ai sensi dell'articolo 148.2.

³³ Il legislatore galiziano sottolinea esplicitamente la possibilità di costituzione tra ascendenti e discendenti nell'articolo 149.2 della LDCG del 2006 (anche se dimentica imperdonabilmente le garanzie), specificando che ciò è indipendente dall'obbligo legale di fornire gli alimenti.

che hanno un rapporto familiare; pertanto, quando sorgono conflitti, circondati da questioni intime e personali, non hanno grande rilevanza processuale, e quindi non ci sono molte sentenze relative a rendite o contratti simili³⁴. Tuttavia, in alcune realtà sociali, il contratto di alimenti diventa un'alternativa per gli anziani che vivono da soli e hanno bisogno di compagnia e assistenza.

È interessante che il Codice delle Famiglie cubano ponga delle restrizioni sulle possibili parti coinvolte. La ventiduesima versione della Bozza vietava la possibilità che gli obbligati agli alimenti potessero essere contrattati come prestatori, estendendo il Codice stesso agli obbligati *ex lege* a quelli affettivamente uniti, madri, padri e i loro figli e figlie affini, fratelli e sorelle, zii e nipoti e persino i parenti socio-affettivi nella stessa linea e grado dei consanguinei. Ciò lascerebbe indubbiamente la persona senza la possibilità di scegliere un assistente che soddisfi i requisiti di familiarità e fiducia che sono alla base dell'attività. Tuttavia, la Legge approvata il 17 agosto 2022, all'articolo 376, estende la possibilità dell'accordo tra parenti, e si limita a stabilire che non può essere prestatore il primo parente obbligato, come stabilito dall'articolo 28 del Codice, e in ogni caso quelli compresi nel primo grado della linea retta o tra coniugi, o tra i membri del partner affettivo.

4.4. La portata e l'ambito degli «alimenti» e il riconoscimento al prestatore del ruolo di assistente

L'analisi dell'assegno alimentare diventa ancora più importante quando le parti non ne definiscono il contenuto e non stabiliscono limiti nell'atto pubblico per quanto riguarda l'ambito della portata degli alimenti in questo tipo di contratto, il fornitore deve fornire assistenza in base all'ambito della clausola concordata. Pertanto, il contratto di alimenti si trasforma in un'attività in cui il fornitore è, nella maggior parte dei casi, un assistente, a causa delle attività e dei rischi che deve affrontare, tanto che la fornitura degli alimenti è comunemente definita come un'attività di assistenza. Pertanto, questa prestazione include minimamente la fornitura dei mezzi necessari al sostentamento della

³⁴ J.M. BÁDENAS CARPIO, *Comentario a la Sentencia de 18 de enero de 2001*, in "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", 2012, p. 748.

persona³⁵, non riducibile al cibo, ma a tutto ciò che riguarda il benessere, la dignità umana e la qualità della vita.

È opportuno spiegare che la prestazione di alimenti è concepita come una prestazione complessa³⁶, mista (dare e fare) ed estremamente variabile, a causa delle circostanze specifiche degli stati di bisogno e/o delle situazioni di dipendenza. Pertanto, anche se le parti possono stipulare ciò che deve essere inteso come alimenti, le circostanze possono variare la prestazione, cosicché il fornitore degli alimenti può richiedere una portata diversa della prestazione³⁷. Ciò si basa sulla casualità e sulla causa negoziale già spiegata in precedenza, in modo che non vi sia alcuna differenza o gerarchia tra le prestazioni, poiché ciascuna può essere ugualmente applicabile. Per questo motivo, la definizione del contenuto è soggetta a valutazione giudiziale in caso di eccezione di inadempimento del negozio, sebbene debbano essere definiti elementi fondamentali e indispensabili, propri della natura dell'obbligazione alimentare.

La difficile prova e valutazione quantitativa degli affetti ha sollevato dubbi sulla loro inclusione come parte indispensabile della prestazione. Tuttavia, questo elemento è ciò che distingue l'attività da altre tipologie. Il rapporto di fiducia e affetto, pur essendo complesso perché sfugge a una valutazione strettamente economica, non va sottovalutato, come non si fa con altri aspetti nel diritto civile, come il risarcimento dei danni morali, per cui l'affettività comporta una valutazione adeguata alle circostanze dei soggetti.

³⁵ V. M.D.M. MÉNDEZ SERRANO, *El contrato de alimentos vitalicio*, in R. GARCÍA PÉREZ E F.J. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Protección del patrimonio familiar*, Valencia, 2007, p. 75; N. MARTÍNEZ RODRIGUEZ, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002, p. 33; I. GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, *Lecciones de Derecho Familiar*, 14ª ed., Caracas, 2007, p. 61. Per quanto riguarda l'obbligo alimentare *ex lege*, il Codice civile tedesco indica anche, in un tentativo di definizione, «i mezzi necessari al sostentamento vitale».

³⁶ P. LÓPEZ PELÁEZ, *La cesión de un inmueble a cambio de asistencia: el contrato de alimentos*, in C. LASARTE ÁLVAREZ, *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, p. 3 ss.

³⁷ M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos*, cit., p. 21; F.S. MATUCCI, *I vitalizi impropri*, *Tesi di dottorato*, Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche, Ciclo XXVIII, Università degli studi di Parma, 2016, p. 14.

4.5. Delimitazione tra alimenti volontari, obbligo legale di prestare alimenti e affidamento. Chiarimenti necessari

Dal punto di vista degli studi di diritto di famiglia, è di grande importanza delimitare i concetti, perché, prima di tutto, sebbene la trattazione teorica sia facile, non è così nella pratica, dove i tribunali devono indagare sulle pretese delle parti in caso di conflitto, o il notaio deve attuare una transazione di cui non è chiara l'origine o il tipo di atto in questione. I concetti possono servire a scopi simili e la linea di demarcazione tra di essi è talvolta confusa se le caratteristiche distintive non sono ben comprese. Inoltre, questa demarcazione tra i concetti permette di interpretare correttamente le disposizioni volontarie, in linea con il loro riconoscimento normativo.

Va tenuto presente che l'applicazione delle corrette conseguenze giuridiche dell'inadempimento può essere diversa, soprattutto quando la legge non vi fa riferimento, o il contratto di alimenti è un affare atipico che può essere applicato per analogia legis in un determinato sistema giuridico.

Il nome dato al contratto in questione ha generato confusione sull'applicazione delle norme contrattuali o dell'obbligo legale di prestare gli alimenti, essendo quest'ultimo un istituto riconosciuto in ambito familiare. Tuttavia, sono le caratteristiche nel loro insieme a distinguerli, e non solo una di esse, anche se questa caratteristica è trascendentale.

Innanzitutto, il contratto di alimenti deve essere distinto dall'obbligazione alimentare legale. Tra i punti di avvicinamento vi è il fatto che in entrambi i casi l'obbligazione alimentare deve avere un contenuto pecuniario. Le obbligazioni alimentare, di natura contrattuale e legale, devono essere adattate alle esigenze del fornitore di manutenzione, devono essere di natura variabile e modificate nel corso della loro durata per corrispondere a tali esigenze.

L'obbligo giuridico di prestare gli alimenti è un istituto basato sul principio di solidarietà familiare, principio che si manifesta anche nel contratto di alimenti, pur non costituendone il fondamento. Come indica il suo nome, si tratta di un obbligo che sorge *ex lege*, riconosciuto dagli ordinamenti giuridici, motivo per cui è necessario analizzare: cosa si intende per alimenti, chi può pretenderli, chi è obbligato a fornirli, tra le altre questioni. Lo stesso riconoscimento normativo nel Codice delle famiglie cubano ci avverte del carattere eminentemente

familiare dell'istituto, pur avendo punti di collegamento con il Diritto delle obbligazioni. Il contratto di alimenti, invece, pur essendo alimentato dal solidarismo familiare, trova il suo fondamento nel diritto contrattuale, nella libertà contrattuale, quando le parti decidono liberamente di assumere questo modello, cosa che non accade con l'obbligo *ex lege*, che non ha una costruzione volontaria.

La principale distinzione del contratto di alimenti rispetto all'obbligazione *ex lege* risiede nel corrispettivo da ricevere in cambio dell'assistenza, dove le parti possono escludere disposizioni patrimoniali o stabilire solo solidarietà e affetto, perché questo è ciò che hanno voluto e stabilito nel contratto³⁸. La sentenza dell'Alta Corte spagnola del 1992 è molto chiara quando afferma: «il cosiddetto contratto "vitalizio", che crea obblighi reciproci tra i concedenti, non ha nulla a che vedere con l'obbligo "*ex lege*" degli alimenti tra parenti».

Inoltre, gli alimenti volontari è una figura di pianificazione dell'attività di cura, che può funzionare come meccanismo di autoprotezione, in cui si ha a che fare con un "senso" di assistente, diverso da quello di chi è obbligato per legge, un mero obbligato legale. Anche l'analisi dei soggetti coinvolti porta a delle distinzioni. Sia come prestatori che come alimentatori, nell'obbligazione *ex lege* c'è una base in un rapporto familiare che può essere o meno di parentela, ma sempre di famiglia, come elemento imprescindibile, mentre nel negozio può essere qualsiasi persona, familiare o meno, come i soggetti ritengono.

Sebbene il contenuto dell'obbligo legale alimentare sia determinato dalla proporzione tra i mezzi finanziari dell'obbligato e le esigenze del beneficiario, nella pratica legale vediamo come questo obbligo legale sia caratterizzato dal fatto che non copre spese apprezzabili per alcune parti. In ambito contrattuale, invece, si va oltre le basi e le parti possono disporre come meglio credono, e in ogni momento l'essenza dell'attività è rivolta alla soddisfazione dei bisogni e alla fornitura di assistenza. L'entità degli alimenti volontari non dipende dalle possibilità finanziarie del debitore, come invece avviene per l'altro istituto. Mentre l'obbligo legale alimentare non copre tutte le insufficienze dell'anziano, questa attività propone la soddisfazione dei bisogni materiali e spirituali, secondo le sue preferenze. Come afferma Gómez La Plaza,

³⁸ M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ, *Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores*, 2005, p. 14, in imfersomayores.csic.es [consultato il 10 aprile 2023].

«ci sono molti casi in cui questo contratto viene utilizzato per ottenere un'assistenza che non viene fornita dalle persone obbligate a farlo»³⁹.

In un altro senso, l'esistenza di uno stato di necessità del creditore, come richiesto nell'obbligazione alimentare, non è necessaria nemmeno per la costituzione dell'impresa. Qui c'è una differenza sostanziale, i bisogni patrimoniali della persona costituiscono un presupposto per il sorgere dell'obbligazione; nel negozio può esserci uno stato di necessità del creditore alimentare, ma non necessariamente uno stato economico.

Se prendiamo in considerazione le cause di estinzione in entrambi i casi, scopriamo che nel caso particolare degli alimenti legali l'estinzione dell'obbligazione avviene sia per la morte del prestatore che per la morte del creditore di alimenti, l'obbligazione non ammette la trasmissione *mortis causa*. D'altra parte, anche se l'obbligazione non è trasmissibile per contratto, le parti possono prevedere diversamente. Se è ammesso l'adempimento obbligatorio dell'obbligazione, il creditore volontario di alimenti può chiedere il risarcimento dei danni causati dall'inadempimento e ha diritto anche agli alimenti acquisiti prima della richiesta.

Queste sono alcune delle differenze più importanti che emergono tra questi istituti, tenendo presente che oggi il diritto a ricevere gli alimenti è valutato come un diritto umano e fondamentale, soprattutto se riferito a bambini e adolescenti. Un diritto tutelato dallo Stato, che verrà garantito attraverso l'imposizione legale a parenti e coniugi o conviventi; nulla di più lontano dalla natura negoziabile dell'istituto che stiamo proponendo, anche se questo contribuisce alla tutela di soggetti vulnerabili.

Per quanto riguarda la possibilità di alimenti convenzionali tra persone vincolate dalla legge, di norma se ne ritiene ammissibile la compatibilità, nel senso che l'esistenza dell'obbligazione volontaria non esclude né impedisce la formazione della seconda obbligazione, che opererà indipendentemente dai vincoli di parentela configurati dalla legge.

È inoltre necessario distinguere il contratto di alimenti dall'accoglienza familiare, una figura inizialmente creata per i minori (CC

³⁹ M.D.C. GÓMEZ LAPLAZA, *Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos*, in "Revista de Derecho Privado", 2004, *passim*.

spagnolo, art. 173)⁴⁰, ma che per gli ampi vantaggi che offre può essere inserita come alternativa per la tutela degli anziani e delle persone con disabilità, come è stato disciplinato nel Codice delle famiglie cubano a partire dall'articolo 343.

A prescindere dal fatto che può essere considerato un servizio sociale di assistenza specializzata di libera scelta, costituisce un patto appartenente al campo del diritto di famiglia, che mira a regolare i rapporti giuridici quasi-familiari, creati in virtù di accordi tra genitori affidatari e affidati. Gli obiettivi dell'accoglienza, in generale, sono garantire il diritto alla convivenza familiare e comunitaria, evitare l'istituzionalizzazione e promuovere la deistituzionalizzazione. Alcune analogie con il contratto di alimenti, a partire dalla loro natura giuridica, sono che entrambi promuovono l'assistenza e una relazione di cura, hanno una natura *intuitu personae*, (sia gli assistiti e gli assistenti), gli effetti si producono attraverso una sequenza temporale, c'è una variabilità dell'offerta di assistenza che tiene conto dei bisogni degli assistiti, tra gli altri. Ma questi istituti si distinguono fondamentalmente per la causa negoziale, dove nell'accoglienza ci si concentra sulla convivenza e sull'integrazione in un ambiente familiare, mentre negli alimenti volontari si cerca l'assistenza e la soddisfazione dei bisogni. Heras Hernández afferma: «Per evitare lo sradicamento sociale e familiare che possono subire, per consentire loro di vivere in modo indipendente nel loro ambiente abituale» la funzione alimentare non è essenziale⁴¹. È chiaro che non si tratta di istituti incompatibili, contemporaneamente all'accoglienza familiare possono essere concordati gli alimenti volontari, che in ogni caso saranno regolati dalle forme stabilite dalla legge per questi ultimi (articolo 378.2 del Codice delle famiglie cubano).

Il contratto di alimenti può essere stipulato con una persona giuridica dedicata all'assistenza, mentre l'accoglienza è finalizzato all'assistenza non istituzionale. Nell'accoglienza, il patto di convivenza fa parte del contenuto tipico ed è un elemento essenziale. Sebbene non sia regolamentato in questo modo nel Codice delle Famiglie cubano, in

⁴⁰ V. M.L. ARCOS VIEIRA, *El Acogimiento Familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2022 de 10 de diciembre, de Navarra*, in *academica-e.unavarra.es* [consultato il 10 novembre 2022].

⁴¹ M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ, *El contrato de acogimiento familiar de personas mayores, aproximación de esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro*, in "Revista de Derecho Privado", n. 7-8, 2004, p. 10.

alcuni ordinamenti giuridici, come la normativa forale spagnola, gli enti pubblici sono coinvolti nello sviluppo dell'assistenza, intervenendo nella validità del contratto o nella sua fase *di fatto*. Questi enti pubblici hanno il potere di interrompere l'accoglienza quando le condizioni di salute, benessere psicologico o fisico lo richiedono, essendo obbligati a garantire una nuova assistenza, cosa che non avviene nel settore alimentare.

4.6. A titolo di conclusione

Gli alimenti volontari sono analizzati da molteplici angolazioni e branche del diritto, della psicologia, della sociologia e persino dei diritti umani e fondamentali. I suoi effetti sulla famiglia devono essere affrontati con un approccio previdente e protettivo dei diritti delle persone assistite e di quelle che le assistono. Gli effetti sulla famiglia, sull'eredità e sulla registrazione richiedono un'analisi di ampio respiro in cui la persona sia posta al centro, con un'attenzione all'autonomia e all'autodeterminazione piuttosto che agli aspetti contrattuali e patrimoniali. Non dobbiamo ignorare che nel diritto di famiglia gli anziani e le persone con disabilità trovano la loro tutela, al di là del patrimonio, in relazioni affettive familiari che possono essere soddisfatte anche con il negozio giuridico di alimenti, come meccanismo disponibile per la soddisfazione dei bisogni di assistenza e cura, che sono esigenze urgenti nelle società odierne che invecchiano.

In base a questo approccio, ci impegniamo a risistemare il diritto privato e il diritto di famiglia in modo da concepire un nuovo sistema che dia un ampio margine di autonomia all'interno delle famiglie, nonché una marcata rilevanza agli accordi e agli atti privati che favoriscono le persone anziane e disabili a livello familiare in quanto soggetti potenzialmente vulnerabili. Nuovi tipi di accordi come l'assistenza per queste persone, gli alimenti volontari, il riconoscimento dei diritti personali e patrimoniali degli assistenti familiari, offrono un approccio diverso al trattamento della persona, alla sua dignità e all'autodeterminazione nell'ambiente familiare, senza dubbio come risposta a un approccio ai diritti umani.

5. Il matrimonio

Vincenzo Barba

SOMMARIO: 5.1. Il Matrimonio nel Codice delle famiglie di Cuba. – 5.2. Le proibizioni al matrimonio. – 5.3. Eguaglianza e doveri coniugali: profili esistenziali. – 5.4. Eguaglianza e doveri coniugali: profili patrimoniali. – 5.5. Norme regolatorie. – 5.6. Conclusioni.

5.1. Il Matrimonio nel Codice delle famiglie di Cuba

Il matrimonio, come delineato dal Codice delle famiglie di Cuba, rappresenta un'istituzione giuridica fondata sull'unione volontaria di due persone che possiedano la capacità legale per contrarlo, con l'obiettivo di costituire una comunione di vita basata sull'affetto, l'amore e il rispetto reciproco¹. Questa definizione, sancita all'Articolo 201, non specifica espressamente che l'unione debba avvenire tra un uomo e una

¹ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en el nuevo Código de las familias de Cuba*, in L.B. PÉREZ GALLARDO e G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Dirs.), M. GARCÍA MAYO (Coord.), *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2023, pp. 525-541; G.E. IMAS, *Aspectos generales del matrimonio en el derecho argentino*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs.), C. BEGUIRISTAIN; N. DE LA TORRE; F. NOTRICA (coords.), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Vol. 1, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 591-610; N. TORGHA HERNÁNDEZ, *El matrimonio en el Código de las familias cubano. La coherencia de la institución con los nuevos tiempos*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs.), C. BEGUIRISTAIN; N. DE LA TORRE; F. NOTRICA (coords.), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Vol.

donna, il che implica che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia ammesso², confermando così il principio di uguaglianza e non discriminazione che permea l'intero ordinamento giuridico cubano in materia familiare. Tale inclusività si inserisce nel contesto di una concezione moderna del diritto di famiglia, che riconosce le diverse forme di organizzazione familiare e promuove la parità tra i coniugi indipendentemente dal genere.

Uno degli aspetti fondamentali del matrimonio, come disciplinato dal Codice, è il principio del libero consenso. L'Articolo 201, comma 2, stabilisce che il matrimonio si fonda sul consenso libero e consapevole dei contraenti, i quali devono esprimerlo in maniera pura e semplice, senza costrizioni o vizi della volontà. Questo implica che ogni forma di coercizione, violenza o errore che possa influenzare il consenso rende nullo il vincolo matrimoniale, garantendo così che il matrimonio sia il risultato di una decisione autentica e volontaria. La capacità di contrarre matrimonio è stabilita dall'Articolo 204, che fissa l'età minima per sposarsi a diciotto anni. Tale disposizione mira a garantire che i coniugi abbiano raggiunto una maturità sufficiente per affrontare le responsabilità derivanti dal vincolo coniugale, in linea con i principi internazionali di tutela dei minori.

Un altro elemento chiave disciplinato dal Codice riguarda la formalizzazione del matrimonio. Secondo l'Articolo 203, il matrimonio produce effetti legali solo se celebrato dinanzi a un funzionario competente, quale un notaio o un ufficiale dello stato civile. Questo requisito mira a garantire la certezza giuridica del vincolo matrimoniale, proteggendo i coniugi e i terzi da eventuali controversie legate alla validità del matrimonio. Inoltre, l'Articolo 202 stabilisce che la prova del matrimonio avviene mediante l'iscrizione nel Registro dello Stato Civile, il cui certificato costituisce la principale evidenza giuridica dell'unione. In mancanza di tale documento, il matrimonio può essere dimostrato attraverso la "possession status", ovvero la dimostrazione di una convivenza prolungata accompagnata da elementi che attestino la volontà dei coniugi di presentarsi pubblicamente come sposati.

1, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 611-636.

² Per tutti, L.B. PÉREZ GALLARDO, *Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho*, in L.B. PÉREZ GALLARDO e G. CÁNOVAS DAIMAR (Dirs.), *Las familias en la Constitución*, Editorial Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 129.

L'inclusione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella disciplina cubana rappresenta una significativa evoluzione rispetto a modelli più tradizionali del diritto di famiglia, riflettendo una concezione moderna e inclusiva delle relazioni affettive. Questo approccio si inserisce in un più ampio quadro di riforme che mirano a garantire il rispetto dei diritti umani e la parità tra tutti i cittadini, indipendentemente dal loro orientamento sessuale. A livello comparatistico, l'approccio adottato dal Codice delle famiglie di Cuba si avvicina a quello di altri ordinamenti giuridici progressisti che riconoscono il matrimonio egualitario, garantendo alle coppie dello stesso sesso gli stessi diritti e doveri delle coppie eterosessuali.

La disciplina del matrimonio nel Codice delle famiglie di Cuba pone inoltre un accento particolare sulla parità di diritti e doveri tra i coniugi. L'Articolo 201, comma 2, sottolinea che il matrimonio si fonda sull'uguaglianza legale tra i coniugi, un principio che si traduce in una ripartizione equa delle responsabilità all'interno della coppia. Questo principio si riflette anche nelle disposizioni relative alla gestione del patrimonio familiare e alle responsabilità genitoriali, garantendo che entrambi i coniugi contribuiscano equamente al benessere della famiglia. Tale impostazione mira a superare modelli patriarcali che storicamente attribuivano ruoli differenziati ai coniugi in base al genere, promuovendo invece una visione paritaria delle relazioni familiari.

Un ulteriore aspetto rilevante disciplinato dal Codice riguarda la celebrazione del matrimonio per procura e in situazioni eccezionali. L'Articolo 203, comma 1, prevede che il matrimonio debba essere celebrato personalmente dai contraenti dinanzi al funzionario competente, salvo i casi previsti dalla legislazione registrale che consentono il matrimonio per procura. Questa disposizione è particolarmente significativa in situazioni in cui uno dei coniugi non possa essere presente fisicamente alla celebrazione, garantendo comunque la possibilità di formalizzare l'unione attraverso rappresentanza legale. Tali situazioni possono riguardare, ad esempio, cittadini cubani residenti all'estero o persone impossibilitate a partecipare alla cerimonia per motivi di salute o altre cause di forza maggiore.

In conclusione, la disciplina del matrimonio nel Codice delle famiglie di Cuba riflette un approccio moderno e inclusivo, che valorizza il principio di uguaglianza, il rispetto del consenso libero e consapevole e la certezza giuridica dell'unione matrimoniale. L'assenza di una definizione limitativa del matrimonio come unione tra un uomo e una

donna consente il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, allineando il sistema giuridico cubano ai più avanzati standard internazionali in materia di diritti umani e non discriminazione. La previsione di una soglia di età minima per contrarre matrimonio, l'obbligo di formalizzazione dell'unione e la possibilità di prova alternativa in assenza di certificazione formale sono tutti elementi che concorrono a garantire la solidità del vincolo matrimoniale e la tutela dei diritti dei coniugi. L'insieme di queste disposizioni delinea un quadro normativo equilibrato, che riconosce e valorizza il matrimonio come una delle forme di organizzazione familiare, nel rispetto della libertà individuale e dell'eguaglianza giuridica.

5.2. Le proibizioni al matrimonio

Il Codice delle famiglie di Cuba disciplina in modo dettagliato e rigoroso le condizioni necessarie per la celebrazione del matrimonio, stabilendo al contempo una serie di divieti assoluti e relativi volti a garantire la legalità, la legittimità e la moralità di tale istituto giuridico.

Tali proibizioni, contenute negli articoli 205, 206 e 207 del Codice, rispondono a criteri di ordine pubblico, tutela dei diritti fondamentali e protezione della famiglia come nucleo essenziale della società. In particolare, le proibizioni assolute delineano situazioni in cui il matrimonio non può essere contratto in nessun caso, mentre le proibizioni relative si applicano a determinate circostanze specifiche, prevedendo eccezioni o condizioni per la loro rimozione. L'articolo 205 stabilisce le proibizioni assolute per la formalizzazione del matrimonio, elencando quattro categorie di persone che non possono contrarre matrimonio.

In primo luogo, vi rientrano le persone di età inferiore ai diciotto anni, sancendo così il principio di capacità matrimoniale legata alla maggiore età, il quale si fonda sulla necessità che i contraenti abbiano maturato un sufficiente grado di autonomia decisionale e consapevolezza delle responsabilità coniugali. Questa norma rappresenta una tutela contro i matrimoni precoci, spesso legati a dinamiche di costrizione familiare o sociale, e mira a garantire il pieno esercizio del diritto alla libera scelta del coniuge.

In secondo luogo, il divieto si applica a coloro che si trovano in una condizione che impedisce loro di esprimere la volontà matrimoniale, sia in modo temporaneo che permanente. Questo riguarda individui

affetti da gravi disabilità cognitive o da stati transitori di incapacità mentale, per i quali il consenso informato risulta impossibile da prestare.

Il principio alla base di tale previsione è quello di evitare matrimoni viziati da una mancanza di autodeterminazione, elemento cardine della validità dell'atto matrimoniale. Un ulteriore divieto assoluto riguarda le persone già sposate, riaffermando così il principio di monogamia sancito dall'ordinamento cubano, in base al quale il matrimonio è un vincolo esclusivo tra due individui. Questo principio, volto a impedire la bigamia o la poligamia, garantisce la stabilità familiare e la chiarezza nei rapporti giuridici tra coniugi.

Infine, non possono contrarre matrimonio coloro che risultano già uniti in una convivenza di fatto formalmente riconosciuta, fino a quando tale unione non venga dissolta. Tale disposizione impedisce che un individuo possa instaurare simultaneamente due rapporti coniugali, sebbene di natura diversa, evitando così possibili conflitti giuridici e garantendo coerenza nel sistema normativo. L'articolo 206, invece, disciplina le proibizioni relative al matrimonio, identificando tre categorie di situazioni in cui il vincolo coniugale è vietato, ma con la possibilità di superare l'impedimento in determinati casi. In primo luogo, il divieto riguarda i matrimoni tra parenti in linea diretta, ascendente e discendente, tra fratelli e tra parenti collaterali fino al terzo grado, con l'eccezione dei parenti acquisiti. Tale norma risponde a esigenze di tutela della morale pubblica, dell'ordine familiare e della salute genetica della prole, evitando i rischi legati alla consanguineità.

La previsione di un'eccezione per i parenti acquisiti suggerisce un approccio meno rigido in situazioni in cui il vincolo di sangue non sussiste, consentendo così matrimoni tra individui che, pur essendo stati legati da rapporti familiari derivati da unioni precedenti, non presentano una relazione biologica diretta. Un'altra ipotesi di proibizione relativa riguarda il matrimonio tra una persona con disabilità che necessita di un supporto intenso con rappresentanza legale e colui che ricopre tale ruolo di assistenza, fino a quando il supporto non cessi e sia stata rendicontata l'attività svolta. Questa previsione intende proteggere il soggetto vulnerabile da possibili abusi, evitando situazioni in cui la relazione coniugale possa nascondere un conflitto di interessi o un esercizio improprio del potere da parte del rappresentante legale.

Infine, il matrimonio è vietato tra individui condannati con sen-

tenza definitiva per aver partecipato, come autori o complici, all'omicidio intenzionale del coniuge o della coppia di fatto di uno dei due. Questo divieto si basa su principi di giustizia e moralità pubblica, impedendo che un vincolo coniugale possa derivare da un crimine finalizzato alla rimozione di un ostacolo alla nuova unione. La norma prevede inoltre la sospensione della celebrazione del matrimonio in caso di pendenza di un processo per tali reati, impedendo che eventuali strategie processuali possano influenzare la giustizia.

L'articolo 206, inoltre, precisa che per le persone adottate il divieto di matrimonio tra parenti si estende anche ai familiari biologici, indipendentemente dall'interruzione del vincolo giuridico con questi ultimi. Tale previsione conferma l'importanza di considerare la dimensione affettiva e relazionale nelle dinamiche familiari, anche quando l'adozione abbia formalmente reciso il rapporto di filiazione originario. Infine, l'articolo 207 stabilisce che coloro il cui matrimonio sia stato dichiarato estinto o inefficace possono contrarre nuove nozze una volta effettuata la relativa registrazione. Questa disposizione garantisce certezza giuridica, impedendo situazioni di sovrapposizione tra vincoli matrimoniali e assicurando che ogni nuovo matrimonio sia formalmente valido.

L'insieme di queste disposizioni evidenzia la volontà del legislatore cubano di garantire che il matrimonio si configuri come un atto giuridico basato sulla libera volontà, sulla legalità e sul rispetto dei diritti fondamentali, contemperando esigenze di ordine pubblico con la tutela della persona e delle relazioni familiari.

5.3. Eguaglianza e doveri coniugali: profili esistenziali

L'articolo 208 stabilisce il principio cardine dell'uguaglianza tra i coniugi, affermando che il matrimonio si fonda sulla parità di diritti e doveri. Questo principio rappresenta una chiara rottura rispetto a modelli tradizionali in cui il matrimonio era strutturato su ruoli rigidi e gerarchici, assegnando al marito una posizione di preminenza. La norma cubana, invece, riconosce e garantisce la parità sostanziale tra i coniugi, assicurando che entrambi abbiano pari opportunità e responsabilità all'interno della relazione matrimoniale. L'uguaglianza giuridica si traduce non solo in un principio astratto, ma in un fondamento concreto che permea ogni aspetto della vita coniugale e familiare. A

rafforzare questa impostazione, il comma 2 dello stesso articolo sottolinea che le relazioni matrimoniali devono basarsi sull'amore, l'affetto, la mutua protezione e la responsabilità condivisa. In questo modo, il matrimonio viene configurato come un'unione che va oltre la semplice convivenza, ponendo al centro l'importanza della sfera affettiva e della reciproca assistenza.

L'articolo 209 specifica i doveri coniugali, delineando le aspettative etiche e giuridiche che regolano la convivenza tra i coniugi. In particolare, viene sottolineato l'obbligo di lealtà, assistenza e cura reciproca, elementi che rafforzano ulteriormente la concezione del matrimonio come un vincolo basato sulla solidarietà, sull'amore e sul rispetto. La norma introduce una visione del matrimonio che si allontana dall'idea di un semplice contratto con effetti patrimoniali e lo configura invece come un rapporto umano complesso, in cui i coniugi devono trattarsi con rispetto, considerazione e comprensione. Questa impostazione evidenzia un'importante evoluzione rispetto a ordinamenti giuridici che ancora oggi concepiscono il matrimonio in termini prevalentemente patrimoniali, riducendo al minimo il riconoscimento degli aspetti affettivi e relazionali.

Un altro elemento di grande rilievo dell'articolo 209 è il divieto esplicito di violenza e discriminazione all'interno della relazione coniugale. Con questa disposizione, il legislatore cubano afferma con forza che il matrimonio deve essere esente da qualsiasi forma di abuso, sia fisico che psicologico, e da qualsiasi forma di discriminazione tra i coniugi. Questo principio si inserisce in un contesto più ampio di tutela dei diritti fondamentali, allineandosi con le normative internazionali in materia di diritti umani e parità di genere. La previsione di un divieto esplicito di violenza e discriminazione ha un forte valore simbolico e giuridico, in quanto afferma che la famiglia deve essere un luogo di sicurezza e protezione, e non di sopraffazione e disuguaglianza.

L'articolo 210 introduce il concetto di corresponsabilità nel contesto familiare, stabilendo che entrambi i coniugi devono contribuire alla cura della famiglia e alla soddisfazione delle sue esigenze, non solo sotto il profilo materiale, ma anche affettivo e educativo. Questa disposizione assume un'importanza cruciale, poiché riconosce che il matrimonio non si esaurisce nella relazione tra i coniugi, ma si estende all'intera struttura familiare. L'idea di corresponsabilità supera la tradizionale divisione dei ruoli domestici e genitoriali, promuovendo un modello familiare in cui entrambi i coniugi partecipano attivamente alla

crescita e all'educazione dei figli, nonché alla gestione e al benessere della casa.

La corresponsabilità familiare implica un cambiamento culturale significativo, in quanto contrasta con modelli ancora diffusi che vedono la cura della famiglia come una responsabilità prevalentemente femminile. Il Codice delle famiglie di Cuba, invece, promuove un modello equo in cui entrambi i coniugi devono contribuire, in base alle loro capacità e possibilità, alla costruzione di un ambiente familiare armonioso e stabile. Questa prospettiva rafforza l'idea del matrimonio come un rapporto collaborativo, in cui nessun coniuge deve essere gravato in modo sproporzionato dalle responsabilità familiari.

Un aspetto fondamentale della corresponsabilità delineata nell'articolo 210 è la partecipazione congiunta al governo della casa e al suo miglior funzionamento. Questa previsione ribadisce l'eguaglianza tra i coniugi, garantendo che le decisioni relative alla gestione domestica siano prese in modo condiviso e non unilaterale. Il legislatore cubano, con questa norma, si pone in una posizione avanzata rispetto ad altri ordinamenti giuridici, in cui la gestione della casa e della famiglia rimane ancora spesso un compito attribuito principalmente alla donna. Al contrario, il Codice delle famiglie di Cuba promuove un equilibrio di responsabilità che non solo garantisce una distribuzione equa dei compiti, ma rafforza il legame affettivo e collaborativo tra i coniugi.

In sintesi, le disposizioni contenute negli articoli 208, 209 e 210 del Codice delle famiglie di Cuba delineano un concetto di matrimonio fondato sulla solidarietà, sull'eguaglianza, sull'amore e sulla corresponsabilità. Questo modello normativo rappresenta un'importante evoluzione rispetto a concezioni più tradizionali e si pone in linea con le tendenze internazionali che promuovono un matrimonio basato su principi di equità e collaborazione. Il matrimonio, secondo il legislatore cubano, non è solo un contratto giuridico, ma un'unione che si nutre di valori etici e affettivi, in cui entrambi i coniugi hanno il dovere di contribuire al benessere reciproco e familiare. Il riconoscimento esplicito della parità di diritti e doveri, l'obbligo di rispetto e comprensione reciproca e la corresponsabilità familiare sono elementi che conferiscono al matrimonio una dimensione moderna e inclusiva, capace di adattarsi alle trasformazioni sociali e culturali della società contemporanea.

5.4. Eguaglianza e doveri coniugali: profili patrimoniali

Nel quadro normativo delineato dal Codice delle famiglie di Cuba, il matrimonio non si configura soltanto come un'unione giuridica e affettiva tra due individui, ma rappresenta anche un modello di cooperazione fondato su principi di solidarietà, equità e corresponsabilità. Tale concezione emerge chiaramente negli articoli 211 e 212, i quali pongono al centro della disciplina matrimoniale il contributo economico dei coniugi, l'equilibrio tra vita professionale e familiare e l'autonomia personale di ciascun partner. Queste disposizioni non si limitano a regolamentare aspetti patrimoniali e lavorativi, ma riflettono una visione avanzata del matrimonio come un'istituzione dinamica e bilanciata, in cui entrambi i coniugi si sostengono reciprocamente sia nella sfera economica che in quella professionale e sociale.

L'articolo 211 stabilisce il dovere dei coniugi di contribuire al sostentamento economico della famiglia secondo le proprie possibilità e risorse. Questo principio rispecchia un modello di giustizia distributiva in cui l'apporto economico non viene rigidamente predefinito, ma viene modulato in funzione delle capacità e delle condizioni di ciascun coniuge. La norma tiene conto della diversità delle situazioni economiche e lavorative, evitando di imporre un obbligo uniforme che potrebbe risultare ingiusto o impraticabile. In questo senso, il legislatore cubano introduce un criterio di flessibilità che consente un adattamento equo alle circostanze reali di ogni coppia, rafforzando l'idea di un matrimonio basato sulla collaborazione piuttosto che sulla rigida ripartizione delle responsabilità finanziarie.

Un aspetto particolarmente significativo dell'articolo 211 è il riconoscimento esplicito del lavoro domestico e di cura come un contributo economico a tutti gli effetti. Questa previsione rappresenta un importante passo avanti nella tutela delle persone, prevalentemente donne, che dedicano la propria attività alla gestione della casa e alla cura dei figli. In molti ordinamenti giuridici, il lavoro domestico viene spesso considerato un'attività priva di valore economico, il che porta a un'ingiusta svalutazione del ruolo svolto da chi si occupa della famiglia. Il Codice delle famiglie di Cuba, invece, riconosce la pari dignità di questo lavoro rispetto al contributo finanziario diretto e stabilisce che il coniuge che si dedica alla cura della casa e dei figli assolve pienamente al proprio dovere di contribuzione economica. Di conseguenza, l'altro coniuge ha l'obbligo di sostenere il nucleo familiare con

le proprie risorse, senza che tale divisione delle responsabilità possa comportare un trattamento iniquo o discriminatorio.

L'articolo 212 completa questo quadro normativo introducendo il principio dell'autonomia personale e del sostegno reciproco tra i coniugi. La norma sancisce il diritto di entrambi i coniugi a esercitare la propria professione o attività lavorativa senza subire limitazioni da parte dell'altro. Questo principio assume particolare rilevanza in una prospettiva di parità di genere, poiché impedisce che uno dei coniugi possa ostacolare la carriera o lo sviluppo personale dell'altro. La disposizione va oltre la semplice affermazione del diritto al lavoro, poiché introduce un vero e proprio dovere di assistenza reciproca, obbligando ciascun coniuge a supportare l'altro nel perseguire i propri obiettivi professionali e formativi.

L'autonomia lavorativa e personale, però, non può essere esercitata in modo assoluto e illimitato: il comma 3 dell'articolo 212 prevede che l'attività lavorativa dei coniugi debba essere coordinata con il rispetto degli obblighi familiari. Questo principio riflette la necessità di bilanciare il diritto al lavoro con la responsabilità nei confronti della famiglia, evitando che l'impegno professionale comprometta la cura e il benessere del nucleo familiare. La norma introduce, quindi, un criterio di equilibrio che impone ai coniugi di organizzare la propria vita in modo tale da garantire il rispetto reciproco delle esigenze lavorative e familiari.

La previsione di una conciliazione tra vita professionale e familiare assume un'importanza centrale in una società moderna in cui la pressione lavorativa spesso interferisce con la qualità delle relazioni familiari. L'approccio adottato dal Codice delle famiglie di Cuba si distingue per la sua attenzione alla necessità di garantire sia il diritto al lavoro che il benessere della famiglia, promuovendo una gestione equilibrata delle responsabilità coniugali. Questo modello si contrappone a sistemi giuridici in cui la conciliazione tra lavoro e famiglia viene lasciata esclusivamente alla libera organizzazione dei coniugi, senza un vero e proprio obbligo giuridico di coordinamento.

Un ulteriore elemento di rilievo nel quadro normativo del Codice delle famiglie è la valorizzazione del concetto di amore all'interno del matrimonio. L'amore, inteso come sentimento di reciproco rispetto, affetto e sostegno, permea l'intera disciplina matrimoniale e si manifesta non solo nei doveri morali e affettivi, ma anche nei diritti e doveri giuridici dei coniugi. L'amore coniugale, infatti, non è ridotto a una mera

dimensione emotiva, ma trova espressione concreta nelle regole di corresponsabilità e solidarietà sancite dal Codice. L'inclusione esplicita di tale principio nell'ordinamento giuridico cubano evidenzia una visione del matrimonio che va oltre il semplice vincolo contrattuale, per abbracciare una concezione più ampia basata sulla condivisione e sulla crescita reciproca.

In sintesi, gli articoli 211 e 212 del Codice delle famiglie di Cuba delineano un modello di matrimonio basato sulla cooperazione economica, sulla valorizzazione del lavoro domestico e sulla tutela dell'autonomia personale di ciascun coniuge. Queste disposizioni rappresentano un'importante innovazione normativa, in quanto riconoscono il valore economico del lavoro di cura, garantiscono il diritto di entrambi i coniugi a sviluppare la propria carriera e impongono un obbligo di mutuo sostegno nella realizzazione personale e professionale. Attraverso queste norme, il legislatore cubano promuove un modello di matrimonio equilibrato e solidale, in cui il benessere della famiglia viene garantito non solo attraverso l'apporto economico diretto, ma anche mediante un impegno condiviso e responsabile da parte di entrambi i coniugi. Questa visione avanzata del matrimonio si inserisce in un contesto più ampio di tutela della dignità individuale e di promozione della parità di genere, rafforzando il principio secondo cui il matrimonio non deve essere un vincolo limitante, ma un'alleanza fondata sulla solidarietà, sull'amore, sul rispetto reciproco e sulla crescita comune.

5.5. Norme regolatorie

Il matrimonio, quale istituto giuridico di fondamentale importanza per l'ordinamento cubano, trova una regolamentazione dettagliata all'interno del Codice delle famiglie, che disciplina sia gli aspetti sostanziali che quelli formali della sua celebrazione e degli effetti che ne derivano.

In particolare, gli articoli 458-462 delineano il quadro normativo riguardante la capacità di contrarre matrimonio, la forma, l'esistenza e la validità dell'atto, nonché la legge applicabile alle relazioni personali e patrimoniali tra i coniugi.

L'articolo 458 stabilisce che la capacità di una persona di contrarre matrimonio è regolata dalla legge del suo domicilio, mentre la forma dell'atto, la sua esistenza e validità sono determinate dalla legge del

luogo in cui il matrimonio viene celebrato. Questo principio si fonda sulla volontà di garantire certezza giuridica, evitando conflitti di leggi che potrebbero sorgere nei casi di matrimoni internazionali. Inoltre, la prova dell'esistenza del matrimonio segue anch'essa la legge del luogo di celebrazione, il che significa che i coniugi devono attenersi alle formalità richieste dallo Stato in cui il matrimonio viene ufficializzato. Tuttavia, il riconoscimento di un matrimonio celebrato all'estero è subordinato alla condizione che non sussistano le proibizioni previste negli articoli 205 e 206 del Codice, i quali elencano i casi di impedimenti assoluti e relativi alla celebrazione del matrimonio, come la minore età, la preesistenza di un altro vincolo matrimoniale o la parentela tra i contraenti.

La disciplina delle relazioni personali tra i coniugi è regolata dall'articolo 459, il quale stabilisce che la legge applicabile è quella del domicilio coniugale; qualora questo non sia determinabile, si applica la legge dell'ultimo domicilio coniugale, la legge della cittadinanza comune al momento della formalizzazione del matrimonio o, in subordine, la legge del luogo di celebrazione. Questo criterio gerarchico è funzionale a garantire stabilità nei rapporti tra coniugi, evitando incertezze derivanti da spostamenti o mutamenti di nazionalità.

L'articolo 460, invece, disciplina le relazioni patrimoniali tra coniugi, stabilendo che esse sono regolate dalle leggi pattuite dagli sposi prima della celebrazione del matrimonio, con la precisazione che i beni immobili sono soggetti alla normativa dello Stato in cui si trovano. I coniugi possono scegliere tra diverse leggi: quella del domicilio di uno di essi al momento del patto, quella del domicilio coniugale posteriore alla celebrazione o quella della cittadinanza di uno di essi al momento del patto. L'elezione della legge applicabile deve avvenire in un patto matrimoniale, che disciplina il regime economico prescelto. In assenza di un'esplicita scelta, le relazioni patrimoniali sono regolate dalla legge applicabile alle relazioni personali, creando così una connessione diretta tra i due ambiti regolatori. L'articolo 461 conferisce ai coniugi la facoltà di modificare, mediante accordo scritto, la legge applicabile al regime economico matrimoniale, a condizione che tale modifica non pregiudichi i diritti di terzi. Tale previsione conferma la centralità della volontà delle parti nella gestione dei rapporti patrimoniali, sebbene il legislatore ponga un limite per garantire la tutela dei creditori e di eventuali altri soggetti terzi coinvolti.

La legge scelta per regolare i rapporti patrimoniali resta applicabile

sino a quando i coniugi non ne stabiliscano una nuova con un nuovo accordo valido, indipendentemente da variazioni nella cittadinanza o nel domicilio. Infine, l'articolo 462 stabilisce che lo stato coniugale è regolato dalla legge dello Stato di cittadinanza della persona o, in mancanza di questa, dalla legge del domicilio. Tale previsione è di particolare rilevanza in quanto incide direttamente sulla capacità giuridica della persona e sulla validità del matrimonio, riconducendo la disciplina dello status personale a un criterio di collegamento con il diritto nazionale del soggetto.

Nel complesso, il Codice delle famiglie di Cuba offre una regolamentazione dettagliata e articolata del matrimonio, con particolare attenzione ai profili di diritto internazionale privato, garantendo certezza giuridica ai coniugi e ai terzi coinvolti. La normativa evidenzia un bilanciamento tra la volontà delle parti e l'esigenza di tutela di interessi superiori, come la certezza del diritto e la protezione di soggetti vulnerabili, assicurando così un quadro normativo coerente con i principi di giustizia e uguaglianza che ispirano l'intero ordinamento familiare cubano.

5.6. Conclusioni

Il Codice delle famiglie di Cuba rappresenta una delle riforme più avanzate in materia di diritto familiare, ponendo al centro della regolamentazione matrimoniale i principi di uguaglianza, dignità e protezione delle persone più vulnerabili. L'analisi della disciplina contenuta negli articoli da 201 a 212 e da 458 a 462 evidenzia un quadro normativo che supera la concezione tradizionale del matrimonio come esclusiva unione eterosessuale e lo ridefinisce come un'istituzione fondata sul consenso, l'affetto, la parità tra i coniugi e la corresponsabilità. Uno degli aspetti più innovativi introdotti dal Codice è l'esplicita inclusione del matrimonio egualitario, riconoscendo il diritto delle coppie dello stesso sesso a unirsi in matrimonio con gli stessi diritti e doveri delle coppie eterosessuali. Questo rappresenta un significativo passo avanti nell'affermazione del principio di non discriminazione e nell'adeguamento del diritto familiare cubano agli standard internazionali in materia di diritti umani. Il principio di uguaglianza è inoltre garantito attraverso una rigorosa parificazione dei diritti e dei doveri coniugali, eliminando ogni forma di subordinazione all'interno della relazione

matrimoniale. I coniugi sono chiamati a contribuire in modo equo e proporzionale alla vita comune, sia sotto il profilo economico che affettivo, e si riconosce il valore del lavoro domestico e di cura come elemento essenziale della vita familiare.

Un altro punto cardine del Codice è la protezione delle persone vulnerabili all'interno del matrimonio, con particolare attenzione ai coniugi in situazione di disabilità o dipendenza economica. La normativa prevede strumenti giuridici per garantire la loro tutela patrimoniale e personale, evitando che situazioni di squilibrio possano tradursi in condizioni di ingiustizia o svantaggio. In tal senso, la disciplina patrimoniale del matrimonio bilancia autonomia privata e protezione pubblica, consentendo ai coniugi di determinare il regime economico applicabile ma introducendo limiti per prevenire abusi e violazioni di diritti fondamentali. L'introduzione della possibilità di modificare la legge applicabile alle relazioni patrimoniali tra coniugi conferisce flessibilità al regime matrimoniale, garantendo che gli interessi di entrambe le parti siano salvaguardati anche in caso di cambiamenti nelle condizioni personali e giuridiche. Tuttavia, questo margine di autonomia è sempre vincolato a principi di equità e giustizia sostanziale, per evitare che il coniuge economicamente più debole venga penalizzato da scelte patrimoniali svantaggiose.

Il Codice stabilisce, inoltre, meccanismi per garantire una gestione equa delle relazioni patrimoniali in caso di scioglimento del matrimonio, assicurando una distribuzione giusta dei beni comuni e prevedendo misure di compensazione per il coniuge economicamente più debole. Questo principio rappresenta una tutela fondamentale per chi, all'interno della coppia, ha sacrificato opportunità professionali o economiche per occuparsi della famiglia. La valorizzazione del lavoro domestico e di cura come contributo reale alla vita coniugale è una delle innovazioni più rilevanti del Codice, in quanto permette di evitare situazioni di svantaggio economico a seguito della fine del matrimonio. L'equità nella divisione dei beni e l'assegnazione di risorse economiche al coniuge più vulnerabile rispondono a un principio di giustizia redistributiva che mira a prevenire situazioni di precarietà post-matrimoniale.

Inoltre, la disciplina del matrimonio pone un forte accento sul rispetto reciproco tra i coniugi, vietando espressamente ogni forma di violenza e discriminazione all'interno della relazione coniugale. Questo elemento rappresenta un punto di rottura rispetto a modelli più

tradizionali che consideravano la sfera privata coniugale come un ambito estraneo all'intervento normativo. Il Codice, invece, riconosce che le dinamiche di potere all'interno del matrimonio possono dar luogo a situazioni di abuso e sopraffazione, e introduce strumenti giuridici per prevenire e contrastare tali fenomeni. Questo approccio risponde a una concezione moderna della relazione coniugale, in cui l'affetto e la convivenza devono basarsi su un rapporto di equità, rispetto e reciproca autodeterminazione.

Dal punto di vista della regolamentazione internazionale, il Codice cubano si allinea alle più avanzate normative in materia di diritto familiare, riconoscendo il ruolo della volontà delle parti e la necessità di adattare la disciplina matrimoniale alle evoluzioni sociali. L'introduzione di criteri di scelta della legge applicabile alle relazioni personali e patrimoniali tra coniugi permette una maggiore flessibilità, riducendo i conflitti di legge nei matrimoni con elementi di internazionalità. Questa regolamentazione, sebbene conceda ampia libertà di scelta, è comunque orientata a garantire il rispetto di principi inderogabili, come la tutela delle persone vulnerabili e la non discriminazione.

Nel suo complesso, la normativa matrimoniale cubana si distingue per la sua capacità di integrare principi di libertà individuale, equità e solidarietà, delineando un modello di matrimonio che rispecchia la pluralità delle realtà familiari contemporanee e promuove un ideale di giustizia sociale e inclusione. Questo approccio rappresenta un punto di riferimento per il diritto di famiglia, offrendo una sintesi equilibrata tra tradizione e innovazione, tra autonomia e responsabilità, tra protezione e autodeterminazione. Il Codice non solo disciplina il matrimonio in termini giuridici, ma lo concepisce come uno strumento di costruzione sociale, ponendo le basi per un sistema familiare basato sul mutuo sostegno, sulla collaborazione e sulla garanzia di pari diritti per tutti i coniugi, indipendentemente dalla loro condizione economica, di genere o di orientamento sessuale. In questa prospettiva, la disciplina del matrimonio contenuta nel Codice delle famiglie di Cuba non si limita a una regolamentazione tecnica, ma si configura come un vero e proprio manifesto giuridico di una società fondata sull'eguaglianza, sulla giustizia e sulla protezione delle persone più vulnerabili.

6. Regimi economici del matrimonio

Vincenzo Barba

SOMMARIO: 6.1. I regimi matrimoniali nel Codice delle famiglie di Cuba: principi generali e disciplina economica. – 6.2. Le convenzioni matrimoniali: natura, disciplina e opponibilità ai terzi. – 6.3. Il regime della comunione legale dei beni: disciplina e principi generali. – 6.4. Le obbligazioni e le responsabilità patrimoniali nel regime della comunione legale di beni. – 6.5. L'amministrazione e la disposizione della comunione legale di beni. – 6.6. La dissoluzione e la liquidazione della comunione legale di beni. – 6.7. Il regime di separazione dei beni. – 6.8. Il regime misto. – 6.9. Conclusioni sui Regimi Patrimoniali della Famiglia.

6.1. I regimi matrimoniali nel Codice delle famiglie di Cuba: principi generali e disciplina economica

Il Codice delle famiglie di Cuba disciplina in modo dettagliato il regime economico del matrimonio¹, stabilendo principi inderogabili che

¹ N. TORGA HERNÁNDEZ, *El régimen económico del matrimonio en el Código de las familias cubano: otra vez el río vuelve a su cauce*, in L.B. PÉREZ GALLARDO E G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Dirs.), M. GARCÍA MAYO (Coord.), *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2023, pp. 543-573; A.G. PERACCA, *Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial Argentino*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs.), C. BEGUIRISTAIN; N. DE LA TORRE; F. NOTRICA (coords.), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Vol. 1, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 637-663.

garantiscono l'equilibrio patrimoniale tra i coniugi e la protezione degli interessi familiari. Le disposizioni contenute nella Sezione Prima del Capitolo IV si applicano a qualsiasi regime patrimoniale scelto dai coniugi, delineando un quadro normativo di riferimento che mira a conciliare autonomia privata e solidarietà familiare.

Uno degli aspetti fondamentali riguarda il carattere inderogabile delle norme stabilite in questa sezione (art. 214). I coniugi, infatti, non possono modificare per accordo privato le disposizioni relative al dovere di contribuzione, alla valutazione del lavoro domestico e di cura, agli atti che richiedono l'assenso dell'altro coniuge, alla responsabilità solidale per le obbligazioni contratte nell'interesse del nucleo familiare e alle modalità di attribuzione dell'*ajuar doméstico* in caso di decesso di uno dei coniugi. L'eventuale violazione di questo principio determina la nullità degli accordi contrari, poiché si considera essenziale il rispetto dell'equilibrio patrimoniale e del principio di solidarietà coniugale.

Uno dei principi cardine della disciplina è rappresentato dal dovere di contribuzione (art. 215), che impone a ciascun coniuge l'obbligo di sostenere economicamente la famiglia in proporzione alle proprie capacità economiche. Questo dovere non si limita al mantenimento dell'altro coniuge e dei figli, ma si estende anche ai figli con disabilità e ad altri parenti in condizioni di vulnerabilità. Qualora uno dei coniugi non adempia a tale obbligo, l'altro può agire in giudizio per ottenere l'adempimento forzato, a conferma della rilevanza giuridica attribuita alla funzione di sostegno reciproco all'interno della famiglia.

Un aspetto particolarmente innovativo della disciplina cubana è il riconoscimento esplicito del valore economico del lavoro domestico e di cura (art. 216). Il Codice stabilisce che il lavoro non retribuito svolto all'interno della famiglia – in particolare la gestione della casa e la cura dei figli o di familiari in condizioni di necessità – costituisce una contribuzione economica equiparabile a quella finanziaria. Questo principio risponde all'esigenza di evitare che la suddivisione tradizionale dei ruoli coniugali possa generare squilibri patrimoniali in caso di scioglimento del matrimonio. Inoltre, si sancisce il diritto del coniuge che ha dedicato tempo ed energie alla cura della famiglia a vedersi riconosciuto un valore economico per tale attività, riequilibrando eventuali disparità nella divisione dei beni accumulati durante il matrimonio.

Al fine di garantire la stabilità del nucleo familiare e la tutela dei membri più vulnerabili, il Codice prevede che alcuni atti dispositivi

richiedano l'assenso dell'altro coniuge (art. 217). In particolare, se esistono figli minori o figli maggiorenni con disabilità, nessuno dei coniugi può disporre unilateralmente dei diritti sulla residenza familiare o sugli oggetti di uso quotidiano indispensabili, indipendentemente dal regime patrimoniale adottato. Questo divieto vale anche se il bene in questione è di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, evidenziando l'importanza attribuita alla funzione sociale dell'abitazione familiare e al principio di tutela del coniuge in condizione di vulnerabilità.

L'inosservanza di questa regola consente al coniuge pretermesso di chiedere la nullità dell'atto o la restituzione dei beni alienati, purché l'azione venga esercitata entro sei mesi dalla conoscenza dell'atto. Tale previsione sottolinea l'intento del legislatore di proteggere la stabilità del nucleo familiare, evitando che decisioni unilaterali possano comprometterne il benessere economico.

Oltre all'assenso coniugale, il Codice prevede anche la possibilità di autorizzazione giudiziale (art. 218), qualora uno dei coniugi sia impossibilitato a esprimere la propria volontà o rifiuti ingiustificatamente il consenso a un atto necessario per il benessere familiare. Il giudice, valutando l'interesse della famiglia, può concedere l'autorizzazione all'altro coniuge, garantendo così la continuità della gestione patrimoniale senza compromettere la tutela degli interessi familiari.

Un altro principio cardine della disciplina cubana è la responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia (art. 219). In base a questo principio, entrambi i coniugi rispondono dei debiti contratti per il soddisfacimento delle esigenze ordinarie del nucleo familiare, in particolare per il mantenimento della casa e l'educazione dei figli. Qualora un coniuge utilizzi beni propri per tali finalità avrà diritto a un rimborso secondo le regole del regime patrimoniale adottato. Tuttavia, al di fuori di queste ipotesi, ciascun coniuge risponde esclusivamente delle proprie obbligazioni, salvo diversa previsione del regime economico matrimoniale.

Infine, il Codice delle famiglie disciplina l'attribuzione preferenziale dell'*ajuár doméstico* in caso di morte di uno dei coniugi (art. 220). La normativa prevede che gli oggetti d'uso quotidiano e di valore affettivo – come abiti, mobili essenziali e altri beni di utilità comune – spettino automaticamente al coniuge superstite, senza essere computati nella sua quota ereditaria. Questa disposizione, finalizzata a garantire la continuità della vita familiare, non si estende però a beni di va-

lore straordinario, come gioielli, opere d'arte o oggetti storici, che rientrano invece nell'asse ereditario e sono soggetti alle ordinarie regole successorie.

La disciplina del regime economico del matrimonio nel Codice delle famiglie di Cuba si distingue per la sua attenzione alla solidarietà coniugale, all'equilibrio patrimoniale tra i coniugi e alla tutela dei membri più vulnerabili della famiglia. Attraverso norme inderogabili, si garantisce che il matrimonio non diventi fonte di disparità economiche, ma sia regolato in modo da favorire una ripartizione equa degli oneri e delle responsabilità patrimoniali.

Il riconoscimento del valore economico del lavoro domestico e di cura, la previsione di limiti agli atti dispositivi dei coniugi e la responsabilità solidale per le obbligazioni familiari rappresentano elementi fondamentali per assicurare un sistema giuridico in cui il matrimonio si configuri non solo come un'unione affettiva, ma anche come un'istituzione fondata su principi di equità e giustizia.

6.2. Le convenzioni matrimoniali: natura, disciplina e opponibilità ai terzi

Il Codice delle famiglie di Cuba riconosce ai futuri coniugi la possibilità di stipulare patti matrimoniali, strumenti contrattuali volti a regolare preventivamente alcuni aspetti patrimoniali e non patrimoniali del matrimonio. Questa disciplina è contenuta negli articoli 221-225, che delineano l'oggetto, i requisiti formali, la validità temporale, la modificabilità e l'estinzione di tali accordi. L'ordinamento cubano si distingue per un approccio che coniuga autonomia privata e protezione dell'equilibrio coniugale, garantendo flessibilità nella scelta del regime patrimoniale, ma imponendo limiti inderogabili per preservare la solidarietà economica tra i coniugi e la tutela dei terzi.

L'articolo 221 stabilisce in modo tassativo i contenuti che possono essere oggetto di un patto matrimoniale, distinguendo tra disposizioni di carattere patrimoniale e non patrimoniale. Da un punto di vista economico, i coniugi possono accordarsi su:

- L'inventario e la valutazione dei beni apportati al matrimonio, per determinare con precisione il patrimonio iniziale di ciascun coniuge.
- L'enunciazione delle passività, ovvero la dichiarazione delle even-

tuali obbligazioni e debiti di ciascun futuro coniuge, in modo da evitare incertezze e conflitti patrimoniali successivi.

- Le donazioni tra coniugi, che hanno effetto solo se il matrimonio viene celebrato, garantendo così che le liberalità siano condizionate all'effettivo consolidarsi del vincolo coniugale.

- Le donazioni ricevute in occasione del matrimonio, salvo che siano destinate esclusivamente a uno dei coniugi, in cui caso restano escluse dal regime patrimoniale comune.

- La scelta del regime economico matrimoniale, consentendo ai coniugi di optare per una disciplina patrimoniale diversa da quella prevista in via legale.

- Disposizioni di carattere non patrimoniale, purché non siano contrarie alla legge o ai principi inderogabili dell'ordinamento.

La normativa cubana introduce un limite significativo alla libertà contrattuale dei coniugi, stabilendo che qualsiasi altro patto di natura patrimoniale non rientrante nelle categorie sopra elencate è nullo. Tale previsione mira a prevenire accordi che possano alterare il principio di equità patrimoniale tra i coniugi o pregiudicare i diritti riconosciuti dalla legge. Questo principio si inserisce in un quadro normativo più ampio che vede nel matrimonio non solo un'istituzione basata sulla volontà dei coniugi, ma anche un rapporto che deve garantire un bilanciamento degli interessi economici della coppia e della famiglia.

Un aspetto peculiare della disciplina cubana è il limite temporale imposto ai patti matrimoniali, che devono essere stipulati prima della celebrazione del matrimonio ma divengono efficaci solo se il matrimonio viene formalizzato entro sei mesi dalla loro conclusione (art. 222). Se il matrimonio non viene celebrato entro tale termine, i patti decadono automaticamente, senza necessità di ulteriori atti.

Questa previsione ha una funzione duplice: da un lato, evita che i patti vengano utilizzati per finalità estranee alla regolamentazione della vita coniugale, dall'altro impedisce che accordi stipulati in un momento precedente alla celebrazione del matrimonio possano rimanere efficaci per un periodo indefinito, senza garanzia che i coniugi intendano ancora vincolarsi a quelle condizioni patrimoniali.

L'articolo 223 disciplina la forma dei patti matrimoniali, prevedendo che essi devono essere stipulati per atto pubblico notarile. Questa scelta normativa garantisce certezza giuridica e tutela i coniugi da eventuali squilibri patrimoniali derivanti da accordi poco chiari o ambigui.

Un elemento centrale della disciplina riguarda l'opponibilità ai terzi del regime patrimoniale scelto dai coniugi. Il Codice stabilisce che il regime economico matrimoniale prescelto diviene opponibile nei confronti di terzi solo se viene iscritto a margine dell'atto di matrimonio. Questo meccanismo di pubblicità garantisce trasparenza e tutela i diritti di eventuali creditori o altri soggetti terzi, consentendo loro di verificare quale regime patrimoniale si applichi alla coppia.

Il Codice cubano consente ai coniugi di modificare o sostituire il regime economico adottato (art. 224), ma solo dopo un anno di applicazione del regime iniziale. Anche la modifica deve avvenire mediante atto pubblico notarile e deve essere iscritta nel registro matrimoniale per produrre effetti nei confronti di terzi.

Un aspetto rilevante della disciplina riguarda la tutela dei creditori preesistenti. Qualora la modifica del regime patrimoniale pregiudichi i diritti dei creditori, questi possono chiedere che la variazione non sia loro opponibile, purché agiscano entro un anno dalla conoscenza della modifica. Tale previsione si pone l'obiettivo di garantire che il cambiamento del regime patrimoniale non possa essere utilizzato per eludere responsabilità economiche assunte in precedenza.

I coniugi possono revocare i patti matrimoniali di comune accordo (art. 225), stipulando un atto pubblico notarile di mutuo dissenso. In tal caso, il regime patrimoniale sarà regolato dal regime legale su base suppletiva, come previsto dal Codice.

L'applicazione delle norme relative alla pubblicità e all'opponibilità ai terzi si estende anche ai casi di estinzione consensuale, garantendo così uniformità e sicurezza nei rapporti patrimoniali coniugali.

La disciplina cubana dei patti matrimoniali si distingue per il suo equilibrio tra autonomia privata e principi inderogabili di equità e solidarietà coniugale. Da un lato, ai coniugi viene garantita ampia libertà nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali, dall'altro vengono imposti limiti stringenti per evitare squilibri economici e per proteggere sia il coniuge economicamente più debole sia i terzi.

Gli strumenti di tutela previsti – tra cui l'atto pubblico notarile, la registrazione per l'opponibilità ai terzi, il limite temporale di sei mesi per la validità dei patti e la tutela dei creditori preesistenti – evidenziano un'attenzione particolare alla certezza giuridica e alla trasparenza nei rapporti patrimoniali coniugali. Il modello cubano, quindi, pur riconoscendo l'autonomia dei coniugi, assicura che le scelte patrimoniali non compromettano i principi fondamentali del matrimonio e i diritti delle persone coinvolte.

6.3. Il regime della comunione legale dei beni: disciplina e principi generali.

Il Codice delle famiglie di Cuba stabilisce, in assenza di patti matrimoniali o qualora questi risultino inefficaci, l'applicazione automatica del regime della comunione legale di beni (art. 226). Questo regime implica la comunione patrimoniale tra i coniugi relativamente ai beni acquisiti durante il matrimonio, fondandosi su principi di solidarietà coniugale e parità economica. La disciplina cubana segue una concezione ampia di comunione, comprendendo non solo i beni materialmente acquistati dai coniugi, ma anche le entrate derivanti dalla loro attività lavorativa, i frutti patrimoniali e alcune indennità economiche. Tuttavia, il Codice prevede altresì una distinzione chiara tra beni comuni e beni propri, stabilendo criteri di identificazione e di opponibilità a terzi, al fine di garantire trasparenza e tutela degli interessi economici della coppia e di soggetti terzi.

L'articolo 227 elenca dettagliatamente le categorie di beni comuni, ossia quelli che appartengono alla comunione legale e che, in caso di scioglimento del regime, saranno divisi equamente tra i coniugi. Tra questi rientrano i redditi da lavoro, comprese pensioni e prestazioni previdenziali, e i beni acquistati a titolo oneroso durante il matrimonio, indipendentemente dal fatto che la titolarità formale sia intestata a entrambi i coniugi o a uno solo di essi. Tale previsione conferma l'impostazione solidaristica della normativa cubana, che mira a garantire una giusta ripartizione delle ricchezze prodotte all'interno della famiglia.

Un altro elemento di rilievo è l'inclusione nella comunione dei frutti, canoni e interessi derivanti dai beni propri dei coniugi. Anche se un determinato bene appartiene esclusivamente a uno dei coniugi, i proventi che esso genera durante il matrimonio rientrano nella comunità e sono quindi condivisi da entrambi. Inoltre, il Codice prevede che le indennità e i crediti ricevuti in sostituzione di un bene comune abbiano la stessa natura del bene originario, garantendo così che il patrimonio comune non venga eroso da atti di disposizione individuali.

L'articolo 228 introduce una presunzione generale secondo cui tutti i beni acquisiti dai coniugi durante il matrimonio si considerano co-

muni, salvo prova contraria. Tale presunzione rafforza la tutela del coniuge economicamente più debole ed evita contestazioni patrimoniali in sede di separazione o divorzio. Tuttavia, se un bene viene acquistato con risorse proprie di un solo coniuge, affinché tale circostanza sia opponibile ai terzi, essa deve risultare espressamente dall'atto di acquisto e deve essere accettata dal coniuge non acquirente. Questa previsione tutela l'affidamento dei creditori e garantisce maggiore certezza nei rapporti patrimoniali.

Il Codice delle famiglie cubano non prevede una comunione universale dei beni, bensì distingue chiaramente i beni propri di ciascun coniuge, ossia quelli che non rientrano nella comunità e che restano nella sfera patrimoniale individuale (art. 229). Tra questi rientrano:

- I beni posseduti prima del matrimonio e quelli acquisiti successivamente per successione, donazione o altro titolo gratuito.
- I beni acquistati durante il matrimonio mediante permuta o surrogazione di beni propri, così come quelli acquisiti con risorse finanziarie esclusive di uno dei coniugi.
- Gli oggetti di uso strettamente personale, come gli strumenti professionali, i beni utilizzati per l'esercizio di un'attività lavorativa e gli indumenti.
- Le somme percepite come risarcimento per danni personali o per danni a beni propri.
- I diritti di proprietà intellettuale, che spettano esclusivamente all'autore dell'opera.

Anche in questo caso, il Codice stabilisce che il riconoscimento della natura privata di un bene deve risultare da un atto scritto, evitando così conflitti interpretativi in caso di contestazione tra i coniugi o da parte di terzi. Un aspetto peculiare della normativa cubana è l'inclusione delle indennità percepite per la morte del coniuge, che restano nella sfera personale del beneficiario, salvo che siano legate a polizze assicurative finanziate con denaro comune, nel qual caso la comunione legale avrà diritto a un rimborso per le somme versate.

Un'ulteriore disposizione rilevante è contenuta nell'articolo 230, che disciplina la designazione del beneficiario in conti di risparmio con saldi comuni. La norma stabilisce che, sebbene il conto sia intestato individualmente a uno dei coniugi, i fondi in esso contenuti appartengono alla comunione legale. Pertanto, il titolare del conto può indicare un beneficiario in caso di morte, ma tale designazione deve avvenire

in conformità alle norme previste dalla legislazione bancaria e dal Codice civile. Questa disposizione mira a evitare che la scelta unilaterale del titolare del conto possa pregiudicare i diritti del coniuge superstite o alterare il regime di comunione dei beni.

La disciplina del regime della comunione legale di beni nel Codice delle famiglie di Cuba si caratterizza per un equilibrio tra principi solidaristici e tutela dell'autonomia patrimoniale individuale. La presunzione di comunione di tutti i beni acquisiti durante il matrimonio garantisce una ripartizione equa delle risorse familiari, mentre la chiara distinzione tra beni comuni e beni propri consente di preservare la sfera patrimoniale personale di ciascun coniuge.

L'obbligo di dichiarare espressamente l'origine privata dei beni negli atti di acquisto, la necessità di iscrizione per l'opponibilità ai terzi e il riconoscimento del valore economico dei frutti e delle rendite patrimoniali dimostrano l'intento del legislatore di assicurare certezza giuridica e trasparenza nei rapporti patrimoniali coniugali. Inoltre, la possibilità di indicare beneficiari nei conti di risparmio comuni senza pregiudicare i diritti del coniuge superstite rappresenta un ulteriore meccanismo di bilanciamento tra esigenze familiari e libertà individuali.

In definitiva, il regime della comunione legale di beni nel diritto cubano si configura come un sistema volto a garantire la stabilità economica della coppia, tutelando al contempo la posizione di ciascun coniuge e la sicurezza dei rapporti patrimoniali con i terzi. L'impostazione normativa adottata dal Codice risponde all'esigenza di conciliare la tutela della famiglia come unità economica con il rispetto dell'individualità patrimoniale dei coniugi, assicurando un quadro giuridico chiaro e coerente con i principi di equità e giustizia sociale.

6.4. Le obbligazioni e le responsabilità patrimoniali nel regime della comunione legale di beni

Il Codice delle famiglie di Cuba stabilisce un quadro dettagliato sulle obbligazioni patrimoniali che sorgono tra i coniugi nell'ambito del regime della comunione legale di beni, individuando le c.d. "cargas y obligaciones matrimoniales", ossia i doveri economici che gravano sulla coppia e le conseguenze della gestione patrimoniale condivisa. La normativa, contenuta negli articoli 231-236, definisce con precisione le spese rientranti nelle obbligazioni comuni, le modalità di assunzione

delle responsabilità debitorie e i criteri per la ripartizione delle passività tra i coniugi, ponendo particolare attenzione alla protezione del patrimonio comune e dei diritti patrimoniali individuali. L'impostazione adottata dal legislatore cubano si fonda su principi di equità, solidarietà coniugale e autonomia patrimoniale relativa, bilanciando la condivisione delle responsabilità economiche con la tutela delle esigenze individuali di ciascun coniuge.

L'articolo 231 fornisce un'elencazione esemplificativa delle spese e obbligazioni che rientrano nel regime della comunione legale, stabilendo che tra le c.d. "*cargas matrimoniales*" si includono i costi di mantenimento del nucleo familiare, l'educazione e la formazione dei figli comuni o di quelli avuti da ciascun coniuge, nonché le spese di natura alimentare imposte dalla legge a carico di uno dei coniugi. Rientrano inoltre nelle obbligazioni della comunione legale i costi per la gestione, manutenzione e riparazione dei beni comuni e per le riparazioni ordinarie dei beni propri utilizzati da entrambi i coniugi. Di particolare rilievo è la previsione secondo cui tutte le obbligazioni contratte da uno dei coniugi per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia si considerano come debiti comuni, salvo i casi in cui il consenso di entrambi i coniugi fosse necessario per la contrazione del debito. Questo principio rafforza il concetto di responsabilità patrimoniale solidale, prevedendo che entrambi i coniugi debbano contribuire al mantenimento della famiglia, indipendentemente dal loro ruolo specifico all'interno del matrimonio.

Una disciplina di particolare interesse è quella contenuta nell'articolo 232, il quale prevede che per il sostegno di spese urgenti e necessarie, anche di carattere straordinario, sia sufficiente la decisione unilaterale di uno solo dei coniugi. La previsione si giustifica con la necessità di garantire flessibilità e tempestività nella gestione del patrimonio familiare, evitando che il vincolo del consenso congiunto possa ritardare decisioni essenziali per la stabilità economica della famiglia. Tuttavia, questa facoltà non può tradursi in un abuso da parte di un coniuge, poiché il sistema giuridico cubano prevede meccanismi di riequilibrio che consentono la tutela della parte pregiudicata.

L'articolo 233 disciplina il regime di responsabilità per i debiti contratti durante il matrimonio, stabilendo che i beni comuni rispondono delle obbligazioni contratte da entrambi i coniugi o da uno solo con il consenso dell'altro. Se il patrimonio comune risulta insufficiente per

far fronte ai debiti, ciascun coniuge risponde in parti uguali con i propri beni personali. Tuttavia, il Codice introduce un principio di autonomia patrimoniale relativa, stabilendo che i debiti assunti da uno dei coniugi prima del matrimonio non possono gravare sulla comunione legale, bensì restano una responsabilità esclusiva del coniuge che li ha contratti. Questo meccanismo evita che il regime della comunione si trasformi in un sistema di responsabilità illimitata, preservando i diritti del coniuge non obbligato e garantendo maggiore chiarezza nella ripartizione delle passività.

Un ulteriore principio di riequilibrio è previsto nell'articolo 234, che disciplina il diritto al reintegro o al rimborso per il coniuge che abbia impiegato beni propri per sostenere spese o debiti della comunione legale. Questa norma tutela il coniuge che, pur avendo contribuito con risorse personali alla gestione della famiglia o alla conservazione del patrimonio comune, ha diritto a una compensazione economica a carico del patrimonio coniugale. Il Codice delle famiglie cubano richiama, in questo ambito, le norme generali del Codice civile, confermando che il rimborso deve avvenire secondo regole di equità e proporzionalità, evitando indebiti arricchimenti a favore della comunione legale.

L'articolo 235 affronta la delicata questione delle obbligazioni extracontrattuali derivanti da atti compiuti da uno dei coniugi nell'interesse della comunione legale o nell'amministrazione dei beni comuni. In linea con il principio di solidarietà patrimoniale, il legislatore stabilisce che, se l'atto è stato compiuto a beneficio della comunità, la relativa obbligazione grava sulla stessa, mentre se il coniuge ha agito con colpa esclusiva o per finalità personali, la responsabilità rimane individuale. Questa norma ha l'obiettivo di preservare il patrimonio comune dagli effetti di condotte individuali negligenti o dannose, evitando che il comportamento irresponsabile di un coniuge possa ripercuotersi sull'intero nucleo familiare.

Infine, l'articolo 236 introduce una specifica protezione nei confronti del coniuge leso da atti compiuti dall'altro in danno della comunione legale. La norma prevede che, se un coniuge sottrae beni comuni per fini personali o per il pagamento di debiti individuali, è obbligato a reintegrarli e si configura come debitore della comunione legale. Il coniuge danneggiato, inoltre, può agire giudizialmente per ottenere la restituzione del valore sottratto o la tutela preventiva contro atti pre-

giudizievoli. Questo meccanismo consente di evitare abusi e sperequazioni patrimoniali, garantendo che la gestione del patrimonio coniugale avvenga secondo i principi di equità e tutela reciproca.

La disciplina cubana delle *cargas y obligaciones matrimoniales* si caratterizza per un approccio equilibrato tra solidarietà coniugale e autonomia patrimoniale, stabilendo un sistema di responsabilità condivisa nella gestione economica della famiglia. Il Codice assicura che il mantenimento del nucleo familiare e la conservazione del patrimonio comune siano sostenuti equamente da entrambi i coniugi, ma prevede al contempo meccanismi di tutela per evitare abusi e squilibri patrimoniali.

L'imputazione diretta alla comunità dei debiti contratti per esigenze familiari, la presunzione di responsabilità solidale, il diritto al rimborso per il coniuge che abbia impiegato risorse proprie e la protezione giuridica contro atti pregiudizievoli delineano un sistema improntato alla certezza giuridica e alla tutela dei diritti patrimoniali individuali. L'ordinamento cubano, pertanto, si distingue per un modello di comunione dei beni che valorizza la collaborazione tra i coniugi, ma preserva al contempo la necessaria distinzione tra patrimonio comune e beni personali, assicurando un equilibrio tra esigenze della coppia e tutela del singolo.

6.5. L'amministrazione e la disposizione della comunione legale di beni

Il Codice delle famiglie di Cuba disciplina in modo dettagliato il regime di amministrazione e disposizione della comunione legale di beni, delineando un quadro normativo che si ispira ai principi di uguaglianza tra i coniugi, tutela della stabilità familiare e protezione degli interessi patrimoniali comuni. La normativa contenuta negli articoli 237-244 sancisce il diritto e il dovere di entrambi i coniugi nella gestione del patrimonio comune, regolando gli atti di disposizione, i limiti alla libertà individuale in relazione ai beni comuni, il dovere di informazione economica reciproca e le conseguenze giuridiche di eventuali violazioni. Questo sistema si distingue per l'equilibrio tra autonomia e controllo reciproco, riflettendo una concezione del matrimonio non solo come unione affettiva, ma anche come comunità economica fondata sulla solidarietà e sulla responsabilità condivisa.

L'articolo 237 sancisce il principio di uguaglianza nella gestione dei beni comuni, prevedendo che entrambi i coniugi abbiano pari diritti e obblighi nella loro amministrazione. Questo principio rappresenta un pilastro fondamentale del regime patrimoniale cubano, ponendosi in netta contrapposizione con modelli giuridici del passato che attribuivano al marito un ruolo predominante nella gestione del patrimonio familiare. La norma, dunque, rafforza la parità coniugale non solo nella sfera personale e affettiva, ma anche in quella patrimoniale, riconoscendo a ciascun coniuge la capacità di compiere atti di ordinaria amministrazione e di acquisire beni destinati al consumo familiare, senza necessità di consenso dell'altro coniuge. Tuttavia, questa autonomia gestionale trova un limite negli atti di disposizione dei beni comuni, regolati dall'articolo 238, che prevede l'obbligo di autorizzazione coniugale per qualsiasi atto di dominio sulla comunione, fatta eccezione per le azioni di rivendicazione, ossia quelle finalizzate alla tutela dei diritti patrimoniali della comunione legale. La *ratio* di questa disposizione è evidente: impedire che un coniuge possa disporre unilateralmente di beni comuni, mettendo a rischio il patrimonio familiare senza il consenso dell'altro.

Un aspetto particolarmente innovativo della disciplina cubana è la regolamentazione della disposizione testamentaria dei beni comuni, prevista dall'articolo 239. Il Codice stabilisce che ciascun coniuge può disporre per testamento della metà dei beni comuni, configurando così una soluzione intermedia tra il principio della comunione patrimoniale e l'autonomia successoria individuale. Questa previsione consente a ciascun coniuge di garantire una destinazione testamentaria ai propri diritti sulla comunione, evitando al contempo che l'altro coniuge possa essere privato della propria quota ereditaria. La norma prevede inoltre un meccanismo di compensazione: se un bene comune viene assegnato alla successione del testatore, la disposizione testamentaria produce i suoi effetti in modo diretto; in caso contrario, il legato si converte in una attribuzione di valore equivalente, per evitare conflitti successori e garantire la stabilità della comunione residua.

A tutela della trasparenza patrimoniale all'interno della coppia, l'articolo 240 introduce un dovere reciproco di informazione sulla situazione economica. Questa norma impone ai coniugi di aggiornarsi periodicamente sulle rispettive attività economiche, favorendo una gestione consapevole del patrimonio familiare e prevenendo eventuali

squilibri o condotte fraudolente. La previsione è particolarmente significativa nel contesto delle economie familiari contemporanee, in cui entrambi i coniugi possono essere titolari di attività economiche indipendenti. Garantire un flusso informativo costante rappresenta, dunque, un mezzo essenziale per preservare la stabilità della comunione legale di beni e per prevenire situazioni di occultamento o sottrazione di risorse economiche.

L'articolo 241 affronta un tema cruciale: la nullità degli atti di amministrazione e disposizione compiuti senza la necessaria autorizzazione. La norma prevede che il coniuge pregiudicato possa chiedere la nullità dell'atto, con la possibilità per gli eredi di agire anche dopo la sua morte. Tuttavia, il Codice introduce una valvola di salvaguardia, consentendo al coniuge che si veda negata ingiustificatamente l'autorizzazione di ricorrere al giudice per ottenerla, qualora l'atto risulti vantaggioso per la famiglia o per la comunione legale di beni. Questa previsione garantisce un meccanismo di bilanciamento, evitando sia abusi nell'esercizio del potere di veto da parte di un coniuge, sia atti unilaterali che possano compromettere il patrimonio comune.

L'articolo 242 introduce il principio della inopponibilità degli atti compiuti con intento fraudolento, stabilendo che un coniuge non possa avvalersi degli effetti giuridici di operazioni patrimoniali compiute con lo scopo di danneggiare l'altro. Questa norma assume particolare rilevanza in situazioni di crisi coniugale, nelle quali uno dei coniugi potrebbe tentare di sottrarre beni comuni in vista di una separazione o di un divorzio imminente. La previsione rafforza la tutela del coniuge danneggiato, consentendogli di agire in giudizio per ottenere la dichiarazione di inefficacia degli atti pregiudizievoli, secondo un principio di equità e protezione del patrimonio comune.

L'articolo 243 regola l'amministrazione dei beni comuni in caso di assenza di uno dei coniugi, rinviando alla disciplina generale prevista dal Codice civile cubano. Questo riferimento normativo garantisce la continuità nella gestione del patrimonio familiare in situazioni in cui uno dei coniugi sia impossibilitato a esercitare le proprie prerogative amministrative, evitando il rischio di una paralisi gestionale che potrebbe compromettere gli interessi della famiglia.

Infine, l'articolo 244 sancisce il carattere suppletivo delle norme sulla comunione dei beni contenute nel Codice civile, prevedendo che, per quanto non disciplinato espressamente dal Codice delle famiglie,

si applichino le regole della comunione ordinaria. Questo rinvio normativo conferisce flessibilità al sistema, consentendo l'applicazione di principi generali in materia di comproprietà, pur mantenendo le specificità della disciplina matrimoniale.

La disciplina cubana sull'amministrazione e disposizione della comunione legale di beni si distingue per un equilibrio tra autonomia coniugale e tutela del patrimonio familiare, garantendo a entrambi i coniugi pari diritti e doveri nella gestione della comunione, ma imponendo al contempo limiti agli atti di disposizione individuale per evitare pregiudizi economici all'altro coniuge o alla famiglia. La possibilità di ricorrere al giudice in caso di diniego ingiustificato di autorizzazione, il principio di inopponibilità degli atti fraudolenti, il dovere di trasparenza nella gestione patrimoniale e la possibilità di disporre per testamento di metà dei beni comuni dimostrano l'intento del legislatore di creare un sistema coerente, moderno e rispettoso dell'autonomia dei coniugi, senza compromettere la necessaria protezione dell'unità economica familiare. Il modello delineato dal Codice delle famiglie di Cuba, dunque, si configura come un sistema giuridico improntato alla certezza del diritto e alla tutela degli interessi patrimoniali della coppia, con meccanismi di controllo che garantiscono equità e stabilità nella gestione della comunione matrimoniale.

6.6. La dissoluzione e la liquidazione della comunione legale di beni

Il Codice delle famiglie di Cuba disciplina in modo dettagliato la dissoluzione e liquidazione della comunione legale di beni, prevedendo un sistema che coniuga equilibrio patrimoniale, protezione della parte economicamente più debole e tutela degli interessi familiari. Gli articoli 245-262 regolano i diversi aspetti della cessazione del regime comunitario, stabilendo le cause di estinzione, i criteri di divisione del patrimonio comune, le modalità di liquidazione e i diritti dei coniugi e degli eredi coinvolti nel processo. Questa disciplina si distingue per la sua attenzione alla giustizia distributiva, evitando che la rottura del vincolo matrimoniale possa tradursi in uno svantaggio economico per uno dei coniugi o per i figli minori.

Il regime patrimoniale della famiglia è una delle colonne portanti della disciplina del diritto di famiglia, in quanto regola la gestione e la

distribuzione dei beni accumulati durante il matrimonio o l'unione affettiva. Nel Codice delle famiglie di Cuba, la normativa riguardante la dissoluzione e la liquidazione della comunione legale di beni è disciplinata in modo dettagliato nella sezione quarta, offrendo un quadro giuridico ben strutturato volto a garantire equità e giustizia nelle situazioni di scioglimento del vincolo matrimoniale o affettivo. Questo paragrafo si propone di esaminare con rigore analitico e chiarezza espositiva le disposizioni contenute negli articoli da 245 a 262 del Codice, evidenziandone le implicazioni giuridiche e le possibili criticità applicative.

L'articolo 245 stabilisce le cause di estinzione della comunione legale di beni, che coincidono con quelle di scioglimento del matrimonio, dichiarazione di nullità, modifica del regime matrimoniale per accordo tra i coniugi o separazione giudiziale dei beni. La norma prevede una divisione paritaria dei beni comuni tra i coniugi, o in caso di morte, tra il coniuge superstite e gli eredi del defunto. Tuttavia, un aspetto di particolare rilievo è l'esclusione dalla ripartizione patrimoniale del coniuge che abbia provocato la nullità del matrimonio con mala fede, sancendo un principio di responsabilità giuridica per le condotte fraudolente o dolose.

Un elemento innovativo è introdotto dall'articolo 246, che riconosce la rottura della convivenza affettiva come causa autonoma di estinzione della comunione legale. Questo rappresenta un avanzamento nella concezione dei legami coniugali, ponendo in primo piano la realtà affettiva rispetto alla sola formalità giuridica. La norma stabilisce che la cessazione del regime patrimoniale avviene dalla data in cui sia provata la rottura affettiva in sede giudiziale, anche se questa non coincide con la data legale dello scioglimento del matrimonio. Tale previsione rafforza la tutela di chi, pur non avendo ancora formalmente ottenuto il divorzio, ha cessato di condividere la vita coniugale in termini sostanziali.

Di particolare interesse è l'articolo 247, che disciplina gli effetti patrimoniali della dichiarazione giudiziale di presunzione di morte. La norma prevede la possibilità di ripristinare il regime matrimoniale se il coniuge presunto morto riappare e vi è accordo tra entrambi per la validità del matrimonio. Tuttavia, si stabilisce la validità della liquidazione patrimoniale già effettuata, evitando conflitti successivi. Si riconoscono inoltre i diritti del coniuge riapparso a rivalersi sugli eredi apparenti, assicurando un bilanciamento tra la stabilità patrimoniale e i

diritti del soggetto ingiustamente dichiarato deceduto.

Un altro aspetto centrale è trattato negli articoli 248 e 249, che regolano la separazione giudiziale dei beni durante la vigenza del matrimonio. Le ipotesi che giustificano questa misura sono la mala amministrazione di uno dei coniugi, la violenza domestica e le situazioni di grave disabilità. Questa previsione evidenzia una forte attenzione alla tutela della parte più debole nel rapporto matrimoniale, consentendo l'adozione di strumenti giuridici idonei a prevenire la perdita patrimoniale e a garantire protezione in contesti di abuso e discriminazione. La norma esclude la possibilità per i creditori di uno dei coniugi di avvalersi della separazione giudiziale attraverso l'azione surrogatoria, rafforzando la sfera di autonomia dei coniugi nel determinare il proprio assetto patrimoniale.

L'articolo 250 introduce il principio della compensazione economica al momento della liquidazione patrimoniale, regolato più nel dettaglio dall'articolo 251. Il legislatore prevede che la comunione legale possa dover rimborsare un coniuge se il patrimonio comunitario ha tratto beneficio a scapito del patrimonio personale di quest'ultimo. Viceversa, se un coniuge ha utilizzato beni comunitari per fini personali, è tenuto a risarcire la comunità. Una presunzione importante stabilita dalla norma riguarda il caso in cui un coniuge venda beni propri senza reinvestire il ricavato: in tal caso si presume, salvo prova contraria, che il denaro sia stato impiegato per il beneficio della comunità. Questa regola previene abusi e garantisce una maggiore equità nella redistribuzione del patrimonio comune.

L'articolo 252 introduce la possibilità di rinunciare ai diritti sulla comunione legale, purché ciò non pregiudichi gli interessi dei figli minori o di figli maggiorenni con disabilità. La rinuncia deve essere formalizzata attraverso atto notarile o davanti al tribunale, garantendo trasparenza e legalità. Questo articolo si configura come un'innovazione significativa nel panorama del diritto patrimoniale matrimoniale, poiché consente ai coniugi di disporre liberamente del proprio patrimonio post-matrimoniale, evitando inutili contenziosi.

Gli articoli 253-255 disciplinano la procedura di liquidazione della comunione legale, stabilendo regole dettagliate per l'inventario e la valutazione dei beni. Si prevede che, qualora non vi sia accordo tra gli ex coniugi, si ricorra alla liquidazione giudiziale secondo le norme del Codice di Procedura. Il valore dei beni viene determinato sulla base della data di estinzione del matrimonio, salvo il caso in cui sia trascorso

oltre un anno dal decesso di uno dei coniugi, nel qual caso si assume il valore attuale. La normativa introduce anche una regola di caducità, stabilendo che, se entro un anno dalla cessazione del matrimonio la liquidazione non viene avviata, i beni mobili detenuti dai coniugi diventano di loro proprietà esclusiva. Questa previsione ha il merito di incentivare la tempestività nella regolazione dei rapporti patrimoniali post-matrimoniali, evitando situazioni di incertezza prolungata.

Gli articoli 256-258 introducono meccanismi di attribuzione preferenziale di beni a favore di coniugi con disabilità, figli minori o maggiorenni con necessità di supporto intensivo e, in certi casi, al coniuge che abbia ottenuto beni per meriti personali. Questo riconoscimento si basa su un principio di equità sostanziale, mirando a garantire che la liquidazione patrimoniale tenga conto delle esigenze specifiche dei soggetti coinvolti.

L'articolo 257 introduce il principio dell'assegnazione preferenziale dei beni comuni per l'educazione e lo sviluppo dei figli, sancendo che il tribunale possa attribuire determinati beni domestici a favore del coniuge che ha la custodia dei figli minori o di figli maggiorenni con disabilità. Questa previsione risponde alla necessità di garantire la stabilità abitativa e educativa dei figli, evitando che la liquidazione della comunità di beni possa comprometterne il benessere. Il criterio guida è il miglior interesse del minore, principio cardine del diritto di famiglia, che impone di tutelare le condizioni di vita e la continuità educativa dei figli dopo la dissoluzione della comunione matrimoniale. Il tribunale può quindi attribuire beni mobili e immobili necessari per la loro crescita e istruzione, come l'abitazione familiare, gli strumenti didattici o altri beni funzionali allo sviluppo.

Se l'assegnazione preferenziale eccede la quota spettante al coniuge beneficiario, l'articolo 257 introduce un meccanismo di compensazione attraverso il diritto di usufrutto. In questo caso, il coniuge non proprietario dei beni mantiene un diritto d'uso limitato nel tempo, garantendo la destinazione familiare del bene senza privare l'altro coniuge della proprietà formale. Tale soluzione rappresenta un equilibrio tra le esigenze della prole e il diritto patrimoniale del coniuge non affidatario.

L'articolo 258 disciplina un'ulteriore forma di assegnazione preferenziale, stabilendo che il tribunale possa attribuire a un coniuge beni comuni acquisiti per meriti professionali o riconoscimenti onorifici. Questo principio si fonda sul riconoscimento del valore individuale del contributo apportato alla famiglia attraverso il lavoro o il prestigio

sociale. Tuttavia, il Codice specifica che questa assegnazione deve avvenire solo se non sussistono ragioni di maggiore rilevanza che suggeriscano una diversa distribuzione, lasciando quindi margini di discrezionalità al giudice.

L'articolo 259 affronta la delicata questione dell'attribuzione provvisoria dei beni e dei diritti in caso di morte di uno dei coniugi, garantendo la continuità del godimento del patrimonio comune fino alla definizione della successione. Questa norma tutela il coniuge superstite e i figli, permettendo loro di continuare a utilizzare i beni comuni senza interruzioni, assicurando la copertura delle spese quotidiane e delle necessità primarie mediante l'accesso temporaneo alle risorse finanziarie del defunto. Il tribunale può autorizzare il coniuge superstite a prelevare somme dai conti bancari del deceduto per far fronte ai bisogni essenziali della famiglia, evitando disagi economici nel periodo transitorio.

Particolarmente innovativa è la previsione dell'articolo 260, che introduce una misura sanzionatoria in caso di violenza domestica o discriminazione. Se un tribunale accerta che uno dei coniugi ha perpetrato atti di violenza durante il matrimonio, questi perde il diritto alla sua quota di beni comuni. Questa norma rappresenta un importante strumento di tutela per le vittime di abusi, riconoscendo che la violenza familiare non può trovare protezione nel diritto patrimoniale e che l'autore di tali atti deve subire conseguenze concrete anche sotto il profilo economico. Tale previsione ha un forte valore deterrente e si inserisce nel più ampio panorama delle politiche di contrasto alla violenza di genere.

Infine, l'articolo 261 disciplina la liquidazione della comunione legale quando essa comprende beni e terreni agricoli, stabilendo che questa avvenga nel rispetto della legislazione speciale vigente. Questa norma riconosce le peculiarità del settore agricolo e la necessità di garantire continuità alle attività produttive, evitando che la divisione dei beni possa compromettere l'efficienza economica e la sostenibilità delle imprese agricole. Il principio sottostante è che la liquidazione debba avvenire in modo da preservare l'utilità economica del patrimonio agricolo, favorendo soluzioni che ne assicurino la continuità gestionale e produttiva.

La disciplina cubana relativa alla liquidazione e assegnazione preferenziale dei beni comuni nella comunione legale si distingue per l'attenzione ai bisogni concreti dei coniugi e dei figli, bilanciando equità

patrimoniale e tutela delle categorie più vulnerabili. La presenza di norme volte a garantire la stabilità abitativa e educativa dei figli, a riconoscere il valore del lavoro e dei meriti individuali, a sanzionare la violenza domestica e a proteggere le attività agricole dimostra la volontà del legislatore di creare un sistema giuridico che risponda alle esigenze reali delle famiglie, evitando squilibri e ingiustizie nella distribuzione dei beni dopo la fine del matrimonio.

Questa disciplina complessa e articolata mostra chiaramente l'intento del legislatore cubano di garantire equità nella distribuzione patrimoniale post-matrimoniale, bilanciando i principi di uguaglianza e protezione delle parti più vulnerabili. Il sistema adottato cerca di contemperare l'autonomia privata con l'interesse pubblico, attraverso meccanismi di tutela che prevengano abusi e discriminazioni.

6.7. Il regime di separazione dei beni

Il Codice delle famiglie di Cuba disciplina il regime di separazione dei beni quale alternativa alla comunione legale, offrendo ai coniugi la possibilità di gestire in modo autonomo il proprio patrimonio. Gli articoli 263-266 regolano in dettaglio le modalità di adozione, gli effetti e i criteri di gestione dei beni nel caso in cui i coniugi scelgano di mantenere separati i loro patrimoni. Il sistema si fonda su principi di autonomia patrimoniale, responsabilità individuale e protezione dell'interesse familiare, delineando un quadro normativo che garantisce certezza giuridica nei rapporti economici tra i coniugi e nei confronti dei terzi.

L'articolo 263 elenca le circostanze in cui opera il regime di separazione dei beni. Esso può derivare da un accordo prematrimoniale, nel quale i coniugi stabiliscono esplicitamente di adottarlo, oppure dalla semplice esclusione del regime di comunità senza ulteriori specificazioni. Inoltre, il regime di separazione può essere imposto per intervento giudiziale, qualora si verifichino situazioni di mala gestione patrimoniale, discriminazione o violenza familiare, come previsto dall'articolo 248 del Codice. Questa flessibilità consente ai coniugi di scegliere il regime più adatto alle loro esigenze e, al tempo stesso, permette all'ordinamento di intervenire nei casi in cui sia necessario tutelare un coniuge da condotte pregiudizievoli dell'altro.

L'articolo 264 prevede che la separazione giudiziale dei beni debba

essere formalizzata mediante iscrizione nei registri pubblici, affinché sia opponibile ai terzi. Questa disposizione garantisce trasparenza e sicurezza nei rapporti giuridici, evitando che soggetti estranei al matrimonio possano essere pregiudicati da atti di disposizione compiuti da uno dei coniugi sulla base di un regime patrimoniale non ufficialmente registrato. Il principio di pubblicità, infatti, tutela non solo i coniugi, ma anche i creditori e altri soggetti coinvolti in transazioni economiche con gli stessi.

Uno degli aspetti fondamentali del regime di separazione è disciplinato dall'articolo 265, che sancisce la piena autonomia dei coniugi nella gestione del proprio patrimonio. Ogni coniuge mantiene la libera amministrazione e disposizione dei propri beni, senza necessità di autorizzazione da parte dell'altro, rafforzando così il principio di indipendenza economica. I beni propri sono quelli posseduti prima del matrimonio e quelli acquisiti successivamente a qualsiasi titolo, ad eccezione di situazioni specifiche previste dall'articolo 238. Inoltre, ogni coniuge risponde esclusivamente per le proprie obbligazioni, salvo i casi in cui operi la responsabilità solidale per spese comuni, come quelle relative al mantenimento della famiglia o all'educazione dei figli.

Un aspetto cruciale nel regime di separazione dei beni riguarda la prova della titolarità. L'articolo 266 stabilisce che ogni coniuge può dimostrare la proprietà esclusiva di un bene utilizzando tutti i mezzi di prova ammessi dal diritto. Questa previsione assume particolare rilevanza nei contesti in cui non esiste documentazione chiara sulla provenienza di un bene. In assenza di prova certa, i beni si presumono comuni in regime di comproprietà per quote, applicando le norme del Codice civile. Tuttavia, il Codice introduce una tutela specifica per l'interesse familiare, stabilendo che la divisione della proprietà tra i coniugi non possa pregiudicare le esigenze primarie della famiglia. Pertanto, anche in un regime formalmente separato, il diritto familiare cubano pone limiti alla frammentazione patrimoniale quando essa possa nuocere ai soggetti più vulnerabili, come i figli minori o i coniugi economicamente più deboli.

Un'importante caratteristica del regime di separazione dei beni è la sua flessibilità, che consente ai coniugi di modificare le proprie scelte patrimoniali nel tempo. Il Codice permette infatti di passare dalla separazione alla comunione di beni e viceversa, garantendo agli sposi la possibilità di adattare la regolamentazione patrimoniale alle proprie

esigenze. Questa caratteristica rende il sistema cubano particolarmente dinamico, in grado di rispondere alle trasformazioni che possono intervenire nella vita coniugale, come cambiamenti nella situazione lavorativa, economica o familiare dei coniugi.

Dal punto di vista della tutela dei creditori, il regime di separazione dei beni stabilisce che ciascun coniuge risponde unicamente delle proprie obbligazioni, evitando che i debiti contratti da uno possano incidere sul patrimonio dell'altro. Tuttavia, esistono eccezioni, come quelle relative ai debiti contratti per il mantenimento della famiglia, che possono ricadere su entrambi i coniugi in ragione della responsabilità solidale prevista dal Codice. Questa previsione garantisce che gli obblighi familiari non vengano elusi mediante artificiose separazioni patrimoniali, proteggendo il nucleo familiare e assicurando la continuità delle obbligazioni fondamentali per il sostentamento comune.

Il regime di separazione dei beni, pertanto, si configura come una soluzione che offre maggiore indipendenza economica ai coniugi, ma al tempo stesso integra una serie di meccanismi di protezione per evitare abusi o situazioni di squilibrio. Il Codice delle famiglie di Cuba dimostra una particolare attenzione all'equilibrio tra autonomia e solidarietà coniugale, assicurando che il regime patrimoniale non diventi un mezzo per sottrarsi agli obblighi familiari o per danneggiare economicamente uno dei coniugi.

Il regime di separazione dei beni nel Codice delle famiglie di Cuba rappresenta un sistema che coniuga autonomia patrimoniale e tutela dell'equilibrio coniugale, garantendo ai coniugi la libertà di amministrare i propri beni, ma al contempo prevedendo strumenti di protezione per l'interesse familiare. La normativa si distingue per la sua chiarezza e flessibilità, consentendo modifiche nel tempo e offrendo garanzie sia ai coniugi che ai creditori. L'introduzione di meccanismi di pubblicità, la presunzione di comproprietà in assenza di prova contraria e la responsabilità solidale per i debiti familiari sono elementi che rafforzano la certezza giuridica e la protezione dei soggetti più vulnerabili. Il modello cubano di separazione dei beni, quindi, non si limita a garantire l'indipendenza economica dei coniugi, ma si preoccupa di evitare situazioni di ingiustizia patrimoniale, rendendolo un sistema equilibrato e coerente con i principi fondamentali del diritto di famiglia.

6.8. Il regime misto

Il regime misto disciplinato dall'articolo 267 del Codice delle famiglie di Cuba rappresenta un'opzione intermedia tra la comunione legale di beni e la separazione dei beni, permettendo ai coniugi di combinare elementi di entrambi i modelli patrimoniali. Questa soluzione offre maggiore flessibilità nella gestione dei beni matrimoniali, consentendo ai coniugi di stabilire regole personalizzate in base alle loro esigenze economiche e agli obiettivi familiari. La scelta di un regime misto riflette una concezione dinamica del matrimonio, riconoscendo che le esigenze patrimoniali dei coniugi possono variare nel tempo e che un sistema rigido potrebbe risultare inadeguato a garantire un'equa distribuzione delle risorse.

Il regime misto consente ai coniugi di determinare quali beni saranno soggetti alla comunione e quali rimarranno separati, creando un sistema ibrido che combina i vantaggi di entrambi i modelli tradizionali. Ad esempio, i coniugi possono stabilire che i beni acquisiti prima del matrimonio rimangano di proprietà esclusiva di ciascuno, mentre quelli acquisiti durante il matrimonio siano soggetti a comunione, salvo eccezioni specifiche. Allo stesso modo, è possibile prevedere che determinati beni, come una casa familiare o un'impresa comune, siano condivisi, mentre altre categorie patrimoniali, come redditi da lavoro o eredità personali, restino nella disponibilità esclusiva di ciascun coniuge.

Uno degli aspetti più rilevanti del regime misto è la libertà contrattuale riconosciuta ai coniugi, che possono negoziare e personalizzare il proprio regime patrimoniale attraverso patti matrimoniali, purché questi rispettino i principi fondamentali del Codice delle famiglie. Questa caratteristica conferisce ai coniugi maggiore autonomia nella pianificazione finanziaria del matrimonio, consentendo loro di tutelare specifiche esigenze economiche o professionali. Ad esempio, in un matrimonio in cui uno dei coniugi eserciti un'attività imprenditoriale, potrebbe essere opportuno prevedere che l'azienda resti un bene separato, al fine di proteggerla da eventuali rivendicazioni patrimoniali in caso di scioglimento del matrimonio.

La disciplina cubana prevede, tuttavia, alcuni limiti alla libertà contrattuale dei coniugi, al fine di garantire che il regime misto non pregiudichi l'equilibrio patrimoniale tra i coniugi e la protezione della famiglia. In particolare, le norme del Codice stabiliscono che, anche nel

regime misto, devono essere rispettate le disposizioni sulla solidarietà economica tra coniugi e la tutela del nucleo familiare. Ciò significa che non è possibile adottare accordi che escludano completamente la partecipazione di un coniuge alle risorse comuni o che creino uno squilibrio ingiustificato a favore di una sola parte.

Un ulteriore elemento di rilievo riguarda l'opponibilità del regime misto ai terzi, ossia la possibilità che i creditori possano far valere i loro diritti sui beni matrimoniali. La legge stabilisce che il regime misto, per essere opponibile ai terzi, deve essere formalizzato attraverso un atto notarile e iscritto nei registri pubblici, secondo le regole generali previste per i regimi patrimoniali del matrimonio. Questo requisito garantisce la certezza nei rapporti giuridici e impedisce che i coniugi possano modificare arbitrariamente il regime patrimoniale per sottrarre beni alle pretese dei creditori.

Un altro aspetto da considerare è l'eventuale modifica del regime misto nel corso del matrimonio. Il Codice delle famiglie consente ai coniugi di rivedere le proprie scelte patrimoniali, adattandole alle mutate esigenze familiari o economiche. Questo principio di flessibilità rappresenta un valore aggiunto rispetto ai sistemi più rigidi di alcuni ordinamenti giuridici, permettendo alle coppie di ridefinire la propria organizzazione patrimoniale in funzione delle loro necessità.

Dal punto di vista della liquidazione del regime misto in caso di scioglimento del matrimonio, la normativa cubana prevede che la divisione dei beni avvenga secondo le regole specificamente concordate dai coniugi nei patti matrimoniali. Se tali patti non sono stati stipulati o risultano incompleti, si applicano i principi generali della comunione o della separazione dei beni, a seconda della natura delle risorse coinvolte. In questo senso, il Codice delle famiglie garantisce un equilibrio tra autonomia negoziale e protezione giuridica, evitando che la mancanza di accordi dettagliati possa generare conflitti o situazioni di svantaggio per uno dei coniugi.

Un'importante funzione del regime misto è quella di proteggere i figli e l'interesse della famiglia, specialmente in situazioni in cui uno dei coniugi disponga di un patrimonio nettamente superiore all'altro. A tal fine, la legge prevede che determinati beni, come la residenza familiare e gli strumenti necessari per l'educazione e il benessere dei figli, non possano essere esclusi arbitrariamente dalla comunione, salvo che siano previste garanzie adeguate al loro mantenimento.

In sintesi, il regime misto nel Codice delle famiglie di Cuba si configura come una soluzione flessibile e moderna, che consente ai coniugi di combinare elementi della comunione e della separazione dei beni in modo personalizzato. Grazie a questa impostazione, il sistema cubano riesce a bilanciare autonomia e tutela, garantendo ai coniugi libertà nella gestione del proprio patrimonio, ma anche protezione contro squilibri eccessivi o pregiudizi economici derivanti dalla fine del matrimonio. L'adozione di un regime misto, però, richiede una pianificazione attenta e una chiara formalizzazione degli accordi, affinché essi possano essere efficaci sia nei rapporti tra i coniugi che nei confronti dei terzi.

6.9. Conclusioni sui Regimi Patrimoniali della Famiglia

Il Codice delle Famiglie di Cuba rappresenta un testo normativo di notevole innovazione, capace di recepire le trasformazioni sociali e giuridiche della contemporaneità, garantendo un equilibrio tra l'autonomia delle parti e la tutela dei soggetti vulnerabili. Analizzando gli articoli da 213 a 267, emerge una disciplina dei regimi patrimoniali che non solo disciplina le relazioni economiche tra i coniugi, ma introduce anche principi e meccanismi di protezione per le persone con disabilità, i minori e coloro che si trovano in situazioni di particolare vulnerabilità.

Uno degli aspetti più rilevanti è la flessibilità del sistema, che consente ai coniugi di scegliere tra diversi regimi patrimoniali, dal regime di comunione legale di beni alla separazione, fino alla possibilità di adottare un regime misto, combinando elementi di entrambi. Questa pluralità di opzioni garantisce un'ampia libertà di autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di alcuni principi inderogabili, come la solidarietà e l'equilibrio patrimoniale tra i coniugi. La previsione della nullità per gli accordi che pregiudicano questi principi fondamentali (art. 214) rappresenta un chiaro esempio della tutela dell'interesse familiare sopra quello meramente individuale.

Un altro elemento di rilievo è la considerazione del lavoro domestico e di cura come una forma di contribuzione economica (art. 216). Questo riconoscimento ha profonde implicazioni, non solo nel momento della gestione del patrimonio durante il matrimonio, ma soprattutto in fase di liquidazione della comunione, evitando situazioni di

squilibrio e penalizzazione economica, in particolare a discapito delle donne che tradizionalmente si fanno carico di tali mansioni.

Sul piano della protezione dei soggetti vulnerabili, il Codice introduce misure innovative come l'attribuzione preferenziale di determinati beni ai figli o al coniuge affidatario in caso di scioglimento della comunione (art. 257). Tale disposizione non si limita a un criterio astratto di equità, ma guarda concretamente alle esigenze di chi ha necessità di beni fondamentali per la propria crescita e sviluppo, assicurando una continuità nell'ambiente domestico.

L'attenzione alle persone con disabilità emerge con forza negli articoli che prevedono l'attribuzione preferenziale di beni e risorse per garantire l'inclusione sociale e familiare del coniuge o del figlio con disabilità (art. 256). Questa disposizione si inserisce in una visione più ampia della normativa cubana, che riconosce la piena dignità e i diritti delle persone con disabilità, andando oltre una prospettiva meramente assistenziale per adottare un approccio basato sull'autonomia e sull'inclusione.

Particolarmente significativa è anche la regolamentazione della liquidazione del regime patrimoniale nei casi di discriminazione e violenza familiare (art. 260). Questa previsione rappresenta un'importante tutela per le vittime, poiché consente al giudice di privare l'aggressore dei diritti patrimoniali derivanti dalla comunione, ponendo la sicurezza e il benessere della parte lesa al centro delle decisioni giuridiche.

Sul piano della gestione patrimoniale, il Codice stabilisce un equilibrio tra autonomia e protezione reciproca, imponendo l'informazione trasparente tra i coniugi sulla situazione economica familiare (art. 240) e richiedendo il consenso di entrambi per gli atti dispositivi che possano pregiudicare la stabilità del patrimonio comune (art. 238). In caso di conflitto, sono previsti strumenti di tutela giurisdizionale per annullare atti che abbiano violato tali principi (art. 241).

Infine, un altro aspetto degno di nota è l'attenzione riservata alla continuità dell'uso dei beni comuni in caso di morte di uno dei coniugi (art. 259). Questo consente al coniuge superstite e ai figli di mantenere una stabilità abitativa e patrimoniale, senza subire immediatamente le conseguenze della successione e della divisione ereditaria.

In conclusione, il Codice delle Famiglie di Cuba si configura come una normativa profondamente innovativa, capace di conciliare le esi-

genze di autodeterminazione dei coniugi con una forte tutela delle persone vulnerabili. L'equilibrio tra autonomia privata e ordine pubblico familiare, la valorizzazione del lavoro domestico e di cura, l'attenzione ai minori e alle persone con disabilità, nonché la previsione di misure specifiche contro la violenza domestica, rendono questa disciplina un modello di riferimento per i sistemi giuridici che vogliono affrontare le sfide della famiglia contemporanea con una prospettiva inclusiva e solidale.

7. Le unioni di fatto fondate sull'affetto

Claudia Irti

SOMMARIO: 7.1. Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sull'affetto – 7.2. Lo statuto giuridico delle unioni di fatto fondate sull'affetto – 7.3. I presupposti per il riconoscimento delle unioni civili di fatto – 7.4. Il riconoscimento notarile delle unioni affettive di fatto e gli accordi di convivenza – 7.5. Il riconoscimento giudiziale delle unioni affettive di fatto – 7.6. Gli effetti personali e patrimoniali delle unioni affettive di fatto – 7.7. La cessazione della unione affettiva di fatto – 7.8. Le conseguenze economiche della cessazione della unione affettiva di fatto – 7.9. Decisioni relative alla prole nei casi di cessazione dell'unione affettiva di fatto.

7.1. Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sull'affetto

Fin dal titolo – il «codice delle famiglie» - la legge n. 156/2022, intervenuta di recente a rimodellare gli istituti del diritto di famiglia cubano in conformità ai principi enunciati dalla nuova Costituzione del 2019, riconosce la pluralità del fenomeno familiare, stabilendo all'art. 1 che le sue norme «si applicano a tutte le famiglie qualunque sia la forma di organizzazione che adottino e alle relazioni giuridico-familiari che da queste derivino tra i suoi componenti, e da questi con la società e con lo Stato», e riconoscendo altresì all'art. 2, comma II come «le diverse forme di organizzazione delle famiglie, basate su relazioni di affetto, si creano tra parenti, indipendentemente dalla natura della parentela, e tra coniugi o partner affettivi».

La nuova disciplina codicistica fa seguito – come dicevamo – alla riforma costituzionale del 2019, in seno alla quale è stato chiarito come, diversamente dal passato, la famiglia fondata sul matrimonio non sia l'unico modello familiare riconosciuto dallo Stato cubano, che lascia oggi liberi gli individui di scegliere il modello di famiglia che più si adatta al proprio progetto di vita. L'art. 81 della costituzione cubana, dopo aver affermato che «ogni persona ha diritto a formare una famiglia», aggiunge infatti che «lo Stato riconosce e protegge le famiglie, qualunque è la loro forma di organizzazione», che siano «costituite da legami giuridici o di fatto, di natura affettiva» purché «si bas(i)no sul concetto di parità di diritti, doveri e opportunità dei suoi componenti».

Coerentemente il successivo art. 82, dopo aver affermato che il matrimonio «è uno dei modi di organizzazione delle famiglie» (I comma) riconosce «la valenza legale dell'unione in forma diversa da quelle previste, che realizzi di fatto un progetto di vita in comune, che sotto le condizioni e le circostanze indicate dalla legge, genera i diritti e gli obblighi che questa disponga» (III comma).

Una previsione, quest'ultima, che rappresenta l'avamposto costituzionale del nuovo statuto giuridico delle unioni di fatto fondate sull'affetto introdotto dalla riforma legislativa del 2022, uno statuto autonomo e differenziato da quello che nasce stringendo il vincolo giuridico matrimoniale, dettagliato e per molti aspetti complesso.

7.2. Lo statuto giuridico delle unioni di fatto fondate sull'affetto

Le Unioni di fatto fondate sull'affetto sono disciplinate nel Titolo VII del nuovo Codice delle famiglie cubano (artt. 306-331); un insieme di norme intervenute a regolamentare quella diffusa pratica sociale che vede sempre più coppie – di sesso diverso o dello stesso sesso – costituire una famiglia a partire da una relazione affettiva stabile non formalizzata attraverso il vincolo matrimoniale.

L'articolo 306 stabilisce al primo comma che «Le disposizioni del presente titolo si applicano alle unioni affettive di fatto tra due persone dotate di capacità giuridica, che condividono un progetto di vita in comune, di natura singolare, stabile e notoria e da almeno due (2) anni»; aggiunge al secondo comma, che per godere delle tutele ivi previste, tali unioni «devono essere accreditate in sede notarile o riconosciute

giudizialmente, a seconda dei casi, e debitamente iscritte nel registro corrispondente», delle unioni affettive di fatto del luogo in cui l'unione è stata autenticata o del luogo in cui è stata riconosciuta giudizialmente la sua esistenza. Il seguente art. 307 precisa, tuttavia, che tale unione «è costituita dalla volontà dei suoi membri, indipendentemente dal fatto che sia stata stipulata davanti ad un notaio, che sia stata giudizialmente riconosciuta o dalla sua iscrizione nel relativo registro».

Le specifiche tutele giuridiche previste nel titolo VII del codice sono dunque riservate a quelle unioni di fatto tra due persone dello stesso sesso o di sesso diverso, legalmente capaci, il cui progetto di vita in comune presenti i connotati della singolarità, stabilità e notorietà da almeno due anni, una volta che tali unioni siano state "riconosciute" per atto notarile o giudiziale.

Diversamente dal matrimonio, che presuppone un consenso o un impegno formale della coppia coniugale in vista del futuro (il matrimonio crea effetti giuridici solo *ex nunc*), dall'unione affettiva di fatto possono derivare gli effetti giuridici normativamente previsti solo se la stessa è riconosciuta davanti a un notaio o davanti a un tribunale competente, per essere poi registrata, essendo già stata costituita, di modo che tali effetti si producono retroattivamente, a far data dal momento in cui la coppia ha dato vita alla stabile relazione. L'unione affettiva di fatto registrata non crea, peraltro, diversamente dal matrimonio, un nuovo status civile (art. 318 comma III).

Il legislatore cubano tiene a precisare che il "momento costitutivo" della unione è fattuale, ossia legato alla volontà effettiva (anche se non formalmente dichiarata) delle parti di attuare un progetto di vita in comune, mentre l'atto formale notarile o giudiziale attraverso il quale se ne riconosce l'esistenza rappresenta il presupposto per l'applicazione dei diritti e dei doveri che la legge stabilisce. Se la coppia non vuole procedere ad un tale riconoscimento la legge non troverà applicazione rispetto alla loro unione, il che non significa che l'unione affettiva di fatto non esista, ma solo che non riceverà la protezione giuridica conferita dal Codice che non stabilisce imperativamente effetti giuridici per la coppia unita che non intenda avvalersene.

Tuttavia, come vedremo, l'unione di fatto può essere riconosciuta non solo per volontà congiunta delle parti, ma giudizialmente su richiesta di uno solo degli ex partner anche dopo che l'unione si è sciolta o *post mortem* su richiesta degli eredi, quando uno o entrambi i partner sono deceduti.

7.3. Presupposti per il riconoscimento delle unioni affettive di fatto

Come stabilito dall'art. 306, le tutele normative previste dal titolo VII del codice delle famiglie sono riservate a quelle unioni di fatto tra due persone legalmente capaci il cui progetto di vita in comune presenti i connotati della singolarità, stabilità e notorietà da almeno due anni.

In primo luogo, i partner di una unione affettiva di fatto che intendano accedere alle tutele giuridiche riservate dalla legge devono essere maggiorenni (cfr. anche art. 308 lett. *a*). La loro unione deve fondarsi su di un progetto di vita in comune di natura «singolare» – nel senso che nessuno dei due partner deve intrattenere contestualmente qualsiasi altro tipo di relazione, matrimonio o unione, con un soggetto terzo (cfr. anche art. 308 lett. *c*) – «stabile» – connotato dal carattere della costanza e della continuità – e «notorio» – ossia conosciuto da parte di coloro (familiari o amici) che, frequentando la coppia, possano percepire la natura affettiva della relazione in ragione del loro comportamento (cfr. anche art. 308 lett. *e*).

La norma fa riferimento ad un tempo di durata minimo della relazione affettiva – due anni (cfr. anche art. 308 lett. *d*) – quale indice “oggettivo” di stabilità e serietà dell’impegno assunto dai partner della unione, mentre alcun cenno espresso viene fatto alla necessità che venga data la prova del “vivere assieme” della coppia in un dato luogo (casa familiare). La relazione unionale è inquadrata nella sua dimensione affettiva, più che fisico-spaziale, ragione per cui la mancata individuazione di un luogo in cui la coppia vive insieme continuativamente (come nel caso in cui, lavorando in città diverse, ciascuno dei partner decide di mantenere la propria residenza stabile nel luogo in cui lavora) non sembra escludere la possibilità che l’unione riceva il riconoscimento e le previste tutele giuridiche. Ove questo luogo sia individuato – come è probabile che avvenga nella maggior parte delle relazioni affettive stabili – il legislatore si preoccupa tuttavia di richiamare gli uniti a disciplinarne l’uso e la destinazione in seno agli accordi di convivenza, specie in caso di cessazione della convivenza (vedi dopo paragrafo 8).

L’essenziale compresenza di tutti questi «requisiti» in capo ai componenti della unione affettiva di fatto affinché si possano produrre gli

effetti giuridici previsti dalla disciplina codicistica è ribadita dal successivo art. 308 che pone, altresì, il divieto per i membri della coppia di avere tra loro un vincolo parentale (che si tratti di legami di sangue, adottivi o socioaffettivi, cfr. artt. da 16 a 24) in linea diretta ascendente o discendente o collaterale fino al terzo grado, salvo che si tratti di affini (lett. *b*). Nel caso di una persona adottata il divieto di vincolo parentale vale anche nei confronti dei parenti biologici, sebbene il legame giuridico con loro sia stato interrotto.

La mancata compresenza di questi requisiti non vuol dire che l'unione non esista, bensì determina come conseguenza l'impossibilità per i suoi componenti di accedere alle tutele giuridiche previste dall'ordinamento. In termini temporali, ad esempio, se i partner non stanno assieme (o non sono in grado di dimostrare di stare assieme) da più di due anni, dovranno attendere che sia trascorso questo lasso di tempo prima di poter procedere alla registrazione della loro unione.

Questione più delicata pone la eventuale mancanza del requisito della «singolarità» della relazione, posto che l'art. 308, lett. *c*) fa espresso riferimento al fatto che i componenti della coppia «non devono essere sposati o mantenere un'altra unione affettiva simultanea di fatto, registrata in un atto notarile o registrata». Una interpretazione letterale di questa disposizione potrebbe infatti lasciar intendere che, se uno dei due componenti della coppia dovesse intrattenere con una certa stabilità e finanche notorietà due relazioni non riconosciute e volesse procedere al riconoscimento di una delle due, potrebbe farlo; così ragionando, tuttavia, si verrebbe a violare il dettato dell'art. 306, che richiede in termini più onnicomprensivi il requisito della «singolarità» della relazione affettiva, rendendo inaccettabile il fatto che si possa procedere al riconoscimento di una unione affettiva di fatto per via notarile o giudiziale nel caso in cui venga data la prova della coesistenza di altro rapporto di convivenza stabile intrattenuto da uno dei due membri della coppia, sebbene tale unione non sia riconosciuta. In linea con detti principi l'art. 317, comma III stabilisce, altresì, che la registrazione di una nuova unione affettiva di fatto non è ammissibile se prima non è stato registrato lo scioglimento di quella precedente. L'art. 316 fa salvi, tuttavia, i diritti del componente in buona fede di una unione affettiva di fatto, notoria e stabile, che non possa procedere alla registrazione – in tal caso necessariamente giudiziale – della stessa, perché l'altro partner risulta sposato o membro di altra, precedente, unione affettiva di fatto registrata per via notarile: una volta data la prova

della buona fede soggettiva del partner richiedente, ovvero della ignoranza senza colpa di tale impedimento, la norma in questione riconosce a lui e alla sua prole gli stessi diritti derivanti da una unione riconosciuta.

L'unione prende vita per volontà dei partner, ma ai fini del riconoscimento sarà necessario per loro dare la prova dell'esistenza della unione da almeno due anni: la semplice dichiarazione delle parti interessate, anche se concorde e congiunta, non è ritenuta sufficiente perché il notaio possa procedere alla stesura della dichiarazione notarile che ne certifica l'esistenza, in quanto il giudizio di notorietà è un giudizio di qualificazione giuridica, per il quale è necessario valutare le prove fornite.

La prova dell'esistenza di un'unione affettiva di fatto ai fini della registrazione può essere tuttavia data con qualsiasi mezzo riconosciuto dalla legge, sia davanti al notaio che davanti al Tribunale.

7.4. Il riconoscimento notarile della unione affettiva di fatto e gli accordi di convivenza

I membri della coppia di una unione di fatto affettiva possono accedere alle tutele riconosciute dall'ordinamento giuridico sulla base della loro comune volontà, rivolgendosi ad un notaio affinché costui attesti con atto di notorietà l'esistenza della detta loro unione, una volta che abbiano dimostrato di possedere tutti i requisiti richiesti dalla legge (art. 309, comma I). Copia dell'atto viene registrata nel registro delle unioni di fatto presso gli uffici dello stato civile (art. 309, comma III; art. 317, comma I) e rappresenta il prerequisite essenziale per far valere i diritti derivanti dall'esistenza di un'unione affettiva. La normativa prevede che possa essere riconosciuta per atto notarile anche una unione che sia già cessata ove le parti siano d'accordo e non siano trascorsi 5 anni dall'avvenuta cessazione (art. 309, comma II); ciò facendo gli ex conviventi potranno vedersi attribuiti diritti e doveri che le disposizioni normative riservano agli uniti a seguito della cessazione dell'unione riconosciuta (vedi dopo paragrafo 7).

Se, invece, successivamente alla registrazione dell'atto di notorietà si dovesse dare la prova della insussistenza dei requisiti previsti dall'art. 308, lo stesso atto potrebbe essere impugnato dall'interessato o dalla Procura della repubblica e conseguentemente dichiarato nullo,

unitamente alla iscrizione anagrafica (art. 312) e agli eventuali accordi di convivenza redatti dagli uniti.

Una volta avvenuta la registrazione dell'atto notarile di riconoscimento dell'unione, i partner possono decidere di fissare una serie di regole destinate a regolare sia i rapporti patrimoniali che quelli personali relativi al loro progetto di vita in comune sottoscrivendo un accordo di convivenza avente la forma dell'atto pubblico. Tale accordo, come le eventuali modifiche successive, compresa l'estinzione, saranno opponibili ai terzi non appena registrati.

Per quanto concerne i rapporti patrimoniali, in particolare, la legge rimette alla volontà delle parti la scelta circa l'individuazione di un eventuale regime giuridico di condivisione dei beni, stabilendo che in assenza di un accordo regolatore ciascuno dei membri dell'unione continuerà ad esercitare liberamente i poteri di amministrazione e di disposizione dei beni di sua esclusiva proprietà (art. 322, comma II); una scelta, quella di prevedere l'applicazione automatica di un regime di separazione di beni in assenza di diverse determinazioni, che risponde alla volontà legislativa di non imporre ai partner della unione conseguenze giuridiche patrimoniali non volute. L'esercizio dell'autonomia privata dei conviventi in questo settore è dunque molto ampia, ma subisce un limite imperativo nella previsione di cui al comma III dell'art. 322, ove è stabilito che «le norme contenute negli articoli dal 213 al 220 del presente Codice, relative alle disposizioni comuni a tutti i regimi economici tra coniugi, si applicano, se del caso, alle unioni affettive di fatto». Tali norme riguardano il regime patrimoniale primario e rispondono a principi di solidarietà, uguaglianza ed equità; alle stesse viene riconosciuto un profondo contenuto etico, tanto da poter essere considerate espressione di principi e valori appartenenti all'ordine pubblico familiare cubano, ragione per cui, in conformità a quanto disposto dall'art. 214, non possono essere derogate. Molte di queste norme sono poste a tutela di quello dei membri della coppia (coniuge o convivente) che, essendosi dedicato al lavoro domestico e di cura, venga a trovarsi in una situazione economico-patrimoniale sfavorevole a seguito della cessazione del rapporto, per non aver egli mai svolto un'attività remunerata durante il matrimonio o l'unione.

Tra i contenuti di natura patrimoniale oggetto di accordo possono rientrare il modo in cui i coniugi contribuiranno a far fronte agli oneri comuni della famiglia durante la loro vita in comune, le modalità di assunzione dei debiti comuni, l'assegnazione della casa familiare in

caso di separazione e la divisione dei beni acquistati assieme in caso di rottura del progetto di vita comune (art. 310). In particolare, per quanto concerne la responsabilità dei partner nei confronti dei debiti assunti rispetto ai terzi (art. 323), in assenza di un accordo che disponga diversamente, la legge prevede che nessuno dei partner può essere chiamato a rispondere delle obbligazioni assunte dall'altro salvo che non si tratti di debiti che uno di loro ha contratto per far fronte ai bisogni ordinari della famiglia o dei componenti della stessa bisognosi di tutela in quanto minorenni o economicamente vulnerabili, nel qual caso opererà il principio di solidarietà passiva fra gli uniti.

Tra i contenuti di natura personale (art. 310, lett. d), si ritiene rientrino quegli accordi riguardanti le modalità in cui la coppia desidera sviluppare il proprio progetto di vita insieme, come stabilire dove si svolgerà la convivenza familiare e se ci sarà una casa familiare, o manifestare intendimenti riguardanti la prole, se si desidera o meno averne e quali scelte educative si intende congiuntamente assumere nel caso se ne abbiano. L'autonomia delle parti in tale contesto è tradizionalmente soggetta ad un attento controllo da parte dell'autorità, e certamente non potrà esprimersi in previsioni che possano derogare ai diritti, ai doveri e alle garanzie riconosciute a tutte le persone dalla Costituzione cubana ed in particolare ai principi di comune assistenza, solidarietà, lealtà e rispetto che i partner si devono reciprocamente sinché dura il loro progetto di vita in comune, nell'ambito del quale hanno l'obbligo di sviluppare le loro relazioni senza ricorrere alla violenza e alla discriminazione, in qualsiasi forma queste si possano manifestare (artt. 320 e 321).

I componenti della unione possono decidere di modificare in qualsiasi momento gli accordi di convivenza sottoscrivendo un nuovo atto pubblico notarile di diverso contenuto e sarà onere del notaio eseguire gli adempimenti formali necessari per dare pubblicità alla modifica.

Per quanto concerne l'estinzione degli accordi, invece, questa opererà automaticamente a seguito della cessazione della unione affettiva che si venga a determinare per uno dei motivi indicati all'art. 324, cessazione cui consegue la fine degli effetti giuridici che la legge ricollega all'unione effettiva di fatto. Poiché, tuttavia, alcuni dei patti di convivenza previsti dalla coppia possono essere eseguiti solo al momento dello scioglimento dell'unione – come, ad esempio, quelli che determinano le regole di distribuzione dei beni – si farà riferimento per il

tempo necessario all'attuazione di tali accordi a quello già preventivamente stabilito dai partner o, in mancanza, a quello necessario in ragione della natura delle operazioni da effettuare (art. 311, comma III).

7.5. Il riconoscimento giudiziaro dell'unione affettiva di fatto

Oltre al riconoscimento volontario per atto notarile, l'unione affettiva di fatto può essere oggetto di riconoscimento giudiziale, sia durante la vita dei componenti dell'unione, che dopo la morte di uno o di entrambi. Il ricorso a questo tipo di procedura è avviato in assenza di un accordo tra i partner per il riconoscimento volontario, e può essere attuato anche se la unione è stata già sciolta. Se entrambi i componenti della unione sono ancora in vita, la procedura verrà attivata da quello dei due che vuole il riconoscimento formale della pregressa relazione nonostante il parere contrario dell'altro, al fine di poter godere dei diritti che una tale formalizzazione gli riconosce dopo la cessazione del rapporto di convivenza.

Colui o colei che agisce per il riconoscimento giudiziale dovrà dimostrare in giudizio l'esistenza della pregressa relazione di fatto e potrà intentare l'azione purché non siano trascorsi cinque anni dal giorno in cui la relazione è cessata, altrimenti il suo diritto è giudicato prescritto. L'individuazione esatta della data di inizio e di fine della relazione affettiva assume dunque particolare importanza, anche ai fini della relativa iscrizione nel registro corrispondente nel caso la stessa sia riconosciuta dal Tribunale (art. 315), ma non sempre sarà facile indicare con esattezza queste date, che il più delle volte finiranno per essere oggetto di contestazione.

Come dicevamo la procedura può essere avviata anche dopo la morte (o la presunzione giudiziale di morte) di uno o di entrambi i membri dell'unione, da parte del partner superstite o degli eredi: questa previsione normativa si spiega in ragione del fatto che solo al partner superstite di una unione civile riconosciuta (e, di conseguenza, ai suoi eredi) l'art. 328 attribuisce gli stessi diritti ereditari di quelli attribuiti ad un coniuge: dunque, solo se la unione verrà giudizialmente riconosciuta, costoro potranno succedere al partner premorto (art. 329 e art. 517 e ss.).

Il termine per l'esercizio dell'azione è anche in questo caso di cinque anni, ma decorre dal momento in cui l'unione si è estinta per morte o per dichiarazione giudiziale di presunzione di morte di uno dei partner (o di entrambi). Se al momento del riconoscimento della unione entrambi i partner sono deceduti, ma quello che è deceduto per ultimo non ha esercitato il diritto entro cinque anni dalla morte del primo, i di lui eredi non potranno esercitare la relativa azione: deve infatti ritenersi che i cinque anni inizino a decorrere dalla morte del primo, perché è da quel momento che l'unione può dirsi estinta. Se, invece, la causa di estinzione non è la morte, ma piuttosto la rottura della vita affettiva della coppia cui ha fatto seguito solo in un secondo momento la morte di uno o entrambi i membri della coppia, il momento a partire dal quale si calcola il termine di prescrizione di cinque anni non può essere fatto coincidere con la morte di uno dei partner, ma con la data in cui l'unione si è conclusa per una causa diversa dalla morte, essendo questa la vera causa della sua cessazione. In tali ipotesi gli eredi del defunto che vogliano intentare un'azione di riconoscimento dopo la di lui morte, potranno agire solo se dal momento della cessazione dell'unione non siano ancora trascorsi cinque anni: nel computare il lasso di tempo per loro utile ad agire si deve infatti tenere conto del periodo di tempo che il partner di cui sono eredi ha lasciato trascorrere senza agire in giudizio per il riconoscimento dell'unione.

Una volta accertata la pregressa esistenza di una unione civile di fatto, il Tribunale che ne accoglie il riconoscimento, definito per tale ragione "giudiziale", ne individua la data di inizio e (se del caso) di fine, iscrivendo la registrazione nell'apposito registro.

7.6. Gli effetti personali e patrimoniali della unione affettiva di fatto registrata

La registrazione di una unione affettiva di fatto produce sia effetti personali che patrimoniali, a prescindere dal fatto che a seguito della registrazione da parte del notaio la coppia abbia o meno proceduto a concludere degli specifici accordi di convivenza.

Con una norma di innegabile contenuto assiologico (l'art. 321), il legislatore stabilisce che tra i membri della coppia vigono doveri di assistenza, solidarietà e lealtà, e che gli uniti si devono reciproca consi-

derazione e rispetto finché dura la loro unione. Si tratta degli stessi doveri che l'art. 209 impone ai coniugi, in quanto l'impegno a progettare e attuare una vita affettiva insieme destinata a ricevere un riconoscimento giuridico, implica per il legislatore l'assunzione da parte dei componenti della coppia di doveri di ordine etico-morale, quali elementi tangibili della serietà dell'impegno assunto nel contesto di un accordo destinato a dare vita a una comunità di tipo familiare.

I partner adempiono ai doveri di assistenza nel prendersi cura l'uno dell'altro e degli altri membri della comunità familiare che hanno creato, contribuendo al soddisfacimento dei reciproci bisogni affettivi e spirituali; cooperando nel governo della famiglia, nel lavoro domestico così come nelle diverse sfere della vita, soprattutto quando uno dei due dovesse venire a trovarsi, per diverse ragioni, in una condizione di vulnerabilità. La norma si richiama poi alla solidarietà, da sempre considerato principio regolatore cardine delle relazioni familiari, espressamente indicato come tale dall'art. 3, comma I, lett. d) del nuovo codice delle famiglie e richiamato dall'art. 2, comma III come parametro di riferimento nell'adempimento dei doveri familiari e sociali a cui i componenti delle famiglie sono tenuti. La solidarietà implica il sostegno o la protezione che i partner devono darsi reciprocamente, sia in termini economici che spirituali. La lealtà è comune visione del mondo, capacità di comprendersi e rispettarci e richiama i partner a onestà e sincerità di comportamenti e azione, ma non necessariamente alla fedeltà reciproca.

Per quanto riguarda i rapporti di natura patrimoniale, come già anticipato, la fonte primaria è rinvenuta nell'autonomia privata e negli accordi stipulati tra le parti (art. 322, comma I), in assenza dei quali la regola generale è quella della separazione dei beni con relativa amministrazione e gestione individuale da parte di ciascuno dei membri della coppia (art. 322, comma II).

Coloro che abbiano deciso di derogare a quanto previsto dalla norma generale, andando a costituire una qualche forma di comunione dei beni destinata a durare fintanto che esisterà l'unione affettiva di fatto, non potranno comunque derogare alle disposizioni fissate dagli articoli da 213 a 220. Questo complesso di disposizioni delinea infatti il regime primario di contribuzione comune a tutti i regimi economici tra coniugi e trova applicazione, per espressa previsione normativa (art. 322, comma III), anche alle unioni affettive di fatto. L'art. 214 c.c. stabilisce in particolare che dette norme non possono essere derogate

da un accordo tra i coniugi – leggi uniti – e nel caso contrario, tale accordo è nullo, così come qualsiasi altro accordo che non rispetti l'equilibrio patrimoniale o il principio di solidarietà. Ciò significa che, a prescindere dalla separazione dei beni, i doveri di contribuzione o assistenza nei confronti del partner economicamente più vulnerabile sono imposti dal legislatore, così come la valorizzazione economica del lavoro domestico e di cura che è conteggiato come contributo agli oneri matrimoniali, il che è applicabile anche in materia di unioni affettive. Nello stesso senso muove la formulazione dell'art. 215 c.c., che individua il contenuto dell'obbligo di contribuzione sulla base del principio di uguaglianza, arrivando a consentire al partner adempiente di esigere l'adempimento di tale obbligo in Tribunale in caso di mancata spontanea ottemperanza da parte dell'altro.

In assenza di un accordo che disponga diversamente, la legge prevede che nessuno dei partner può essere chiamato a rispondere delle obbligazioni assunte dall'altro nei confronti di soggetti terzi, salvo che non si tratti di debiti che uno di loro ha contratto per far fronte ai bisogni ordinari della famiglia o dei componenti della stessa necessitanti di tutela, in quanto minorenni o economicamente vulnerabili, nel qual caso, in applicazione dell'art. 219 c.c., opererà il principio di solidarietà passiva fra gli uniti, con la conseguenza che chi ha contribuito con i propri beni al soddisfacimento di tali esigenze per intero avrà diritto a essere rimborsato in quota parte.

L'opponibilità ai terzi di qualsiasi accordo patrimoniale stipulato dalla coppia, sia esso costitutivo, modificativo o risolutivo, è condizionato dalla annotazione a margine della registrazione dell'unione affettiva di fatto. Diversamente, quegli stessi accordi una volta conclusi davanti ad un notaio – siano essi costitutivi, modificativi o risolutivi – produrranno immediati effetti legali tra gli stipulanti, anche se non dovessero essere registrati, in quanto la registrazione avrà per loro solo effetti probatori, e non costitutivi (317, comma II).

7.7. La cessazione della unione affettiva di fatto

L'art. 324 individua le diverse cause che possono determinare la cessazione della unione affettiva di fatto distinguendo tra cause che si possono definire naturali – come a) la morte di uno dei due partner e b) una decisione giudiziaria definitiva di presunzione di morte sempre

di uno dei partner – e cause che discendono dalla volontà dei componenti dell'unione – come c) il matrimonio tra i componenti dell'unione affettiva di fatto, d) un atto notarile uguale e contrario a quello con cui l'unione è stata registrata iscritto nel registro corrispondente, e) il matrimonio con un soggetto terzo di uno dei due partner o la manifestazione unilaterale di uno dei due partner di voler sciogliere l'unione contenuta in un atto notarile, entrambi debitamente notificati alla controparte.

Tra le prime cause di estinzione della unione il legislatore individua, dunque, la morte o la dichiarazione giudiziale di presunzione di morte di uno dei partner. Una volta provata l'una o l'altra, l'unione di fatto cessa di esistere, si estingue, lasciando il sopravvissuto libero di formare una nuova unione di fatto con un altro partner ed eventualmente di registrarla, o di contrarre un matrimonio, a seconda della scelta di vita che intenderà attuare. Entrambi questi motivi comportano l'apertura della successione: il superstite di un'unione affettiva ha infatti i medesimi diritti ereditari del coniuge superstite (art. 328). In queste ipotesi troverà altresì applicazione l'art. 220, a norma del quale «alla morte di uno dei coniugi [leggi uniti] gli indumenti, i mobili di valore essenzialmente affettivo e gli altri beni che costituiscono la massa domestica comune vengono consegnati al coniuge superstite, senza essere imputati alla sua quota ereditaria» con esclusione dei gioielli, degli oggetti artistici, degli oggetti storici, degli oggetti legati alla fede e degli altri oggetti di particolare valore che non sono compresi tra gli effetti domestici (comma II).

Tra le cause di cessazione della unione affettiva di fatto che dipendono dalla volontà dei componenti della coppia viene in primo luogo individuata la decisione congiunta degli stessi di contrarre matrimonio: in tal caso è sufficiente la mera formalizzazione del matrimonio tra gli stessi partner per mettere fine all'unione. La registrazione del matrimonio comporta, infatti, la immediata perdita degli effetti giuridici dell'unione di fatto, senza che sia necessario per la coppia stipulare un atto notarile in cui i componenti dichiarano la propria intenzione di sciogliere l'unione; la notizia dell'avvenuto matrimonio che ha posto fine all'unione di fatto dovrà tuttavia essere notificata al registro dello stato civile in cui era registrata l'unione di fatto e ivi iscritta a margine, al fine di garantire adeguata pubblicità della avvenuta cessazione dell'unione di fatto rispetto ai terzi. Anche gli accordi di convivenza e gli altri eventuali accordi stipulati dagli uniti devono considerarsi

estinti con la formalizzazione del matrimonio; una volta contratto matrimonio, infatti, i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi saranno regolati sulla base di ciò che la legge stabilisce e/o i coniugi decidono nel rispetto delle regole fissate dallo specifico statuto dell'istituto matrimoniale. Alcuni degli effetti prodotti dagli accordi precedentemente sottoscritti fra gli uniti possono tuttavia temporalmente permanere poiché, soprattutto rispetto a decisioni che erano state assunte nell'ambito patrimoniale, può essere necessario procedere a liquidazioni o compensazioni tra i membri della stessa coppia ora sposata e/o ad estinguere debiti contratti nei confronti di soggetti terzi.

Il progetto di vita assieme può, invece, fallire: in tal caso la coppia può sciogliere l'unione registrata di comune accordo con atto notarile che dovrà essere iscritto nel registro corrispondente. Solo l'adempimento di quest'ultima formalità permetterà ai membri della coppia di poter successivamente registrare una nuova unione civile o un matrimonio con un diverso partner. Ricorrendo tali circostanze, i partner possono altresì decidere davanti al notaio di modificare o estinguere gli accordi relativi ai rapporti patrimoniali precedentemente stabiliti. Il notaio che procede a redigere l'atto di scioglimento dell'unione affettiva deve darne comunicazione al registro dello stato civile in cui era stata registrata l'unione stessa al fine di darne pubblicità, in conformità alle disposizioni dell'art. 317, comma II.

Con una previsione che appare un po' fuorviante, la disposizione contenuta alla lettera d) dell'art. 324 afferma nel suo incipit che il matrimonio di uno dei partner dell'unione affettiva registrata con un soggetto terzo – posto che quello tra gli stessi componenti della coppia è regolamentato alla precedente lettera c) – possa estinguere quest'ultima. Come si è avuto modo di precisare, tuttavia, quando viene registrata un'unione affettiva di fatto ai membri di questa unione è impedito contrarre matrimonio con soggetti terzi fino a quando l'estinzione dell'unione non viene registrata a margine dell'iscrizione principale, momento a partire dal quale è possibile agli ex uniti ufficializzare un nuovo matrimonio (o una nuova unione), il che implica che affinché l'ufficiale di stato civile o gli altri soggetti a ciò preposti possano autorizzare un matrimonio (o una nuova unione), è indispensabile che prima si sia estinta la precedente unione. Un matrimonio contratto da uno dei partner dell'unione affettiva di fatto registrata con un soggetto terzo prima che il partner in questione abbia proceduto a sciogliere

l'unione per manifestazione unilaterale di volontà notificata e registrata, risulterebbe infatti nullo ai sensi dell'art. 205, lett. d) del Codice delle famiglie.

Chiaramente la decisione di sciogliere l'unione può essere unilaterale, perché solo uno dei due partner non vuole continuare il progetto di vita in comune e vuole, eventualmente, contrarre matrimonio o registrare una nuova unione con un soggetto terzo. Anche in questo caso non è necessario ricorrere a un procedimento giudiziario: l'unione si considera sciolta dal momento in cui il partner in questione dichiara in un atto notarile di non voler continuare il progetto di vita in comune e di voler sciogliere unilateralmente l'unione; questo atto notarile, debitamente notificato alla controparte, potrà essere successivamente iscritto nel relativo registro dando ufficialmente fine alla convivenza. Una volta sciolta l'unione di fatto affettiva per manifestazione unilaterale di volontà di uno solo dei partner, i patti di convivenza relativi alle questioni inerenti alla vita affettiva della coppia, ossia quelli di matrice personale, si intendono tacitamente risolti; non così quelli di contenuto patrimoniale destinati a rimanere in vigore fino a quando i coniugi non li risolveranno di comune accordo o, in caso di mancato accordo, fino ad una procedura di liquidazione giudiziale.

7.8. Conseguenze economiche della cessazione della unione affettiva di fatto

Dalla cessazione di una unione affettiva di fatto volontaria discendono conseguenze economiche simili a quelle che fanno seguito alla cessazione del rapporto matrimoniale.

La previsione di questi effetti rappresenta senza dubbio una delle novità più rilevanti introdotta dal Codice delle famiglie e risponde alla esigenza di quelle persone che hanno deciso di unirsi in un progetto di vita comune continuativo e stabile, sia pure diverso dal matrimonio, di poter comunque godere di una certa tutela economica in ipotesi di cessazione del rapporto e, nel rispetto dei principi di solidarietà e uguaglianza, auspicare ad un riequilibrio di quelle possibili ingiustizie patrimoniali discendenti da una determinata impostazione della vita familiare.

In particolare, a norma dell'art. 327, letto in combinato disposto con l'art. 275 dello stesso codice, è possibile che sia riconosciuto a favore

del partner che ne dovesse aver bisogno a causa di una condizione di vulnerabilità economica, un assegno di mantenimento temporaneo. I presupposti per l'attribuzione di tale assegno sono quelli stabiliti all'art. 275, ovvero che l'ex partner a favore del quale il mantenimento è corrisposto non svolga un'attività lavorativa e non disponga di altri mezzi di sostentamento, nel qual caso il relativo assegno potrà essere corrisposto (a) per la durata di un anno, se non vi sono figlie e figli a suo esclusivo carico, ovvero (b) per un periodo di tempo considerato ragionevole per cercare un'occupazione remunerativa se ci sono figlie e figli in comune; se, invece, (c) a causa dell'invalidità, dell'età, della malattia o di un altro handicap insormontabile, egli non sia in grado di lavorare e non disponga di altri mezzi di sostentamento in misura sufficiente a mantenersi, il mantenimento dovrà essere garantito finché persiste questa condizione di vulnerabilità. Oltre che nei termini suindicati, il dovere di prestare gli alimenti all'ex coniuge in situazione di vulnerabilità cessa quando l'ex coniuge si è risposato o ha costituito un'unione affettiva di fatto registrata, oltre che in tutti gli altri casi stabiliti all'art. 39 del Codice delle famiglie.

In aggiunta all'eventuale assegno di mantenimento, l'unito che si è abitualmente dedicato al lavoro domestico e di cura della famiglia e che, per tale ragione, non ha svolto alcuna attività professionale o lavorativa remunerata o redditizia durante la relazione, ha diritto a ricevere una compensazione economica per riequilibrare la situazione patrimoniale svantaggiosa in cui si venga a trovare nel momento della cessazione dell'unione, in ragione delle scelte assunte di comune accordo dalla coppia da cui è conseguita una disuguaglianza nella sua capacità di guadagno, commisurata alla durata della convivenza (a norma dell'art 327, letto in combinato disposto con l'art. 276). A questa previsione non sembra possa essere ricondotta alcuna funzione "punitiva" (ad esempio per la scelta esercitata da uno solo dei partner di porre fine alla convivenza), bensì la funzione di promuovere il superamento della condizione economica sfavorevole che la fine della convivenza può aver causato al partner che si sia dedicato alla cura della famiglia a scapito della sua crescita professionale: un 'correttivo' allo squilibrio patrimoniale di vantaggio che da tale impostazione della vita in comune può essere derivato a favore del convivente che ha beneficiato, anche in termini di guadagni personali, dei sacrifici effettuati dall'altro nell'interesse della convivenza.

L'art. 326 stabilisce altresì l'attribuzione preferenziale dell'uso e del

godimento dei beni acquistati in comune alla persona che si è dedicata al lavoro domestico e di cura, usufrutto che sarà goduto fino alle operazioni di liquidazione di tali beni acquistati in comune dal coniuge, se tali beni esistono.

A favore del componente della coppia di fatto che sia in via prevalente responsabile della tutela e della cura della prole minorenni o che sia stato individuato come soggetto destinato al sostegno di figli maggiorenni in situazione di disabilità può altresì essere attribuito il diritto reale di abitazione nella casa che fosse luogo di comune residenza della coppia prima dello scioglimento dell'unione, se di proprietà esclusiva di uno dei due partner, allorquando il richiedente sia in grado di dimostrare di non avere la disponibilità di una abitazione in proprietà o ad altro titolo che gliene garantisca il godimento (art. 331 in combinato disposto con l'art. 285, entrambi del Codice di famiglia). Allo stesso modo tale diritto gli può essere garantito se riesce a dimostrare di avere estrema necessità di un'abitazione dove vivere e di non essere assolutamente in grado di procurarsela nell'immediato, data la situazione di vulnerabilità in cui si sia venuto a trovare a seguito della cessazione dell'unione. In tali circostanze, questo diritto reale può essere concesso dal Tribunale, ma sarà necessario specificare il termine di durata della attribuzione, tenuto conto delle circostanze del singolo caso. Tale diritto sarà opponibile ai terzi non appena registrato.

Per quanto concerne la distribuzione dei beni della coppia, in assenza di patti di convivenza che contengano espresse previsioni sul punto, l'art. 325 stabilisce che i beni acquistati dai partner durante l'esistenza dell'unione affettiva di fatto registrata restano in proprietà di colui al quale sono stati intestati al momento dell'acquisto o in quota parte a entrambi se acquistati in comunione, in applicazione del regime stabilito dal Codice civile per i beni in comproprietà. Si considerano beni in comproprietà quelli acquistati da uno solo dei partner della coppia affettiva di fatto durante il rapporto quando si possa dimostrare che l'altro abbia contribuito finanziariamente a detto acquisto dedicando la propria esistenza in modo esclusivo al lavoro domestico e alla cura della vita familiare o quando, per motivi di età, invalidità o malattia o altro impedimento grave, egli non sia in grado di lavorare e non abbia altri mezzi di sostentamento (comma III). Tale normativa esplicita quanto già affermato dall'art. 216 nell'ambito dello statuto matrimoniale, ove il legislatore nel precisare che «se durante la convivenza

c'è una divisione sessuale dei ruoli e delle funzioni, ciò non può comportare squilibri o svantaggi economici per i coniugi» (leggi uniti) riconosce il valore dei contributi indiretti, anche di natura non finanziaria, nell'acquisizione dei beni accumulati durante il matrimonio (leggi convivenza), assicurandosi che il lavoro domestico e di cura sia computabile come contributo alle spese sostenute per tali acquisizioni.

7.9. Decisioni relative alla prole nei casi di cessazione della unione affettiva di fatto

Una volta concordata l'estinzione dell'unione affettiva di fatto, gli ex partner possono altresì fissare regole relative all'affidamento, mantenimento e gestione della prole mediante un accordo stipulato di fronte al notaio; in tale contesto è chiamato ad intervenire anche il Pubblico Ministero che deve esprimere un proprio parere scritto in merito agli accordi assunti, dopo aver ascoltato le figlie e i figli, al fine di accertare che tali accordi siano conformi alla legge, equi e tutelino i concreti interessi della prole. Nel rispetto del dettato normativo (art. 329) gli ex partner hanno la possibilità, ma non il dovere di stipulare detti accordi: dipende dalla loro volontà e dal modo in cui intendono affrontare la fine della loro relazione, potendo continuare ad allevare i figli in perfetta armonia senza che nulla debba essere necessariamente concordato per iscritto. Ove gli ex partner decidano di sottoscrivere tali accordi, il contenuto potrà riguardare (a) il regime di affidamento prescelto rispetto alla prole minorenni comune della coppia e, di conseguenza, le modalità e il tipo di comunicazioni interne adottato; (b) la determinazione dell'importo e le modalità di corresponsione del mantenimento da versare alla prole minorenni e/o ai figli maggiorenni che frequentano un istituto di istruzione nazionale che non rende loro possibile il regolare svolgimento di un'attività lavorativa, e/o ai figli maggiorenni portatori di handicap; (c) qualsiasi altro aspetto dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

Se la coppia affettiva di fatto ha dato di vita ad una famiglia ricostruita (art. 180) è inoltre possibile, ai sensi del secondo comma dell'art. 329, che i partner decidano di assumere delle determinazioni rispetto anche alla prole minorenni affine, in particolare per quanto riguarda il regime di frequentazione, l'affidamento e la cura; anche in merito all'eventuale mantenimento se i partner di comune accordo ritengono

di dare indicazioni.

Se dopo la cessazione dell'unione affettiva di fatto non c'è accordo tra i partner rispetto alle questioni relative ai loro rapporti con le figlie e i figli minorenni, tali decisioni dovranno essere invece assunte per via giudiziale dal Tribunale (art. 330).

8. Famiglie ricostituite

María del Mar Heras Hernández

SOMMARIO: 8.1. Nuove tipologie di famiglia. Famiglie ricostituite. – 8.2. Quadro normativo. – 8.3. Delimitazione concettuale e presupposti. – 8.4. Contenuto obbligatorio della responsabilità delle madri e dei padri imparentati durante la vita di coppia. – 8.5. L’obbligo di mantenimento in via sussidiaria. – 8.6. L’esercizio congiunto della responsabilità genitoriale da parte di uno dei genitori con il genitore affine. – 8.7. La delega volontaria dell’esercizio della responsabilità genitoriale a genitori affini. – 8.8. Il diritto dei genitori affini all’attribuzione della custodia, delle cure e delle comunicazioni dopo la rottura della coppia, tenendo conto degli interessi del figlio minore. – 8.8.1. Attribuzione giudiziaria. – 8.8.2. Attribuzione da parte di un notaio. – 8.9. Le possibili ripercussioni dell’istituzione di questo tipo di famiglia nel diritto di successione.

8.1. Nuove tipologie di famiglia. Famiglie ricostituite

La libertà personale permea i diversi sistemi familiari, superando elementi tipici delle epoche passate, come l’indissolubilità del matrimonio, la “causalizzazione” delle crisi coniugali, la predominanza della famiglia nucleare consanguinea e la responsabilità genitoriale che non tiene conto della volontà dei figli. Dall’ampio riconoscimento della libertà personale, le possibilità di formare una nuova famiglia sono molto numerose, rendendo possibile una convivenza comune con i figli nati da relazioni precedenti. È anche comprensibile la tolleranza verso nuovi modelli familiari, che hanno profondamente modificato la fisionomia più tradizionale della famiglia. Tra queste nuove tipologie

familiari ci sono le cosiddette famiglie ricostituite, caratterizzate dall'unione di coppie precedentemente divorziate o separate, in cui le madri e i padri imparentati assumono volontariamente la responsabilità congiunta dell'educazione e dell'istruzione dei figli della coppia, il che significa che sono attivamente coinvolti nello sviluppo delle attività quotidiane con i minori, con i quali vivono e mantengono una relazione affettiva molto vicina a quella della genitorialità. Questo modello di famiglia ha una sua idiosincrasia, caratterizzata da una struttura complessa e da una molteplicità di legami. Tuttavia, la loro identità è "molto più fragile di quella della famiglia tradizionale, a causa delle circostanze in cui sono costituite"¹.

Dal punto di vista dei ruoli svolti dalle madri e dai padri connessi, basati sulla collaborazione e sulla partecipazione, l'esercizio di questi ruoli dovrebbe essere orientato non solo alla ricerca del benessere generale dei figli, ma anche alla costruzione di legami affettivi solidi ed efficaci per formare una famiglia unita dal sentimento e dalla volontà comune di appartenere a una vera famiglia.

Mentre il Codice di Famiglia del 1975 si concentrava sulla famiglia più tradizionale, il nuovo Codice delle Famiglie rompe con questo modello monolitico, superando il vuoto giuridico che esisteva intorno a questa nuova tipologia di famiglia. Ora sono legalmente riconosciute attraverso l'articolazione del loro regime giuridico, principalmente incentrato sui doveri delle madri e dei padri legati in relazione ai figli del partner, compresi alcuni effetti patrimoniali in modo specifico.

8.2. Quadro normativo

La Costituzione della Repubblica di Cuba del 2019 riflette adeguatamente l'attuale realtà sociale e familiare. L'articolo 81 riconosce il diritto di ogni persona di formare una famiglia secondo la propria scelta personale, in piena conformità con il libero sviluppo della personalità, come stabilito dall'articolo 47. Inoltre, la dignità della persona è un valore supremo nell'intero sistema giuridico costituzionale cubano, come stabilito dall'articolo 40. Sulla base di queste premesse giuridiche, il

¹ I.M. MÉNDEZ TRUJILLO, *El estatuto de los padres y madres afines*, in *Las familias y la Constitución*, a cura di Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Daimar CANOVÁS GONZÁLEZ, Editore Olejnik, Santiago del Cile, 2020, p. 239.

Codice delle Famiglie cubano² ha superato il vuoto giuridico che esisteva intorno a questa nuova modalità di famiglia, stabilendo il suo regime giuridico negli articoli da 180 a 188.

8.3. Delimitazione concettuale e presupposti

Le famiglie ricostituite sono definite come quelle composte dal coniuge o dal partner affettivo del genitore che ha la custodia di uno o più figli (art. 181), creando una relazione familiare triangolare³. L'articolo 672 del Codice Civile e Commerciale argentino definisce le madri e i padri affini come segue: "un genitore affine è il coniuge o il convivente che vive con la persona che ha la cura personale del bambino o dell'adolescente".

La sua caratteristica fondamentale è l'apporto dei propri figli, nati da una precedente relazione, con l'obiettivo di integrarli pienamente nella nuova famiglia, ma anche con la volontà di agire come madri o padri nella vita quotidiana dei minori. Questa volontà è tipica delle relazioni di coppia stabili e durature, in modo tale che le madri e i padri legati possano diventare veri e propri riferimenti materni o paterni per i minori che non sono comuni⁴. In questo senso, si sottolinea che, se si guardasse esclusivamente al semplice fatto che due persone formano una nuova famiglia, dopo la rottura di una precedente, questa situazione non porrebbe alcun problema giuridico, poiché a seconda che si tratti di una famiglia matrimoniale o di un'unione di fatto, si applicherebbero le norme corrispondenti, con tutte le conseguenze giuridiche previste per la sfera personale, patrimoniale o di successione⁵. Il problema principale è l'integrazione dei figli del partner precedente nella

² Approvata dalla Legge n. 156 "Código de las familias" del 22 luglio 2022, avallata dal Presidente della Repubblica il 26 settembre 2022, ratificata dal referendum popolare del 25 settembre.

³ F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La filiación ante el nuevo reto de la multiparentalidad*, in *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: La multiparentalidad*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO e MDM. HERAS HERNÁNDEZ, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago del Cile, 2022, p. 150, quando definisce le famiglie ricostituite come la situazione familiare in cui almeno uno dei suoi membri porta nella nuova famiglia uno o più figli da una relazione precedente.

⁴ MDM., HERAS HERNÁNDEZ, *Una propuesta de filiación múltiple: La adopción del hijo de la pareja cuando el otro progenitor ha premuerto*, in *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: La multiparentalidad*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO e MDM. HERAS HERNÁNDEZ, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 451.

⁵ V. BARBA, *Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: Nuevos retos*, in *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: La multiparentalidad*, a cura di L.B. PÉREZ

nuova famiglia⁶.

La famiglia ricostituita può avere molteplici varianti: genitore con figli unito a un'altra persona senza figli; genitore con figli unito a un'altra persona che ha anch'essa figli; coppie con figli avuti da relazioni precedenti che vivono con il nuovo partner con cui condividono i figli. A questa situazione familiare si aggiunge il ruolo svolto dai genitori che si occupano dei bambini o degli adolescenti⁷, la cui posizione giuridica nei loro confronti rimane intatta.

Per quanto riguarda i presupposti che le famiglie ricostituite devono soddisfare, dobbiamo fare riferimento a: l'esistenza di figli minori; l'integrazione di questi figli nella nuova famiglia e l'esistenza di un'effettiva convivenza familiare comune, ossia che entrambi i genitori e i parenti vivano insieme nello stesso nucleo familiare.

8.4. Contenuto obbligatorio della responsabilità delle madri e dei padri imparentati durante la vita di coppia

Nel contesto delle famiglie ricostituite, il principio della proprietà condivisa e dell'esercizio della responsabilità genitoriale tra i genitori rimane invariato. Le madri e i padri imparentati assumono l'obbligo di collaborare nell'esercizio di questa responsabilità. Questa collaborazione non pregiudica i diritti dei titolari della responsabilità genitoriale (Art. 181.3)⁸, in quanto queste funzioni partecipative non sono in alcun modo assimilate alla responsabilità genitoriale, né costituiscono una vera e propria filiazione, in quanto i bambini e gli adolescenti mantengono i loro precedenti rapporti di parentela e i loro cognomi, senza che

GALLARDO e MdM. HERAS HERNÁNDEZ, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago del Cile, 2022, p. 472.

⁶ I.M. MÉNDEZ TRUJILLO, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, in *Un nuevo Derecho para las familias. A propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba*, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago del Cile, 2023, p.141, quando afferma che l'elemento che configura la famiglia mista è l'esistenza obbligatoria di un figlio da un'unione precedente.

⁷ V. GARCÍA HERRERA, *Las familias reconstituidas: El vacío jurídico como obstáculo a su consolidación*, in *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: La multiparentalidad*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO e MdM., HERAS HERNÁNDEZ, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago del Cile, 2022, p. 319.

⁸ Nello stesso senso, l'articolo 231-1.2 del Codice Civile della Catalogna afferma che: "I figli di ciascuno dei genitori che convivono nello stesso nucleo familiare, come conseguenza della formazione di famiglie ricostituite, sono riconosciuti come membri della famiglia, con gli effetti che sono legalmente determinati. Questo riconoscimento non altera i legami con l'altro genitore".

vengano stabiliti diritti di successione reciproci. Si tratta di una “genitorialità meramente funzionale”, non esente da possibili conflitti, come quelli legati all’effettiva distribuzione degli obblighi assunti per la cura dei figli che sono condivisi e che si basano sulla comune convivenza con i minori, nonché sul legame affettivo e sull’attaccamento che, in modo significativo, si genera tra tutti loro.

Il Codice di Famiglia si concentra sugli obblighi che spettano ai responsabili dei figli avuti in comune, stabiliti dall’articolo 181. Inizialmente, si parte da un obbligo fondamentale che consiste nel promuovere il legame affettivo con i figli con cui si vive insieme, favorendo una relazione affettiva vantaggiosa per loro, basata su attaccamento, rispetto e fiducia reciproca. La norma specifica altri obblighi, facendo riferimento, in primo luogo, al dovere di cooperare nell’educazione e nell’istruzione dei figli avuti in comune. Poiché vivono con loro, è logico pensare che gli spetti partecipare attivamente all’educazione, tenerli in compagnia, educarli e prendersene cura, in modo molto simile all’esercizio della funzione-dovere inerente all’esercizio della responsabilità genitoriale, senza arrivare all’ampio catalogo di obblighi che sono descritti in dettaglio nell’articolo 138. Vorrei sottolineare che i genitori legati non hanno la rappresentanza legale dei figli, né hanno poteri di amministrazione sui beni e sui diritti dei figli del partner, che corrispondono ai titolari della responsabilità genitoriale in conformità alle disposizioni degli articoli 139 e 170 del Codice di Famiglia.

Il dovere di co-genitorialità si riferisce alla fornitura di cure e attenzioni per i figli condivisi, in particolare in tenera età. Il ruolo della cooperazione nella genitorialità condivisa genera una corresponsabilità nella fornitura di cure insieme al genitore che si occupa dei figli. Per spiegare la situazione familiare, è stato dimostrato che ci troviamo di fronte a una multigenitorialità gerarchica, attraverso l’attuazione di un modello che duplica alcune funzioni genitoriali, che sono condivise tra i genitori che si occupano dei bambini e le madri o i padri ad essi collegati, facendo prevalere una gerarchia che favorisce i detentori della responsabilità genitoriale⁹.

In secondo luogo, le madri e i padri affini si assumono l’obbligo di svolgere le attività quotidiane dei bambini e degli adolescenti, cioè sia

⁹ F. PABLO NOTRICA, *La figura de madres y padres afines. Un análisis comparado entre el Código Civil y Comercial argentino y el nuevo Código de familias cubano*, in *Derecho de las Familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Parte I, M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs), a cura di C. BEGUIRISTAN, N. DE LA TORRE e F. NOTRICA, Editoriale del Sur, 2023, p. 503.

nella sfera domestica che in quella educativa. Si tratta di una funzione di cooperazione, assistenza, accompagnamento o aiuto nello svolgimento di tutte le attività quotidiane con loro. Infine, gli viene riconosciuto un certo margine di autonomia per prendere le decisioni necessarie in situazioni di emergenza o che mettono a rischio o in pericolo la vita, l'integrità fisica, lo stato di salute o la sicurezza dei minori. Questo obbligo non include espressamente il dovere di informare i genitori della situazione di emergenza e della decisione presa in base all'immediatezza richiesta dalla situazione. Tuttavia, questo dovere di informare i genitori deve essere inteso come implicito in esso.

Se durante la convivenza con i minori, sorgono delle discrepanze tra il genitore tutore e i genitori affini, è legalmente stabilito che prevarrà il criterio assunto dal genitore tutore, in conformità alle disposizioni dell'Art. 181.2 del Codice di Famiglia. Questa regola di risoluzione dei conflitti è pienamente coerente con le funzioni legalmente attribuite ai titolari della responsabilità genitoriale connessa, in corrispondenza del ruolo di cooperazione che svolgono nell'ambiente familiare e nelle relazioni quotidiane con i figli del partner.

8.5. L'obbligo di fornire la manutenzione su base sussidiaria

L'effetto principale della convivenza non è solo l'assunzione di una serie di doveri da parte dei genitori conviventi in relazione alla cura e all'educazione dei figli del partner, ma può anche avere effetti patrimoniali. L'articolo 185 del Codice di Famiglia stabilisce l'obbligo dei genitori conviventi di provvedere agli alimenti per i figli del partner come obbligo sussidiario o in mancanza dell'obbligo che spetta principalmente ai titolari della responsabilità genitoriale, in armonia con le disposizioni dell'articolo 27, che stabilisce l'ordine degli obbligati agli alimenti reciproci, tra cui madri, padri e figli conviventi.

L'obbligo di mantenimento cessa dopo la fine del matrimonio, sia per divorzio che per rottura della convivenza coniugale affettiva. Sebbene questa sia la regola generale, quando i genitori affini hanno provveduto al mantenimento dei figli o degli adolescenti durante la convivenza quasi familiare e la rottura causa loro un grave danno economico, al punto da provocare un possibile abbandono materiale dei fi-

gli, in tali circostanze, l'obbligo dei genitori affini, che hanno mantenuto i figli del partner, può essere stabilito giudizialmente di fornire gli alimenti in via transitoria, vale a dire per un periodo di tempo da determinare giudizialmente, in base alla capacità economica del fornitore e alle sue esigenze specifiche, tenendo conto della durata della convivenza.

Va notato che questo obbligo è soggetto a determinate condizioni: che durante la convivenza i genitori affini siano stati esclusivamente responsabili del mantenimento dei figli del partner e che la rottura generi un grave pregiudizio al loro benessere generale. Questo danno si identifica con la generazione di uno stato di reale necessità per loro.

L'importo degli alimenti è determinato sulla base del principio di proporzionalità, tenendo conto della capacità economica del genitore legato e dello stato di bisogno dei figli del suo partner (Art. 30), nonché della durata della convivenza. L'obbligo di fornire gli alimenti è soggetto al termine finale che deve essere fissato dal tribunale. Non c'è dubbio che la norma sia certamente protettiva dell'interesse superiore del bambino o dell'adolescente, al fine di prevenire situazioni di abbandono materiale del bambino o dell'adolescente a seguito della rottura della coppia.

8.6. Casi di delega volontaria della responsabilità genitoriale a genitori affini

Un contributo molto interessante del Codice delle Famiglie è l'espressa possibilità legale di delegare volontariamente e parzialmente l'esercizio della responsabilità genitoriale a favore di madri e padri imparentati¹⁰. Sembra ragionevole che questa delega possa essere fatta volontariamente a favore di coloro che vivono quotidianamente con i bambini o gli adolescenti, mantenendo una relazione affettiva molto stretta, articolando un quadro giuridico che fornisce una copertura per alcune pratiche che sono molto comuni.

Dal punto di vista giuridico, si configura come uno strumento con-

¹⁰ Sulla delega volontaria della responsabilità genitoriale, L.B. PÉREZ GALLARDO, *La delegación voluntaria y parcial del ejercicio de la responsabilidad parental en el Código de las Familias*, in *Temas actuales de Derecho Privado II*, a cura di M.D. CERVILLA GARZÓN e Á.M. BALLESTEROS BARROS, Monografías Aranzadi Derecho Civil, Cizur Menor, Navarra, 2023, pp. 65-94.

sensuale di organizzazione familiare, molto utile per il corretto esercizio della responsabilità genitoriale, attraverso il quale la sua delega è resa possibile in circostanze eccezionali. Il contenuto di questa delega si riferisce essenzialmente alla tutela e alla cura dei minori e si svolge, in questo caso, a favore delle madri e dei padri imparentati.

La delega è definita come un accordo o una convenzione espressa e formale che coinvolge i titolari della responsabilità genitoriale, il coniuge o il partner stabile di uno di loro, che accetta la delega. I figli e le figlie hanno il diritto di essere ascoltati finché sono sufficientemente maturi, in conformità all'Art. 12 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, anche in relazione alla progressiva autonomia dei minori. La delega consente di trasferire parte dell'esercizio della responsabilità genitoriale a favore di genitori affini, in via eccezionale e temporanea, per situazioni eccezionali, come l'assenza o l'impossibilità temporanea di tale esercizio da parte del genitore affidatario dei minori, e sempre a beneficio dei minori.

Secondo questa nozione, la delega deve essere sufficientemente giustificata e quindi esclude qualsiasi situazione di "abbandono" volontario dell'esercizio delle funzioni proprie della responsabilità genitoriale. La delega è eccezionale, in quanto l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta esclusivamente ai titolari della responsabilità genitoriale. L'accordo volontario di delega è sempre parziale, in quanto il genitore affidatario dei figli non può svuotare completamente il contenuto dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Si tratta di una delega temporanea, parziale e formale.

La delega dell'esercizio della responsabilità è sufficientemente giustificata quando esistono circostanze che oggettivamente impediscono o ostacolano seriamente il pieno e corretto esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore a cui sono affidati i bambini o gli adolescenti. Queste circostanze possono includere l'assenza temporanea del genitore, come viaggi o missioni ufficiali all'estero, problemi di salute temporanei, come situazioni di malattia, dipendenza o disabilità che colpiscono il genitore, o altre cause che rendono necessaria la delega, come motivi di lavoro o professionali che non ammettono ritardi. È importante aggiungere la circostanza che anche l'altro genitore non sia in grado di esercitare la responsabilità genitoriale. Nel caso opposto, ossia quando il genitore non affidatario dei minori rivendica la custodia e la cura dei figli, la delega è esclusa *ministerio legis*.

La delega è limitata nel tempo, in conformità al riferimento fatto

dall'Art. 182.2 ai paragrafi 2 e 3 dell'Art. 145 del Codice delle Famiglie, nell'ambito della responsabilità genitoriale. In applicazione di questi precetti, la delega è soggetta a un periodo massimo di un anno (Art. 145.3), che può essere prorogato per un altro anno, secondo le stesse modalità stabilite per la sua convalida. Una delega senza limiti di tempo equivarrebbe a una rinuncia all'esercizio dell'autorità genitoriale, rinuncia che non è legalmente consentita.

L'accordo di delega volontaria può essere giudiziario o volontario. In questo modo, tale accordo deve essere omologato giudizialmente davanti al tribunale competente, attraverso una procedura di volontaria giurisdizione (art. 145.2), con l'intervento del Pubblico Ministero, sempre sentendo il minore con sufficiente maturità mentale ed emotiva, capacità e autonomia (art. 138.n)¹¹. Può anche essere formalizzato in un atto notarile. Il requisito legale per cui questi accordi di delega devono essere in forma giudiziale o notarile risponde alla necessità di fornire loro la massima certezza giuridica, al fine di garantire che gli interessi del minore non siano seriamente compromessi. La partecipazione alla delega è richiesta al genitore non affidatario che detiene la responsabilità co-genitoriale, a condizione che non ne sia stato privato.

8.7. Esercizio congiunto di uno dei genitori con la madre o il padre imparentato

L'Art. 184 del Codice di Famiglia si riferisce all'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale tra un genitore e il suo partner in caso di morte, dichiarazione giudiziale della presunzione di morte, sospensione o privazione della responsabilità genitoriale dell'altro genitore, ossia nei casi di responsabilità genitoriale esclusiva o di esercizio unilaterale della responsabilità genitoriale. Sebbene la regola generale sia che la collaborazione tra il genitore affidatario dei figli e il suo partner non influisca in alcun modo sui diritti dei titolari della responsabilità genitoriale, questa regola generale è esclusa nei casi di esercizio congiunto da parte di un genitore e del suo partner. Questa possibilità dovrebbe essere legalmente ammessa solo quando si

¹¹ L'esercizio del diritto del minore ad essere ascoltato, nei procedimenti notarili, è conforme alle disposizioni della procedura di divorzio consensuale tra le parti, regolata dalla Risoluzione 493/2022 del 26 settembre, del Ministro della Giustizia, sulla procedura notarile di divorzio consensuale, mentre nei procedimenti giudiziari si seguono i canali stabiliti dal Codice di Procedura

stabilisce un legame emotivo significativo tra la madre e il padre affine e i bambini. La valutazione dell'intensità o del reale coinvolgimento della madre o del padre nell'educazione e nell'istruzione dei figli della coppia, tenendo conto della durata della convivenza, è lasciata alla discrezione del tribunale. L'accordo di questo esercizio congiunto deve essere approvato giudizialmente con l'intervento della Procura, per cui si tratta di un accordo che garantisce sufficientemente l'interesse dei figli.

Il co-esercizio della responsabilità genitoriale termina con il divorzio, la rottura effettiva della relazione di coppia o il recupero della responsabilità genitoriale da parte dell'altro genitore. Non va dimenticato che sia la privazione della responsabilità genitoriale che il suo esercizio possono essere recuperati quando scompaiono le cause che l'hanno motivata, sempre tenendo conto degli interessi dei minori, in quanto può accadere che ciò che risponde meglio a questi interessi sia proprio il mantenimento dell'esercizio congiunto tra il genitore e il genitore affine, nei casi in cui i genitori siano stati privati della responsabilità genitoriale per motivi di violenza di genere.

8.8. Il diritto dei genitori legati di richiedere l'attribuzione dell'affidamento, delle cure e delle comunicazioni dopo la rottura della coppia, tenendo conto degli interessi del figlio minore

Dopo lo scioglimento della coppia, sia per divorzio che per rottura della convivenza analoga a quella coniugale, di comune accordo o per decisione unilaterale di uno dei suoi membri, l'art. 186 del Codice di Famiglia riconosce la possibilità di attribuire l'affidamento e la cura dei minori a favore delle madri o dei padri imparentati, o di stabilire un regime di comunicazione a loro favore. La convivenza quasi-familiare per un periodo di tempo prolungato non solo genera solidi legami emotivi che non dovrebbero essere ignorati legalmente, ma anche la costituzione di riferimenti materni o paterni, che danno diritto a richiedere tale attribuzione, una volta che la coppia si è separata. Questa attribuzione può essere giudiziaria o notarile.

8.8.1. Attribuzione giudiziaria

L'attribuzione della custodia e della cura dei minori, così come un regime di comunicazione, in via eccezionale, possono essere richiesti giudizialmente nel caso in cui sia sorto un conflitto tra il genitore affidatario e i genitori affini, dopo la separazione, tenendo conto delle circostanze del caso che devono essere valutate dal tribunale competente. In particolare, si dovrà tenere conto dell'interesse superiore del bambino o dell'adolescente; del livello e dell'intensità della relazione affettiva mantenuta, tenendo conto del tempo di convivenza e dell'effettivo coinvolgimento dei genitori affini nei confronti dei minori; della presenza di figli comuni nati nella nuova relazione di coppia e della relazione che hanno mantenuto con i loro fratelli affini; dell'interesse legittimo della persona che richiede il regime di tutela con il figlio affine e del ruolo svolto dai titolari della responsabilità genitoriale affine nella vita del minore.

8.8.2. Attribuzione notarile

L'assegnazione notarile dell'affidamento e della cura dei figli affini ai genitori affini può essere effettuata nell'atto notarile di divorzio o nell'atto che documenta gli accordi di autoregolamentazione degli effetti della cessazione della convivenza di coppia. Per l'autorizzazione di questo atto è necessario un parere fiscale.

Questa attribuzione, giudiziale o notarile, è possibile solo nei casi di responsabilità genitoriale esclusiva, a seguito della morte dell'altro genitore, o perché l'altro genitore è stato dichiarato morto presunto o è stato privato della responsabilità genitoriale, in conformità con i motivi legali *ex* Art. 191 del Codice delle Famiglie¹². L'autorizzazione dell'atto pubblico richiede un parere preventivo del Pubblico Ministero. Il coinvolgimento del genitore non affidatario è necessario per l'assegnazione della tutela e dell'assistenza a favore dei genitori affini,

¹² La norma si riferisce solo alla privazione della responsabilità genitoriale, non ai casi di sospensione del suo esercizio, le cui cause sono determinate nell'Art. 193, alludendo alla minore gravità della violazione dei doveri della responsabilità genitoriale, secondo i criteri giudiziari, quando uno dei due genitori si trova in una situazione di disabilità che necessita di un intenso sostegno o con poteri rappresentativi o quando la situazione giuridica di assenza di uno o entrambi i genitori è dichiarata giudizialmente. Precisamente, a differenza del Codice Civile spagnolo, che non distingue espressamente le cause di privazione o sospensione della potestà genitoriale e i suoi effetti comuni e non comuni.

a condizione che la responsabilità genitoriale rimanga condivisa tra i due genitori. In caso contrario, questi ultimi sarebbero indifese.

8.9. Il possibile impatto della creazione di questa forma di famiglia sul diritto di successione

Vale la pena considerare la convenienza di riconoscere ai membri delle famiglie ricostituite lo status reciproco espresso di beneficiari legittimari. La legittima è un diritto legale riconosciuto sulla base della parentela, indipendentemente dal fatto che esista o meno un rapporto di affetto o di collaborazione tra loro¹³. Il ruolo di collaborazione svolto dalle madri e dai padri imparentati nell'educazione, nell'istruzione e nello sviluppo delle attività abituali con i figli imparentati non è una causa sufficiente per includerli nel sistema di legittima¹⁴, poiché il riconoscimento legale di questa tipologia familiare non comporta l'alterazione dei legami dei minori con l'altro genitore. Un'altra questione, oltre a ciò che può essere lasciato a titolo di successione intestata, è quella di una possibile inclusione nell'ordine di chiamata nella successione intestata, per cui la preferenza dei collaterali di quarto grado e persino dello Stato può essere messa in discussione, a seconda dei casi. A questo proposito, è emerso chiaramente che non è ragionevole che, in assenza di parenti stretti, un parente di quarto grado o addirittura lo Stato siano preferiti a un figlio o una figlia imparentati con cui si è vissuto per anni, da cui consegue che i figli imparentati dovrebbero essere inclusi tra i successori legali di madri e padri imparentati e viceversa¹⁵.

¹³ T. ECHEVARRIA DE RADA, *Los nuevos modelos familiares: Su incidencia en el Derecho de Sucesiones*, in *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: La multiparentalidad*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO e MdM. HERAS HERNÁNDEZ, Editoriale Jurídicas Olejnik, Santiago del Cile, 2022, p.503.

¹⁴ V. BARBA, o.c., p. 486.

¹⁵ V. BARBA, o.c., p. 486. A questo proposito, L.B. PÉREZ GALLARDO, *Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión 'ab intestato': ¿una ecuación lineal?*, in "Revista de Derecho Privado", 2011, pp. 63-82.

9. Estinzione del matrimonio

Giampaolo Frezza

SOMMARIO: 9.1. Estinzione del matrimonio e relative prove. Cause di estinzione e legge applicabile. – 9.2. Estinzione per divorzio. Tipi di divorzio (notarile e per intervento del giudice). – 9.3. Effetti del divorzio fra ex coniugi. – 9.4. Effetti nei confronti dei figli. – 9.5. Assegnazione della casa familiare. – 9.6. Peculiarità del divorzio notarile. – 9.7. Accordi sul divorzio. – 9.8. Modifiche degli accordi.

9.1. Estinzione del matrimonio e relative prove. Cause di estinzione e legge applicabile

Il Capitolo VIII del codice cubano della famiglia è rubricato “estinzione del matrimonio” ed è composto di due sezioni: la prima disciplina le norme generali applicabili alla fattispecie (artt. 268-269); la seconda, ha ad oggetto, invece, l’estinzione per dichiarazione giudiziale di morte presunta (artt. 270-271). Nell’ambito delle presenti riflessioni, si rende necessario interpretare le predette disposizioni normative unitamente agli artt. 464-465, norme di diritto internazionale privato che disciplinano la scelta della legge applicabile alle cause di scioglimento ed estinzione del matrimonio.

Ai sensi dell’art. 268, il matrimonio si estingue, onde il venir meno *ex tunc* dell’atto, a seguito di:

- a) morte di uno dei due coniugi;
- b) dichiarazione giudiziale di morte presunta di uno dei coniugi;
- e, infine,
- c) in caso del divorzio.

L’elencazione deve intendersi come tassativa.

Non sono, invece, tassative le ipotesi attraverso le quali tale estinzione si possa provare in giudizio, enucleate dall'art. 269. In particolare, l'estinzione del vincolo matrimoniale si può provare con:

a) il certificato di morte di uno dei due coniugi rilasciato dall'ufficiale di Stato Civile competente;

b) il certificato di nascita di uno dei due coniugi, con una nota rilasciata dall'ufficiale di Stato Civile competente, che attesti la dichiarazione giudiziale di presunzione di morte, come previsto dalla decisione emessa a tal fine dal tribunale competente;

c) il certificato di divorzio rilasciato dall'ufficiale di Stato Civile presso il quale è stato registrato il divorzio;

d) il certificato di matrimonio con annotazione di divorzio rilasciato dall'ufficiale di Stato Civile competente; e, infine,

e) qualsiasi altro mezzo di prova ammissibile a tale fine. Questa ipotesi, di evidente apertura, opererà nell'ambito del sistema proprio delle prove nell'ordinamento giuridico cubano, da applicarsi secondo il criterio della compatibilità.

La dichiarazione di morte presunta, oltre alla morte in sé, è una causa tipica di estinzione del matrimonio, che, in forza dell'art. 270, opererà dal momento in cui si è verificato l'evento che ha fatto presumere la morte o si è avuta l'ultima notizia della persona scomparsa, agli effetti stabiliti, in tali casi, dal codice civile.

Fondamentali sono, in questo ambito, gli effetti della ricomparsa della persona presunta morta (art. 271).

Se la persona dichiarata morta presunta compare, o si ha la prova della sua esistenza, il matrimonio estinto per questo motivo si considererà come produttivo di effetti, sempre che il coniuge presente non si sia risposato. Al verificarsi di questa evenienza, il secondo matrimonio resterà in vita, mentre lo stato civile della persona ricomparsa sarà quella del divorziato, con gli effetti di cui si dirà.

Si badi, però, che, se a seguito della ricomparsa, uno o entrambi i coniugi non vogliono mantenere in vita il matrimonio, il vincolo potrà essere sciolto attraverso una autonoma procedura di divorzio.

Di particolare importanza appare, infine, la legge applicabile alle cause di scioglimento ed estinzione del matrimonio, ove è destinata ad operare, innanzitutto, la volontà autodeterminativa dei coniugi e, in via residuale, quella della legge.

In forza dell'art. 464, invero, i coniugi possono concordare in un atto pubblico, prima o durante il matrimonio, la legge applicabile allo

scioglimento e all'estinzione del vincolo, purché si tratti di una delle seguenti leggi:

a) quella dello Stato in cui hanno il domicilio comune al momento della formalizzazione dell'accordo;

b) quella dello Stato dell'ultimo domicilio coniugale, purché uno dei due vi risieda ancora al momento della formalizzazione dell'accordo; e, infine,

c) quella della cittadinanza comune dei coniugi al momento della formalizzazione dell'accordo.

In via suppletiva, infine, nel caso di mancata scelta della legge applicabile, si rinvia alla legge del domicilio comune dei coniugi o a quella dell'ultimo domicilio comune, purché uno di loro vi risieda ancora, o, in ultima istanza, si applicherà la legge cubana (art. 465).

9.2. Estinzione per divorzio. Tipi di divorzio (notarile e per intervento del giudice)

La principale e più importante causa di estinzione del matrimonio è il divorzio, che fa venir meno, *ex tunc*, il vincolo matrimoniale, pur se, come si dirà, permarranno in capo agli ex coniugi taluni effetti giuridici nei loro rapporti e, soprattutto, con riguardo ai figli.

Il Codice delle famiglie dedica a tale fattispecie un complesso e articolato apparato normativo (artt. 272-296) e distingue, in particolare, due tipi di divorzio: il primo è frutto di un accordo tra i coniugi, redatto dal notaio tramite la forma dell'atto pubblico, con conseguente controllo di conformità del pubblico ufficiale sul suo contenuto.

L'art. 273 prevede, inoltre, in mancanza di tale accordo, il divorzio attraverso l'intervento del giudice, che si perfeziona nell'ambito di una procedura di volontaria giurisdizione, con rinvio e applicabilità alle norme del codice di procedura.

La domanda di divorzio può essere congiunta oppure richiesta da uno solo dei coniugi (art. 277, comma 1). Sotto fatte salve le tutele a favore di soggetti disabili, in punto di assistenza e di poteri di rappresentanza, con applicabilità delle norme del Codice civile sull'incapacità (art. 277, commi 2 e 3).

Nel processo di divorzio particolare attenzione è rivolta all'audizione di bambine, bambini e adolescenti, che, con l'assistenza di *équipe* multidisciplinari, saranno ascoltati dal tribunale tenuto conto della

loro capacità e della loro progressiva autonomia, nel rispetto del loro migliore interesse.

L'azione volta ad ottenere il divorzio è imprescrittibile (art. 279) e, come già sopra argomentato, non è rinunciabile (art. 272).

Il comma secondo dell'art. 273 disciplina, infine, alcune regole di diritto internazionale privato. La sentenza di divorzio emessa all'estero da un tribunale competente o l'atto pubblico che la attua in conformità alle leggi cubane o di un paese straniero, tra persone cubane, cubane e straniere o straniere, sarà valida a Cuba, a condizione che la rappresentanza consolare cubana nel paese in cui è stata concessa certifichi che il divorzio è stato motivato e risolto in conformità alle leggi di tale paese.

9.3. Effetti del divorzio fra ex coniugi

In entrambi i casi, il divorzio produce i seguenti effetti nei rapporti tra ex coniugi (art. 274):

- a) l'estinzione del matrimonio;
- b) l'estinzione del regime patrimoniale della famiglia; e
- c) l'estinzione del diritto di successione intestata e dello *status* di erede specialmente protetto.

L'art. 275 disciplina, inoltre, il diritto agli "alimenti" a favore dell'ex coniuge che versi in situazione di vulnerabilità o di difficoltà economica. Ad onta della terminologia utilizzata, gli alimenti andranno forse intesi come mantenimento, onde al beneficiario potrà essere garantito, alle condizioni di cui si dirà, una contribuzione il cui contenuto, secondo i principi generali in materia, è ben più ampio di quello alimentare e si estende anche a bisogni di vita non necessariamente primari.

Se i coniugi hanno convissuto per più di un anno o hanno avuto figli in comune, prima o durante il matrimonio, la sentenza del tribunale o l'atto notarile dovrà prevedere la misura di tale contribuzione, sottoposta, però, a specifiche condizioni. In particolare, se il beneficiario non svolge e non può svolgere un'attività lavorativa e non dispone di altri mezzi di sostentamento, avrà diritto provvisoriamente – al massimo per un anno – a tale contribuzione. La fattispecie è destinata ad operare solo qualora si versi in assenza di figlie e figli minorenni, su cui il beneficiario dell'assegno abbia un potere di assistenza unilaterale

o di tutela, ovvero di figli maggiorenni, assistiti dal beneficiario, o di cui quest'ultimo sia titolare di poteri di rappresentanza.

Se, invece, si è in presenza di figlie e figli comuni, la misura della contribuzione è fissata per un periodo di tempo "ragionevole", allo scopo di consentire al beneficiario di ottenere un'occupazione remunerativa.

Occorrerà attendere le prime applicazioni giurisprudenziali per cercare di comprendere quale funzione sia destinata a svolgere tale contribuzione, e, se in particolare, essa debba essere intesa alla lettera, onde dovrà parlarsi di alimenti volti a soddisfare le esigenze primarie ed essenziali di vita del beneficiario, oppure se potrà farsi spazio l'idea di una contribuzione volta a garantire, al titolare di tale diritto, un tenore di vita autonomo e dignitoso e non necessariamente ancorato al *ménage* precedente. Meno plausibile, invece, tenuto conto della *ratio* sottesa all'intervento normativo complessivamente considerato, è l'idea di intendere tale contribuzione con funzione assistenziale pura, volta, cioè, a garantire al beneficiario il mantenimento del pregresso tenore di vita.

Norme particolari – che appaiono certamente adeguate e ragionevoli – prevedono, inoltre, le sorti del mantenimento in caso di particolari situazioni di vulnerabilità del beneficiario. Se, infatti, a causa dell'invalidità, dell'età, della malattia o di un altro *handicap* insormontabile, il beneficiario non sia in grado di lavorare e, inoltre, non disponga di altri mezzi di sostentamento o ne disponga in misura insufficiente, la contribuzione è dovuta fino alla persistenza di tale stato. Il diritto cessa, tuttavia, nel caso in cui l'ex coniuge si sia risposato o abbia costituito un'unione affettiva, anche omosessuale, organizzata e registrata.

Particolarmente significativa è, infine, la previsione sul compenso economico per la dedizione al lavoro domestico e di cura, di cui all'art. 276. Il coniuge che si è dedicato, durante il *ménage* familiare, al lavoro domestico e alla cura di tutti i membri della famiglia (soprattutto i figli) ha diritto di chiedere un risarcimento (*rectius*: un indennizzo) economico per compensare la situazione patrimoniale svantaggiosa in cui si trova dopo il divorzio. In tal modo, il mancato svolgimento di un'attività lavorativa remunerata e redditizia durante il *ménage* matrimoniale è compensato da tale indennizzo, che svolge una funzione decisamente

compensativa e ristorativa. Nel determinare l'ammontare, occorre tener conto, se del caso, anche della durata della precedente convivenza *more uxorio*.

9.4. Effetti nei confronti dei figli

Il Codice delle famiglie ha dedicato un ampio spazio agli effetti del divorzio nei confronti dei figli (artt. 280-290) e ha specificato la loro posizione anche nel caso in cui essi siano nati e cresciuti in famiglie ricomposte, pur se, forse, tale tutela dovrebbe essere implicita nello *status* di figlio in sé e per sé considerato e, dunque, dovrebbe prescindere dai rapporti instaurati fra i loro genitori. Quella accennata, vale la pena chiarirlo, è peraltro la linea di tendenza propria di tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei, esigenza volta ad equiparare, nella fase fisiologica e patologica dei rapporti fra genitori, la posizione dei figli, con ciò dovendosi prescindere dal fatto che i loro genitori siano eterosessuali o omosessuali, coniugati, conviventi, o che le relative convivenze di affetti siano ricomposte.

Ai sensi dell'art. 280, nella domanda di divorzio, dovrà chiedersi al tribunale di pronunciarsi su:

a) l'affidamento, la responsabilità genitoriale, la tutela e la cura, il regime delle comunicazioni familiari e degli "alimenti" nei confronti delle figlie e dei figli minorenni comuni, nati prima o durante il matrimonio;

b) l'obbligo legale di provvedere agli "alimenti" e alle comunicazioni familiari nei confronti delle figlie e dei figli minorenni affini della famiglia comune della coppia, in caso di famiglie ricostituite;

c) l'obbligo di provvedere agli alimenti e alla comunicazione familiare nei confronti delle figlie e dei figli maggiorenni disabili;

d) il diritto (reale) all'abitazione nella casa in cui la coppia risiedeva;

e) la cura degli animali da compagnia da parte di uno o di entrambi i coniugi, le modalità di detenzione da parte di colui che non è stato affidato, la condivisione degli oneri connessi alla loro cura, tenendo conto, in ogni caso, dell'interesse dei componenti della famiglia e del benessere dell'animale a prescindere da chi lo possiede e da chi è stato affidato per la sua cura.

In base all'art. 280, comma 2, infine, nel caso di figlie o figli disabili o affetti da patologie che richiedono particolari attenzione e cura, tali

determinazioni devono essere prese in considerazione nell'adozione di soluzioni ragionevoli, al fine di ponderare adeguatamente gli interessi delle persone coinvolte.

Si rende necessario, qui di seguito, approfondire taluni degli aspetti per ora solo accennati.

Il tribunale, innanzitutto, decide in ordine all'affidamento congiunto della prole (minorenne, maggiorenne non autonoma, sul piano economico e affettivo, e portatrice di handicap). Solo in casi eccezionali, tale affidamento potrà essere disposto in via esclusiva a favore di un solo genitore, sempre che lo richieda l'interesse superiore della bambina, del bambino o dell'adolescente (art. 281). In tale ipotesi, il giudice dovrà motivare le ragioni e le motivazioni della relativa determinazione e l'intervento obbligatorio del P.M. – nel rispetto dei principi che regolamentano la materia – è idoneo a svolgere una funzione di garanzia di tale scelta.

Anche la responsabilità genitoriale sarà, secondo la regola generale, condivisa fra i genitori e, solo eccezionalmente, potrà essere limitata a favore di un solo di essi, se le circostanze del caso concreto la giustificano (art. 282).

Il regime delle comunicazioni fra i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale è ben cristallizzato in alcune ipotesi contemplate dall'art. 282, e assume peculiare importanza in caso di affidamento e responsabilità unilaterali. In particolare, il tribunale si adopera per stabilire un regime di comunicazione familiare con i titolari della responsabilità genitoriale con qualsiasi mezzo, compresi quelli elettronici, nel rispetto dell'interesse superiore della figlia o del figlio.

Particolare importanza assumono anche i rapporti con gli ascendenti. Nei casi in cui è richiesto, qualunque sia il regime di affidamento e cura stabilito, si tiene conto anche del diritto delle figlie e dei figli minorenni di mantenere relazioni personali con nonne, nonni e altri parenti o persone con cui hanno un legame affettivo che lo giustifichi. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 156 e 162 Codice delle famiglie

L'art. 284 richiama il diritto agli "alimenti" nei confronti dei figli, da intendersi, secondo il nostro personale apprezzamento, come diritto al mantenimento atto a garantire al beneficiario (il figlio, appunto) un sano ed equilibrato sviluppo della sua personalità, onde appare idoneo a comprendere anche le scelte economiche determinative dell'educazione e dell'istruzione della prole.

Si quantifica, così, un contributo economico, dovendosi indicare, nel provvedimento del giudice, luogo, data e valuta del pagamento (art. 284, comma 1). Tale obbligazione ha una durata legata al raggiungimento della maggiore età del figlio e alla sua autonomia esistenziale e patrimoniale (art. 284, comma 2). Il giudice terrà conto di situazione di particolare vulnerabilità dei figli (minorenni o maggiorenni): si pensi all'ipotesi in cui essi siano portatori di *handicap* o siano collocati in un istituto assistenziale, educativo o sanitario.

Norme particolari, infine, disciplinano l'assegnazione della casa familiare, oggetto di approfondimento del paragrafo che segue.

9.5. Assegnazione della casa familiare

Gli artt. 285 ss. Codice delle famiglie. si occupano di disciplinare il diritto di abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare.

Appare singolare che il legislatore della riforma faccia riferimento alla residenza della sola coppia sposata, con ciò escludendosi, almeno sul piano della lettera della norma, un problema di assegnazione a favore di figli di genitori non coniugati. L'interpretazione adeguatrice, secondo il criterio di ragionevolezza, comporterà l'estensione delle disposizioni in esame a tutte le ipotesi in cui i figli, soggetti deboli per antonomasia nei procedimenti di divorzio dei loro genitori, abbiano l'esigenza di mantenere l'*habitat* domestico pregresso.

Tre sono le questioni che saranno qui di seguito trattate: la nozione di casa familiare; la *ratio* sottesa all'emanazione del provvedimento del tribunale; la natura del diritto che sorge in capo al destinatario stesso e il relativo regime di pubblicità.

Si badi, inoltre, che il Codice delle famiglie distingue l'ipotesi in cui la casa familiare sia di proprietà di un solo genitore, da quella in cui essa sia detenuta a titolo di locazione.

In entrambi i casi, per casa familiare dovrà intendersi quella in cui risiedeva la coppia, o, forse più congruamente, quella in cui si svolgeva il *ménage* familiare nei rapporti (fisiologici) fra coniugi e fra questi e i figli. Pertanto, nonostante il legislatore della riforma non sia esplicito sul punto, il giudice sarà tenuto ad individuare la casa attraverso non solo una valutazione oggettiva (la residenza comune di genitori e figli),

ma valutando, in via funzionale, alcuni aspetti soggettivi di tale vicenda giuridica: la casa, allora, diverrà il luogo degli affetti, il c.d. focolare domestico in cui si sviluppa la personalità dei figli.

Se poi l'abitazione è di proprietà esclusiva di uno dei genitori, il giudice sarà tenuto a costituire a favore dell'altro – quello collocatario della prole – un diritto (reale) di abitazione nell'interesse della prole stessa, con l'indicazione del termine di durata. Il beneficiario dell'abitazione, però, non dovrà essere proprietario o detentore, a vario titolo, di altra abitazione (art. 285, comma 1), e, se lo sia, dovrà provare in giudizio di non poter ottenere agevolmente il godimento di questa diversa abitazione.

Tale diritto abitativo vale, a maggior ragione, quando il figlio è portatore di *handicap*, onde particolarmente vulnerabile.

Quanto alla natura del diritto che sorge in capo all'assegnatario, la legge, tipicamente, rimanda alla configurazione di una situazione reale, da sottoporre a segnalazione nei relativi registri ai fini dell'opponibilità ai terzi (art. 285, comma 3).

L'art. 286, peraltro, prevede la possibilità di ottenere, su domanda di parte, il divieto di alienazione dell'immobile (fatto salvo il consenso all'alienazione da parte di entrambi i genitori); tale decisione sarà efficace nei confronti dei terzi a far data dalla sua iscrizione nei registri, disposta d'ufficio dal tribunale.

Nel caso di immobile in locazione, si determinerà il sorgere di una surrogazione legale sul bene locato, per stare alla lettera della legge, ma probabilmente il subingresso appare doversi configurare come una cessione *ex lege* nella titolarità del rapporto. Il genitore affidatario della prole, e in quanto tale assegnatario della casa, sarà allora la nuova parte del contratto, dovrà pagare il canone di locazione, fino alla sua scadenza e rimarrà vincolato alle garanzie concesse in sede di stipula del relativo atto (art. 288). Tale norme non si applicano nel caso di locazione su beni immobili concessi dallo Stato.

Il diritto reale di abitazione si estingue nei seguenti casi (art. 287):

- a) alla scadenza del termine fissato dal tribunale;
- b) per un cambiamento delle circostanze prese in considerazione per la sua definizione; o
- c) al verificarsi di atti di violenza da parte del beneficiario nei confronti del proprietario dell'abitazione, fatti salvi i diritti abitativi a favore di altri componenti della famiglia in situazione di vulnerabilità per i quali è stato riconosciuto il diritto reale di abitazione.

L'estinzione del diritto reale di abitazione e del divieto di alienazione del bene comporta la sua cancellazione dell'iscrizione anagrafica, su richiesta dell'interessato.

Trattandosi di provvedimenti *rebus sic stantibus*, l'art. 290 prevede la modificabilità delle misure previste nella decisione giudiziaria che ordina il divorzio, comprese quelle sull'assegnazione della casa. Dunque, nel caso di cambiamento delle circostanze prese in considerazione per determinare le questioni relative alla responsabilità genitoriale, alla tutela e all'assistenza e al regime di comunicazione familiare durante il procedimento, o nella decisione giudiziaria che pone fine al procedimento di divorzio, è possibile richiederne la modifica, secondo le modalità stabilite dal codice di procedura.

9.6. Peculiarità del divorzio notarile

Una della novità più importanti introdotte dal Codice delle famiglie attiene alla possibilità che il divorzio sia esito di un accordo reciproco tra i coniugi, purché redatto nella forma dell'atto pubblico notarile, con applicabilità, secondo compatibilità, delle norme sul divorzio giudiziale, sopra descritte (art. 291, comma 39).

L'accordo scioglie il vincolo matrimoniale e ha un contenuto tipico, dovendo prevedere le regole sulla responsabilità genitoriale, sull'affidamento e cura della prole, sul regime delle comunicazioni familiari e sugli eventuali alimenti, nei rapporti fra coniugi e con riguardo ai figli (art. 291, comma 1).

In forza dell'art. 292, comma 1, la domanda di divorzio spetta ai coniugi congiuntamente, ma, in casi eccezionali e per motivi che giustificano l'impossibilità dei coniugi di comparire congiuntamente davanti notarile, uno di loro può essere rappresentato da un procuratore, investito di poteri per mezzo di un atto pubblico di procura, o attraverso la partecipazione di un avvocato di fiducia (art. 292, comma 2).

9.7. Accordi sul divorzio

Ai sensi dell'art. 293, comma 1, l'atto notarile di divorzio è immediatamente esecutivo a far data dalla sua sottoscrizione davanti al notaio.

Quanto al suo contenuto, il legislatore della riforma ha inteso ripetere, elencandoli, gli effetti del divorzio giudiziale nei rapporti fra ex coniugi e riguardo ai figli. L'accordo, in particolare, deve contenere:

a) la volontà congiunta sullo scioglimento del vincolo matrimoniale;

b) la determinazione delle regole sull'affidamento e sulla cura delle figlie e dei figli di entrambi i coniugi, nati prima o durante il matrimonio, con particolare riferimento alla forma concordata e alle sue particolarità;

c) la determinazione del regime delle comunicazioni familiari, stabilite in conformità alle norme previste dal Codice delle famiglie e tenendo conto anche del diritto delle figlie e dei figli minorenni di comunicare e relazionarsi personalmente con le nonne, i nonni e altri parenti o persone con cui hanno legami affettivi;

d) ogni altro aspetto relativo alle modalità di esercizio della responsabilità genitoriale;

e) la determinazione dell'importo degli alimenti (*rectius*: del mantenimento) a favore delle figlie e dei figli minorenni o maggiorenni che frequentano un istituto di istruzione nazionale e che hanno difficoltà a svolgere regolarmente un'attività lavorativa, o ai figli maggiorenni disabili;

f) l'importo da versare, a titolo alimentare, all'ex coniuge;

g) la valuta, il luogo e la data dei relativi pagamenti;

h) le regole di liquidazione del regime patrimoniale;

i) il diritto reale di abitazione nella casa risiedeva la coppia sposata, come previsto dall'art. 285;

e, infine,

l) la determinazione della cura degli animali da compagnia da parte di uno o di entrambi i coniugi, le modalità di esercizio di tale affidamento, la distribuzione degli oneri connessi alla loro cura, tenendo conto, in ogni caso, dell'interesse dei componenti della famiglia e del benessere dell'animale.

Regole particolari sono poi previste per le figlie e i figli minorenni nell'ambito delle famiglie ricomposte e per i portatori di *handicap* (art. 293, commi 2 e 3).

Particolarmente importante, a nostro avviso, assume la norma di cui all'art. 295 riguardante il giudizio di meritevolezza svolto dal notaio sul contenuto dell'accordo. Quest'ultimo deve ispirarsi ad equità e ai principi comuni del diritto cubano in tema di famiglia, alle norme

di diritto internazionale applicabili, purché conformi ai principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione cubana.

La validità dell'accordo, peraltro, è subordinata alla valutazione della tutela degli interessi delle figlie e dei figli minorenni, prevenendosi, a tal proposito, che tali soggetti debbano essere ascoltati alla presenza di *équipe* di esperti multidisciplinari e tenuto sempre conto del parere espresso dal pubblico ministero.

9.8. Modifiche degli accordi

Il contenuto dell'accordo di divorzio è liberamente modificabile dalle parti, su loro richiesta congiunta, attraverso l'intervento del notaio che ha redatto l'atto o di altro notaio.

In questo secondo caso, il pubblico ufficiale dovrà redigere l'atto modificandolo entro settantadue ore e sarà tenuto a comunicare, nel più breve tempo possibile, al primo notaio la variazione dell'accordo, affinché il nuovo atto sia registrato a margine di quello precedente.

Il giudizio di meritevolezza del secondo accordo terrà conto dei criteri e dei principi illustrati precedentemente.

È chiaro che, se ad esito della richiesta di modifica, i coniugi non raggiungano un accordo davanti al notaio, quest'ultimo dovrà astenersi dal redigere l'atto e residuerà la sola strada del divorzio giudiziale.

10. Inefficacia del matrimonio

Daimar Cánovas González

SOMMARIO: 10.1. Dell'inefficacia del matrimonio come categoria generale. – 10.2. Motivi di nullità assoluta. – 10.3. Motivi di annullabilità. – 10.4. Le caratteristiche dell'azione per affermare l'inefficacia del matrimonio. – 10.5. Del matrimonio putativo.

10.1. Sull'inefficacia del matrimonio come categoria generale

L'inefficacia del matrimonio è il capitolo X del titolo VI del Codice delle famiglie del 2022, e lo fa adottando una categoria estranea al Codice del 1975. Ciò comprendeva solo la nullità, a differenza del codice civile del 1987, rendendo evidente la non corrispondenza delle categorie di inefficacia di entrambe le questioni giuridiche. Questa mancanza di corrispondenza potrebbe spiegarsi, innanzitutto, per una ragione cronologica, poiché il Codice della famiglia del 1975, anteriore al Codice civile, contemplava solo una categoria di inefficacia, la nullità, come faceva l'allora attuale Codice civile spagnolo del 1888, in materia di contratti (artt. 1300 e ss.). Le tracce dell'antecedente legislativo ispanico erano visibili nella regolamentazione dei vizi che incidevano sul consenso, che furono chiamati coercizione, intimidazione ed errore, senza introdurre variazioni apprezzabili¹. Soltanto nel 1987, con la promul-

¹ Una breve presentazione dei problemi generati dalla regolamentazione dell'inefficacia del matrimonio nel Codice di Famiglia del 1975, può essere vista in D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *El régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba*, in *Revista Cubana de Derecho*, 33, 2009, pp. 46-60.

gazione del primo Codice civile cubano, la nullità e l'annullabilità furono esplicitamente riconosciute a livello nazionale come diverse categorie di inefficacia².

Dalla stessa dottrina civile traeva fondamento anche l'esigenza di un'unica categoria di inefficacia del matrimonio, date le caratteristiche specifiche che la nullità acquisiva quando veniva attribuita a tale atto. Si è precisato che nel matrimonio non esiste nullità piena, per la quale non occorre dichiarazione giudiziale, poiché, per quanto grave possa essere l'irregolarità presente nell'atto, essa deve essere confermata da una sentenza definitiva emessa dall'organo giurisdizionale. Parimenti, finché la nullità del vincolo matrimoniale non sarà stata dichiarata giudizialmente, essa avrà effetti giuridici propri e, quando la sentenza che lo dichiara inefficace diviene definitiva, produrrà effetti anche dal momento della celebrazione del matrimonio³. Un'altra possibile spiegazione, forse meno superficiale, deriva dalla discrepanza dell'ascendente che il diritto canonico ha nell'ambito delle cause di inefficacia del matrimonio, che ignora altre categorie diverse dalla nullità, situazione di cui non viene presa in considerazione l'organo principale civile comprende quelli che corrispondono all'atto giuridico in senso generale. Il diritto canonico, pur riconoscendo il matrimonio come contratto, lo fa nel senso che nasce da un accordo di volontà, e solo in quel senso notevolmente ampio. Regolamentando il matrimonio, non si propone anzitutto di stabilire la disciplina giuridica del contratto, ma piuttosto quella del sacramento. Non c'è posto, quindi, all'interno della tradizione canonica, per una teoria generale dell'atto giuridico, nozione sconosciuta in quel contesto. Per riferirsi all'inefficacia del sacramento del matrimonio usa soltanto l'espressione nullità, senza ulteriori distinzioni⁴.

Ciò non impedisce di compiere uno sforzo di chiarimento e di determinare se gli elementi distintivi delle cause di inefficacia del matrimonio consentano di parlare di nullità e annullabilità del matrimonio,

² Articoli 73, 76 e 1301 del Codice Civile spagnolo.

³ "La declaración judicial de nulidad del matrimonio es necesaria siempre que haya habido alguna apariencia de matrimonio, ya que siempre que esto ocurra, habrá acta matrimonial y apariencia de acto, que se hacen desaparecer mediante, precisamente, la declaración judicial correspondiente". I. GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, *Lecciones de Derecho de familia*, 14ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 162.

⁴ A.C. BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, volume I, 7ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 302.

o magari siano varianti dello stesso tipo di invalidità. Questa è la posizione seguita dal nuovo Codice delle famiglie che, all'articolo 299, prevede le cause di nullità assoluta, mentre all'articolo 301 riporta le cause di annullabilità. Ciò, a parere dell'autore, non significa che si voglia affermare che tali concetti siano applicabili al matrimonio, così come vengono utilizzati in relazione a qualsiasi atto giuridico. Tutte le categorie di inefficacia possono essere adattate per meglio rispondere alle esigenze dello specifico atto giuridico, delle cui caratteristiche deve tener conto il legislatore, se intende svolgere efficacemente il suo compito. Nello stesso diritto civile patrimoniale, il testamento e la successione *mortis causa* in genere, presentano tratti così caratteristici da meritare particolari norme, pur senza rivendicare esclusive categorie di inefficacia⁵.

Nessuno dei criteri tradizionalmente utilizzati per distinguere la nullità e l'annullabilità è di per sé utile, poiché da essi si possono giungere a conclusioni contraddittorie. Né una di queste caratteristiche sarebbe sufficiente al di fuori della sfera coniugale per identificare pienamente ciascuna di queste categorie. Seguendo i criteri di López Herrera, è possibile nell'ordinamento giuridico cubano combinare i criteri per definire adeguatamente la nullità e l'annullamento coniugale sulla base di essi⁶. In tal modo, si può affermare che vi è nullità assoluta in materia matrimoniale quando l'atto di formalizzazione manca di qualche elemento essenziale o viola qualche norma proibitiva, di *ius cogens*, che impedisce la valida celebrazione dello stesso, purché l'azione possa essere esercitata da un numero maggiore di soggetti, e non è soggetta ad alcun termine di scadenza, impedendo così la convalida del matrimonio. Si avrà invece annullabilità quando il consenso delle parti è viziato o l'atto è affetto da un vizio formale, ovvero è stata violata una disposizione di legge, ma di minore entità. In tali casi l'azione potrà essere esercitata da un numero limitato di soggetti, sarà soggetta a

⁵ In sede testamentaria, infatti, è possibile convalidare un testamento nullo per vizio di forma, quando gli eredi hanno eseguito volontariamente l'ultima volontà del defunto, senza alcuna opposizione. Si cita anche la particolare configurazione dell'annullabilità in questo negozio giuridico, poiché finché il testatore può revocare l'atto, il suo esercizio dell'azione di annullamento non è ammissibile. Si v. CdC. VALDÉS DÍAZ, *Ineficacia testamentaria*, in L.B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *Derecho de Sucesiones*, II, 1ª ed., Editorial Félix Varela, L'Avana, 2006, pp. 99-168.

⁶ F. LÓPEZ HERRERA, *Derecho de Familia*, I, 2ª ed., Banco Exterior – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 390.

termine di scadenza, a seconda dei casi, e l'atto potrà essere convalidato⁷.

Questi non sono criteri arbitrari, o solo prevedibili, del matrimonio. Sono queste le caratteristiche che, in termini generali, la dottrina scientifica attribuisce sia alle cause di nullità che a qualsiasi atto giuridico, senza riguardo alla sua natura patrimoniale o extrapatrimoniale. Autori di ascendenza da noi riconosciuta come Díez Picazo, Gullón e Albaladejo, definiscono l'atto annullabile, in contrapposizione a quello assolutamente nullo, come quello la cui inefficacia dipende dall'esercizio dell'azione corrispondente da parte di un determinato soggetto, entro il termine stabilito dalla legge, e che può diventare definitivamente valido per il concorso di uno qualsiasi dei motivi di convalida riconosciuti nell'ordinamento giuridico⁸. Benché nel matrimonio «non sia sicuro se saranno applicate tutte le norme generali [...] sulla figura dell'imputabilità»⁹, ciò non impedisce di individuare nelle sue linee principali la nullità assoluta e l'annullabilità, con i necessari adattamenti secondo la natura dell'atto, alla specificità della comunità di vita che si crea tra le parti. Di qui la formulazione generale dell'articolo 297 del nuovo Codice, che include, nella categoria dell'inefficacia coniugale, i casi di assenza del consenso o di difetti dello stesso, presenza dei divieti o degli impedimenti previsti dall'articoli 205 dello stesso corpo giuridico, nonché il mancato rispetto dei requisiti formali.

Ciò ci porta direttamente alla questione affrontata dall'art. 298, relativa alla natura integrativa delle norme del Codice civile rispetto alla materia di specie. E la possibilità di un'applicazione suppletiva delle disposizioni del Codice civile relative all'annullamento in materia patrimoniale è stata discussa in modo generale e in ambito cubano, sulla

⁷ La sottoposizione dell'azione di annullabilità ad un termine di scadenza, e non di prescrizione, è una questione sulla quale si esprime la dottrina familiarista, e ciò in applicazione delle caratteristiche generali delle azioni di stato. In linea di principio queste sono imprescrittibili, ma quando si tratta di atti costitutivi, come quelli di contestazione della filiazione, o nel caso di annullamento del matrimonio, sono soggetti a termini di scadenza. Nella dottrina spagnola, v. E. ROCA I TRÍAS, *Nullidad del matrimonio*, in ID. (coord.), *Derecho de familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 109.

⁸ L. DÍEZ PICAZO e A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 574-576; M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, 15ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 2002, pp. 868-879.

⁹ M. ALBALADEJO, *o.c.*, pag. 870.

base di posizioni contrastanti. Questa è la cosiddetta tesi della specialità delle nullità matrimoniali, difesa da autori come Belluscio, Zannoni e Bossert, per esempio¹⁰. Essa sostiene che il matrimonio può essere dichiarato inefficace solo per i motivi espressamente previsti dalla legge, con carattere speciale per questo atto giuridico unico.

Il Codice civile spagnolo del 1888, come il Code Napoléon, seguendo a grandi linee il cosiddetto piano GAIUS, non contiene una parte generale in cui comprende le norme relative all'inefficacia dell'atto giuridico in senso generale, per cui la trattazione riguardo alla specialità delle cause di annullamento coniugale non è stata espressa con forza dai commentatori di entrambi gli organi normativi. D'altra parte, il discorso è ampio nella dottrina argentina poiché contiene il Codice Vélez Sarsfield una serie di precetti dedicati soprattutto all'inefficacia degli atti giuridici, come fa il Codice civile cubano del 1987. Le argomentazioni avanzate nella dottrina argentina aiutano quindi a comprendere correttamente i nessi esistenti tra cause di inefficacia del matrimonio, e per tutti atti giuridici.

La teoria della specialità delle nullità matrimoniali si basa principalmente sulla sua autosufficienza, per cui non è necessario ricorrere alle regole di inefficacia concepite per qualsiasi atto giuridico, patrimoniale o meno. I difensori di questa teoria sostengono che l'esistenza di cause di inefficacia del matrimonio indica l'intenzione del legislatore di escludere qualsiasi altra causa di inefficacia. A ciò si aggiungono i diversi effetti che l'annullamento produce negli atti patrimoniali e nel matrimonio, poiché nel primo caso, ad esempio, non esiste un istituto simile al matrimonio putativo, così rilevante nell'annullamento coniugale. Questo dibattito ha trovato eco nelle decisioni giurisdizionali di Cuba, per cui il pronunciamento espresso dal legislatore su tale questione è pienamente giustificato. Sebbene alcune delle ragioni sopra esposte abbiano il loro peso anche nella posizione assunta dagli operatori giuridici al riguardo, la ragione fondamentale che ha portato a respingere l'applicazione suppletiva del Codice civile è l'autonomia del Diritto di Famiglia come branca, perfettamente separata da quello Civile. Legge, con le cui caratteristiche più determinanti non coincide¹¹.

¹⁰ A.C. BELLUSCIO, *o.c.*, pag. 300; E.A. ZANNONI e G.A. BOSSERT, *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 161.

¹¹ Per un fondamento dell'autonomia del diritto di famiglia in termini di oggetto, metodi e regolamentazione normativa. Si v., O. MESA CASTILLO, *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, L'Avana, 2010, pp. 22-28, e la bibliografia ivi citata.

Secondo questa interpretazione, l'autonomia di cui gode il diritto di famiglia, che comprende l'autonomia legislativa, non rende consigliabile l'applicazione suppletiva di un corpo giuridico, il cui oggetto, metodo e principi differiscono tanto da quelli del diritto di famiglia.

Gli argomenti a favore dell'applicazione integrativa sono, però, così definitivi da essere stati esplicitamente accolti dal nuovo Codice delle famiglie. Non si può negare l'esistenza di tratti specifici nell'inefficacia coniugale, ma tali particolarità sono presupposte dagli elementi comuni a tutte le tipologie di inefficacia. Che si tratti di un altro atto giuridico o di un matrimonio, questa categoria si riferisce ad un atto che non produrrà effetti giuridici per vizi o difetti già presenti al momento della sua costituzione, o che, se li produce provvisoriamente, può essere impugnato per tali motivi nel termine stabilito dalla legge. Al di sopra dei diversi effetti che possono prodursi in un matrimonio nullo o annullabile, in relazione alla nullità o all'annullabilità riferita ad atti patrimoniali, sta il presupposto del comune. Le particolarità dell'inefficacia coniugale, tra le quali vale la pena evidenziare il matrimonio putativo e l'efficacia provvisoria che l'atto ha fino a quando la sua nullità non viene dichiarata da un tribunale competente, e perfino la necessità di ottenere detta dichiarazione giudiziale per distruggere la trascrizione del matrimonio, costituiscono circostanze che costringono sia l'accademico che l'operatore ad un'analisi più rigorosa delle categorie generali per ragioni di coerenza dell'ordinamento giuridico, ma non autorizzano a farne semplicemente a meno.

In una sentenza che ha preceduto questa presa di posizione, il Tribunale Provinciale Popolare della Città dell'Avana ha accolto la tesi sostenuta dall'applicazione supplementare del Codice civile al matrimonio, nella sentenza 13/2009, con Roselló Manzano giudice relatore, nel suo secondo Considerato che "la sua stessa natura di atto giuridico rende chiaramente applicabile al matrimonio in via sussidiaria, in forza dell'art. ottavo e la prima disposizione finale dello stesso organismo giuridico, sopponendo alle lacune che la legislazione sulla famiglia accusa in tal senso". Si precisa inoltre che "il mantenimento di una posizione contraria implicherebbe, oltre alla scarsa attenzione alle argomentazioni tecniche proposte, la disastrosa conseguenza di non disporre di una soluzione normativa per decretare la nullità degli atti matrimoniali giuridici che perseguono scopi estranei a detto istituto,

compiacimento di chi se ne avvale per conseguire detti risultati o per frodare i divieti che stabiliscono norme imperative”¹².

Tuttavia, il contributo del Codice 2022 potrebbe avere una portata maggiore fino a giungere a quella che è stata definita integrazione inversa o invertita. Mentre l’articolo 67, nelle lettere e) ed f), riconosce la simulazione come un accordo di volontà volto a compiere solo in apparenza un atto giuridico, ignora la figura della riserva mentale, fattispecie in cui la riserva “non è di la conoscenza da parte del destinatario della manifestazione di volontà rilasciata in questi termini”¹³. Il Codice delle famiglie prevede invece tale istituto all’articolo 299, comma c), dichiarando nulli i matrimoni contratti “per il raggiungimento di scopi diversi da quelli previsti dalla legge, da ciascuno dei coniugi”, il che ne fa unico soggetto giuridico con espressa soluzione al queste circostanze e una vocazione alla generalizzazione della soluzione che offre.

10.2. Motivi di nullità assoluta

Più che cause specifiche, l’articolo 299 raggruppa quattro tipologie di cause, che possono ridursi a tre, a partire dalla presenza di divieti di contrarre matrimonio, dall’assenza delle formalità stabilite come requisito essenziale, nonché dalle circostanze che escludono il consenso, o perché ci sono divergenze tra la volontà reale e quella dichiarata, o perché per ottenerla è stata usata la violenza.

In effetti, il comma a) del citato articolo si riferisce alla violazione di qualcuno dei divieti degli articoli 205 e 206¹, e ciò perché al centro della nullità del matrimonio, fin dalle origini del diritto canonico matrimoniale, vi sono impedimenti coniugali. La teoria degli impedimenti matrimoniali si fonda sul riconoscimento di un diritto, il diritto di sposarsi o *ius connubii*. Molte costituzioni sanciscono questo diritto, secondo il quale a ogni uomo e a ogni donna deve essere riconosciuta la possibilità di contrarre matrimonio sulla base di una capacità naturale a farlo e, quindi, ogni causa che limiti tale possibilità deve costituire un’ecce-

¹² D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *El régimen de ineficacia del matrimonio – Una visión desde la legislación cubana e iberoamericana*, Ediciones ONBC, L’Avana, 2017, p. 33.

¹³ CdC. VALDÉS DÍAZ, *Causa de la relación jurídica civil*, in ID., (coord.), *Derecho Civil. Parte General*, 1ª ed., Editorial Félix Varela, L’Avana, 2001, p. 229.

zione al principio generale così consacrato. Questo diritto al matrimonio è stato riconosciuto negli strumenti internazionali sui diritti umani, come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 10 dicembre 1948, il cui articolo 16.1 prevede che gli uomini e le donne, a partire dall'età del matrimonio, "hanno diritto senza alcuna restrizione dovuta alla razza, alla nazionalità o alla religione, a sposarsi e a fondare una famiglia".

Dal riconoscimento del suddetto diritto deriva un principio interpretativo dell'atto matrimoniale che è stato denominato, secondo una rispettabile tradizione canonica, come *favor matrimonii*. Questo principio, sancito oggi nel canone 1060 del Codice di Diritto Canonico del 1983, stabilisce una presunzione, *iuris tantum*, secondo la quale ogni matrimonio, una volta celebrato, si presuppone valido, finché la sua nullità non può essere provata e dichiarata dall'autorità giudiziaria¹⁴. La prima conseguenza determina che le limitazioni al diritto di sposarsi costituiscono eccezioni a una regola generale, restrizioni ad una capacità riconosciuta e tutelata e, pertanto, devono essere interpretate restrittivamente. Con tono meno pronunciato, le norme civili includono almeno implicitamente questo principio, tra le cui applicazioni spicca, ricercando in ogni caso la validità e l'efficacia del matrimonio celebrato, con la quale gli impedimenti coniugali sono stati progressivamente ridotti, fino a raggiungere il minimo essenziale per una convivenza armoniosa e per il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

È necessario distinguere gli impedimenti da quelle circostanze in cui la persona non può prestare un valido consenso, perché prive dei presupposti psicologici minimi richiesti. Negli impedimenti, la legge non consente di esprimere quel consenso, di cui si ha la capacità, ma se avviene, sarà privo di effetti giuridici. Si tratta di situazioni che, riguardando le persone, hanno carattere concreto, oggettivo, tale da consentirne il controllo prima della celebrazione del matrimonio attraverso diverse forme di pubblicità della registrazione. Si tratta, in sintesi, di divieti giuridici che tentano di tutelare le proprietà essenziali del matrimonio, le caratteristiche fondamentali dell'atto e dell'istituto matrimoniale¹⁵.

La classificazione più importante degli impedimenti o divieti è

¹⁴ V. REINA e J. MARTINELL, *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1995, p. 38.

¹⁵ D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *o.c.*, pag. 54.

quella secondo la quale ci sono impedimenti dissolventi o annullanti, e impedimenti proibitivi. Gli impedimenti cosiddetti dissolventi sono quelli che, se presenti nel matrimonio, determinano la nullità, intesa in senso generico, mentre quelli impeditivi o proibitivi non determinano l'invalidità, bensì il matrimonio è valido, ma i coniugi sono soggetti alle sanzioni derivanti dall'illegittimità dell'atto¹⁶. Questa differenziazione non appare esplicitamente nel Codice delle famiglie del 2022, anche se una valutazione del regime giuridico applicabile consente di concludere che tutti i divieti degli articoli 205 e 206 costituiscono impedimenti decisivi, poiché comportano alcune varianti di inefficacia coniugale.

L'attuale Codice delle famiglie utilizza nella sua sistematica la differenziazione tra impedimenti assoluti e relativi, sia pure sotto il nome di divieti di formalizzare il matrimonio, poiché l'unione affettiva di fatto ha requisiti propri (articolo 308). Saranno impedimenti assoluti quelli previsti dall'articolo 205, poiché impediscono il matrimonio con qualsiasi persona, come nel caso dei minorenni, delle persone sposate o di coloro che hanno un'unione di fatto effettiva, attuata e non sciolta. I relativi divieti sono contenuti nell'articolo 206, che vietano solo di sposare determinate persone, come la parentela o la coloro che sono stati condannati in un procedimento penale con sentenza definitiva come autori o complici dell'omicidio intenzionale del coniuge o del partner di uno di loro. Si tenga presente che il carattere assoluto o relativo del divieto non ha alcuna relazione con il tipo di inefficacia che esso produrrebbe nel matrimonio, il che può equivalere ad una nullità assoluta o annullabilità.

L'annullamento per motivi formali ha un trattamento sostanzialmente diverso, se si parte dal precedente giuridico del 1975. Il suo articolo 45 faceva riferimento alla violazione dei requisiti richiesti per la validità del matrimonio, in un'espressione estremamente imprecisa, poiché i requisiti estranei con le formalità erano richieste anche per la validità. Occorreva, quindi, darne un'interpretazione restrittiva, e comprendere che i requisiti a cui fa riferimento il precetto sono quelli formali. Inoltre, tutti i vizi di forma non potrebbero essere assoggettati allo stesso regime di annullabilità. Il matrimonio è un atto solenne, nel quale alcune formalità sono esigenza essenziale, e alla loro inosservanza, pertanto, non si può porre rimedio con il passare del tempo e con il mancato esercizio dell'azione. Se in questo caso fosse previsto un

¹⁶ O. MESA CASTILLO, *o.c.*, p. 78.

termine per l'esercizio dell'azione, come faceva l'articolo 47 del Codice della famiglia del 1975, il matrimonio sarebbe privato di questo carattere solenne, mantenuto dalla legislazione canonica a partire dal Concilio di Trento, e che sono stati successivamente seguiti dalla legislazione civile.

In questi casi è stata imposta l'applicazione suppletiva del Codice civile, che stabilisce al suo articolo 67, lettera *d*), la nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle formalità stabilite come requisito essenziale. La formulazione della lettera *b*) dell'articolo 299 rende superfluo tale rinvio, poiché è espressamente previsto tale presupposto, che riguarderebbe, ad esempio, la competenza del funzionario competente o la presenza dei testimoni richiesti. La forma che la legge riconosce come requisito essenziale per la validità dell'atto matrimoniale ha la funzione di fornire sicurezza e certezza, nel senso di provare l'esistenza del matrimonio, presupponendo che il consenso sia stato espresso liberamente e consapevolmente, pur essendo riconosciuto la sua natura strumentale, posta com'è in secondo piano rispetto al consenso.

Le formalità legalmente previste come requisito essenziale possono riferirsi, come sopra osservato, all'incompetenza del funzionario ordinatore, ovvero al fatto che viene dichiarato nullo il documento contenente l'atto giuridico, sia esso l'atto pubblico notarile o l'iscrizione anagrafica. Le forme straordinarie di celebrazione autorizzate, ad esempio, dalla legge sull'anagrafe dello stato civile in situazioni eccezionali, non dispensano dalla presenza del pubblico ufficiale (art. 67, riferito ai comandanti di navi o di aeromobili), non dispensano dalla formalità essenziali, ma alcune vengono soppresse (art. 68), e il matrimonio non è convalidato dal semplice decorso del tempo. Altre cause di annullamento del matrimonio per motivi formali saranno quelle che cagionano la nullità dell'atto notarile, come la mancata prova dell'identità e della firma del Notaio, l'identità, il giudizio sulla conoscenza o qualità e firma del Notaio delle parti comparenti e dei testimoni; l'incapacità dei testimoni, ecc. Allo stesso modo, la dichiarazione di nullità dell'iscrizione anagrafica incide sul matrimonio, come previsto dall'articolo 60 lettera *c*) della legge sull'anagrafe dello stato civile.

La lettera *c*) del citato articolo 299 si collega alla teoria della causa come elemento essenziale del negozio giuridico, nella fattispecie l'atto legale del matrimonio. Una concezione eclettica di esso non si esauri-

sce nella determinazione e descrizione della sua funzione, ma diventano rilevanti piuttosto le finalità perseguite dagli specifici soggetti che celebrano l'atto, che devono essere contrapposte alla sua funzione, affinché l'atto possa avere i suoi effetti legale normale¹⁷. La causa del matrimonio è allora immediatamente collegata all'oggetto di questo atto, poiché lo scopo per il quale esso viene celebrato non è altro che l'instaurazione di quella piena comunità di vita.

Il primo dei casi in cui non è presente il consenso coniugale è, quindi, quello della simulazione. La simulazione, applicabile al matrimonio, può essere definita come l'atto di volontà mediante il quale appare una corretta manifestazione del consenso coniugale, quando in realtà gli effetti di tale atto sono esclusi. Tale situazione dovrebbe essere provata con certezza, poiché¹⁸ a favore di quanto dichiarato dai coniugi, opera il principio del *favor matrimonii*, secondo il quale la produzione di effetti giuridici deve essere favorita e, pertanto, si deve presumere che la dichiarazione di volontà effettuata è pienamente conforme alla volontà interna delle parti.

La dottrina civile riconosce la simulazione assoluta quando la celebrazione dell'atto non mira realmente ad alcun effetto giuridico, ma solo a creare un'apparenza di diritto, con la quale si tenta di conseguire qualche vantaggio. Si avrà invece simulazione relativa quando un atto viene apparentemente compiuto, ma con l'intenzione di nascondere un altro di tipo diverso. Si tratta quindi in questo caso di due atti perfettamente distinguibili: quello simulato o apparente, e quello dissimulato o nascosto¹⁹. Tuttavia, questa distinzione non può essere applicata al matrimonio, poiché sotto l'apparenza del matrimonio non si può nascondere un altro atto giuridico, di natura così diversa da renderne inutile la figura. Quando il matrimonio è contratto solo in apparenza, può esservi un accordo di volontà occulto finalizzato ad alcuni effetti illeciti o immorali, e quindi non meritevoli della tutela della Legge. La simulazione del matrimonio è diffusa fin dalla seconda metà del XX

¹⁷ Un'esposizione delle diverse concezioni sostenute in relazione alla causa può essere vista in L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, 5ª ed., Editorial Civita, Madrid, 1996, pp. 215-245.

¹⁸ A. BERNÁRDEZ, *La simulación del consentimiento matrimonial en el Nuevo Código canónico*, in AA.VV., *Homage to Prof. Gutiérrez-Alviz*, Valencia, 1988, p. 849.

¹⁹ MdC. GETE-ALONSO, *Formación irregular del contrato*, in L. PUIG I FERRIOL, MdC. GETE-ALONSO Y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ, e J.J. HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de derecho civil – Derecho de las obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría General del contrato*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 603.

secolo per raggiungere diversi scopi come l'acquisizione della cittadinanza del coniuge e l'ottenimento di uno specifico status di immigrato, come la residenza, o il raggiungimento del ricongiungimento familiare.

Per l'influenza del diritto canonico, dove non esiste distinzione tra le due figure, nella dottrina spagnola è stata utilizzata la categoria della simulazione, sia quando esiste un accordo testamentario tra pseudo-coniugi, sia quando si tratta di una dichiarazione resa, apparentemente senza intenzione di produrre gli effetti giuridici del matrimonio, ma compiuti da una sola delle parti²⁰. Si parla allora di riserva mentale se una delle parti fa una dichiarazione apparentemente intenzionale, mentre la sua intenzione è in realtà qualcos'altro, un'intenzione sconosciuta all'altra parte²¹.

Anche attraverso quest'ultima figura è possibile minare le finalità del matrimonio, quando uno dei coniugi nasconde all'altro la propria vera intenzione nel celebrare l'atto. Non si tratta qui di un accordo simulato di volontà, che è una nota caratteristica di questo istituto, ma piuttosto la discrepanza tra la volontà reale e quella dichiarata rimane del tutto estranea ad uno dei contraenti. Il legislatore del 2022 l'ha inserita tra le cause di inefficacia, poiché i fini istituzionali possono essere aggirati sia attraverso una dichiarazione di volontà unilaterale sia attraverso un accordo simulato. Con riserva di mente, nel foro domestico sono esclusi l'assunzione del vincolo matrimoniale e tutti i diritti e doveri derivanti dall'atto. Quando si difende l'irrelevanza della riservatezza mentale nelle questioni matrimoniali, si condanna ingiustamente l'altra parte a un'unione ineguale, nella quale lui o lei è stata strumentalizzata dall'altra parte.

L'ultimo dei commi dell'articolo 299 prevede l'annullamento del matrimonio celebrato con violenza "su uno dei coniugi" (comma d). Perché il consenso matrimoniale sia del tutto libero, deve essere esente da quelle circostanze che sono state identificate come difetti di volontà. Il Codice della Famiglia del 1975 contemplava come cause di nullità i vizi dell'errore, dell'intimidazione e della coercizione (articolo 45.2), quest'ultima coincidente con ciò che il Codice civile cubano chiama minaccia e violenza (articoli 72 e 67, lett. c), il che spiega che, nell'anno della sua promulgazione, era ancora in vigore a Cuba il Codice civile spagnolo, il cui articolo 1265 prevede la nullità del consenso "dato per

²⁰ V. REINA e J. MARTINELL, *o.c.*, p. 368.

²¹ MdC. GETE-ALONSO, *o.c.*, pag. 602; CdC. VALDÉS DÍAZ, *o.c.*, p. 229.

errore, violenza, intimidazione o frode”.

Il nuovo Codice della Famiglia fa un’opzione diversa, poiché esclude la coercizione o la violenza tra i vizi, per corrispondere al trattamento che le viene dato nel Codice civile cubano del 1987, come causa di nullità assoluta (articolo 67, lett. c). La sottomissione della violenza all’una o all’altra disciplina non è una questione meramente teorica, poiché ciò incide sulla legittimità di agire nei termini previsti dalla legge e sulle possibilità di convalida dell’atto. Sebbene ad un certo punto si sia ritenuto che tale antinomia potesse risolversi a favore dell’applicazione della violenza come vizio di volontà, tenendo conto del principio di specialità (Prima disposizione finale del Codice civile), non se ne è tenuto conto in sede allora la possibilità di una riforma giuridica della portata di quella avvenuta nel 2022. Il legislatore ha scelto di fornire al sistema giuridico una soluzione più coerente, assimilando il regime giuridico della violenza nel matrimonio al regime degli atti giuridici, in senso generale.

In assenza di criteri specifici nella dottrina canonica, qui si applicano i criteri per valutare la coercizione in materia contrattuale²². La violenza può provenire dall’altro contraente o da un terzo e ha effetti invalidanti quando è ingiusta o illegale e di entità tale da influenzare l’espressione della volontà del contraente, tenuto conto delle sue circostanze personali, tra le quali figurano includere sesso ed età. Può darsi che la violenza non ricada su una delle parti, ma sulla persona dei suoi parenti più stretti, e alcune legislazioni consentono che la violenza ricada su una persona diversa, secondo la valutazione del giudice²³.

È stato affermato che di fronte alla violenza la volontà del contraente colpito non esiste realmente, poiché ciò che viene estratto con forza irresistibile è solo un segno esterno, non la volontà interna²⁴. Insomma, la possibilità che si verifichi effettivamente una violenza durante la formalizzazione del matrimonio è piuttosto remota. L’atto di formalizzazione è circondato da tali garanzie formali, inclusa la presenza di un pubblico ufficiale e di testimoni, che rendono improbabile che si verifichi violenza in tali circostanze. Deve trattarsi di un atto che non lasci possibilità di scelta, che sia contemporaneo alla celebrazione e sia immediatamente esecutivo in caso di rifiuto del consenso.

²² F. LÓPEZ HERRERA, *Derecho de familia*, I, 2ª ed., Banco Exterior - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 250.

²³ Articoli 1151 e 1152 del Codice Civile Venezuelano.

²⁴ V. REINA e J. MARTINELL, *o.c.*, p. 380.

10.3. Motivi di annullabilità

L'articolo 301 comprende le cause di annullabilità, con due commi che mirano a raggruppare, da un lato, i vizi di volontà nelle sue molteplici manifestazioni e, dall'altro, i vizi formali che non hanno carattere di essenziale requisito. Il primo dei vizi contemplati è l'errore, sulla cui portata ci sono state posizioni contrarie, a causa della diversità degli errori che i coniugi possono subire, e che potrebbero mettere in pericolo la stabilità del vincolo. Ciò può ricadere sull'identità dell'altra parte, sulle sue qualità essenziali, sulle caratteristiche e sugli effetti del matrimonio, sulla condizione economica o sociale delle parti, tra le altre circostanze²⁵. Di fronte a queste ampie concezioni si è imposta una posizione più moderata che riconosce la portata dell'errore, ma solo quando questo ricade sulla persona dell'altra parte.

L'errore nella persona può essere un errore nell'identità della persona, oppure un errore nelle qualità. Il vizio di errore è genericamente accolto dall'articolo 301, comma *a*), del vigente diritto di famiglia sostanziale, in corrispondenza dell'articolo 70 del Codice civile, il quale, riferendosi alla modalità che ci interessa, stabilisce nella sezione *c*), che non sussiste errore anche quando "il manifestante ha preso in considerazione qualcos'altro o un'altra persona diversa o con qualità diverse da quella oggetto del fatto". Tra i casi di errore nelle sue qualità essenziali, circostanze quali impotenza, malattia mentale, depressione nevrotica, precedente gravidanza, occultamento di precedenti penali, status di immigrazione clandestina, passato disonorevole dell'altro coniuge, stato civile diverso da quello dichiarato nell'atto di formalizzazione. Una definizione generale di quali siano queste qualità è offerta dalla sentenza della Corte Suprema spagnola, del 18 settembre 1989, dove si esplicita che la qualità personale si fonda sia sulla dimensione fisica della persona che su quella psicologica, includendo qui "carenze o anomalie psicologiche che non impediscono o ostacolano il rilascio di un valido consenso da parte della persona che ne soffre".

Il requisito della scusabilità dell'errore deve essere valutato secondo la natura del matrimonio. Non deve essere richiesta eccessiva cautela agli sposi al momento della formalizzazione del matrimonio, così che se non si è proceduto ad accertamenti, ad esempio riguardo al

²⁵ Queste posizioni sono riviste da F. LÓPEZ HERRERA, *o.c.*, p. 246.

casellario giudiziale, l'errore non possa essere addotto successivamente. Una media diligenza dei contraenti non comprenderebbe mai l'obbligo di una certificazione relativa al casellario giudiziale dell'altro contraente.

Nel campo del diritto civile e di famiglia, il cosiddetto errore in affari non costituirebbe propriamente causa di annullamento, ma piuttosto causa di ostacolo al consenso matrimoniale. Una causa che in ogni caso sarebbe altamente improbabile che si verifici, poiché la singolarità dell'atto fa sì che il suo contenuto e i suoi effetti siano conosciuti in modo elementare da tutti, senza che sia necessaria una conoscenza dettagliata degli stessi. A ciò bisogna aggiungere che l'errore in affari sarà in ogni caso un errore di diritto e non di fatto, come del resto quelli qui discussi.

Proprio un altro punto discutibile fino alla promulgazione del Codice delle famiglie era l'inclusione del dolo o della frode tra le cause che portano all'annullabilità, questione che ora trova espressa soluzione nella lettera *a)* dell'articolo 301. Contro questa possibilità si sono espressi con veemenza i francesi, dottrina per la quale nel matrimonio *tromp qui peut*, o, che è lo stesso, nel matrimonio chi può ingannare. Ciò allude al fatto che nel corteggiamento, in quella fase precedente alla celebrazione del matrimonio, la cui estensione e natura è stata tanto variata nel tempo, è opportuno che ciascuno dei membri della coppia cerchi di mostrare all'altro il meglio di sé, o anche per dimostrare le qualità che non possiede per compiacere il suo partner. Le ipotesi che potrebbero sorgere sarebbero le stesse citate per l'errore, ma nel caso in cui la mancata conoscenza di uno dei contraenti sia stata effettivamente causata dall'altro. È perfettamente coerente che l'ordinamento riconosca effetti invalidanti all'ignoranza o all'errata conoscenza dell'identità o delle qualità del coniuge, sia che detta circostanza sia spontanea o provocata.

L'intimidazione o la minaccia è il terzo dei vizi menzionati nel citato articolo 301. Le norme sulla famiglia non lo definiscono, ma il Codice civile lo caratterizza come quella circostanza nella quale "il protestante agisce sotto gli effetti della paura provocata mediante la proclamazione di un male contro la vita, l'onore o la proprietà propria o di un terzo" (articolo 72). Tale intimidazione ha carattere determinante, per cui l'annullamento del matrimonio provocherà quell'intimidazione senza la quale il consenso matrimoniale non sarebbe stato dato, essendo causa della manifestazione di volontà. Deve trattarsi di

un'azione umana estranea che provoca paura, altrimenti saremmo di fronte al cosiddetto stupore²⁶.

Inoltre, il timore suscitato dalla minaccia deve essere razionale e fondato, affinché non sia sufficiente un male qualsiasi a viziare il consenso, ma piuttosto un male che, tenuto conto delle circostanze personali del contraente, possa incidere su di esso in modo rilevante. La minaccia deve essere imminente, e ciò significa che il male atteso può realizzarsi tempestivamente, o almeno che esiste un alto grado di certezza riguardo al suo verificarsi. Nel caso della legislazione cubana, il destinatario del danno può essere la persona o i beni del soggetto minacciato, oppure la persona o i beni di un terzo (art. 72 del Codice civile). In questo modo non è stata seguita la comune procedura legislativa che elenca i possibili destinatari del male, utilizzando espressioni enumerative che menzionano terzi legati al protestante da vincoli di parentela o di matrimonio.

Infine, la sezione *b*) dell'articolo 301 affronta la questione delle forme di matrimonio non essenziali. La nullità assoluta è riservata a quelle formalità stabilite come requisito essenziale, la norma commentata ha carattere residuale, poiché è riservata a quelle formalità stabilite legalmente, ma la cui assenza non incide sui suoi elementi strutturali. La disposizione abrogata citava qui i requisiti per la formalizzazione del matrimonio del minore, della donna prima che siano trascorsi trecento giorni dalla cessazione del precedente matrimonio, e per la formalizzazione del matrimonio con uno straniero (articoli 3 del Codice di famiglia del 1975 e 61-63 della legge sull'anagrafe dello stato civile). Nell'ordinamento attuale si dovrebbe pensare ai requisiti formali che sussistono nella legge anagrafica dello stato civile, anche se devono essere esclusi anche quei vizi formali che non incidono in alcun modo sull'inefficacia dell'atto matrimoniale, restando inteso che sono accessori forme o semplici rituali. In questo caso, si constata che gli articoli da 204 a 208 del Codice delle famiglie non vengono letti, o vengono sostituiti da una spiegazione del loro contenuto, o viene cancellata la dichiarazione finale di coniugi, come è prassi consueta, sebbene non legalmente richiesto nel sistema legale cubano²⁷.

²⁶ D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *o.c.*, pp. 123-124.

²⁷ «Incluso la omisión de la solemne declaración final de que los contrayentes quedan unidos en matrimonio ha de considerarse irrelevante a estos efectos, porque, como su propio nombre indica, no es más que una declaración de reconocimiento de que el matrimonio ya se ha celebrado». V. REINA e J. MARTINELL, *o.c.*, p. 543.

10.4. Le caratteristiche dell'azione per affermare l'inefficacia del matrimonio

Le caratteristiche dell'azione per ottenere l'inefficacia del matrimonio, la cosiddetta azione di annullamento matrimoniale in senso generico, dipendono in ultima analisi dalla specifica causa di inefficacia che viene fatta valere. Mentre l'articolo 300 segna le caratteristiche dell'azione di nullità *strictu sensu*, gli articoli 302 e 303 stabiliscono le caratteristiche che definiscono la relativa azione di nullità, nei casi in cui tale soluzione procedurale è riconosciuta.

Sebbene l'articolo 300 sia rubricato imprescrittibilità dell'azione, il suo contenuto lo trascende, poiché si riferisce agli effetti del trascorrere del tempo nell'esercizio dell'azione, nonché ai soggetti legittimati a proporla. L'imprescrittibilità dell'azione di nullità assoluta riafferma il criterio della normativa civile comune, che le attribuisce la stessa natura. In effetti, l'articolo 68.1 del Codice civile prevede che "L'atto giuridico nullo non può essere convalidato e può essere impugnato in qualsiasi momento dalla parte interessata o dal pubblico ministero". Con l'espressione "in ogni momento" si esplicita la sottrazione dell'azione agli effetti del trascorrere del tempo.

Sebbene l'articolo faccia esplicito riferimento solo alla sua natura imprescrittibile, la soluzione coerente implica anche l'affermazione dell'impossibilità di convalida per ragioni diverse dal trascorrere del tempo, nonché un'ampia legittimazione, affinché qualsiasi soggetto portatore di legittimo interesse possa essere interessato al giudice la dichiarazione di nullità. Si tratterebbe, in questo caso, di espressa applicazione dell'articolo 298, che prevede la natura integrativa del Codice civile in materia di inefficacia coniugale. Pertanto, nella casa coniugale è direttamente applicabile quanto previsto per le azioni di nullità assoluta nell'articolo 68.

Ciò supera la norma contenuta nell'articolo 46.1 del Codice di famiglia del 1975, in base alla quale l'azione di annullamento in questi casi spettava solo a uno dei coniugi e al pubblico ministero. In precedenza, si è affermato che "pur trattandosi di norme di ordine pubblico, la cui osservanza è obbligatoria, è preclusa la possibilità che un altro interessato possa esercitare l'azione per sé, anche se possono sussistere interessi legittimi che sostengono la sua pretesa", interessi che devono essere tutelati. Ciò contrasta con l'ampio spettro di persone autorizzate

a farlo in altri Codici del continente²⁸.

Gli articoli 302 e 303 contengono il regime giuridico dell'azione di annullamento, poiché definiscono uno specifico regime di legittimazione per tale motivo, al quale si aggiunge la scadenza dell'azione entro il termine di 6 mesi. In conseguenza delle caratteristiche dell'annullabilità, al caso di specie si applicano i criteri di legittimazione più ristretti corrispondenti all'annullabilità, poiché l'azione può essere proposta solo dal coniuge affetto da difetti di volontà, ai sensi della lettera a) dell'articolo 302. L'atto avendo effetti rinunciativi, che divengono definitivi se l'azione di annullamento non viene tempestivamente esercitata, ovvero, se viene confermata, l'esercizio dell'azione spetta solo a chi con la sua dichiarazione di volontà può restituire definitiva l'efficacia dell'atto. Allo stesso modo, è stato pronunciato l'articolo 46.2 del Codice di famiglia del 1975, che attribuisce potere "al coniuge che ha subito l'errore, la coercizione o l'intimidazione".

Il comma b) della citata disposizione resta entro i margini di legittimazione concepiti dalla normativa abrogata, per le nullità per ragioni formali di carattere non essenziale. Costituisce, quindi, una specie *sui generis* all'interno dell'inefficacia coniugale, ma che viene raggruppata sotto le ipotesi di nullità relativa per la predominanza di elementi di quel tipo di inefficacia. Pur costituendo violazione di norma imperativa, e sia i coniugi che il pubblico ministero sono legittimati ad esercitare l'azione, è previsto un termine di scadenza di 6 mesi e, pertanto, la convalida del matrimonio è possibile, in forza dell'articolo 303.

Il termine di scadenza stabilito dall'articolo 303 è conseguenza, innanzitutto, di una concezione dottrinale in base alla quale il termine di scadenza è stato stabilito per dare maggiore certezza alla situazione pendente in cui l'atto non è stato impugnato²⁹. Inoltre, risponde al fatto che si tratta di una delle cosiddette azioni statali, che in linea di principio sono imprescrittibili e, quando per maggiore certezza giuridica si deve limitare la possibilità di impugnare l'atto indefinitamente, allora si ricorre al fascicolo di scadenza.

²⁸ D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, *o.c.*, pag. 58.

²⁹ M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil español común y foral*, I, *Introducción y Parte general*, 1ª ed., Libreria Bosch, Barcellona, 1977, p. 550.

10.5. Del matrimonio putativo

Il matrimonio putativo nasce per ammorbidire le regole dell'inefficacia degli atti giuridici nel matrimonio, tenuto conto che si tratta di un atto *sui generis*, creatore di uno stato civile o, ancor più, di una casa familiare, con una serie di effetti già prodotti e consolidato, difficile da disfare completamente. In questo modo si afferma il principio generale secondo cui *nullum est, nullum producit effectum*, è stato abrogato dalla presenza di una giusta causa, costituita dalla buona fede dei coniugi, o di almeno uno di essi al momento della celebrazione del matrimonio. Questo è uno dei contributi del Diritto Canonico, che con i suoi principi ha allentato norme che, applicate rigorosamente, portavano a situazioni ingiuste³⁰.

L'articolo 304 del Codice della famiglia prevede che il matrimonio nullo o annullabile produce tutti gli effetti giuridici, "a favore delle figlie e dei figli comuni e per il coniuge che ha agito in buona fede". Ciò non rende valido il matrimonio dalla data della celebrazione fino alla definitività della sentenza di nullità per finzione giuridica, come sostengono alcuni autori³¹, ma anzi, nonostante la presente causa di nullità, produce effetti giuridici in tale lasso di tempo. Mentre, in linea generale, la sentenza di nullità produce effetti *ex tunc*, a partire dalla sua conclusione, come è frequente nelle pronunce dichiarative di status, quando viene riconosciuta l'esistenza di un matrimonio putativo, la sentenza produce effetti *ex nunc*, soltanto a partire dalla sua fermezza, preservando gli effetti già prodotti nei confronti del coniuge che ha agito in buona fede, e sempre per i figli. Si tratta di un cambiamento fondamentale, poiché nella sua concezione originaria la tutela offerta ai figli nel diritto canonico era subordinata alla buona fede dei genitori, sicché la buona fede diventava un requisito *sine qua non*, per cui la dottrina della presunzione si potrebbe applicare al matrimonio.

L'esiguità della norma cubana rende necessario che la dottrina precisi i presupposti del matrimonio putativo, di cui il precetto commentato ne enuncia solo alcuni, senza ulteriori sviluppi. Innanzitutto, deve trattarsi di matrimonio validamente celebrato, la cui formalizzazione è stata effettuata con le solennità prescritte dalla legge, essenzialmente

³⁰ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Algunas consideraciones sobre el matrimonio putativo* in, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 16, 1998, p. 133.

³¹ F. LÓPEZ HERRERA, *o.c.*, p. 421.

con la presenza di un funzionario competente e dei necessari testimoni³². Il carattere solenne dell'atto rende impossibile l'applicazione di tale dottrina, mancando i requisiti formali necessari alla sua validità, poiché, altrimenti, esso cesserebbe di avere tale carattere. Ciò significa che devono essere esclusi i matrimoni dichiarati nulli per motivi formali, poiché non possono acquisire lo status di matrimonio putativo, nonostante il silenzio della legge.

Oltre alla presenza della celebrazione, si presuppone che le parti siano soggette ad uno degli impedimenti decidenti o annullanti. Questa è l'origine del matrimonio putativo, poiché si trattava dell'ignoranza di uno dei coniugi del divieto presente nella loro unione, che non poteva trattarsi di un semplice impedimento ostativo, poiché questi non incidono sulla validità del matrimonio e, quindi in quei casi il matrimonio putativo è inutile. Successivamente la sua applicazione è stata estesa ad altre cause di nullità, anche se non a tutte, solo a quelle in cui uno dei contraenti non era in alcun modo responsabile della presente inefficacia poiché, al contrario, questa era dovuta a un suo comportamento controparte. Pertanto, 304.1 si riferisce a un matrimonio nullo o annullabile ed estende i presupposti oltre gli impedimenti o i divieti ai difetti di volontà.

Non meno rilevante è la dichiarazione di nullità del matrimonio, perché il matrimonio putativo ha efficacia per alcuni soggetti, ma di per sé è nullo e tale resta, nonostante la buona fede che è nell'essenza stessa di questo istituto. È putativo solo il matrimonio dichiarato nullo con decisione giudiziale definitiva; ciò opera come limite agli effetti riconosciuti, poiché si dispiega solo per il futuro in favore dei soggetti tutelati, e anche per il passato nei confronti del contraente che ha agito in malafede.

Non meno rilevante, infine, la buona fede, sulla quale si concentrano gran parte dei problemi applicativi e interpretativi di questo istituto. Questo spiega perché alla buona fede sono dedicati gli ultimi due paragrafi dell'articolo commentato. La sua definizione classica, nell'ambito del matrimonio putativo, implica l'errata convinzione da parte di uno o entrambi i coniugi, che ritengono di aver contratto un matrimonio valido, secondo quanto previsto dalla legge³³.

La buona fede si caratterizza per essere una condizione individuale, poiché avvantaggia soltanto chi ha agito motivato da essa, senza che

³² O. MESA CASTILLO, *o.c.*, p. 389.

³³ F. LÓPEZ HERRERA, *o.c.*, p. 423.

gli effetti siano comunicati all'altro contraente. Nel caso dei figli nati nel matrimonio, non è che la buona fede dei genitori li avvantaggi, è che la buona fede non è un prerequisite per applicare a loro favore la dottrina del matrimonio presunto. La buona fede prescinde dalla gravità della norma violata, poiché questa può comportare una nullità assoluta o una nullità relativa, a seconda della natura della causa di inefficacia prevista dal legislatore. Inoltre, le stesse possono riferirsi a divieti di carattere relativo o assoluto, che impediscono il matrimonio con alcune o tutte le persone. Perché abbia virtualità, non è necessaria la sua presenza durante tutta la vita dell'unione, ma piuttosto nel momento in cui è stato celebrato il matrimonio. La malafede sopravvenuta, la piena consapevolezza di agire contro la Legge, non incide sul matrimonio presunto, solo quando è stato celebrato con la consapevolezza del difetto di cui l'atto soffre.

La nozione di buona fede inizialmente utilizzata dalla dottrina e dalla legislazione è stata collegata alla buona fede in senso psicologico, come consapevolezza di agire secondo la legge o, nel senso opposto, come ignoranza dell'impedimento esistente. È vero che questa concezione ha portato a risultati ingiusti, poiché il coniuge la cui volontà è stata viziata da intimidazioni, o che ha subito violenza o coercizione, non è mai stato inconsapevole della sua condizione, solo che la forza stessa della minaccia o della violenza fa sì che è impossibile per lui rifiutare la celebrazione in queste condizioni. Per questo si è fatta strada una concezione di buona fede, intesa più in senso etico, come onestà e rettitudine nell'agire, più legata alla buona fede in senso oggettivo, come comportamento giuridicamente corretto, poiché il contraente non può essere imputato per aver sofferto il vizio di non essersi astenuto dal celebrare il matrimonio invalido³⁴. In questo modo, i casi di matrimonio celebrato con violenza o intimidazione rientrano nel matrimonio putativo, poiché per il matrimonio contratto per errore può essere mantenuto il tradizionale senso di buona fede. Su questo fondamento si basa l'articolo 304.3, che spiega quando il soggetto agisce in malafede, quando la causa dell'inefficacia è conosciuta al momento della celebrazione o quando tale inefficacia è stata causata.

Il secondo comma dell'articolo 304 contempla l'ipotesi che entrambi i coniugi abbiano agito in malafede, nella quale sono esclusi gli effetti del matrimonio putativo.

³⁴ M. LÓPEZ ALARCÓN, *o.c.*, p. 136.

11. Un nuovo Diritto sulle filiazioni: gli scenari attuali, i princípi, le fonti e le tipologie

Ana María Álvarez-Tabío Albo

SOMMARIO: 11.1. Evoluzione storica della filiazione e nozioni di maternità e paternità. – 11.2. Quali fattori influenzano la trasformazione del Diritto di filiazione? – 11.3. Quali sono le modifiche più importanti al Codice in tema di filiazione? – 11.4. Espressioni di genere e discriminazione nella filiazione. – 11.5. Principi guida della filiazione. – 11.6. Fonti di filiazione e tipo generato. – 11.7. Effetti della filiazione e prova della sua determinazione. – 11.8. Conclusioni.

11.1. Evoluzione storica della filiazione e nozioni di maternità e paternità

La filiazione, vista nella sua concezione tradizionale come un rapporto giuridico che si crea tra persone che, in linea di principio, sono vincolate dal fatto biologico della procreazione, ha già una portata che va oltre i suoi schemi originari, e senza negare che la trascendenza del dato biologico non è più essenziale per fissarlo e determinarlo. Ma non è sempre stato così.

Il diritto romano classificava i figli dal punto di vista del matrimonio in due grandi gruppi: legittimi o illegittimi. Sebbene esista una terza classificazione in base all'origine della filiazione, che verrà spiegata a parte, derivata dall'adozione, per i romani il bambino adottato non aveva alcuna differenza legale da quello procreato in matrimonio.

I figli legittimi, *liberi justí*, erano quelli procreati all'interno del matrimonio legittimo, *ex justis nuptiis*; per quanto riguarda la madre, essa era oggettiva ed era dimostrata dal fatto stesso della gravidanza e del parto, che costituiscono fatti materiali e notori. Poiché la paternità è

priva di indici diretti e, quindi, solo presumibilmente determinabili, il principio latino secondo cui *il bambino ha come padre il marito della madre* è diventato la regola e la fonte del Diritto positivo di tutti i popoli che hanno ricevuto tale eredità culturale. Per risolvere questa situazione, il fantastico Diritto romano presupponeva che i figli legittimi o matrimoniali fossero quelli nati entro 180 giorni dal matrimonio e prima dei 301 giorni dalla sua dissoluzione, una presunzione *iuris tantum*, che poteva essere distrutta solo con l'assenza o la malattia che avrebbe reso impossibile la convivenza nel momento in cui sarebbe dovuto avvenire il concepimento.

I figli illegittimi erano quelli nati fuori dal matrimonio e il diritto romano conosceva varie sottoclassificazioni: naturali, *liberi naturali*, se provenivano da un'unione non coniugale, ma non proibiti dalla legge, come il concubinato. Esse erano *sui iuris* e acquisivano lo status della madre al momento del parto; appartenevano solo alla famiglia cognatizia della madre, anche se fin dai tempi di Giustiniano c'era l'obbligo del padre di nutrirle e godevano di certi diritti di successione e, dai tempi di Costantino, potevano essere legittimate.

Un'altra classificazione per i figli era quella dei concetti spuri o *vulgo concepti*, nati da unioni transitorie; adulteri, quelli nati da una donna sposata con qualcuno che non è suo marito, e incestuosi, quelli nati da unioni proibite dalla legge a causa della parentela. Nella società medievale, sebbene si mantenesse il riconoscimento del diritto al mantenimento dei figli naturali e si favorisse la loro legittimazione, i figli del "peccato" venivano recriminati in modo ancora più severo.

Sebbene la Rivoluzione francese, nel suo decreto 12 del Brumaio dell'anno II, stabilisse l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali, escludendo gli adulteri e gli incestuosi, il Codice civile francese del 1804, in seguito noto come Codice napoleonico, ritorna ai principi del Diritto romano in materia di presunzioni.

Il Codice Civile spagnolo del 1888, esteso all'Isola di Cuba nel 1889, in vigore in materia di Diritto di famiglia fino alla promulgazione del Codice nel 1975, classificava i figli come legittimi o matrimoniali nella stessa nozione classica, legittimata a distinguere coloro che, per successivo matrimonio dai genitori, ma concepiti e nati prima, hanno raggiunto la loro legittimità; naturale illegittimo per chi è nato fuori dal matrimonio da genitori che al momento del concepimento avrebbero potuto sposarsi senza o con dispensa; e gli illegittimi non naturali (noti anche come spuri o bastardi), nati da genitori a cui è stato impedito di

contrarre matrimonio, con una miriade di sottoclassificazioni in adulteri, incestuosi, sacrileghi, manceres e nefarios.

Nonostante diversi tentativi legislativi successivi durante il periodo neocoloniale, come la Legge del 15 agosto 1938 e la Costituzione del 1940, la disuguaglianza tra i figli è stata mantenuta sulla base delle presunzioni di paternità legittima, ma quest'ultimo testo non può essere privato del merito di eliminare la differenza in termini di titolo di filiazione registrata, di equiparare tutti i figli illegittimi e innaturali con i figli naturali e ammettere l'indagine sulla paternità.

La maternità, d'altra parte, è stata storicamente legata all'essenza del femminile, il che ha fatto sì che la parola donna fosse correlata al fatto di essere madre. È comune tra gli antropologi sociali individuare un primo periodo di preminenza della figura femminile nel momento dello sviluppo dell'umanità in cui le società erano organizzate in un modo di vita sedentario, legato alla terra e all'agricoltura, come segno inequivocabile dell'organizzazione matriarcale. Le donne hanno avuto un ruolo importante proprio per il fatto della procreazione e della maternità. Le differenze nascono come risultato dell'imposizione dei ruoli attraverso la divisione del lavoro che impone un modello di dominio patriarcale. Ed è ancora una volta la maternità a fare la differenza: l'intera organizzazione sociale ruota attorno alla produttività dei compiti svolti dai membri della tribù, per cui alla donna madre viene impedito di svolgere molte attività, occupando un posto secondario nella società, poiché la sua funzione economica era considerata meno produttiva di quella svolta dall'uomo.

La teologia cristiana, che affonda le sue radici nell'ebraismo, ha profonde conseguenze sulla situazione e sullo spazio che le donne occuperanno nella famiglia e nella società, sempre più in declino. Per il cristianesimo siamo tutti uguali, ma il Creatore, rappresentato da una figura maschile, è il padre onnipotente e non è accompagnato da una dea madre. Il Medioevo, tra il IX e il XIV secolo in Europa, è probabilmente uno dei periodi più misogini della storia. Il discorso intorno alla maternità si riduce ai suoi aspetti più organici: la procreazione, la gestazione, il parto e l'allattamento, lasciando la funzione educativa nelle mani del padre una volta che il figlio ha superato il periodo della prima infanzia. L'avvento dell'industrializzazione ha prodotto un nuovo cambiamento, questa volta tra la sfera privata della casa e la sfera pubblica del lavoro, che si è manifestato in modo diverso nelle famiglie di posizioni economiche opposte. Il XX secolo è vissuto tra la massima

esaltazione dell'amore materno come valore naturale e sociale in cui si sostiene l'idea che le madri debbano prendersi cura personalmente dei figli e dedicare loro tutto il loro tempo, e l'arrivo del femminismo e il fallimento dell'equazione donna-madre. Questo è il tempo di quella che molti sociologi chiamano la fase della maternità glorificata, ma è anche il tempo della pianificazione familiare, della lotta per la legalizzazione dell'aborto, della prevenzione delle gravidanze indesiderate, di una maggiore apertura nell'uso dei contraccettivi e dell'accesso a un'educazione sessuale completa e responsabile.

Dall'evoluzione della nozione di maternità che è stata spiegata, possiamo intuire come è andata la paternità. Storicamente, il legame padre-figlio è stato piuttosto giuridico, derivato dalla presunzione di legittimità della filiazione dei figli, nati nel matrimonio riconosciuto dalla legge o legalmente riconosciuti dal padre, nel caso di figli nati fuori dal matrimonio; a differenza del legame tra madre e figlio, che è diretto, biologico, pubblico e inequivocabile. Da *paterfamilias* con autorità concentrata, si è passati, e ci si aspetta sempre di più, a un padre che deve condividere con la madre molte delle sue facoltà giuridiche riguardo ai figli e che condivide tutti i compiti e le responsabilità che la loro educazione, la loro formazione e la loro educazione richiedono. Riducendo al minimo l'analisi, possiamo identificare le forme di patriarcato nel corso della storia, che sono correlate e si manifestano in relazione inversa, con le stesse fasi vissute dall'evoluzione della maternità.

11.2. Quali fattori influenzano la trasformazione del Diritto di filiazione?

Oggi, la filiazione costituisce la spina dorsale della parentela, così come per tanti anni il matrimonio è stato il paradigma del resto dei modi di vivere la coppia. Il risultato di tutto questo processo evolutivo della genitorialità, dalle sue varie espressioni, è stata l'apertura alla molteplicità delle possibili formazioni familiari che dipendono dalla scelta di ciascuno di formare la propria famiglia secondo le proprie circostanze o convinzioni. Ciò che conta è l'intenzione, il desiderio di sviluppare il progetto familiare, non intrappolato nelle configurazioni predeterminate dalla legge e dalla morale vigente, ma l'eletto, ciò che

si desidera è l'elemento che conta oggi per la filiazione, da cui il ruolo importante svolto dalla volontà.

In generale, le ragioni che incidono sulla rivoluzione del diritto filiale, così come è stato tradizionalmente concepito, partono dalla ridefinizione del posto e del ruolo delle varie istituzioni – in particolare del matrimonio – nel sistema di parentela occidentale: la generalizzazione del divorzio, le unioni di fatto come valido modo di vivere la coppia, la presenza costante di famiglie ricostituite, che a Cuba sono la tipologia più diffusa identificata dagli studi demografici e dalla sociologia familiare, di pari passo con la persistenza di famiglie monoparentali e pluriparentali.

Inoltre, le convenzioni internazionali che Cuba ha firmato e ratificato nel campo dei diritti umani con un impatto sulla famiglia, che hanno contribuito a costruire la visione della protezione legale delle famiglie dal punto di vista dei loro bilanci, che si unisce all'inarrestabile processo di costituzionalizzazione di tutti i rami del Diritto, con un'attenzione particolare alla famiglia, al punto da bussare alle porte di chi abbraccia questo nuovo sguardo, incentrato su una famiglia plurale, democratica, che enfatizzi la dignità, l'uguaglianza, la solidarietà e il libero sviluppo della personalità e i diritti che riconoscano la famiglia come gruppo o unità sociale e non, esclusivamente, quelli di ciascuno dei suoi membri visti individualmente.

Anche gli sviluppi scientifici nel campo della biologia e della medicina hanno avuto un'influenza, che ha trasformato il Diritto in generale e il Diritto della filiazione in particolare, in qualcosa di inappropriato e illeggibile.

Le trasformazioni introdotte nel Codice delle Famiglie rispondono anche a varie ragioni: il riconoscimento esplicito della presenza nella realtà familiare cubana di molteplici legami di varia provenienza, siano essi genetici, gestazionali, biologici, socio-affettivi, coniugali, di convivenza o adottivi, che meritano la sua consacrazione legale e che mettono in crisi franca l'equazione magica apparentemente inalterabile del binarismo filiale così onnipresente nel Diritto di famiglia. I nuovi scenari ruotano attorno alla dissociazione delle funzioni consanguinee da quelle genitoriali, alla separazione tra il biologico e il sociale, e persino una valutazione privilegiata di quest'ultimo, con le trasformazioni che questo genera e che devono essere affrontate dalla legge.

L'incantesimo che il numero due ha sempre provocato per il diritto in generale, soprattutto nel diritto di famiglia e con maggiore specificità in materia di filiazione, ha il suo fondamento nella biologia; ma la filiazione è un fatto molto più complesso che non si intreccia esclusivamente nel tessuto della consanguineità. Questo non significa che ora venga sminuita¹, ma che sia collocata al suo giusto posto; può essere il primo fondamento da prendere in considerazione, ma quando si scontra con il diritto dei bambini a vivere, crescere e svilupparsi in una famiglia che promuove il loro benessere e il loro interesse, si passa ad un altro livello.

Oggi i presupposti su cui si era tradizionalmente basata la filiazione stanno cambiando. «Questioni come la sicurezza della filiazione materna determinata dal parto o la relativa incertezza sulla paternità che è stata legalmente attribuita attraverso il gioco delle presunzioni e di altri meccanismi formali, sono state influenzate dai recenti progressi delle conoscenze mediche e biologiche, dalle possibilità di agire sulla riproduzione umana [...]», e dalla disgregazione della famiglia matrimoniale tradizionale².

I nuovi scenari attraverso i quali si sta attuando la modernizzazione del diritto della filiazione nel Codice delle Famiglie riguardano la dissociazione tra relazioni coniugali e relazioni filiali; dal riconoscimento in ambito giuridico dell'ampliamento dei legami socio-affettivi che un bambino o un adolescente può generare con i nuovi partner dei genitori o con terzi e che non cerca necessariamente di sostituirsi o escluderli; per l'esercizio della maternità e della paternità, al di fuori di un rapporto di coppia in caso di monogenitorialità per scelta, sia attraverso adozioni da parte di persone single, l'applicazione di una tecnica di riproduzione a donne non sposate, sia per la gestazione congiunta a favore della genitorialità di uomini soli senza distinzione di sesso,

¹ Non è che il modello dei due genitori (madre/padre) scompaia, ma che diventa uno in più insieme all'omogenitorialità (due madri o due padri) nel caso della coppia omosessuale; co-genitorialità (condividere la responsabilità di crescere ed educare un figlio senza necessariamente avere una relazione), sia in caso di separazione o divorzio sia quando due o più persone, senza legami sentimentali, accettano di avere un figlio insieme; monogenitorialità (uomo o donna single con figli adottati artificialmente o procreati); e multigenitorialità (più padri e più madri, nuovo partner della madre o del padre) nelle famiglie ricostituite o in quelle che ricorrono alla riproduzione assistita.

² S. TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», *“Revista Digital Facultad de Derecho”*, 2013, p. 261-316, disponibile in dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468986

l'orientamento sessuale o lo stato civile o di convivenza o l'omogenitorialità e la multigenitorialità, indipendentemente dal fatto che si utilizzino o meno una tecnica di riproduzione assistita; e la rottura dell'eterosessualità e della binormatività che distrugge la "quota" massima di due genitori.

11.3. Quali sono le modifiche più importanti al Codice in tema di filiazione?

Senza voler trattarli tutti, elencheremo i cambiamenti più notevoli, che permettono di porre il diritto delle affiliazioni cubano in prima linea nell'arena internazionale. Quelli che vengono analizzati sono quelli che hanno un impatto generale, poiché in capitoli separati vengono studiate le trasformazioni prodotte in ciascuna delle fonti filiali.

In primo luogo, il riconoscimento della parentela socio-affettiva che giustifica il riconoscimento di una filiazione³ in coerenza con una delle idee che attraversa tutto il testo giuridico, che è quella di offrire l'importanza che l'affetto merita all'interno delle relazioni familiari. Non è stato uno strumento pubblicitario qualificare il Codice come quello degli affetti e la sua presenza è palpabile in ogni lettera quando si riferisce, se si tiene conto del numero di occasioni in cui si fa riferimento all'affettivo, alle persone affettivamente vicine, alla parentela socio-affettiva, all'unione affettiva di fatto, al progetto di vita affettiva della coppia, all'affetto.

«Così, l'affetto acquista e si consolida come valore giuridico, poiché, su di esso, la legge comincia a focalizzare l'attenzione su aree precedentemente non toccate. Il diritto della famiglia che si costruisce – e che è contenuto nel nuovo Codice – deve basarsi più sull'affettività che

³ Art. 21 in relazione all'art. 50, lettera d). Art. 21.: «Parentela socio-affettiva. 1. La parentela socio-affettiva si basa sulla volontà e sul comportamento tra persone che sono affettivamente legate da una relazione stabile e duratura nel tempo che può giustificare la filiazione». Art. 50; «Fonti e tipi di filiazione. 1. La filiazione può avvenire mediante: [...] d) il riconoscimento giudiziale dei legami filiali socio-affettivi che si costruiscono a partire dal possesso dello status di figlia o di figlio rispetto alle madri e ai padri, da cui scaturisce la filiazione socio-affettiva».

sulla stretta legalità, mettendo così l'affetto sullo stesso piano del sangue [...]»⁴.

In secondo luogo, il riconoscimento della plurigenitorialità avviene per ragioni originarie nei casi di filiazione assistita, dove, oltre alla coppia, la terza persona che dona i gameti o la madre surrogata, desidera assumere anche la maternità o la paternità, o in ogni altro caso in cui, in base al progetto di vita comune, è previsto che una figlia o un figlio siano concepiti da più di due persone, o per motivi derivanti dalla socio-affettività, dall'adozione per integrazione senza spostamento dei legami filiali prestabiliti e nei casi di riconoscimento dell'autocompiacimento, in cui non si verifica nemmeno lo spostamento della filiazione⁵.

Un'altra delle novità che viene introdotta è la possibilità di gestazione solidale come una delle varianti della filiazione assistita, per accedere alla quale è richiesta l'autorizzazione giudiziale, prima dell'ottemperanza ai requisiti di controllo di natura legale, sanitaria, penale, amministrativa e giudiziaria⁶. Nel modo in cui è stata regolamentata la gestazione solidale, impedisce l'assimilazione alla maternità sostitutiva (non c'è la possibilità per la madre surrogata di esercitare la maternità) o alla maternità surrogata, al fine di avvantaggiare con questa figura coloro che non possono accedere alla maternità e alla paternità attraverso i canali tradizionali, in particolare le donne con difficoltà di gestazione; così come uomini single o coppie omoaffettive maschili.

Allo stesso modo, prevede la possibilità di concedere una proroga eccezionale del periodo per procedere al trasferimento dell'embrione in caso di gravidanza congiunta (art. 133, comma 2) e di fecondazione

⁴ L. B. PÉREZ GALLARDO, A. M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO e Y. GONZÁLEZ FERRER, «A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba: las razones por el sí», in *Revista Anales de Legislación Argentina (ADLA)*, 2023, p. 12.

⁵ Cfr. artt. 56-59 e 87 del Codice della Famiglia.

⁶ Questo tema non è approfondito perché in questa stessa opera collettiva c'è un capitolo dedicato alla gestazione solidale. Cfr. artt. 131-134 del Codice della famiglia; Risoluzione n. 1151/2022, «Regolamentazione della riproduzione assistita negli esseri umani», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba, Edizione Straordinaria n. 67, del 28 ottobre 2022, artt. 7-11, disponibile all'indirizzo <https://salud.msp.gob.cu/GACETAS/goc-2022-ex67.pdf> [consultato il 23/01/2023]; e Codice Penale, Titolo XII, «Crimini contro la vita e l'integrità fisica», Capitolo VII, «Atti contro l'attività riproduttiva umana», art. 354 del Codice penale cubano, recentemente in vigore, disponibile in https://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/goc-2022-o93_0.pdf [consultato il 23/02/2023].

post mortem (art. 126, paragrafo c.), nonché di autorizzare eccezionalmente la divulgazione di dati sull'identità della persona che dà i gameti, per i nati mediante PMA (art. 122, comma 2).

Un importante cambiamento introdotto nell'ambito della filiazione deriva dalle profonde trasformazioni in relazione alla capacità delle persone assunte attraverso la Prima Disposizione Finale del Codice delle Famiglie, con la modifica fondamentale degli artt. da 29 a 32 della legge 16 luglio 1987, n. 59, Codice civile.

Pertanto, i diritti e le azioni di filiazione delle persone con disabilità possono essere esercitati dalla persona o dalle persone che sono state nominate come sostegni intensi con poteri di rappresentanza, ma solo se si basa sulle volontà, sui desideri e sulle preferenze da loro espressi prima della nomina del sostegno, sconvolgendo il paradigma dell'esercizio molto personale di tutto ciò che riguarda le azioni di filiazione e i diritti derivati di questi.

Infine, uno dei cambiamenti più innovativi è l'ampliamento delle fonti della filiazione, a cui viene dedicato un piccolo spazio in seguito, ma che vengono ampiamente sviluppate in quest'opera stessa nei capitoli corrispondenti.

11.4. Espressioni di genere e discriminazione nella filiazione

Nessuno può negare i progressi che hanno permesso di raggiungere importanti conquiste a Cuba in termini di uguaglianza di genere, che ci chiamano a integrare consapevolmente e intenzionalmente la costruzione di tutte le strategie di sviluppo nazionale con una prospettiva di genere, tendendo alla soppressione e alla riproduzione dei ruoli prestabiliti da secoli di patriarcato, di "verità" inamovibili e di consuetudini che segnano la disuguaglianza e l'esclusione.

Con nostro rammarico, continuano a prevalere differenze che minacciano la volontà di ridurre i divari di genere negli aspetti culturali, a volte impercettibili o socialmente accettati senza discussione, che rimangono lì come piccoli e persistenti semi di discriminazione sempre pronti a germogliare. Nonostante i progressi nella parità di genere – che non coinvolge solo le donne – e le conquiste ottenute nella posi-

zione delle donne nella sfera personale, sociale e familiare, permangono evidenti segni di espressioni discriminatorie in termini di filiazione.

Per quanto riguarda gli uomini/padri, nonostante il crescente radicamento delle varie forme di paternità responsabile, le norme giuridiche che prevedono benefici e tutelano i diritti di paternità sono ancora in forte svantaggio rispetto ai diritti di maternità riconosciuti alle donne in questo ambito, compreso il congedo di paternità postnatale⁷.

Le differenze si manifestano anche nelle regole delle presunzioni e del riconoscimento della filiazione paterna, che sono più esigenti di quelle della filiazione materna. Lo stesso vale per la valutazione dei motivi di privazione della responsabilità genitoriale, che sono meno rigorosi nel loro esame quando si tratta di un caso paterno rispetto a quando sono diretti contro la madre, e nella preferenza che la madre ha storicamente goduto nell'attribuzione dell'affidamento e della cura dei figli e nella resistenza a consentire l'affidamento congiunto.

Le espressioni di discriminazione nei confronti delle donne/madri si manifestano nelle difficoltà di conciliare lavoro e vita familiare, poiché ci si chiede ancora se un uomo sia in grado di prendersi cura di un neonato, attribuendo questa capacità innata solo alle donne attraverso l'istinto della maternità.

Un altro dei segni più evidenti di discriminazione in materia di filiazione risiede nell'ordine dei cognomi⁸, che fino ad ora sono passati inosservati, a volte a causa di consuetudini o usi, che non consideriamo nemmeno di mettere in discussione o di giudicare, o dell'inerzia di una

⁷ Nonostante le intenzioni, pochissimi padri si avvalgono del congedo di paternità per prendersi cura dei figli minorenni. Non ci sono dati statistici precisi, ma nel 2021 solo cinque uomini hanno ricevuto l'assegno di paternità contro 47mila donne; una tendenza che non deve essere cambiata molto. Cfr. anche il decreto-legge n. 56, «Sulla maternità della lavoratrice e la responsabilità delle famiglie», Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba, edizione speciale del 26 giugno 2024, anno CXXII, concordato in conformità al mandato previsto dalla prima disposizione finale del decreto-legge n. 84, del 20 maggio 2024, pubblicato nell'Edizione Straordinaria 36 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba del 28 maggio 2024, per aggiornare e concordare con il Decreto-Legge n. 56, del 13 ottobre 2021, pubblicato nell'Edizione Ordinaria n. 145 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba del 14 dicembre 2021 e che è stato precedentemente concordato con il Decreto-Legge n. 71, del 17 marzo 2023, pubblicato nell'Edizione Ordinaria n. 41 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba del 10 maggio 2023, disponibile in <http://www.gacetaoficial.gob.cu>

⁸ Cfr. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «Igualdad-No discriminación y el orden de los apellidos», in "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", 2019, p. 44 ss.

tradizione secolare la cui permanenza perpetua stereotipi e pratiche discriminatorie.

La regola che prende la categoria “genere” come dato o presupposto è una discriminazione contraria al principio di uguaglianza, cioè il fatto di assumere il sesso dei genitori come criterio per l’ordinamento dei cognomi è ingiustificatamente discriminatoria⁹.

È sempre più frequente che i genitori siano d’accordo quando registrano i propri figli nei registri, realtà che viene sempre più assunta dalla legislazione, ad esempio, in America Latina è già consentita in Nicaragua, Cile, Repubblica Dominicana, Colombia, Argentina, Perù, Brasile, Messico; in Europa nelle legislazioni di Irlanda, Spagna, Francia, Italia, Serbia, Paesi Bassi, Germania, Svezia, Portogallo e Svizzera e nello Stato della California (USA): è stata abolita qualsiasi nozione di *common law* secondo cui il padre avrebbe un “diritto primario” o un “interesse tutelabile” a che i suoi figli minorenni portino il suo cognome.

11.5. Princípi guida della filiazione

Gli artt. 83 e 84 della Costituzione del 2019 sanciscono l’uguaglianza di tutti i figli indipendentemente dalla natura della loro filiazione, tutelano la maternità e la paternità e sottolineano le responsabilità e le funzioni essenziali che le madri e i padri devono svolgere nell’educazione e nella formazione integrale delle nuove generazioni, e altri consanguinei o parenti che svolgono funzioni di tutela e cura, con il correlativo dovere dei figli e delle figlie di rispettarli, assisterli e proteggerli quando arriva il momento di ricambiare le loro preoccupazioni; princípi che vengono poi riconosciuti e sviluppati nel Codice delle Famiglie.

La prima di queste, quella dell’uguaglianza, diventa la porta d’accesso alla regolamentazione dei rapporti di filiazione, di pari passo con gli artt. 48 e 49, che sanciscono la parità di filiazione delle figlie e dei

⁹ L’art. 51, comma 3 del Codice della Famiglia recita: «L’ordine dei cognomi è quello stabilito nella corrispondente normativa sulla registrazione, fatto salvo l’accordo raggiunto dalle madri e dai padri nel senso di stabilire un diverso ordine di questi al momento della registrazione della nascita o dell’adozione, mantenendolo così per il resto delle figlie e dei figli comuni». Spetta alla legge sul registro adottare le decisioni corrispondenti quando non c’è un accordo che, secondo la sottoscritta, sarebbe la cosa più giusta sarebbe il caso.

figli, che godono degli stessi diritti e hanno gli stessi doveri nei confronti delle madri e dei padri, qualunque sia il loro stato civile, lo stato di famiglia o la fonte della loro filiazione, nonché il divieto di fare riferimento alla fonte della filiazione nell'atto di nascita.

Questo principio radicato aveva già avuto il suo antecedente più importante nella Costituzione del 1940, una delle più progressiste al mondo per l'epoca introducendo avanzamenti impensabili nella prima metà del XX secolo, con precetti di profondo contenuto etico-giuridico come l'art. 44, comma 3, che sancisce l'uguaglianza di tutti i bambini¹⁰, ma che, purtroppo, non trovò eco nella legislazione infracostituzionale che doveva svilupparla o nelle necessarie modifiche del Codice civile spagnolo in vigore a Cuba, che annoverava tra i suoi contenuti i rapporti giuridico-familiari.

La Costituzione del 1976 replica il principio di non discriminazione contro i bambini sulla base della filiazione¹¹, che aveva già la sua prefazione nel Codice della Famiglia del 1975, ma che trova il suo sviluppo normativo nella Legge sullo Stato Civile e nel Codice civile già in vigore.

Il secondo principio che emerge dagli artt. del Codice è quello di conoscere la propria filiazione o diritto all'identità, che non solo è alla base del regime delle azioni di filiazione, ma è anche consustanziale in misura maggiore alla filiazione adottiva, e in misura minore alla filiazione assistita¹².

Essa è seguita da diverse regole che si ripetono in tutto il plesso normativo della famiglia cubana: la prima è associata alla conserva-

¹⁰ Costituzione della Repubblica di Cuba, proclamata a Guáimaro, Camagüey, 1° luglio 1940: «Ogni qualifica riguardante la natura della filiazione è abolita. Nessuna dichiarazione che distingue le nascite, o lo stato civile dei genitori, deve essere registrata nei registri di registrazione dei genitori, né in alcun attestato, certificato di battesimo o certificazione che si riferisca alla filiazione». Disponibile in <https://www.parlamentocubano.gob>

¹¹ Come sottolinea la nostra amata e stimata professoressa Olga Mesa Castillo: Il matrimonio non è più enfatizzato come il modo fondamentale per legittimare la paternità e questo si basa, fondamentalmente, sul riconoscimento e la registrazione del figlio, anche se non c'è matrimonio tra i genitori". Cfr. O. MESA-CASTILLO, "Regulación normativa de la filiación en el Estado cubano", in AA.VV. (Tirso Clemente Díaz, Olga Mesa-Castillo, Osvaldo Álvarez-Torres, Luis L. Palenzuela-Páez, Leonardo B. Pérez-Gallardo & Belkis C. Núñez-Travieso), *Temas de Derecho de Familia*, Havana, 2001, p. 69, 70.

¹² Cfr. Artt. 91 e 122 del Codice della Famiglia. Il diritto all'identità in entrambe le fonti filiali è analizzato nello spazio che è dedicato a ciascuna in questo lavoro collettivo.

zione dell'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti, esplicitata in molteplici manifestazioni sia in termini di adozione che in ciò che riguarda la filiazione assistita e che serve come base di orientamento in tutte le azioni e decisioni che vengono assunte in qualsiasi ambito in cui le relazioni familiari o i loro conflitti; e il secondo nel rispetto della loro progressiva autonomia, tenendo conto della loro opinione per tutte le questioni che li riguardano nell'ambito della filiazione¹³.

Infine, vale il principio della difesa del diritto a mantenere un rapporto diretto, regolare ed edificante tra il minore e i suoi referenti genitoriali, il quale, sebbene sia più finalizzato all'esercizio effettivo della responsabilità genitoriale, non si può negare che questa sia una delle derivazioni più importanti della filiazione, sebbene sia in vigore durante la minoranza.

11.6. Fonti di filiazione e tipo generato

L'art. 50 del Codice delle Famiglie ci fornisce le quattro fonti attraverso le quali la filiazione può avvenire e a cui dà origine, quindi si ritiene più opportuno fare riferimento al diritto delle filiazioni. Seguendo la stessa linea di pensiero che ha portato il plurale a riferirsi alle famiglie, sia nella Costituzione che nel Codice, la filiazione è una per ogni persona coinvolta, ma ha diverse e differenti cause o fonti che la permettono, come dimostra il riconoscimento di quattro modi per farlo nel testo normativo della famiglia cubana.

La prima fonte, quella che è sempre stata presente e che ha dominato l'intero panorama della filiazione fino a tempi relativamente recenti, è la procreazione naturale, che dà origine alla filiazione consanguinea. La sua dettagliata regolamentazione¹⁴ tiene conto del fatto che il legislatore della famiglia non intende ignorare, minimizzare o negare l'importanza che conserva e attribuisce a quei legami che hanno la loro origine nei legami di sangue, ma li pone al loro giusto posto, in armonia con il resto delle forme di costituzione e costruzione della filiazione.

Per citare molto superficialmente alcune delle più importanti modifiche introdotte alla filiazione per procreazione naturale, abbiamo la

¹³ Cfr. artt. 78, 89, 90, 97, 107, 110, 111 e 132 del Codice delle Famiglie.

¹⁴ Cfr. artt. 60-87 del Codice della Famiglia.

sistematizzazione del suo regime giuridico, così disperso e omesso, che conteneva il suo precedente testo giuridico; la precisazione, non necessaria per la sottoscritta, che per il riconoscimento è sufficiente la capacità naturale di aver generato e quella di discernimento; l'estensione alle unioni affettive di fatto delle presunzioni di filiazione, che in precedenza erano esclusive delle unioni matrimoniali o extraconiugali; le conseguenze dell'omissione o dell'inesattezza dei dati identificativi al momento dell'imputazione della filiazione; l'estensione della legittimazione a rivendicare e contestare la filiazione; la perfezione delle cause di contestazione della filiazione coniugale e il momento in cui inizia a decorrere il termine per l'esercizio dell'azione; e ciò che si riferisce ai riconoscimenti di compiacimento e all'impossibilità di contestarli sostenendo l'assenza di un legame biologico.

La seconda fonte ha storicamente affiancato quella che ha la sua origine nella procreazione naturale, soprattutto dal suo periodo di splendore nel diritto romano. Tuttavia, ci sono note che, sebbene non lo rendano una nuova istituzione nel precetto familiare, segna importanti progressi. Per ora ce ne sono solo due da citare: ogni decisione deve guardare con gli occhi del bambino che potrebbe essere adottato e non, come spesso accade, con gli interessi degli adulti coinvolti nel processo, e il suo fondamento è la tutela dei bambini in qualsiasi situazione di impotenza.

Il resto delle modifiche, per dirla in modo molto compatto, si concentra sugli elementi personali e sugli altri requisiti per accedere, alleggerire e autorizzare un'adozione, nonché sul disegno più aggiornato dell'adozione con consegna diretta, modifiche che si esprimono attraverso il divieto di adottare coloro che sono parenti in linea diretta o sono stati sanzionati per reati legati al genere o alla violenza familiare o contro l'indennizzo o libertà sessuale o nei confronti dei bambini, dei giovani e della famiglia, o privati della responsabilità genitoriale sui propri figli; con la possibilità di partorire direttamente al momento della nascita del neonato senza richiedere la responsabilità penale dei genitori e con il mandato legale alla Procura di avviare un processo di privazione della responsabilità genitoriale nei confronti dei suoi titolari che non ne abbiano rispettato il contenuto per 180 giorni.

Il Codice delle Famiglie sviluppa la modalità integrativa dell'adozione in modo molto ampio, consapevole del numero di uomini e donne cubani che si assumono sempre più la responsabilità genitoriale per i figli dei loro partner senza essere biologicamente uniti. Per coloro

che chiamiamo “patrigni” e “matrigna” e che il Codice delle Famiglie identifica come padri e madri affini, l’elemento carnale, biologico, perde importanza a favore dell’elemento psicologico, affettivo, poiché la riassegnazione dei ruoli familiari che deriva dalla ricostituzione familiare comporta sempre più l’assunzione delle responsabilità genitoriali da parte dei nuovi partner dei genitori, senza che ciò intenda usurpare il ruolo del genitore non affidatario, in termini di collaborazione e continuità, non di sostituzione.

Il riconoscimento delle nuove responsabilità dei membri delle famiglie ricostituite, accompagnato dal riconoscimento giuridico e/o sociale dei partner dei genitori, permette l’inclusione di molteplici diritti come i permessi di lavoro o il processo decisionale (salute, istruzione, ecc.) rispetto alla persona non biologicamente legata, ma di cui sono responsabili, in molte occasioni, sia dal punto di vista emotivo che economico. La domanda sociale rende necessario creare i riferimenti giuridici e ordinare i diritti e i doveri tra il padre o la madre affine e il figlio o la figlia imparentato dopo la rottura del legame, che era nella deregolamentazione più assoluta del Codice della Famiglia del 1975.

La terza fonte di filiazione, quella assistita, costituisce una novità in quanto riconosce espressamente ciò che deriva dall’uso di una tecnica riproduttiva, determinando che il titolo che la abilita è la volontà, oltre a regolarla uniformemente per tutti i casi e tutte le persone su un piano di parità. Era fondamentale che questo fosse il caso per rispondere alle molteplici domande che si presentano sia nella sua genesi che nelle derivazioni generate da questa fonte e che sono diverse da quelle di altre affiliazioni esistenti e richiedono soluzioni proprie, che non possono essere risolte cercando di imporre vecchie regole che portano a soluzioni ingiuste o poco chiare, o ad approcci abusivi o scrupolosi.

Le risposte a queste domande sono state la base della costruzione giuridica che si riflette oggi nel Codice delle Famiglie. Innanzitutto, non ha senso che, di fronte alla continua evoluzione della famiglia, i protocolli medici per l’accesso ad essi siano ancorati alla domanda di problemi di fertilità in una coppia eterosessuale; i progressi della medicina in questa materia devono essere imposti con un criterio inclusivo e trovare nella Legge le risposte alla forma di determinazione della filiazione che ne deriva, rompendo con le premesse applicabili alla filiazione consanguinea, tenendo conto che il presupposto che la origina è completamente diverso e che il legame genetico e sanguigno

è irrilevante a beneficio dei legami sociali generati dal modo di procreare; né i dati biologici, né genetici, né quelli volitivi, da soli, sono sufficienti, passando alla nozione di "genitorialità volontaria" o di "volontà procreativa".

È chiaro che nella riproduzione assistita la filiazione è una relazione che si definisce dall'intenzionalità, dalla ricerca e dall'educazione del figlio o della figlia, è il desiderio di essere madre o padre che rende tale qualcuno, che rafforza l'uso del concetto di genitorialità al posto di quello di relazioni genitore-figlio che il Codice del 1975 abbraccia.

La quarta fonte filiale, altrettanto nuova, è quella che si genera dal riconoscimento giuridico dei legami socio-affettivi che si costruiscono a partire dal possesso dello status di figlia o di figlio rispetto a coloro che si sono comportati come le loro madri e i loro padri. Implica la debiologizzazione della paternità e della maternità, a cui si aggiungono elementi sociali e affettivi; riconosce l'affettività che risulta dalla trasfigurazione di fatti di natura psicosociale in fatti giuridici, generatori di effetti giuridici, ed elude la visione univoca di una filiazione chiusa negli schemi legalistici.

È la filiazione che risulta da quei legami affettivi che predominano, indipendentemente dal fatto che esista o meno un legame biologico; rivitalizza un istituto giuridico molto antico, il possesso dello status di coloro che, per la loro intenzione e azione, possono essere considerati padri o madri. Fa appello a quei legami con radici, notorietà e connotazione sociale; implica essere trattati in modo efficace e affettivo come un bambino, anche per quanto riguarda gli obblighi verso la società; richiede la costruzione quotidiana, consolidata nel tempo, di quel legame, che si caratterizza per la convivenza, l'affetto solido, anche se fino ad ora, fuori dalla legge.

La filiazione socio-affettiva o educativa o sociale è coerente con la prevalenza dell'interesse superiore del figlio, in quanto tutela il suo diritto all'identità, inteso come quella dimensione dinamica nella formazione della sua personalità che poggia sui legami genitoriali accettati e vissuti; il diritto a crescere in una famiglia, non solo per soddisfare i propri bisogni primari, ma anche quelli dell'esperienza che poggiano su relazioni emotive e affettive positive; e nel diritto/dovere di esercitare una paternità responsabile, che si riflette nell'impegno reale, palpabile, nel desiderio di una persona di essere e comportarsi come madre o padre senza che vi sia un legame biologico. L'assenza di una regolamentazione sulla filiazione socio-affettiva incide su questi diritti,

poiché la realtà familiare, le esperienze e il desiderio del bambino di rimanere al fianco del suo referente genitoriale affettivo non sono valorizzati.

L'art. 55 del Codice delle Famiglie stabilisce la regola del doppio legame filiale, che si genera di norma da una qualsiasi delle sue fonti, ma ammette esplicitamente la possibilità reale dell'esistenza di una sola, in caso di monogenitorialità, o di più di due in caso di pluriparentalità; il primo è socialmente presente da molto tempo nelle sue varie forme espressive, implicitamente consentite dalla Legge, ma rese invisibili nel testo di famiglia già abrogato, e il secondo, forse meno visibile ma ancora presente.

La multigenitorialità che potrebbe generarsi da tutte le fonti filiali rompe con le nozioni convenzionali di parentela e fa implodere la presunzione sociale e culturale più radicata basata sulla legge, il binarismo, che ci ha costretto a considerare che una persona può avere solo una madre e un padre ai fini legali – o già oggi, una/due madri o uno/due padri, nel caso di famiglie monoparentali e omosessuali – e l'impossibilità insormontabile di riconoscere questa qualità ad altre persone.

Questi quattro modi di identificare una filiazione hanno segnato le loro differenze. Per citarne solo alcune, nella procreazione naturale la determinazione della filiazione è finalizzata a legare l'identità personale con la realtà biologica, nella procreazione adottiva e socio-affettiva sono rilevanti solo le parentalità da costruire o quella già costruita che porta al riconoscimento filiale e nella genitorialità assistita sono coinvolti gli elementi genetici, biologici e volitivi in persone diverse, quest'ultimo diventa quello decisivo nella determinazione della filiazione.

Ma questo non significa che siano esclusivi. La filiazione adottiva è allo stesso tempo socio-affettiva in quanto entrambe sono il risultato del desiderio di assumere la paternità o la maternità; ma questa non deve necessariamente sfociare in una risoluzione giudiziaria che autorizzi l'adozione. Sia la filiazione assistita che quella adottiva hanno la loro origine nel testamento, ma mentre nella prima la cosa fondamentale è la volontà di costituire una famiglia nell'esercizio del diritto di fondarla, nel secondo caso si tratta di tutelare il diritto del figlio ad avere una famiglia e a viverci.

La volontà, dunque, non è stata assente dalla filiazione, ma il suo significato e la sua funzione si sono evoluti fino a modificare il proprio

concetto, ora orientato alla tutela del vissuto e giuridicamente istituito contro la ricerca di una realtà biologica che la contraddica. Questo ci permette di affermare che si tratta di una costruzione socio-culturale; procreare un bambino non è più solo un processo naturale, ma, soprattutto, un processo sociale e legale, è una decisione che viene presa dai partecipanti, consapevoli delle conseguenze che le loro azioni comportano in tutti gli ambiti.

11.7. Effetti della filiazione e prova della sua determinazione

Fondamentalmente, gli effetti della filiazione¹⁵ sono gli stessi prodotti dalla parentela, ma con particolare enfasi sui cognomi e sulla responsabilità genitoriale. Ma riguarda anche la nazionalità e il vicinato civile, l'obbligo legale di alimenti, l'eredità o i diritti ereditari, la tutela e alcuni divieti, nonché la configurazione di determinati reati, le circostanze aggravanti e attenuanti nel diritto penale.

Gli effetti possono essere raggruppati in base a vari criteri, ma il più utilizzato corrisponde alla branca dell'ordinamento giuridico in cui si manifestano; in questo modo, possono essere raggruppati in effetti nell'ordinamento civile e familiare, nell'ordine penale, nell'ordine processuale, rispetto alla previdenza sociale e al sistema fiscale, senza coprirli tutti.¹⁶

Affinché sorgano le conseguenze giuridiche della filiazione, è necessario, in primo luogo, la sua registrazione, volontaria o giudiziale, che ci porti alla sua prova.

La filiazione è comprovata dal certificato di registrazione della nascita nello Stato Civile¹⁷. Ciò è corroborato dall'art. 52 del Codice delle Famiglie, quando stabilisce che «[...] La filiazione è comprovata dalla certificazione rilasciata in conformità con l'iscrizione della nascita nel

¹⁵ Cfr. Art. 51: «Effetti della filiazione. 1. Ogni filiazione, qualunque sia la sua origine, produce gli stessi effetti giuridici. 2. La filiazione determina la responsabilità genitoriale, i cognomi, l'obbligo legale di provvedere agli alimenti, i diritti ereditari e gli altri effetti stabiliti dalla legge [...]».

¹⁶ Una spiegazione più ampia degli effetti della parentela si trova in D. CÁNOVAS GONZÁLEZ, «Notas sobre el parentesco», in "Revista Cubana de Derecho", 2013, p. 75-110.

¹⁷ Anche se non tutte le registrazioni di nascita forniscono la prova della filiazione. Cfr. artt. 40 (a), (b), (ch) e 56 della legge sullo stato civile in vigore.

Registro Civile effettuata in conformità con le disposizioni legali corrispondenti»; ed è confermata dall'attuale legge sullo stato civile al suo art. 55, che riconosce questo documento come l'unico mezzo di prova della filiazione.

Solo in assenza dell'iscrizione nel registro civile la prova sussidiaria del possesso costante dello status di figlio può essere utilizzata¹⁸ per presumere e, se del caso, provare la filiazione¹⁹.

Il possesso dello status ha un grande significato giuridico perché permette di stabilire la persona che si è comportata pubblicamente con le sue azioni come se avesse diritto allo status di famiglia; si ha possesso di status quando una persona occupa una situazione familiare (figlio, genitore, coniuge) e gode dei vantaggi di fatto ad essa connessi, assumendo anche i doveri inerenti a tale situazione, indipendentemente dal titolo.

Le sue caratteristiche sono la pubblicità, cioè che gli atti possessori siano compiuti sotto gli occhi di tutti, quella applicata al possesso dello stato di famiglia che sono validi per dimostrare i rapporti di filiazione e di parentela tra una certa persona e la famiglia a cui appartiene, la pubblicità starebbe nel fatto che il presunto padre, la madre o i figli hanno la reputazione, agli occhi del pubblico, di possedere un tale stato dal trattamento che si sono reciprocamente dispensati²⁰. Un'altra caratteristica è la continuità che si identifica con la sufficiente esistenza di

¹⁸ Non è solo nell'ambito dello stato civile delle persone che il legislatore ha compreso la necessità di tenere conto delle apparenze. Nello stesso senso, opera il rapporto tra il fatto del possesso e il diritto di proprietà; si presume che il proprietario di un bene sia colui che lo possiede e viceversa; e di conseguenza quasi sempre la persona che ha uno stato civile, cioè che ha le sue apparenze, ne è realmente il titolare. Ciò significa che, come presume la legge, il possesso dello stato costituisce una presunzione della realtà dello stato civile, tuttavia, che il possesso dello stato civile non costituisce il mezzo ordinario della sua prova, ma solo un mezzo sussidiario che opera in assenza di prove normali.

¹⁹ Cfr. Art. 53 del Codice della Famiglia: «Prova della filiazione mediante possesso dello status di figlia o figlio. 1. In mancanza di un certificato rilasciato in conformità all'atto dell'iscrizione della nascita nel registro civile, la filiazione può essere accreditata mediante prova, di natura straordinaria e integrativa, del possesso dello stato di figlia o figlio. 2. Il possesso dello status non prova di per sé la filiazione, ma permette di presumere, insieme ad altri mezzi di prova, chi, per la sua intenzione e la sua azione, può essere considerato madre o padre. 3. I fatti o le circostanze che ne attestano il possesso dello status richiedono un riconoscimento giudiziale, e la sentenza emessa una volta iscritta nel registro civile è il titolo che funge da prova della filiazione e produce tutti gli effetti giuridici».

²⁰ Così, un bambino che viene portato a scuola, assistito nel suo lavoro e che condivide le sue preoccupazioni con un uomo che lo identifica con il suo nome e patronimico

fatti che normalmente indicano il rapporto di un individuo con le persone che vengono indicate come la sua famiglia, alla quale afferma di appartenere; nell'ambiente familiare, questo carattere si riflette nel trattamento del padre o della madre da parte dei figli loro affini o socio-affettivi su base continuativa.

Tale possesso dello status deve essere pacifico, vale a dire che la situazione di fatto non contraddica la situazione di diritto fino al punto di distruggerla, come nel caso in cui la persona che possiede lo status di madre o di padre, nell'esercizio dei suoi diritti, non interferisce con l'esercizio dei diritti del genitore biologico o originario. È anche bilaterale, perché non è solo in relazione al figlio o alla figlia che è richiesta la presenza del possesso dello status, ma anche che la persona che svolge le funzioni genitoriali gode del possesso dello status di madre o padre.

Pertanto, se il rapporto tra il padre e il figlio imparentato o socio-affettivo rispettasse le caratteristiche sopra menzionate, determinerebbe il possesso dello status in modo inequivocabile, poiché attraverso la pubblicità si dimostrerebbe che il padre imparentato possiede lo status di padre in virtù del riconoscimento come tale, da parte dei suoi figli imparentati o socio-affettivi; per quanto riguarda la continuità, questa deve riflettersi nel trattamento continuativo del padre o della madre rispetto ai figli loro affini o socio-affettivi; e pacifici, perché i loro diritti e doveri assunti dal padre o dalla madre imparentati o socio-affettivi all'interno di una famiglia non si scontrano con l'esercizio dei diritti e dei doveri del padre o della madre biologici, condividendo così una vita familiare stabile.

Il possesso dello status in materia di filiazione si identifica con le medesime componenti dottrinali dell'istituto²¹, che si rivelano nella convivenza familiare, nell'effettivo adempimento dei doveri di tutela,

e gli permette di essere considerato nella voce pubblica come suo padre, contribuisce direttamente al fatto che il bambino sia in possesso di uno status nei confronti del suo presunto genitore e avrà consolidato tutti gli elementi supplementari della prova del suo status.

²¹ Questi elementi dottrinali sono il trattamento o *tractatus* che è associato al comportamento apparente dei parenti (la persona è apparentemente trattata dai genitori come un figlio, e il bambino li tratta come genitori); il nome o *nomem* che significa che la persona ha il cognome dei genitori; e la fama o l'immagine sociale e la reputazione con cui la persona è riconosciuta come figlia della famiglia e dalla comunità, essendo considerati tali dalle autorità.

educazione e sostentamento del figlio, nella relazione affettiva, in definitiva, nel comportamento adottato dai genitori e dai figli nella comunità in cui vivono.

La filiazione e la sua prova sono estremamente importanti per la vita civile di una persona, poiché determina sia la sua identificazione attraverso il nome e il cognome che la individualizzano, sia il rapporto di parentela con la madre e il padre e il resto dei membri della famiglia allargata, con le conseguenze che ciò comporta. Da qui la necessità e l'importanza di una corretta organizzazione dell'istituto dello Stato Civile, attraverso il quale vengono registrati la personalità giuridica e lo stato civile delle persone fisiche.

11.8. Conclusioni

Da tutto ciò che è stato detto, non possiamo fare a meno di concludere che fino ad oggi né il vincolo biologico né la sua espressione giuridica sono sufficienti ad esaurire le nozioni di maternità, paternità e filiazione in generale: ad essi intervengono altri aspetti volitivi, affettivi, sociali e culturali, che ci portano ad affermare che padre e madre saranno veramente chi si comportano come tali.

I continui e accelerati mutamenti legislativi, sociali, ideologici, politici e morali impongono una continua rielaborazione e una permanente revisione delle categorie ereditate, pena l'isolamento della dottrina giuridica nei suoi quartieri invernali con il rischio di essere snobbata dalle realtà vitali e dalle normative vigenti.

Per il diritto e per la società la famiglia non è più quella di una volta e non sarà mai più, ed è suo dovere e obbligo rielaborare la teoria e la pratica, rompendo con il modello normativo tradizionale della famiglia, se non vuole reprimere quella pluralità di alternative che esistono nella realtà socio-familiare e mantenere costrette o limitate quelle varie forme di organizzazione che non si conformano a quelle che si considerano radicate come gli unici validi. Non si tratta più di relazioni familiari a cui si applica il diritto di famiglia, ma che il diritto di famiglia si applica alle relazioni familiari e ciò che conta è che nessuna persona si senta discriminata a causa del fatto che la sua scelta personale, quali che siano i suoi effetti sull'intera società, non gode degli stessi diritti e vantaggi del modello che fino ad ora era quello standardizzato.

L'accettazione del pluralismo familiare distrugge il paradigma secondo cui l'unione uomo-donna è l'elemento essenziale per la procreazione e mette in discussione il concetto tradizionale di paternità/maternità. Poiché sono rappresentazioni sociali fortemente associate alle costruzioni di genere, ci permette di accettare che la procreazione di un bambino è, prima di tutto, un processo sociale e legale, è una decisione che viene presa dai partecipanti.

Stiamo assistendo alla nascita di una nozione fino a poco tempo fa sconosciuta, quella della genitorialità, da una prospettiva neutra: essere padre o madre è uno stato che trascende la differenza tra i sessi o il legame biologico o giuridico.

Tutte queste idee si applicano al diritto delle filiazioni e hanno trovato il loro riflesso nel Codice delle Famiglie. I cambiamenti introdotti segnano un prima e un dopo nel modo in cui abbiamo percepito le relazioni filiali nel diritto cubano, che deve essere percepito anche da coloro che ne eseguono le regole.

Che socialmente esistono tanti modelli di famiglia quanti ne vogliono le persone e che ognuno sceglie quello che più li convince, senza che la legge ne imponga o lo impedisca, ma che li tuteli tutti e con un sistema giuridico che permetta e garantisca che ognuno sia strettamente responsabile delle proprie scelte e se ne assuma le conseguenze.

12. La filiazione per procreazione naturale

Ugo Salanitro

SOMMARIO: 12.1. Profili generali. – 12.2. La costituzione automatica del rapporto filiale. – 12.3. La costituzione del rapporto filiale mediante riconoscimento volontario. – 12.4. La costituzione del rapporto filiale per imputazione. – 12.5. La costituzione del rapporto filiale tramite sentenza. – 12.6. La contestazione dello stato filiale.

12.1. Profili Generali

L'innovatività delle soluzioni recepite dal Codice delle famiglie emerge anche in quello che potrebbe sembrare un istituto tradizionale: la costituzione del rapporto di filiazione attraverso la procreazione naturale.

In realtà, già nell'uso del linguaggio si riflette l'originalità delle soluzioni: la filiazione per procreazione naturale non può essere limitata, infatti, alla sfera della filiazione naturale intesa quale filiazione fuori dal matrimonio. Come risulta evidente dall'art. 50 del Codice delle famiglie, piuttosto, la procreazione naturale costituisce una delle fonti per la costituzione del rapporto giuridico di filiazione - basata sulla trasmissione genetica, sul rapporto biologico (filiazione per sangue) - e si contrappone alle altre fonti di filiazione che trovano fondamento su scelte volontarie (adozione e ricorso alla p.m.a.) ovvero sul riconoscimento dei legami socioaffettivi.

La filiazione per procreazione naturale, invero, sembra racchiudere il nucleo originario della disciplina della filiazione, comprendendo al suo interno le tecniche di costituzione del rapporto che derivano dalla procreazione biologica nel matrimonio o fuori dal matrimonio: in tal

senso depone sia il testo dell'art. 50, con l'elenco di fonti testé riportato, sia la struttura del capitolo II, la quale ricomprende, nella rubrica intestata alla filiazione per procreazione naturale, sia le presunzioni di filiazione all'interno del matrimonio o dell'unione affettiva di fatto registrata, sia il riconoscimento volontario dei figli in assenza di vincoli di coppia e la eventuale procedura di imputazione. L'unitarietà della figura trova infine riscontro nella disciplina delle azioni di stato, la quale, almeno in apparenza, è concentrata in un'unica azione di reclamo della filiazione e in un'unica azione di contestazione, senza distinguere tra filiazione presunta, filiazione riconosciuta e filiazione da imputazione.

In questo quadro va segnalato come distonico – sarebbe meglio ritenere incompleto - il testo dell'art. 60 del Codice delle famiglie, secondo il quale la filiazione per procreazione naturale sarebbe determinata dal riconoscimento volontario o dalla decisione giudiziaria nelle azioni di stato, omettendo ogni riferimento alla costituzione automatica del rapporto filiale a seguito dell'operare delle presunzioni, nonché alle procedure di imputazione.

12.2. La costituzione automatica del rapporto filiale

Dopo la riforma del 2022, la costituzione automatica del rapporto filiale è stata ammessa non soltanto per coloro che sono nati o sono stati concepiti in costanza di matrimonio (come ad esempio nell'ordinamento italiano), ma anche ove la nascita o il concepimento siano avvenuti in presenza di un'unione affettiva di fatto registrata.

In entrambi i casi, il rapporto si costituisce automaticamente con i genitori mediante la registrazione della dichiarazione di nascita nel registro dello stato civile: tale tecnica di costituzione del rapporto filiale ha la funzione di facilitare l'attribuzione dello status, garantire che i genitori assumano la responsabilità per gli obblighi familiari, assicurare la stabilità della famiglia evitando controversie e favorendo la crescita del nato con una chiara identità familiare.

Perché la filiazione possa costituirsi automaticamente occorrono quattro presupposti: il parto della donna; la costanza del matrimonio o della unione affettiva di fatto registrata; la paternità del marito o del partner dell'unione affettiva; il concepimento o la nascita nel matrimonio o nell'unione.

Quale presupposto per la costituzione dello status filiale, assume rilevanza prioritaria la presunzione di maternità per cui si considera madre del nato colei che lo ha partorito. L'art. 68 è formulato nel senso che la maternità, in mancanza di prova contraria, è stabilita dal fatto della nascita e dall'identità del nato: ne discende che la maternità può essere contestata ove ricorrano le figure della supposizione di parto o della sostituzione di neonato.

La sussistenza del vincolo matrimoniale e dell'unione affettiva di fatto registrata è accertabile direttamente dal pubblico ufficiale, in quanto la costituzione di siffatti rapporti risulta dai corrispondenti registri, così come le cause della loro cessazione. Lo stato di filiazione si costituisce automaticamente anche se il matrimonio è dichiarato nullo o se è annullato ovvero se non vi sono i requisiti dell'unione affettiva di fatto, in forza della regola del matrimonio putativo (art. 308) o della tutela dei figli nati dall'unione (art. 316).

In relazione alla paternità vale la presunzione di filiazione: l'art. 66 prevede che la filiazione sia presunta per i nati durante il rapporto di matrimonio o di unione affettiva ovvero entro i trecento giorni dalla cessazione del rapporto. Dietro questa regola ricorrono in realtà due presunzioni. In primo luogo, si presume che il marito della madre sia il padre di colui che è stato concepito o è nato durante il matrimonio o l'unione affettiva di fatto. Un'ulteriore presunzione vale per risalire alla data del concepimento: si considera, infatti, concepito durante il matrimonio o l'unione affettiva di fatto, attribuendo rilevanza alla durata della gravidanza, colui che è nato entro 300 giorni dalla data della cessazione del rapporto.

Non è espressamente previsto che la madre coniugata o parte di un'unione affettiva di fatto registrata possa riconoscere il figlio in quanto concepito, in costanza di rapporto, con persona diversa dal coniuge o dal partner: ma il riconoscimento di tale diritto mi pare coerente con i principi e preclude la costituzione automatica del rapporto genitoriale con il coniuge o il partner della madre.

Ove il figlio non sia stato generato all'interno di un matrimonio o di una unione affettiva di fatto registrata, l'art. 67 del Codice delle famiglie prescrive che possano essere rilevanti come presunzioni la contestuale sussistenza della dichiarazione incontestata di uno dei genitori accompagnata dalla notorietà del rapporto di coppia nel periodo in cui potrebbe essere avvenuto il concepimento: si può dubitare, tuttavia,

che tali presunzioni consentano la costituzione automatica del rapporto (non essendo valutabile la notorietà del rapporto dall'ufficiale dello stato civile) e non valgano piuttosto ad integrare il possesso di stato nel corso dei giudizi in cui sia rilevante l'accertamento, anche incidentale, della filiazione.

12.3. La costituzione del rapporto filiale mediante riconoscimento volontario

Quando non ricorrono i presupposti per la costituzione automatica del rapporto di filiazione con entrambi i genitori, perché il figlio è stato generato con persona diversa dal coniuge o dal partner dell'unione affettiva di fatto registrata, la costituzione del rapporto di paternità o di maternità richiede – salvo quanto si preciserà nel paragrafo successivo – un formale atto di riconoscimento ovvero una dichiarazione giudiziale.

Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio è un atto irrevocabile che deve essere espresso personalmente dal padre e/o dalla madre, congiuntamente o disgiuntamente, nella dichiarazione di nascita sino al momento della redazione dell'atto di nascita nel registro dello stato civile ovvero in una dichiarazione contenuta in un atto pubblico notarile o in un testamento.

La dichiarazione notarile può essere resa anche prima della nascita del figlio, purché in data successiva al concepimento: il riconoscimento prenatale, la cui efficacia va subordinata alla nascita, è ammesso soltanto se proveniente dal padre (art. 62, lettera c). La differenza di trattamento tra il padre e la madre, tuttavia, non si comprende: la norma sembra funzionale a favorire la costituzione del rapporto con la figura paterna, ma non vi è ragione per non consentire una dichiarazione prenatale anche alla madre.

Il riconoscimento può intervenire, con atto notarile, anche dopo la morte del figlio, soltanto se questi abbia una discendenza (art. 62, lettera d): si deve ritenere che in questo caso la dichiarazione abbia un'efficacia limitata, in quanto la disciplina va letta nel senso che produce effetto soltanto a favore dei discendenti e che non apporti alcun beneficio al genitore che ha effettuato *post mortem* il riconoscimento del figlio (il quale genitore, ove si accetti tale prospettiva, non sarebbe considerato erede legittimo del figlio).

La dichiarazione di riconoscimento può provenire anche da un minore, purché il dichiarante abbia la capacità di intendere e di volere (capacità di discernimento), nonché la capacità biologica di generare, ossia che non possa essere considerato infertile o sterile.

In linea di principio, il secondo riconoscimento non richiede il consenso del genitore che abbia già riconosciuto il figlio ovvero il consenso dello stesso figlio divenuto maggiorenne (arg. *ex* art. 73 comma 4); ma la regola liberale si applica soltanto se l'altro genitore non abbia già avviato la procedura di imputazione e questa non si sia già conclusa con la negazione del rapporto (vedi *infra*).

12.4. La costituzione del rapporto filiale mediante imputazione

Qualora i figli siano nati fuori dal matrimonio o dall'unione affettiva di fatto registrata, la dichiarazione di riconoscimento di uno dei genitori ha effetto soltanto nei suoi confronti. Il Codice delle famiglie ha introdotto, tuttavia, una peculiare forma di costituzione del rapporto filiale, l'imputazione unilaterale, che non trova corrispondenza in altri ordinamenti (quale ad esempio quello italiano).

Il riconoscimento da parte di un genitore, secondo questa disciplina (regolata dagli artt. 69 ss.), può essere accompagnato da una dichiarazione con la quale si indicano le generalità e la residenza dell'altro genitore (di sesso diverso o, nel caso di comaternità, anche dello stesso sesso). A seguito di tale indicazione, viene avviata una procedura di interpello, di tipo stragiudiziale, verso il soggetto indicato dal dichiarante quale genitore, il quale viene invitato a comparire davanti all'ufficiale di stato civile, con l'avvertenza che, ove non si presenti entro novanta giorni, il nato verrà registrato automaticamente come figlio suo. La procedura di interpello, che ha la funzione di rendere più celere la costituzione del rapporto anche nei confronti del genitore meno diligente, può essere avviata soltanto se le generalità fornite dal genitore che ha effettuato il riconoscimento siano esatte e complete e rendano possibile la convocazione.

L'interpellato ha diritto a presentarsi entro il termine – o se impedito da giusta causa a comunicare con atto pubblico – per negare la sussistenza di un rapporto di paternità o di maternità verso il nato: in tal caso la registrazione viene effettuata senza indicare le generalità

dell'interpellato, registrando il figlio con i cognomi del solo genitore che lo ha riconosciuto. Entro lo stesso termine, l'interpellato può accettare espressamente il rapporto di filiazione, il quale – così come nel caso dell'interpellato silente - verrà registrato indicando entrambi i genitori.

All'interpellato che abbia negato, entro il termine, la sussistenza del rapporto filiale, non è precluso un riconoscimento volontario successivo, che andrebbe dichiarato con atto notarile. In tal caso, però, l'iscrizione della dichiarazione tardiva di riconoscimento del figlio nel registro dello stato civile richiede il consenso del genitore che ha dichiarato per primo di volerlo riconoscere ovvero dello stesso figlio, se divenuto maggiorenne. Qualora il figlio sia minorenni, invece, il genitore che ha effettuato il primo riconoscimento, nel formulare il consenso o il rifiuto del riconoscimento tardivo, deve tenere conto del parere del minore, da valutare in base alla capacità di intendere e di volere, in modo che assuma maggior peso man mano che lo stesso minore acquisti progressivamente autonomia. Qualora il consenso venga negato, il diniego può essere impugnato di fronte al giudice dallo stesso genitore che ha dichiarato il riconoscimento tardivo o dal pubblico ministero, con l'azione di reclamo della filiazione.

12.5. La costituzione del rapporto filiale tramite sentenza

Il rapporto filiale può essere costituito anche con l'azione di reclamo della filiazione. L'azione di reclamo va considerata quale azione di stato, con autorità di giudicato *erga omnes*, e può essere proposta quando il rapporto di filiazione non è stato ancora costituito ovvero è stato costituito con genitori diversi da quelli che l'istante ritiene essere i veri genitori. Tale azione ha portata generale in quanto, nel silenzio del testo normativo, va considerato applicabile sia per la costituzione di un rapporto filiale all'interno di un matrimonio o di una unione affettiva di fatto registrata, sia al di fuori di tali fattispecie.

Legittimato attivo è il figlio, che può agire senza limiti di tempo. Se il figlio è minorenni ovvero incapace, legittimato attivo è il suo rappresentante legale, il quale dovrà tenere conto degli interessi del rappresentato nei limiti in cui sia in grado di esprimerli (e per il minore del grado di progressiva autonomia), ovvero il pubblico ministero.

Qualora il figlio sia deceduto prima di agire in giudizio per il reclamo, la legittimazione spetta ai suoi discendenti.

Legittimati attivi sono anche i genitori.

In particolare, l'art. 76 del Codice delle famiglie fa riferimento, in primo luogo, alla persona iscritta al registro dello stato civile quale genitore: costui agisce in via autonoma - e non quale rappresentante del figlio minorenni - affinché venga costituito il rapporto filiale anche con l'altro genitore.

È espressamente previsto - come già anticipato - che possa agire in reclamo anche colui che avrebbe potuto procedere al secondo riconoscimento, nel caso in cui sia stato negato il consenso al riconoscimento tardivo da parte del genitore che ha effettuato il primo riconoscimento o dal figlio. Si stabilisce inoltre che, qualora il figlio sia già stato riconosciuto da un genitore, il quale non abbia individuato correttamente le generalità o la residenza dell'altro genitore, quest'ultimo possa agire comunque agire in qualsiasi momento per reclamare la filiazione (art. 76, lettera d). Questa disciplina, per come è formulata, pone tuttavia alcuni problemi di coordinamento e di interpretazione. In primo luogo, riconosce la legittimazione attiva per il reclamo soltanto al c.d. presunto padre, che sia stato oggetto di imputazione: una limitazione che non si comprende e che appare il frutto di un difetto di coordinamento, soprattutto se si tiene conto che l'art. 74 estende la procedura di imputazione anche contro colei che si pretende essere la madre. In secondo luogo, resta poco chiaro perché si preveda il diritto del genitore ad agire in reclamo nel caso previsto dall'art. 71 del Codice delle famiglie, ossia nel caso in cui non sia stato coinvolto nella procedura di imputazione, quando questo stesso genitore avrebbe diritto a costituire il rapporto filiale, in modo più semplice e diretto, attraverso la dichiarazione volontaria di riconoscimento, tanto più che in questi casi non sarebbe neanche necessario ottenere il consenso dell'altro genitore o del figlio (arg. art. 73, comma 4).

Non è previsto testualmente che possano agire per il reclamo coloro che si ritengono genitori in costanza di matrimonio e ai quali sembra precluso, stando al testo dell'art. 62, anche la costituzione del rapporto filiale tramite una dichiarazione di riconoscimento. Il silenzio in questo caso va considerato espressivo di una lacuna che deve essere integrata dall'interprete, estendendo la legittimazione attiva anche al genitore coniugato: una diversa soluzione porrebbe il genitore nel matrimonio in una posizione deteriore rispetto al genitore fuori dal matrimonio,

senza alcuna giustificazione, e la questione potrebbe emergere soprattutto nel caso in cui si voglia contestare la dichiarazione dell'altro genitore che abbia riconosciuto il figlio come frutto di un rapporto extraconiugale, ovvero nel caso di sostituzione di neonato.

L'azione di reclamo può essere esercitata solo se il precedente stato di figlio sia oggetto di una contestuale azione di contestazione. In questo caso, l'art. 78 del Codice delle famiglie statuisce, nell'interesse del minore, la preminenza dell'azione di reclamo sulla contestuale azione di contestazione, per cui quest'ultima non può essere accolta se non è possibile accogliere la prima: ciò al fine di impedire che un rapporto genitoriale, che sia stato contestato per poterne reclamare uno nuovo, possa essere travolto senza trovare un'adeguata sostituzione in altro rapporto genitoriale. Ulteriore norma volta a salvaguardare l'interesse alla stabilità dell'identità familiare si trova nell'art. 77 cpv., dove si stabilisce che, se il figlio è maggiorenne, l'azione di reclamo non possa essere proposta dal preteso genitore, se non sia proposta contestualmente anche dal figlio.

L'interesse del minore assume centralità anche da una diversa prospettiva. L'accoglimento dell'azione di contestazione e della contestuale azione di reclamo è subordinato alla verifica dell'interesse del minore ad assumere il nuovo rapporto filiale e a recidere i rapporti con il precedente genitore: qualora invece il minore abbia interesse a mantenere lo stato filiale precedente, per la sussistenza di un forte legame socioaffettivo vantaggioso per la sua crescita equilibrata – alla luce dei comportamenti tenuti dal genitore legale e dall'adempimento degli obblighi familiari – si integra una fattispecie di multigenitorialità sopravvenuta a causa della socio-affettività (cfr. artt. 58 e s.) e l'acquisizione del nuovo rapporto non comporta la perdita del precedente (art. 78, comma 2).

Le indagini sulla paternità e sulla maternità possono essere condotte sia per l'azione di reclamo, sia per l'azione di contestazione attraverso metodi scientificamente provati – in particolare l'analisi del DNA – e in armonia con i diritti all'identità e alla privacy delle persone interessate (art. 61).

12.6. La contestazione dello stato filiale

L'azione di contestazione si configura come un'azione di stato, con la quale si intende negare, con natura di giudicato *erga omnes*, la sussistenza stessa del rapporto di filiazione, quando lo stesso risulti formalmente dal registro dello stato civile, facendo in tal modo venire meno il presupposto per fare valere i diritti legati alla condizione di figlio.

All'interno di questa figura, presentata in maniera unitaria e soggetta ad una disciplina comune, sono sottese una pluralità di azioni che possono essere distinte per la diversità dei presupposti e che non sempre corrispondono alle figure della tradizione.

In alcuni casi l'azione si caratterizza per essere finalizzata a contestare la corretta applicazione delle tecniche di costituzione dello status.

Ai sensi dell'art. 80 del Codice delle famiglie, la costituzione automatica del rapporto di filiazione nel matrimonio o nell'unione affettiva di fatto registrata può essere impugnata dal coniuge o dal componente dell'unione affettiva che non abbia assistito alla dichiarazione di nascita. In tal caso si può contestare lo status dimostrando l'impossibilità dell'atto procreativo, ad es. per sterilità o per mancanza di coabitazione nel periodo del concepimento, ovvero l'incompatibilità genetica con uno dei componenti della coppia. La formula ampia consente di andare oltre il contenuto di quanto viene tradizionalmente ricondotto al disconoscimento della paternità, potendo essere utilizzata anche per contestare la maternità (arg. ex art. 81). La legittimazione attiva è riservata al coniuge o al partner che non abbia partecipato all'atto di registrazione, per cui non consente di fare valere la verità biologica a chi, con la sua dichiarazione, abbia costituito automaticamente il rapporto.

Ai sensi dell'art. 81, invece, il rapporto filiale costituito per imputazione può essere contestato, per le ragioni già indicate nella precedente disposizione, dal soggetto che non è comparso davanti all'ufficiale dello stato civile per accettare o negare la paternità o la maternità che gli viene imputata. Anche in questo caso la legittimazione attiva è esclusa per chi ha effettuato il riconoscimento e per chi ha partecipato alla registrazione per imputazione, accettandone le conseguenze, i quali, quindi, non possono fare valere in questa sede la verità biologica.

Ai sensi dell'art. 84, infine, si consente di contestare il rapporto filiale a chi ha dichiarato di essere genitore con l'atto formale di ricono-

scimento volontario e a chi ha espresso il proprio consenso alla costituzione volontaria del rapporto, qualora vi sia stato un vizio del consenso sulla sussistenza del legame biologico con il nato. La legittimazione è estesa anche al rappresentante legale o all'amministratore di sostegno del soggetto che ha effettuato il riconoscimento o il consenso in presenza di un vizio del consenso. Tra i vizi del consenso rientrano la mancanza di discernimento, l'errore, il dolo o la violenza (arg. art. 85 lettera e).

In mancanza di un vizio del consenso, il riconoscimento volontario non può essere impugnato dal dichiarante, neanche per fare valere la verità biologica: è quindi espressamente vietata l'impugnazione del riconoscimento di compiacenza, divieto che è posto nell'interesse del minore. Ciò non esclude l'azione di contestazione del terzo che pretende di essere il vero genitore, se non sia stato chiamato per imputazione da chi ha provveduto al riconoscimento (art. 87).

Va sottolineato che la legittimazione è riservata a chi risulta genitore senza avere partecipato alle procedure di costituzione dello status, automatica o per imputazione, ovvero a seguito di un riconoscimento o di un consenso viziato. Non è consentito, invece, ricorrere in giudizio al soggetto che, inconsapevole della verità biologica, abbia accettato l'imputazione o dichiarato la nascita del figlio nel coniugio o nell'unione affettiva di fatto registrata: si pone allora il dubbio se questo stesso soggetto possa essere altrimenti tutelato attraverso la regola dell'art. 82 del Codice delle famiglie, che disciplina la contestazione della paternità o della maternità. Quest'ultima azione, in effetti, è ammessa ogni qualvolta si intenda negare il rapporto di maternità con la donna che risulta dall'atto di nascita se si dimostra la sostituzione di neonato o quantomeno l'incertezza sulla identità del figlio: per cui la donna può contestare la maternità anche se ha partecipato alla procedura di costituzione del rapporto filiale. Il discorso è meno sicuro per la contestazione della paternità, in quanto si prevede che possa essere fatta valere "in circostanze simili": senza dubbio il padre può contestare la paternità in caso di scambio di neonati o di incertezza della identità del nato, ma non è certo che con tale locuzione il legislatore abbia inteso estendere l'azione anche a tutti i casi di incompatibilità genetica.

Legittimato è anche il figlio che intende contestare il rapporto così come costituito e iscritto nel registro dello stato civile. Se il figlio è minorenne, l'azione è promossa dal suo rappresentante legale, ovvero

dal pubblico ministero o dal nuovo istituto del Difensore familiare. Se il figlio è divenuto maggiorenne, può contestare lo stato filiale, registrato quando aveva la minore età, non appena sia venuto a conoscenza del fatto dimostrativo dell'assenza del rapporto biologico (art. 83).

Se il soggetto legittimato muore dopo avere avviato l'azione di contestazione, il diritto di proseguire l'azione si trasmette ai suoi eredi, ai sensi dell'art. 86 del Codice delle famiglie.

Emerge dai dati normativi già illustrati che la legittimazione all'azione di contestazione non è estesa a chiunque abbia interesse, neanche quando è messa in discussione la maternità o la filiazione extramatrimoniale: non è tutelata neanche la posizione dei discendenti, né quella degli eredi del *de cuius*, i quali non possono avviare autonomamente l'azione di contestazione.

L'azione di contestazione, che non sia collegata ad una azione di reclamo, è soggetta ad un termine semestrale di decadenza, ai sensi dell'art. 85 del Codice delle famiglie. Ma tale termine decorre non solo dal momento della registrazione del figlio, ma anche da una serie di eventi che fanno emergere la verità biologica (conoscenza dell'impossibilità di procreare, scoperta della incompatibilità biologica, conoscenza della sostituzione del neonato) o dal venire meno dell'incapacità o del vizio del consenso. La mobilità di questi termini non consente di stabilizzare in via definitiva l'identità familiare e questa disciplina, in assenza di un termine decadenziale fisso (ancorché esteso per un periodo più lungo, siano a qualche anno dalla nascita), non sembra pienamente adeguata alla tutela dell'interesse del minore.

13. La filiazione adottiva

Yamila González Ferrer

SOMMARIO: 13.1. Osservazioni preliminari. – 13.2. Le novità della filiazione adottiva nel nuovo Codice delle Famiglie del 2022 rispetto a quanto disciplinato nel Codice di Famiglia del 1975. – 13.2.1. Elementi personali. – 13.2.2. Adozione da parte di coppie dello stesso sesso. – 13.2.3. Divieto di adozione in caso di violenza di genere. – 13.2.4. Adozione per integrazione. – 13.2.5. Soluzioni ai problemi legati alla privazione della responsabilità genitoriale. – 13.2.6. Il diritto dei bambini e degli adolescenti di conoscere la propria identità. – 13.2.7. La consegna del bambino alla nascita. – 13.3. Riflessioni finali.

13.1. Osservazioni preliminari

Per molti anni, ogni volta che abbiamo parlato di questioni legate ai problemi delle famiglie cubane, abbiamo fatto riferimento alla complessità dell'adozione nel Paese, all'impossibilità di adottare bambine o bambini, al numero di coppie che desiderano adottare da anni e che non realizzano mai il loro sogno, e a molte altre cose.

Sebbene la procedura regolata dal Codice di Famiglia del 1975 non fosse la causa principale della scarsità di adozioni a Cuba, la regolamentazione di questo istituto giuridico ancestrale necessitava di nuovi approcci che si concentrassero ancora di più sulla sua vera essenza, portata e obiettivo: la protezione dei bambini in qualsiasi situazione di abbandono e l'integrazione familiare e sociale dei bambini e degli adolescenti per garantire il loro diritto a vivere in una famiglia che si prenda cura del loro benessere e del loro sviluppo integrale.

L'obiettivo di questo capitolo è quindi quello di illustrare gli elementi principali e le novità introdotte dal Codice delle famiglie del 2022 in questo settore.¹

L'adozione è una delle fonti di filiazione². Si realizza attraverso un atto giuridico³ che dà luogo alla filiazione adottiva su un piano di assoluta parità con le altre fonti di filiazione e, una volta riconosciuta nel corrispondente procedimento giudiziario, consente a un bambino di diventare figlio o figlia della persona o delle persone che, soddisfacendo i requisiti stabiliti⁴, si impegnano legalmente ad assumere il contenuto della responsabilità genitoriale⁵ e a svolgere i ruoli che corrispondono loro come madri e padri.

Vale a dire che da quel momento inizia un rapporto parentale con gli stessi effetti del rapporto di sangue, salvo i divieti previsti per la formalizzazione del matrimonio e la strumentalizzazione o il riconoscimento dell'unione affettiva di fatto in ragione della parentela⁶. Per questo motivo non è possibile revocarla una volta autorizzata⁷, così come non è possibile per un genitore consanguineo rinunciare alla propria responsabilità in quanto tale. Una volta ottenuta l'autorizzazione all'adozione, tutte le conseguenze seguono gli stessi presupposti della filiazione per procreazione naturale.

Pertanto, se il genitore adottivo non rispetta il contenuto della responsabilità genitoriale, può essere sospeso o privato della responsabilità genitoriale, o se muore, i legami di parentela con i suoi parenti

¹ Diverse opere sull'adozione sono state trattate da A.M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, ma per ora mi limito a citare per riferimento: *La adopción: su regulación en el Código de las familias*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (dirs.), C. BEGUIRISTAIN; N. DE LA TORRE; e F. NOTRICA (coords.), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 299-317.

² V. art. 50.b, l. 22 luglio 2022, n. 156, Codice delle famiglie, Gazzetta Ufficiale, n. 99, Ordinario, 27 settembre 2022. Di seguito, ogni volta che nel testo viene citato il riferimento al Codice delle famiglie del 2022, si farà menzione di questo riferimento.

³ V. art. 88., l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

⁴ V. artt. 100 e 101, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

⁵ V. art. 138, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

⁶ V. artt. 19 e 93, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

⁷ V. art. 92, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

continuano⁸. Solo una nuova adozione pone fine a un'adozione preesistente.

13.2. Le novità della filiazione adottiva nel nuovo Codice delle Famiglie del 2022 rispetto a quanto disciplinato nel Codice di famiglia del 1975

13.2.1. Elementi personali⁹

Per quanto riguarda i requisiti richiesti a chi intende adottare, oltre all'obbligo di aver compiuto 25 anni, di possedere le condizioni materiali minime per far fronte alle esigenze dell'adottato e di avere una condotta che faccia presumere al Tribunale che rispetterà il contenuto della responsabilità genitoriale, l'età per essere adottati è estesa da 16 a 18 anni e la differenza di età tra adottanti e adottati è aumentata da 15 anni a una differenza minima di 18 anni e massima di 50 anni con alcune eccezioni, come nel caso di adozione tra parenti o nella sua modalità integrativa o di più fratelli al fine di rafforzare e preservare il rapporto di fratellanza e a condizione che sia nell'interesse dei bambini oggetto di adozione.

L'adozione tra consanguinei è espressamente consentita, con l'unica esclusione dei parenti in linea diretta¹⁰, come ad esempio tra nonne/nonni e nipoti, bisnonne/bisnonni e pronipoti, che hanno altre possibilità di protezione come la custodia, la tutela di fatto, l'affidamento o la tutela¹¹.

⁸ Artt. da 190 a 196, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

⁹ V. artt. da 98 a 102, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

¹⁰ Art. 102, lett. b), l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

¹¹ Nei dibattiti del comitato di redazione, questo è stato un argomento molto discusso e l'opinione prevalente è stata che a Cuba il rapporto tra nonne e nipoti è molto speciale e simbolico, e che non dovrebbe sostituire la figura materna o paterna.

13.2.2. Adozione da parte di coppie dello stesso sesso

Il Codice di famiglia del 1975 non prevedeva alcuna limitazione basata sull'orientamento sessuale per l'adozione da parte di una persona singola, ma non poteva farlo come coppia, opzione riservata solo a coloro che erano formalmente sposati, cioè le coppie eterosessuali. Il Codice attuale riconosce questo diritto alle coppie eterosessuali e omosessuali, senza distinzioni, che possono adottare mentre sono sposate o in un'unione di fatto registrata.

La formulazione degli articoli 81 e 82, analizzati nella loro coerenza con gli articoli 13, 40 e 42, tutti della Costituzione della Repubblica del 2019, rende evidente l'esplicita apertura al riconoscimento e alla tutela della diversità familiare. Pertanto, una delle modifiche richieste per la legislazione familiare è stata quella di riconoscere il matrimonio e l'unione di fatto tra due persone come alternative per vivere come coppia e come famiglia, senza alcuna discriminazione nel loro ambito di applicazione e senza distinzione in base all'orientamento sessuale, garantendo a ciascuna figura i propri effetti giuridici. In base a questo principio, le famiglie di genitori dello stesso sesso, a parità di condizioni con le famiglie eterosessuali e in qualsiasi struttura adottate (ad esempio, famiglie monoparentali, con una sola donna o un solo uomo), dovrebbero avere accesso sia all'uso di tecniche di riproduzione umana assistita (AHRT) sia all'adozione, a condizione che, in ogni caso, soddisfino i requisiti legali stabiliti per tali processi.

Due ulteriori elementi¹² sostengono questo approccio: nel diritto di famiglia l'attenzione non è rivolta solo alla comunità familiare, ma anche all'individuo. Da questo punto di vista, le relazioni familiari non possono essere viste come uno spazio di conflitto tra interessi individuali e familiari, ma come la realizzazione della personalità umana. In relazione a questa idea, per quanto riguarda la possibilità che i bambini siano cresciuti in famiglie non tradizionali, si deve comprendere che la determinazione del loro interesse superiore deve essere fatta sulla base di una valutazione del comportamento specifico dei genitori e del suo impatto sul benessere e sullo sviluppo del bambino, a seconda dei casi,

¹² La discussione di queste idee, che facciamo nostre, è stata promossa dalla dott.ssa Aída Kemelmajer de Carlucci, nota esperta argentina, ex giudice e docente in diverse università, nel marzo 2019 a L'Avana, con la consegna del Workshop sulla Codificazione del Diritto di Famiglia.

di danni o rischi reali e provati, e non di quelli speculativi o immaginari. Pertanto, non possono essere ammesse idee preconcepite, ipotesi, stereotipi o considerazioni generalizzate sulle caratteristiche personali di madri e padri o sulle loro preferenze culturali in merito a concetti tradizionali.

Nella consultazione popolare che ha preceduto l'approvazione del Codice, questo è stato uno dei temi che ha generato il maggior dibattito, con argomentazioni contrarie a questa opzione come il fatto che l'educazione dei figli da parte di coppie dello stesso sesso danneggerebbe il loro sviluppo, in quanto potrebbero avere un senso distorto dell'identità sessuale, o che potrebbero essere vittime di esclusione sociale.

In breve, il criterio che ha prevalso a favore si è basato, in primo luogo, sul fatto che si tratta di aggiungere e non di sottrarre diritti, senza discriminazioni basate unicamente sull'orientamento sessuale di una persona.

In secondo luogo, mancano prove scientifiche, o almeno la raccolta di dati empirici, che dimostrino il danno causato ai bambini dall'essere cresciuti da persone non eterosessuali; è chiaro che il problema non sta nei genitori o nei bambini, ma in coloro che causano l'esclusione sociale. Le nostre istituzioni non possono prevenire i danni e l'esclusione sociale dei nostri figli attraverso l'esclusione sociale della diversità sessuale.

In terzo luogo, non esiste nemmeno un test di idoneità che qualifichi o metta in discussione le persone eterosessuali per essere madri/genitori, e certamente ce ne sono alcune che sono molto disfunzionali nell'esercizio delle loro responsabilità genitoriali. Si tratta di verificare se l'atto giuridico dell'adozione risponde alla sua vera ratio: proteggere i bambini che si trovano in una situazione di abbandono, garantire il diritto dei bambini e degli adolescenti a vivere in una famiglia e assicurare il loro benessere e sviluppo integrale.

È dannoso per un bambino crescere in una famiglia omoaffettiva amorevole e protettiva o è dannoso per un bambino vivere in una famiglia eterosessuale violenta?

È preferibile che un bambino trascorra tutta la sua vita in un centro per bambini senza protezione filiale a causa dell'irresponsabilità della madre e del padre, o che venga adottato da una coppia di persone dello stesso sesso, che possono offrire affetto, educazione e amore nel seno di una famiglia?

In quarto luogo, è obbligatorio il rispetto dei requisiti legali legati alla persona e al suo potenziale per l'adempimento delle funzioni genitoriali, al di là del suo orientamento sessuale. Non potranno adottare coloro che non soddisfano tali requisiti o che sono stati condannati con sentenza definitiva in un procedimento penale come autori o complici di reati legati alla violenza di genere o familiare, o per reati contro la libertà sessuale e l'indennità o contro i bambini, i giovani e la famiglia, o che sono stati privati della responsabilità genitoriale sui propri figli per gravi motivi, indipendentemente dall'orientamento sessuale, così come dal colore della pelle, dalla religione o dalle convinzioni o da qualsiasi altra condizione o circostanza personale.

La novità del nuovo Codice per le persone omosessuali è che potranno adottare in coppia, che siano sposate o in unione di fatto, e per le persone eterosessuali che potevano già farlo sposate, si aggiunge la possibilità di farlo in unione affettiva di fatto.

Nonostante la sua regolamentazione, si tratta di una questione che rimane da affrontare dal punto di vista della soggettività a causa della forza dell'ideologia patriarcale, ma che è direttamente collegata, a nostro avviso, alla questione dei diritti umani, ai principi di uguaglianza e non discriminazione e alle più recenti prospettive di uguaglianza di genere, che incorporano le diverse sessualità, l'orientamento sessuale libero e l'identità di genere, a partire dallo smantellamento del binarismo stabilito (maschio/femmina, femminile/maschile) e con un'attenzione all'intersezionalità.

13.2.3. Divieto di adozione in caso di violenza di genere

È previsto un espresso divieto di adozione per le persone che sono state condannate con sentenza definitiva in un procedimento penale come autori o complici di reati legati alla violenza di genere o familiare o per reati contro l'integrità sessuale o la libertà o contro l'infanzia, la gioventù e la famiglia; nonché per coloro che sono stati privati della responsabilità genitoriale sui propri figli.

Questa norma e altre che il Codice delle Famiglie incorpora nell'ambito della protezione contro le situazioni di violenza, ha il suo stimolo fondamentale nella Costituzione cubana del 2019, che dà la massima rilevanza alla prevenzione e all'attenzione alla violenza familiare, alla violenza di genere e alla violenza contro i bambini e gli adolescenti, e

la colloca in un posto di rilievo su scala planetaria nell'approccio costituzionale a questo tema.

L'articolo 43 della Costituzione si concentra sull'uguaglianza tra donne e uomini, che integra l'affermazione esplicita dell'articolo 42 sulla non discriminazione in base al sesso, al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere - e costituisce un riflesso più completo dell'impegno dello Stato per l'uguaglianza, promuovendo l'emancipazione delle donne a livello individuale e sociale, nonché il pieno esercizio dei loro diritti sessuali e riproduttivi e la protezione contro la violenza di genere in ogni sua manifestazione e ambito, creando meccanismi a tal fine.

L'articolo 85 recita: «La violenza domestica, in qualsiasi sua manifestazione, è considerata distruttiva delle persone coinvolte, delle famiglie e della società ed è punita dalla legge».¹³ Questa proiezione comprende le tre sfere in cui la violenza in famiglia ha un impatto negativo e che non dovrebbero essere trascurate: l'individuo, la famiglia e la società. Nello stesso senso, il precetto apre il suo raggio di protezione a tutte le manifestazioni in cui può manifestarsi.

Gli articoli 84 e 86, rispettivamente sulla responsabilità genitoriale e sui diritti dei bambini e degli adolescenti, fanno riferimento al rispetto e alla garanzia del pieno esercizio dei loro diritti, alla protezione da ogni tipo di violenza e al contributo attivo al pieno sviluppo della loro personalità.

Il testo costituzionale attribuisce il massimo rilievo alla prevenzione e all'attenzione nei confronti della violenza in famiglia. Il riconoscimento da parte dello Stato del diritto a una vita libera dalla violenza e l'impegno ad affrontarla sancisce l'importanza della prevenzione e rafforza la responsabilità dello Stato nel migliorare i meccanismi legali e le politiche pubbliche, in modo che non ci sia impunità e che venga fornito il massimo livello di protezione alle vittime¹⁴.

¹³ V. Constitución de la República de Cuba, Editora Política, L'Avana, 2019, pp. 58 e 59.

¹⁴ Nei due anni che hanno coinciso con tutti gli sforzi legislativi in materia di famiglia, sono stati compiuti progressi anche in altre trasformazioni legali e di politica sociale che stanno contribuendo in modo globale a rispondere alle sfide che dobbiamo affrontare nell'ambito dell'emancipazione femminile e della lotta contro tutte le espressioni di discriminazione e violenza. A questo proposito, spiccano le seguenti iniziative:

Il Codice stabilisce una forte protezione contro la discriminazione e la violenza familiare nel suo più ampio spettro e nei suoi possibili scenari; vale la pena di citare gli articoli 4 j), 5.1 g) e ñ), 7.1 c), da 12 a 15, 33.2, 39 e) 102.1 c), 138 s), 146, 147, 155, 161.2, 166 d), 177.1, 191 b), 209.2, 248.1 b), 260, 287.1 c), 299 d), 321.2, 395 e), 407.3, 416, 424, 444, 451.1 e, nella riforma del Codice Civile, gli articoli 31.2, 469 f). Il Titolo II, dagli articoli 12 a 15, è dedicato a questo tema, il che dimostra la volontà politica di attribuirgli la massima priorità.

Il Programma Nazionale per l'Avanzamento della Donna, approvato con il Decreto Presidenziale n. 198 dell'8 marzo 2021, il cui obiettivo generale è promuovere l'avanzamento della donna e l'uguaglianza dei diritti, delle opportunità e delle possibilità, sanciti dalla Costituzione della Repubblica, nonché approfondire i fattori oggettivi e soggettivi che, come espressioni di discriminazione, persistono nella società cubana e ostacolano lo sviluppo sociale.

In questo Programma nazionale, il trattamento della violenza è trasversale nei suoi diversi assi. In particolare, l'asse 5 si riferisce a tutti i sistemi di protezione contro la violenza e la discriminazione e stabilisce misure specifiche ad essi collegate, dalle modifiche legislative alla formazione e sensibilizzazione di tutto il personale coinvolto nella protezione e nella gestione delle situazioni di violenza.

Strategia globale per la prevenzione e la cura della violenza di genere e nello scenario familiare, Accordo n. 9231 del 2021 del Consiglio dei Ministri, approvato il 19 novembre 2021.

Questa norma giuridica, nelle sue disposizioni generali, artt. da 1 a 3, stabilisce le linee guida per ottenere una risposta articolata e coordinata all'interno e tra i settori, gli agenti sociali nelle comunità e un'ampia partecipazione dei cittadini, per raggiungere l'obiettivo di «...garantire una risposta completa e integrata per la prevenzione e l'attenzione efficace alla violenza di genere e in ambito familiare...».

Stabilisce misure specifiche relative all'elaborazione di protocolli d'azione istituzionali e a quelli legati ai processi di formazione, educazione, comunicazione, prevenzione, legislazione, tra gli altri; per garantire in modo coordinato e tempestivo, «...l'individuazione, l'identificazione, la prevenzione, l'assistenza, il sostegno e la riparazione dei danni causati alle vittime e ai sopravvissuti, così come il trattamento di coloro che perpetrano la violenza, con l'obiettivo di raggiungere un adeguato coordinamento degli agenti e delle istituzioni coinvolte nella prevenzione e nella cura».

Allo stesso modo, il Codice di Procedura e la Legge di Procedura Penale - approvati nell'ottobre 2021 ed entrati in vigore nel gennaio 2022 - hanno una proiezione in ambito processuale per quanto riguarda la gestione di queste situazioni, sia in ambito penale che civile. Lo stesso vale per il Codice penale, approvato nel maggio 2022 ed entrato in vigore nel dicembre 2022, che include la violenza di genere e la violenza familiare nei suoi articoli in diverse occasioni.

13.2.4. Adozione per integrazione¹⁵

La modalità di adozione integrativa, disciplinata negli articoli da 98 a 102 del Codice di Famiglia, viene estesa e sviluppata. Continua a essere quella in cui un membro della coppia adotta il figlio dell'altro, opzione regolata dal Codice del 1975, ma in modo molto limitato, in quanto poteva avvenire solo all'interno del matrimonio e in cui i legami con uno dei rami della famiglia d'origine erano sempre interrotti.

Affinché l'adozione per integrazione sia autorizzata, deve esistere una relazione affettiva solida, evidente e vera¹⁶ tra il bambino o l'adolescente da adottare e la persona che intende adottarlo, che non è altro che la madre o il padre affine, poiché l'obiettivo è quello di consolidare il legame socio-affettivo precedentemente esistente¹⁷. Se invece il minore mantiene un legame intenso, frequente e positivo con la madre o il padre di origine non convivente, non è opportuno¹⁸.

È necessario anche il consenso della madre o del padre del minore da adottare, che sia o meno il custode, a meno che non sia deceduto o

¹⁵ Per maggiori informazioni sull'adozione in generale e sulla sua modalità integrativa, si veda A.M. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, *La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de multiparentalidad*, in L.B. PÉREZ GALLARDO e M. HERAS HERNÁNDEZ (Dirs.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago del Cile, 2022. pp. 436-439. Inoltre, della stessa autrice, ID., *Nuevos retos de la justicia familiar: adopción y compensación económica*, in "Revista Justicia y Derecho", Vol. 20, n. 36, luglio-dicembre 2023, pp. 13-40.

¹⁶ V. art. 104, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

¹⁷ Alla luce del diverso fondamento che sostiene l'adozione in generale e l'adozione di integrazione in particolare, si potrebbe intendere che, a rigore, quest'ultima non è un'adozione poiché risolve l'integrazione familiare attraverso un istituto giuridico che denaturalizza la funzione della prima. Secondo Arias de Ronchietto, «l'integrazione giuridica delle famiglie che iniziano con il secondo o terzo matrimonio non genera di per sé una situazione di impotenza nei confronti dei figli minori delle unioni precedenti». V. C.E. ARIAS DE RONCHIETTO, *La adopción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 196. Per LLOVERAS, l'istituto dell'adozione è snaturato, e solleva una serie di eccezioni che finiscono per snaturarne l'essenza: «L'adozione sarà integrante quando il minore presenta note di abbandono in qualche senso materiale o morale. In caso contrario, l'adozione non potrà essere dichiarata perché priva di motivazioni». N. LLOVERAS, *La adopción*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 338.

¹⁸ V. art. 104, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

sia stato privato della responsabilità genitoriale. L'audizione del minore è obbligatoria e non elettiva, purché sia possibile in base alla sua età e alle sue condizioni.

In alcuni casi potrebbe portare alla multigenitorialità, poiché i legami legali con la famiglia d'origine non si estinguono¹⁹.

13.2.5. Soluzioni ai problemi legati alla privazione della responsabilità genitoriale

Uno degli ostacoli più persistenti che impediscono il progresso delle adozioni a Cuba risiede nella resistenza o nell'inerzia a stabilire i corrispondenti processi di privazione della responsabilità genitoriale dei genitori d'origine di un bambino che si trova in una situazione di abbandono e trascuratezza da parte di coloro che dovrebbero vegliare sul suo sviluppo e benessere integrale. Le misure implementate dal Codice delle Famiglie facilitano i processi di adozione proponendo soluzioni ai problemi che oggi esistono in relazione a quanto sopra.

Quanti casi conosciamo di bambini che vengono internati nei centri di assistenza sociale e, sebbene i loro padri, madri o altri familiari non si prendano cura di loro, o se ne prendano cura in modo irresponsabile, l'inizio di questi processi è molto ritardato, gli anni passano, crescono, diventano adolescenti e le loro possibilità di essere adottati sono molto limitate? Per questo motivo, l'articolo 192 del Codice delle famiglie prevede la possibilità per le madri o i padri di essere privati della responsabilità genitoriale da parte del tribunale competente quando, rispetto al bambino affidato a un centro di assistenza sociale della rete nazionale, non adempiono ai loro doveri trascurando manifestamente e sistematicamente il bambino senza una giusta causa per centottanta (180) giorni. In altre parole, l'obbligo di promuovere questi processi è imposto dal mandato legale una volta trascorso questo periodo senza ritardi o scuse.

¹⁹ V. art. 95, l. n. 156 del 2022, Codice delle famiglie.

13.2.6. Il diritto dei bambini e degli adolescenti di conoscere la propria identità

Il Codice delle famiglie riconosce il diritto dei bambini e degli adolescenti a conoscere la propria identità, come stabilito dall'articolo 91, paragrafi a) e b), quando afferma che le persone adottate hanno il diritto di sapere da dove provengono, chi è la loro origine biologica e di avere accesso al fascicolo di adozione una volta acquisita la piena capacità giuridica, in conformità con le norme stabilite nel Codice civile o quelle che lo integrano.

Ciò implica che se una persona adottata indaga sulle proprie origini, potrebbe avere la possibilità di ricongiungersi con i propri legami filiali originari e di mantenere i canali di relazione e comunicazione che le proprie circostanze consentono, anche stabilendo relazioni affettive ed emotive, ma senza che ciò comporti alcun riconoscimento giuridico, poiché a tutti gli effetti i legami filiali e di parentela sono quelli derivati dall'adozione.

Questo regolamento corrisponde alle disposizioni della Convenzione sui diritti del fanciullo agli articoli 7 e 8, che sanciscono il diritto dei bambini di conoscere la propria identità, di conoscere i propri genitori e di essere da loro accuditi, nonché di preservare la propria identità e le proprie relazioni familiari.

13.2.7. La consegna del bambino alla nascita

Un'altra novità è prevista all'articolo 99. a), in considerazione della possibilità di cedere direttamente il bambino da parte della madre, o del padre nei casi in cui sia opportuno a causa della morte della madre o del mutuo consenso di entrambi, al momento della nascita e sempre prima della sua registrazione, mediante un consenso informato in cui accettano di dare il loro bambino in adozione, rispettando tutte le procedure stabilite a tal fine dalle istituzioni corrispondenti, che in questo caso sarebbero il Ministero della Salute Pubblica e il Ministero dell'Istruzione.

Questa dichiarazione deve essere fatta al momento della nascita del bambino e prima della sua registrazione, proprio perché, non essendo legalmente riconosciuto come figlio o figlia e non avendo firmato il consenso informato ai fini dell'adozione, la madre o il padre biologico

non assumono la responsabilità genitoriale, cioè non assumono la maternità o la paternità con tutti i contenuti e le responsabilità che ne derivano.

Per ragioni facilmente comprensibili, la legge stessa impedisce di procedere all'adozione prima che siano trascorsi 180 giorni e che sia trascorso il periodo di tempo stabilito per rendere effettivo questo atto volontario di rinuncia, in modo che si possa procedere direttamente con l'adozione senza dover passare prima per un processo di privazione della responsabilità genitoriale.

I requisiti da soddisfare sono legati al fatto di essere un genitore biologico e quelli determinati dalle autorità sanitarie ed educative in relazione alla procedura da seguire per l'atto di rinuncia attraverso la firma del documento che rifletterà il consenso informato.

Si tratta di «consenso informato» perché la persona esprime la propria volontà in merito all'atto che sta per compiere, con piena consapevolezza di tutte le conseguenze e gli effetti che tale azione finirà per avere.

Per questo atto di consegna del bambino non sarà richiesta alcuna responsabilità penale, cioè non sarà considerato un reato di abbandono, poiché il bambino viene consegnato con tutta la sicurezza e la protezione di cui ha bisogno.

L'obiettivo di questa norma è che chi non vuole o non è in grado di affrontare la maternità o la paternità, prima di riconoscere il proprio figlio, dia il consenso all'adozione del bambino e lo consegni all'istituto sanitario in cui è nato per poi trasferirlo a un centro di assistenza sociale del Ministero dell'Istruzione. Tuttavia, avranno 180 giorni di tempo per rivalutare la loro decisione e se la manterranno, dopo di che potrà iniziare il processo di adozione. In questo modo si evita l'abbandono dei neonati in condizioni pericolose, come un portone, un parco o una cisterna di rifiuti, che è un reato di abbandono previsto e sanzionato dal nostro Codice penale.

È necessario chiarire le differenze tra la manifestazione di volontà prevista dall'articolo 99, lett. a), sopra illustrata, e quella prevista dalla lett. b), che esisteva già nel Codice del 1975 e che riguarda la consegna di un figlio o di una figlia precedentemente riconosciuti a una persona specifica, affinché questa sia specificamente l'adottante. Si tratta della cosiddetta adozione diretta.

Nel caso di cui all'articolo 99, lett. *a*), la consegna è all'istituzione sanitaria ed educativa, non a una determinata persona, né è possibile scegliere l'aspirante adottante.

Nel caso dell'articolo 99, lett. *b*), la persona che si desidera diventi la figura genitoriale attraverso l'adozione è espressamente identificata, o in un atto notarile precedente o direttamente nel procedimento giudiziario di adozione. In questo caso, tuttavia, l'adozione viene autorizzata nel procedimento giudiziario, cioè è il tribunale ad accettare o meno che la persona scelta possa essere il genitore adottivo.

Ciò dipenderà dal fatto che i genitori adottivi proposti soddisfino i requisiti stabiliti dal Codice stesso e previsti dagli articoli 100, 101 e 102.

Per quanto riguarda il mantenimento del legame tra i genitori e il bambino o il figlio consanguineo, questo sarà possibile al di fuori della legge, perché trattandosi di adozione piena, sono gli adottanti ad assumere la maternità e la paternità a tutti gli effetti, allo stesso modo della filiazione per sangue.

Nella pratica queste situazioni si verificano, ad esempio, nelle adozioni dirette tra parenti: una madre che affida la figlia o il figlio direttamente alla sorella per essere adottata da quest'ultima; una volta che il Tribunale lo autorizza, la sorella diventa madre del bambino e la madre biologica diventa zia del bambino. Possono mantenere il legame affettivo, ma dal punto di vista giuridico si tratterà di un rapporto di parentela tra zia e nipote.

Allo stesso modo, se una persona dà in adozione la propria figlia alla sua migliore amica, con il permesso del tribunale, tutti i legami legali di parentela vengono recisi e la bambina diventa figlia della sua migliore amica. La madre naturale potrà mantenere dei legami, ma questi non saranno tutelati dalla legge.

Anche questo tema ha una particolare prospettiva di genere nel Codice. Sono le donne a essere più spesso messe in discussione quando non vogliono farsi carico dell'educazione dei figli²⁰ o quando li trascurano sistematicamente. La realtà sociale non offre lo stesso trattamento per l'abbandono o la negligenza paterna. Per questo è un importante passo avanti prevedere questa possibilità nei casi di manifesto rifiuto di prendersi cura del bambino, che può essere consegnato all'autorità competente, in modo che il bambino possa essere posto in stato di

²⁰ Spesso si tratta di adolescenti che hanno affrontato gravidanze per le quali non erano psicologicamente preparate.

adottabilità, dopo che è trascorso un periodo di tempo prudenziale, senza che venga commesso il reato di abbandono.

A Cuba, sebbene il progetto di giustizia sociale che si sta costruendo, nonostante le note avversità economiche, abbia al centro lo sviluppo integrale dei bambini e degli adolescenti, non si possono ignorare le situazioni di vulnerabilità che un certo numero di famiglie cubane presenta e che danno luogo a problemi complessi. Uno di questi è la fertilità adolescenziale, che ha un forte impatto sul Paese e sulle circostanze che lo circondano²¹.

È una realtà sociale che esiste e il diritto, in quanto scienza sociale, deve reagire attraverso la sua funzione normativa. A nostro avviso, questo atto legale di consegna dei bambini all'autorità competente per la loro cura è preferibile all'atto materiale di abbandono senza procedure legali, che mette a rischio l'integrità fisica e la vita del bambino²².

²¹ Il modello di fertilità adolescenziale cubano è caratterizzato da un inizio precoce dei rapporti sessuali, non protetti, precoci e con una diminuzione dell'età media della prima unione, un'alta ricorrenza del ricorso all'aborto volontario, accompagnato da un uso non sistematico della contraccezione. Questo comportamento avviene in un contesto di relazioni di coppia asimmetriche per età, occupazione e scolarizzazione, ancor più tra le persone di età inferiore ai 15 anni, che in media hanno figli con uomini di 8,6 anni più grandi di loro; queste adolescenti hanno circa 6 anni di scolarizzazione e i loro *partner* 8,9. In questo gruppo, entrambi sono disimpegnati dallo studio e dal lavoro in percentuale maggiore rispetto al resto. Le negoziazioni sono scarse e sono caratterizzate da uno scarso esercizio dell'autonomia fisica ed economica da parte loro. Il profilo delle ragazze adolescenti mostra che vivono in aree rurali, sono nubili, hanno un basso livello di scolarizzazione e non sono bianche. Pertanto, indicano un esercizio inefficiente dei diritti sessuali e delle disuguaglianze di genere. Una recente ricerca cubana fornisce elementi esplicativi su questo problema. V. M. MOLINA CINTRA, *Fecundidad adolescente: apuntes actuales*, 2017, in *scieloprueba.sld.cu*, 5 gennaio 2020; L. QUINTANA LLANIO, *Fecundidad y toma de decisiones en torno a la reproducción. Miradas en contexto*, 2017, in *scieloprueba.sld.cu*, 5 gennaio 2020; L. QUINTANA LLANIO et al., *Comportamiento en torno a la reproducción en la adolescencia. Acercamiento a sus condicionantes*, 2014, in *scieloprueba.sld.cu*, 5 gennaio 2020.

²² Nella dottrina ci sono diverse nozioni legate all'atto della resa in contrapposizione all'abbandono, temporaneo o definitivo.

Eva Giberti ha affermato che è necessario distinguere tra abbandono e delega. La delega è un atto volontario e sicuro per il bambino coinvolto nella misura in cui la madre non è in grado, per vari motivi, di prendersi cura del bambino.

La possibilità di delegare la cura personale dei bambini può avvenire in circostanze legali e nell'interesse dei bambini e degli adolescenti. La delega è transitoria e viene

13.3. Riflessione finali

Abbiamo cercato di affrontare brevemente le principali novità di questo istituto giuridico che si proietta oggi in relazione al paradigma di protezione globale dei bambini e degli adolescenti incarnato dalla Convenzione sui diritti del fanciullo e in vista del loro interesse superiore dalla prospettiva del bambino come soggetto di diritti.

Sono finiti i tempi in cui l'adozione era finalizzata a realizzare il sogno o a soddisfare l'ego di una persona o di una coppia di avere una figlia o un figlio «ideale», ma piuttosto ai bisogni dei bambini e degli adolescenti e al loro diritto di avere una famiglia, qualunque sia la sua forma organizzativa, che fornisca loro amore, protezione, sicurezza e cura.

Cuba è ora in una posizione migliore per fornire una protezione efficace ai bambini e agli adolescenti attraverso un'istituzione di lunga data, ma adattata alle esigenze dei tempi. La sua efficacia richiederà l'articolazione delle istituzioni coinvolte in tale protezione e l'incremento della cultura giuridica della popolazione, affinché diventi consapevole dei suoi reali obiettivi sulla base dei nuovi paradigmi.

fatta a persone con legami affettivi e, come afferma Plovanich, nella delega viene preservata la titolarità della responsabilità genitoriale.²²

Il Codice civile e commerciale della nazione argentina regolamenta all'articolo 643 la figura della delega a terzi e all'articolo 674 la delega al genitore affine. Il Codice di Famiglia di El Salvador, da parte sua, ammette la delega ai parenti all'articolo 216. Queste norme rendono giustizia alla realtà sociale esistente, in cui è frequente che la cura dei figli sia affidata, temporaneamente, a parenti o a terzi affettivamente legati. Esiste un'altra nozione, come quella dei francesi, di parto anonimo, anch'essa sviluppata in contrapposizione all'abbandono, la cui particolarità è che non si conosce l'identità della madre.

In ogni caso, sono tutti contrari all'atto di abbandono in quanto si tratta di rinunce volontarie e sicure in cui la vita e l'integrità del bambino non sono in pericolo.

14. Filiazione e procreazione medicalmente assistita

Giovanna Chiappetta

SOMMARIO: 14.1. Introduzione. – 14.2. Filiazione nel Codice delle famiglie. – 14.3. Multigenitorialità. – 14.4. Metodi eterologhi di riproduzione assistita. – 14.5. Gestazione solidale.

14.1. Introduzione

Il 25 settembre 2022 è stato approvato a Cuba il Codice delle famiglie, precedentemente emanato dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare con la legge n. 156 del 22 luglio 2022. Tale Codice rappresenta una rivoluzione nel sistema giuridico mondiale. Il diritto delle famiglie è declinato al plurale avendo il Codice accolto nuovi modi di vivere insieme, di «formare una famiglia» e di accedere alla genitorialità.

Il Codice della famiglia del 1975, ora abrogato, era costruito sul sistema tradizionale binario sia nei rapporti di coppia, sia in quelli di parentela (due rami legati ai due genitori) che di genitorialità (padre e madre titolari della responsabilità genitoriali).

Ancora oggi pochi Paesi hanno aperto alle coppie e alle comunioni familiari formate da più di due persone (conviventi, uniti o coniugi) e quando hanno creato status familiari alternativi a quelli discendenti dal matrimonio tra persone di sesso diverso come quelli della omoparentalità, questi status sono stati calati nello schema tradizionale: due persone conviventi e due genitori ed un figlio.

Tuttavia, questa forma binaria non è un *unicum*, come dimostrano l'antropologia o alcune forme di genitorialità complessa che esistevano in Occidente, pur essendo il sistema a due profondamente radicato nelle rappresentazioni sociali contemporanee e nelle costruzioni giuridiche che le riflettono.

Questa idea di famiglia legata in tutte le sue sfaccettature al modello tradizionale manifestava i suoi limiti nella difficoltà di dare spazio a chi desiderava costruire un progetto genitoriale con il ricorso alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, a chi partecipava al progetto genitoriale di qualcun altro donando i gameti. Si manifestava, altresì, nella difficoltà di dare una collocazione giuridica alla persona o alle persone che partecipavano all'educazione di un bambino, senza esserne il genitore o i genitori.

Il legislatore delle famiglie cubano, in linea con la riforma costituzionale del 2018, per risolvere le questioni legate al riconoscimento degli status familiari ha ripensato ed in parte superato il modello binario. L'apertura alle coppie poliamorose ed alla multigenitorialità ha reso necessario interventi anche nel diritto successorio disciplinato nel Codice Civile.

Una peculiarità del sistema giuridico cubano, che lo differenzia, ad esempio, da quello italiano, è la separazione della materia familiare dal Codice Civile. Ciò è avvenuto (come, peraltro, già si registrava in altri ordinamenti giuridici, quali quelli boliviano e costaricano) con il Codice della famiglia del 1975. Ai rapporti giuridici familiari disciplinati dal Codice delle famiglie del 2022 si applicano in via suppletiva le disposizioni del Codice Civile.

14.2. Filiazione nel Codice delle famiglie

Nel primo Codice della famiglia cubano del 1975 i rapporti di filiazione avevano due fonti: la consanguineità, in base alla quale la paternità e la maternità erano accertate nei confronti dei genitori biologici, e la cosiddetta parentela civile derivante dall'adozione. Nonostante non vi fosse il divieto di adozione da parte di un single, ad essa ricorrevano le coppie coniugate (*ex art. 101 del Codice abrogato*). La Costituzione cubana del 1976 riconosceva esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna (*art. 36 cost. abrogata*) come già era previsto all'art. 2 del Codice della famiglia del 1975.

La modernizzazione del diritto delle famiglie, avvenuta nel 2022 dopo un lungo e complesso *iter* legislativo, è il prodotto della Riforma costituzionale del 2018. La vigente Costituzione ha riconosciuto a tutti il diritto di fondare una famiglia, qualunque sia forma di organizzazione prescelta (*art. 81 cost.*). L'undicesima disposizione

transitoria della Costituzione ha, quindi, dato mandato al legislatore di avviare un processo revisione del Codice della famiglia per allinearli ai precetti costituzionali. Il diritto delle famiglie del 2022 garantisce perciò a ciascuna persona il diritto di fondare una famiglia secondo la propria identità, aspirazioni e desideri.

Il testo costituzionale cubano ha positivamente l'affetto come fonte delle relazioni familiari. La famiglia può esistere anche in assenza di un atto dichiarativo quale il matrimonio e fondarsi sulla solidarietà e la stabilità dei rapporti affettivi esistenti tra i membri del gruppo.

L'ordinamento cubano riconosce così spazi sempre maggiori all'autodeterminazione del singolo nelle relazioni familiari, con l'introduzione di istituti giuridici ritenuti idonei a garantire le nuove esigenze sociali di protezione.

Tra le novità, spicca l'introduzione in via di eccezione della multigenitorialità originaria o sopravvenuta, che può trarre origine sia da legami biologici e genetici, sia da rapporti socio-affettivi.

I rapporti familiari e quelli di genitorialità possono essere a due o più persone: si delinea una famiglia che va oltre l'albero genealogico per costruire reti familiari.

14.3. Multigenitorialità

Nel diritto della filiazione, uno degli aspetti più innovativi introdotti *ex novo* nel nuovo Codice è la multigenitorialità come eccezione. L'art. 58 sancisce che una persona può avere più di due legami genitoriali, dai quali discendono i medesimi effetti giuridici nei confronti di tutti (per talune ipotesi di multigenitorialità, v. M.T. ECHEVARRÍA DE RADA, *La multiparentalidad y las familias reconstituidas: especial consideración de sus implicaciones sucesorias*, in "Revista de Derecho Civil", 2023, 3, p. 5). Si tratta, come si è appena detto, di una ipotesi eccezionale, poiché la biparentalità continuerà ad essere la regola. L'art. 56 introduce una flessibilità che potrà consentire al giudice di apprezzare in concreto i casi di genitorialità multipla e riconoscerli se nell'interesse del figlio.

La multigenitorialità (originaria o sopravvenuta) in via di eccezione può derivare tanto dal ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, quanto dalla gestazione per altri solidale (art. 57).

Nel diritto della filiazione cubano si assiste ad un'evoluzione nella quale assume un ruolo via via sempre crescente l'autonomia della volontà di chi desidera avere un figlio. L'emersione delle tecniche di riproduzione assistita con la partecipazione di donatori di gameti o di gestanti per conto altrui ha portato al possibile riconoscimento della filiazione socio-affettiva. Il riconoscimento di una ulteriore maternità e/o paternità non implica necessariamente la perdita del precedente *status filiationis*.

Nel migliore interesse del figlio, le relazioni biologiche, genetiche ed affettive possono avere un riconoscimento giuridico con la costituzione di paternità o maternità multiple. In passato, invece, la prova biologica della filiazione prevaleva su qualsiasi altro criterio. Sì che la filiazione giuridica non conforme alla verità biologica, pur essendo consolidata dal possesso di stato, poteva essere eliminata dall'azione volta ad accertare la genitorialità biologica.

La soluzione della multigenitorialità non è unanimemente condivisa. La pluralità di padri e madri potrebbe, per i delatori della riforma, comportare un aumento del contenzioso nelle relazioni tra i genitori con effetti negativi per il figlio.

Il Codice disciplina in modo compiuto l'istituto della multigenitorialità. Il legislatore ha, negli articoli dal 57 al 59, previsto due ipotesi di plurigenitorialità: quelle originarie e quelle costituite dopo la nascita del bambino. Questa ultima si basa sul riconoscimento del possesso di stato creato da relazioni socio-affettive stabili o può essere costituita mediante l'adozione per integrazione del genitore sociale nelle famiglie c.dd. ricomposte.

Il legame affettivo consolidato può originare una genitorialità giuridica anche in assenza di legami biologici. L'art. 21 del Codice definisce la parentela socio-affettiva basata sulla volontà e sul legame affettivo stabile e duraturo, che può giustificare la creazione di un rapporto di filiazione per via giudiziale con gli stessi effetti della parentela biologica ed adottiva.

La multigenitorialità potrà creare genitorialità concorrenti se è nell'interesse del bambino o dell'adolescente, previa valutazione delle circostanze del caso. Questa valutazione è attribuita ad un collegio giudicante in un procedimento di volontaria giurisdizione con la partecipazione obbligatoria del Pubblico Ministero e con l'ausilio di un'équipe multidisciplinare di psicologi, sociologi, pedagogisti. Il Codice lascia al giudice la valutazione del se e quando il rapporto

socio-affettivo si sia consolidato.

La plurigenitorialità potrà formarsi anche attraverso l'adozione per integrazione del genitore sociale, partner o coniuge del genitore del figlio, senza che l'altro genitore giuridico perda necessariamente il rapporto con il bambino. Si tratta di una nuova forma di adozione per integrazione di un ulteriore genitore giuridico che si affianca a quelli originari. Questa ipotesi di adozione può trovare applicazione nei casi di morte di un genitore giuridico o nei quali vi siano pochi legami di questo con il figlio.

La multigenitorialità originaria può discendere dal ricorso alle tecniche di procreazione assistita eterologa o dal concepimento mediante la gestazione solidale. Il donatore o donatrice di gameti e la gestante solidale assumerebbero la co-genitorialità con la coppia richiedente la pratica. Il progetto di concepimento con la partecipazione di più di due persone consente di costruire una filiazione multigenitoriale. L'accordo preventivo di multigenitorialità, preferibilmente autenticato da un notaio e registrato, garantisce la partecipazione genitoriale di tutti.

La legge stabilisce, inoltre, che il donatore di gameti o la gestante per altri devono acquisire il consenso del coniuge o unito per compiere l'atto ed evitare la presunzione di genitorialità congiunta che opera per legge. Tuttavia, anche il coniuge o l'unito del donatore o della gestante, se vi è l'accordo di tutti, possono partecipare alla multigenitorialità ed essere genitori. Dalla bigenitorialità si passa alla possibilità di genitorialità multiple con oltre tre genitori.

L'art. 56.3 del Codice stabilisce che per la determinazione del cognome e del loro ordine, se la figlia o il figlio è minorenni, decide il tribunale, in conformità all'interesse del minore e al rispetto della sua identità. Si tratta di una formula aperta, per i casi di plurigenitorialità derivata nella quale sarà necessario valutare se aggiungere il cognome del genitore aggiunto, a condizione che incida positivamente sull'identità del figlio minorenni. Una formula per i minorenni poiché il maggiorenne decide personalmente. Per la plurigenitorialità originaria non è stabilita alcuna regola e non è applicabile l'articolo 45 della Legge del Registro Civile, che stabilisce che il primo cognome del bambino è quello del padre ed il secondo quello della madre, ordine che potrà essere modificato da un negozio giuridico tra i genitori.

La pluriparentalità crea uguali diritti e doveri tra tutti i genitori nei

confronti del figlio comune. L'art. 21 del Codice sancisce che il rapporto socio-affettivo ha gli stessi effetti discendenti dalla genitorialità biologica e, nell'art. 23.2, richiama altresì l'obbligo di mantenimento ed il diritto-dovere di comunicazione.

Analogamente è per i diritti successori contemplati nel Codice Civile. Sotto questo profilo, il figlio gode di uguali diritti di successione, sia nelle successioni testamentarie che legittime, nei confronti di tutti i genitori. Lo stesso varrà al contrario, cioè per tutti i genitori in relazione al figlio comune. Il Codice Civile è stato modificato dal Codice delle famiglie. In particolare negli articoli 510, 514.2 e 515, relativi alla successione testamentaria, il legislatore fa riferimento a «*padri e madri*».

Per il diritto successorio si pone una questione irrisolta dal legislatore, concernente il *dies a quo* della efficacia della multigenitorialità socio-affettiva sopravvenuta. Ciò in quanto il riconoscimento della genitorialità ulteriore, può essere disposto a distanza di anni dalla nascita del figlio, anche egli legittimato all'azione (art. 58, comma 3, c.c.). In tali casi, lo *status filiationis* giudizialmente riconosciuto può avere tanto effetti *ex tunc* retroagendo al momento della nascita, come avviene per l'adozione, quanto *ex tunc* e prodursi dal momento del consolidamento della relazione socio-affettiva. È importante la determinazione del momento di efficacia per la vocazione ereditaria del figlio anche nei confronti dei parenti del genitore socio-affettivo. Il Codice non indica il momento di efficacia del riconoscimento e, qualora dovesse applicarsi l'equiparazione alla genitorialità biologica disposta dall'art. 21, gli effetti sarebbero *ex tunc*.

Ancora, proseguendo sulla filiazione, il Codice delle famiglie distingue dalle ipotesi di multigenitorialità l'istituto dei genitori affini, ossia dei coniugi o conviventi del genitore del bambino o adolescente. Questi ultimi, ai quali il Codice cubano riconosce anche diritti e doveri a partire dall'art. 181 (quali la partecipazione all'educazione e all'istruzione dei figli affini, l'assunzione di decisioni in situazioni di emergenza, la possibilità di delega temporanea, condizionata ed eccezionale della responsabilità genitoriale in loro favore da parte del genitore del partner; l'obbligo legale di fornire gli alimenti o anche la possibilità eccezionale di godere di una comunicazione o di avere la custodia e la cura del figlio affine), non sono parificati ai genitori, pertanto il legislatore ha deciso di non estendere gli effetti della successione.

Nella pratica giuridica, le controversie che nascono dai rapporti paterno-filiali sono molto comuni, soprattutto dopo la rottura del progetto di vita della coppia, dove spesso sorgono controversie in cui i genitori rivendicano l'affidamento, la cura e gli alimenti. È ovvio che in una situazione in cui ci sono più di due padri e madri, con uguali diritti e doveri, una controversia di questo tipo potrebbe essere più complessa, data la pluralità di interessi in gioco che, a loro volta, devono essere analizzati in termini di interesse del bambino. Data la recente stesura del Codice cubano, non c'è ancora un'esperienza pratica sufficiente su questo tema; tuttavia, va sottolineato, ancora una volta, che la multigenitorialità è una figura che il legislatore ha previsto in via eccezionale, nelle situazioni che lo meritano, per cui non sarà rappresentativa della maggioranza delle relazioni genitori-figli. Pertanto, sebbene una situazione conflittuale in questo quadro possa essere più complessa da risolvere rispetto a un caso di binarismo genitoriale, non si tratterà di conflitti idonei a sovraccaricare il lavoro dei tribunali. Lo stesso può accadere in materia successoria, dove si potrebbe tentare di riconoscere la maternità e la paternità socio-affettiva, data la possibilità della multigenitorialità, ai soli fini ereditari; tale tentativo di utilizzo fraudolento della figura, a fini patrimoniali, deve sempre essere tenuto in considerazione dal giudice, che deve valutare il reale possesso dello *status* di figlio in questi casi.

14.4. Metodi eterologhi di riproduzione assistita

Lo sviluppo scientifico ha dato impulso all'uso delle tecniche di riproduzione assistita, che stanno diventando un modo di concepimento alternativo a quello naturale. Il loro utilizzo garantisce l'accesso al concepimento non solo alle coppie che, a causa di problemi di salute e/o di infertilità non possano procreare, ma anche alle coppie omosessuali ed ai *singles* che intendano soddisfare il proprio desiderio di genitorialità senza un partner.

L'uso di questi metodi, soprattutto con riferimento alle tecniche omologhe, è entrato nelle pratiche mediche cubane. Diversamente, le tecniche eterologhe, con materiale genetico di un donatore/trice estraneo/a alla coppia, non avevano un riconoscimento giuridico prima del 2022. Con il nuovo Codice, le tecniche di tipo omologo ed eterologo hanno una specifica disciplina.

L'art. 117 indica le fonti della filiazione assistita.

Per la procreazione omologa, l'art. 117, comma 2, c.c. richiama la disciplina dettata per la determinazione della filiazione nata mediante concepimento naturale.

Per quanto riguarda i metodi eterologhi, il legislatore, all'art. 117 c.c., indica quale fonte per l'attribuzione della genitorialità il consenso dei committenti, indipendentemente da chi ha fornito i gameti. La volontà è, quindi, alla base del rapporto genitore-figlio. Il successivo art. 118 c.c. sancisce che la regolamentazione della disciplina contemplata dal Codice è completata dalla Risoluzione 1151/2022 contenente la "Regolamentazione della riproduzione assistita negli esseri umani" del Ministero della Salute Pubblica di Cuba [L.B. PÉREZ GALLARDO e G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (a cura di), *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)*, Santiago de Chile, 2023, p. 372].

L'art. 119 contiene un elenco di princípi, tra i quali la protezione dell'interesse del nascituro, la protezione della *privacy* delle persone coinvolte e l'anonimato del donatore di gameti. Sono richiamati, altresí, il diritto di formare una famiglia, i princípi di uguaglianza e non discriminazione. L'accesso a questa forma di filiazione non può essere negato per motivi di orientamento sessuale.

L'articolo 120 richiede la forma solenne dell'atto notarile, espressione del c.d. consenso informato. L'atto pubblico conferisce al negozio giuridico il valore di prova, assicurando la veridicità e la certezza dell'atto, previa informazione ai committenti in merito alle sue conseguenze. Il notaio redigente l'atto è tenuto a dare le informazioni che garantiscono l'assunzione di responsabilità consapevole del o dei committenti. Il consenso è revocabile, con gli stessi requisiti formali, fino al momento dell'impianto in utero dell'embrione e deve essere attuale, ossia rinnovato ad ogni tentativo di procreazione. Il consenso rappresenta per i committenti una forma di riconoscimento volontario della filiazione ed impedisce l'acquisizione della genitorialità al donatore di gameti.

La fecondazione eterologa non crea legami giuridici tra il nato ed il donatore di gameti. Si tratta, infatti, pur sempre di una donazione altruistica che non ammette alcuna remunerazione, come previsto dall'articolo 24.1 della citata Risoluzione 1151/2022. Il legame genitoriale con il donatore richiede un atto negoziale concluso mediante l'accordo di tutte le persone coinvolte, accordo che darà vita

alla multigenitorialità. In assenza di accordo, il donatore di gameti è terzo e non ha alcun diritto o dovere nei confronti del nato, figlio dei committenti.

L'articolo 122 del Codice disciplina il diritto del figlio ad essere informato di essere stato concepito mediante la tecnica assistita, non anche ad avere i dati relativi all'identità del donatore di gameti. Sulla base dell'interpretazione che si può trarre dalla formulazione letterale della norma, tali informazioni potranno essere fornite se sono rilevanti per la salute del figlio. La legge esclude la possibilità di conoscere l'identità del donatore anonimo. Il superamento dell'anonimato potrebbe verificarsi in casi eccezionali, previa autorizzazione giudiziale, secondo i criteri stabiliti dall'articolo 27 della Risoluzione 1151/2022.

Per quanto riguarda l'identità del donatore, la legislazione cubana favorisce quindi un «anonimato relativo».

In questo senso, in dottrina si sono sviluppati tre principali orientamenti: uno che difende l'assoluto anonimato del donatore di gameti, un altro che difende senza limiti il diritto del figlio concepito con una di queste tecniche di conoscere la sua origine e i suoi progenitori biologici e, infine, l'orientamento recepito dal Codice cubano, che difende il rispetto di questo anonimato, tranne quando, per alcune ragioni come quelle legate alla salute della persona, sia necessario rivelare l'identità del donatore (sul punto, v. M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad Madrid, 2002, p. 204 ss.)

La filiazione conseguente alla pratica eterologa può essere contestata per mancanza di consenso o in caso di consenso alla procedura viziato per errore, dolo o violenza, oppure ancora se il bambino non è nato in seguito all'uso della pratica (artt. 128 e 129). Il diritto ad esercitare l'azione si prescrive dopo 6 mesi decorrenti dalla cessazione o dalla scoperta dei vizi del consenso.

14.5. Gestazione solidale

Il Codice, all'art. 130, dà legittimità alla gestazione per altri nella forma solidale. La solidarietà è uno dei principi delle relazioni familiari [art. 3.1- d) del Codice].

Il lessico mette in luce la dicotomia gestante-genitrice ed è in linea

con il diritto di ogni persona a formare una famiglia sancito dall'art. 81 della Costituzione del 2018. Il Codice utilizza il termine "gestazione" – non maternità – e non parla di donna gestante per rispettare la persona transessuale. La soluzione è nel solco del rispetto del principio fondamentale della dignità umana, sancito dall'articolo 40 cost.

La gestazione per altri, in tutte le sue forme, è un istituto controverso sia per il possibile sfruttamento del corpo delle donne, sia perché il bambino è considerato oggetto dell'accordo. Questi argomenti, insieme ad altri legati alla salute della gestante connessi con le scoperte dell'epigenetica in ragione dei cambiamenti ormonali durante la gravidanza ed al legame emotivo che si può generare con il concepito, hanno alimentato il dibattito a Cuba, nonostante la natura solidale della pratica ammessa.

La gestante mette a disposizione il proprio utero per la gravidanza senza desiderare di essere madre. La genitorialità è giuridicamente attribuita ai committenti. L'art. 130 del Codice riconosce esclusivamente la gestazione solidale e altruistica, gratuita, con la finalità di aiutare altri a realizzare la paternità e maternità giuridica. Di conseguenza, il negozio di gestazione deve essere gratuito. È lecito l'accordo che consenta il rimborso delle spese derivanti dalla procedura, dalla gravidanza e dal parto, nonché di quelle relative all'obbligo di mantenimento del bambino durante la gestazione. I committenti sono genitori sin dal momento del concepimento del nascituro ed hanno l'obbligo giuridico di provvedere al suo mantenimento ai sensi dell'articolo 42 del Codice. La gestante dovrà essere un familiare o una donna che ha consolidati rapporti affettivi con i committenti, così da garantire l'interesse solidaristico. Possono accedere alla pratica le persone che non possono concepire naturalmente per problemi di salute, le coppie di uomini o i single.

La GPA è tutelata in considerazione del suo scopo altruistico e del rispetto della dignità umana. Gli articoli 131 e 132 del Codice delle famiglie introducono una fase preliminare ed obbligatoria che precede il trattamento e la procedura medica. Essa si articola nel perfezionamento dell'atto notarile per l'acquisizione del consenso informato delle persone coinvolte e in un procedimento di autorizzazione giudiziale, con l'obiettivo di valutare l'esistenza dei requisiti per il ricorso alla tecnica ed evitarne l'uso in frode alla legge. Il requisito della parentela o dell'affettività tra la gestante ed i committenti richiede l'accertamento di tali legami, i quali, ai fini

dell'autorizzazione della procedura, devono essere caratterizzati anche da un affetto profondo e duraturo.

Il giudice investito della domanda di autorizzazione ad accedere alla procedura di gestazione per altri deve valutare la gratuità dell'atto, l'esistenza della relazione affettiva o di parentela tra le parti intervenute, l'età e la salute fisica e psichica della futura gestante, il previo esperimento degli altri mezzi di procreazione assistita disponibili, e, inoltre, che la futura portante non sia stata sottoposta a precedente procedura di gestazione. Il Codice richiede che sia i committenti sia la portatrice gestazionale abbiano compiuto i 25 anni, età ritenuta idonea a far presumere la capacità di esprimere il consenso e, quindi, la validità dell'atto negoziale.

Il Codice vieta alla gestante la donazione degli ovuli per evitare che si crei l'ulteriore legame biologico tra il nato e la partoriente.

Ai sensi dell'articolo 133 del Codice il trasferimento di embrioni deve essere effettuato entro 365 giorni, prorogabili al massimo di altri 60 giorni, dalla decisione giudiziaria che lo autorizza.

La gestante potrà esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, nei termini previsti dalle linee guida di buona pratica clinica e dalla normativa vigente del Ministero della Salute Pubblica, senza responsabilità e a tutela del diritto della donna all'autodeterminazione sul proprio corpo. Ciò è previsto nella Risoluzione n. 1151/2022 all'art. 4.2.

Se la procedura viene effettuata senza la dovuta autorizzazione giudiziaria o in assenza dei requisiti necessari, la filiazione sarà regolata dalle norme sui figli nati da concepimento naturale *ex art. 134* del Codice. In tali casi, la gestante assumerà lo *status* di madre, mentre il padre sarà chi ha fornito i gameti, e potrà essere un donatore o il committente.

Il comma 2 dell'art. 134 c.c. prevede sanzioni amministrative per il personale medico che abbia eseguito la procedura senza previa autorizzazione giudiziaria. Allo stesso modo, si fa riferimento a conseguenze penali per la violazione dei requisiti legali della procedura. L'articolo 354 del Codice Penale punisce chiunque esegua la procreazione assistita su una donna senza il suo consenso e senza rispettare i requisiti dell'autorizzazione giudiziaria, così come la donna stessa che fornisce il proprio utero, o lo promuove o lo organizza, per la maternità surrogata a pagamento.

L'assenza di un'apposita disciplina di tale tecnica procreativa ha in

passato generato un vuoto di tutela per i bambini nati all'estero.

La disciplina della gestazione solidale nel Codice, con i relativi requisiti e controlli, mira a garantire l'uso solidale e altruistico della pratica, tentando di evitare quelli fraudolenti.

Il legislatore cubano ha così attuato il mandato costituzionale ed il Codice ha dato una risposta a situazioni prive di adeguata tutela. Alla base del Codice delle famiglie e di tutte le novità in esso contenute vi è il principio di non discriminazione, che consente di riconoscere ad ogni persona il diritto di fondare una famiglia e le relazioni di genitorialità. Così, l'autonomia delle volontà o le relazioni socio-affettive consolidate possono fondare lo *status filiationis* e dar vita alla multigenitorialità.

15. La relazione genitoriale

Roberto Senigaglia

SOMMARIO: 15.1. La responsabilità genitoriale: funzione e contenuto. – 15.2. La rappresentanza. – 15.3. Titolarità, esercizio e delega volontaria della responsabilità genitoriale. – 15.4. Il principio dell'accordo. – 15.5. La responsabilità genitoriale nella dimensione digitale – 15.6. I doveri delle figlie e dei figli minorenni e maggiorenni. – 15.7. Amministrazione e disposizione dei beni e dei diritti. L'autonomia patrimoniale delle figlie e dei figli minorenni. – 15.8. Le vicende della responsabilità genitoriale. La cessazione – 15.9. *Segue*. La privazione e l'esclusione. – 15.10. *Segue*. La sospensione. – 15.11. Gli effetti che discendono dal provvedimento di privazione o sospensione della responsabilità genitoriale. – 15.12. La solidarietà sociale a protezione del migliore interesse del minorenne.

15.1. La responsabilità genitoriale: funzione e contenuto

Nel contesto della complessità della filiazione (naturale, adottiva, assistita e socio-affettiva), presa in considerazione dal Codice delle famiglie di cui alla l. n. 156 del 2022, si inserisce la disciplina della responsabilità genitoriale.

L'art. 51 Codice delle famiglie annovera la responsabilità genitoriale tra gli *effetti* del rapporto di filiazione. Volendola sistemare tra le categorie dogmatiche, chi ne ha la titolarità è investito di una situazione giuridica soggettiva di *potestà* ovvero di un potere per la tutela di un interesse altrui, nella specie per la tutela del migliore interesse della figlia o del figlio. Quindi, nonostante la gran parte degli ordina-

menti si sia orientata, adeguandosi al linguaggio e al senso delle Convenzioni internazionali (Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989; Convenzione dell'Aja sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori del 1996), ad abbandonare la parola *potestà*, nella teoria delle situazioni giuridiche soggettive quella della responsabilità genitoriale va comunque collocata in questa categoria, ricoprendo i genitori un ufficio di diritto privato.

E tuttavia non si tratta soltanto di un mutamento meramente terminologico, ma di profondo valore sostanziale. Fino a un recente passato, la potestà genitoriale era comunque legata alla struttura gerarchica del rapporto genitori-figli, che vedeva questi ultimi in una posizione di soggezione rispetto al genitore. Conseguentemente, il potere del genitore, pur dovendo essere esercitato in funzione dell'interesse del figlio, conosceva la prerogativa della pura discrezionalità nell'individuazione di questo interesse. In altre parole, la cura dell'interesse dei figli avveniva secondo il punto di vista del genitore, muovendo dalla sua idea di ciò che è più funzionale al benessere della figlia o del figlio.

La responsabilità genitoriale esprime, invece, un significato normativo diverso e impone una prospettiva inversa, conforme alla sistematica paidocentrica e non più adultocentrica del rapporto di filiazione: essa va esercitata «rispondendo» al migliore interesse del figlio minore, ovvero assumendo il punto di vista del figlio e non il proprio. L'esercente la responsabilità genitoriale è dunque chiamato anzitutto a «leggere» il migliore interesse della figlia o del figlio con metodo maieutico (per il «piccolo» minorenne) o con l'ascolto (per il «grande» minorenne).

La *funzione* della responsabilità genitoriale è pertanto la promozione e la realizzazione del migliore interesse della figlia o del figlio minorenne da attuare, come sancisce l'art. 7 Codice delle famiglie, «in armonia», vale a dire nel bilanciamento ragionevole «con i doveri delle figlie, dei figli nei confronti delle madri, dei padri e degli altri parenti, in conformità alle disposizioni dell'art. 149» del Codice.

La funzione della responsabilità genitoriale, ovvero l'interesse che le facoltà, i doveri e i diritti delle madri e dei padri devono realizzare, consiste essenzialmente nell'assistenza, educazione e cura (art. 136 Codice delle famiglie). Tre interessi, questi, che trovano la loro sintesi as-

siologica nello sviluppo della personalità della figlia o del figlio. Il minorenni è una persona la cui identità conosce una fase di formazione progressiva fino alla sua definitiva affermazione. Ebbene l'assistenza morale e materiale, l'educazione e la cura devono essere indirizzati all'edificazione di questa identità, in uno con la promozione della personalità e della progressiva autonomia. La funzionalizzazione della responsabilità genitoriale al *best interest of the child* deve praticarsi nel rispetto delle capacità, della progressiva autonomia, del libero sviluppo della personalità e del grado di maturità della figlia o del figlio: non semplicemente *tenendo conto*, ma nel *rispetto* di queste manifestazioni della personalità del figlio, in stretta aderenza ad esse. Ciò implica che nell'esercizio della responsabilità genitoriale, l'individuazione della migliore scelta *per* il benessere della figlia o del figlio minorenne deve muovere dalla «lettura», da svolgersi in concreto, delle sue capacità, inclinazioni naturali, aspirazioni, del suo livello di autonomia e di maturità per giungere a selezionare, con metodo maieutico e inclusivo, quella più rispettosa delle specificità della persona del figlio.

Dire che la responsabilità genitoriale deve tendere alla realizzazione del migliore interesse del minorenne significa, in sostanza, asserire che l'ordine di senso in cui si iscrive consiste nell'affermare l'effettività dei diritti fondamentali della bambina, del bambino o dell'adolescente, ivi compresi quelli riconosciuti dall'art. 5 Codice delle famiglie, i quali, appunto, «devono essere garantiti da chi esercita la responsabilità genitoriale». Sono, questi, *diritti inclusivi*, i quali, garantendo ai bambini e agli adolescenti l'ascolto, la partecipazione alle decisioni, la vita familiare, la corresponsabilità genitoriale, il sostegno nell'esercizio dei propri diritti e il libero sviluppo della personalità, pongono le figlie e i figli in una posizione attiva nei processi decisionali che incidono sul loro *best interest*. Si coglie, in questi termini, un ulteriore profilo di *metodo* che deve orientare l'esercizio della responsabilità genitoriale: un metodo *democratico, comunionale, inclusivo* che assicuri la partecipazione paritaria delle figlie e dei figli al confronto dialettico che conduce a selezionare le scelte di vita personale e patrimoniale. In ragione di ciò, l'art. 137 Codice delle famiglie, riferendosi nello specifico alla funzione educativa, si esprime in termini di «educazione *integrale e inclusiva*», ossia di un'attività di cura della personalità nella sua interezza, che sappia trarre dagli spunti identitari della persona le direttive educative.

L'indicazione di «forme positive di crescita», quale strumento di cui valersi per curare l'educazione, con l'assoluto divieto di far ricorso a qualsiasi forma di violenza (art. 146, comma 1, Codice delle famiglie), insieme al vincolo generale dell'esercizio della responsabilità genitoriale al rispetto della «dignità e dell'integrità fisica e mentale delle bambine, dei bambini e degli adolescenti» (art. 146, comma 2, Codice delle famiglie), confermano la cifra funzionale personalistica della dimensione di cura delle figlie e dei figli minorenni, finalizzata cioè a promuovere e a garantire lo sviluppo della loro personalità.

La *titolarità* delle funzioni di cura, crescita ed educazione integrale ed esclusiva delle figlie e dei figli fa capo alle madri e ai padri, i quali hanno le stesse facoltà, doveri e diritti. La titolarità della responsabilità genitoriale è pertanto presidiata dal principio di *uguaglianza* e di *concordanza* (art. 137, comma 2, Codice delle famiglie).

Relativamente al *contenuto* delle facoltà, dei doveri e dei diritti spettanti alle madri e ai padri, esso comprende tanto gli interessi di carattere patrimoniale quanto quelli di carattere personale facenti capo alle figlie e ai figli. In proposito, la distinzione tra le due categorie di interessi non va intesa in termini assoluti e rigidi, di autonomia reciproca, bensì in chiave di interazione funzionale, essendo evidente che, in molti ambiti di vita, per la realizzazione di interessi di carattere personale occorre disporre di risorse di carattere patrimoniale.

L'art. 138 Codice delle famiglie dettaglia il contenuto della corresponsabilità delle madri e dei padri, prevedendo oltre al potere di rappresentanza pure quello di amministrazione dei beni delle figlie e dei figli. Anche la rappresentanza, come si dirà meglio, non va intesa in senso rigidamente *sostitutivo* nell'attività giuridica, ma piuttosto *partecipativo* alla medesima, dovendo il rappresentante manifestare quella volontà che è il risultato della lettura empatica e democratica del migliore interesse della figlia o del figlio minorenne, condotta anche per il tramite dell'ascolto.

Le specificazioni operate dall'art. 138 Codice delle famiglie degli interessi che l'esercizio della responsabilità genitoriale deve promuovere e realizzare esprime chiaramente la necessaria aderenza dell'ufficio genitoriale allo sviluppo della personalità delle figlie e dei figli. Segnatamente è richiesto: *i*) di prendersi cura di essi con amore, equilibrio emotivo promuovendo la loro personalità in ragione delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni; *ii*) che l'attività educativa debba ricorrere, in chiave partecipativa, a forme positive non violente, ovvero

al linguaggio del fare e del dare anziché a quello del non fare e non dare, calibrate in ragione della maturità del minore, al fine di far maturare in lui il discernimento e la responsabilità nella conduzione della vita familiare e sociale; *ii*) di essere presenti nella vita della figlia o del figlio, se possibile fisicamente o comunque per il tramite di una comunicazione costante e significativa; *iii*) di garantire la continuità dei rapporti affettivi significativi intrattenuti con i nonni, i parenti e altre persone; *iv*) di garantire la sicurezza e la salute fisica e mentale; *v*) di favorire l'inserimento sociale attraverso la frequentazione di strutture e attività ricreative; *vi*) di curare la loro istruzione e formazione integrale, alimentando l'amore per lo studio, la scuola e il rispetto degli insegnanti; *vii*) di assicurargli un adeguato progresso tecnico, scientifico e culturale; *viii*) di ascoltarli e consentire loro di esprimere la propria opinione in ragione della loro maturità e progressiva autonomia, rendendoli partecipi dei processi decisionali; *ix*) di indirizzare la loro formazione alla vita sociale, facendoli crescere, anche con l'esempio, all'insegna dei valori della pacifica convivenza, in particolare dell'uguaglianza e della non discriminazione per qualsiasi condizione o motivo; *x*) di accompagnarli progressivamente nella edificazione della loro identità; *xi*) di educarli a una sessualità responsabile; *xii*) di insegnare ad assumersi le responsabilità all'interno della famiglia di appartenenza partecipando ai compiti domestici e di cura della casa.

Alla corresponsabilità genitoriale è demandata anche la decisione della residenza abituale e del trasferimento temporaneo o permanente. In caso, poi, di figlie o figli con disabilità è fatto obbligo di dare loro le stesse opportunità delle altre figlie e degli altri figli in termini di partecipazione ad attività ricreative, di svago e sportive, di promuovere il loro inserimento familiare, comunitario e sociale, nonché la loro educazione inclusiva in ambienti che consentano di raggiungere il massimo sviluppo educativo in condizioni di parità con gli altri.

L'obbligo di fornire alle figlie e ai figli il cibo (gli alimenti) incombe in capo alle madri e ai padri anche quando hanno perduto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 138, lett. *m*), Codice delle famiglie.). Si tratta, in sostanza, di un obbligo che si radica in capo ai genitori per il solo fatto di essere tali, indipendentemente dalle vicende della responsabilità genitoriale.

Quanto alla legge applicabile alle questioni inerenti alla responsabilità genitoriale, in presenza di fattispecie con elementi di estraneità,

l'art. 472 Codice delle famiglie. indica quella del domicilio della figlia o del figlio.

15.2. La rappresentanza

Uno dei contenuti della responsabilità genitoriale è la rappresentanza, ovvero il potere di compiere atti giuridici in nome e per conto delle figlie e dei figli minorenni (art. 139 Codice delle famiglie.).

Si tratta di una forma di rappresentanza legale, che trova la sua fonte nella legge e non in un atto di autonomia privata: le madri e i padri sono dunque investiti di questo potere, che devono esercitare congiuntamente, per decisione legislativa e per il solo fatto di essere tali, indipendentemente dalla circostanza che la figlia o il figlio sia affidato o meno alla loro tutela e alla loro cura.

L'ambito operativo del potere di rappresentanza comprende tutti gli atti giuridici e gli affari in cui è implicato l'interesse delle figlie e dei figli minorenni. La sostituzione riguarda perciò tanto gli atti di esercizio dei diritti personali quanto quelli di esercizio dei diritti patrimoniali.

Nel caso in cui alla figlia o al figlio minorenne sia accordata, sulla scorta delle previsioni di legge, una parziale capacità di agire, ma per il compimento dello specifico atto sia richiesta la piena capacità di agire, l'intervento dei genitori è richiesto al fine di integrare, appunto, la capacità. In questi casi, si potrebbe osservare che le madri e i padri non rappresentano, in senso proprio, le figlie e i figli minorenni poiché non attuano la loro sostituzione nel compimento dell'atto, ma si limitano ad assisterli integrando la loro volontà. E però, come abbiamo avuto già modo di puntualizzare, anche questa è un'espressione della rappresentanza nell'esercizio della responsabilità genitoriale giacché anche quando la figlia o il figlio minorenne è ritenuto incapace a porre in essere lo specifico atto, la rappresentanza genitoriale assume una funzione differente da quella che la connota in generale: essa non si traduce in una rigida *sostituzione* nella volontà del figlio, ma in una *integrazione*, frutto della interazione dialettica ed empatica, dispiegata anche all'insegna dell'ascolto, che assume cromature diverse in ragione della maturità del minorenne e della sua progressiva autonomia.

Una disciplina speciale è dettata per il caso in cui la figlia o il figlio sia a sua volta titolare della responsabilità genitoriale (art. 144 Codice

delle famiglie.); in questa ipotesi il consenso della figlia o del figlio deve essere *integrato* con il consenso delle rispettive madri o padri soltanto quando si tratta di atti che incidono in modo importante sulla persona e sul sistema di vita del minore; l'art. 144, comma 3. Codice delle famiglie. indica come tali la decisione sull'adozione, gli interventi chirurgici, ogni trattamento sanitario che metta a rischio la vita del minore e ogni altra decisione che pregiudichi in modo grave i diritti dello stesso. Il minore che ha avuto dei figli non necessita, invece, di alcuna autorizzazione per riconoscerli ed esercitare la responsabilità genitoriale.

L'art. 139, comma 2, c.c. elenca tre situazioni rispetto alle quali è esclusa la rappresentanza congiunta da parte delle madri e dei padri. Si tratta, nello specifico:

a) degli atti di esercizio di diritti inerenti alla personalità o di altri atti che in base all'età, alle condizioni e alla maturità, il minore «può compiere per sé». Il presupposto è che si tratti di un minore che abbia raggiunto quella maturità razionale che gli consenta di scegliere in conformità al proprio migliore interesse. Il riferimento è alla *capacità di discernimento* di cui all'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e all'art. 64 Codice delle famiglie., all'idoneità di saper selezionare le scelte conformi da quelle contrarie al proprio migliore interesse. Atteso che rispetto ai diritti inerenti alla personalità non è pensabile una scissione tra il momento statico e il momento dinamico, ovvero tra la titolarità e l'esercizio — dato che l'interesse tutelato si realizza con l'estrinsecazione della propria personalità — le figlie e i figli minorenni che hanno maturato la capacità di «leggere» il proprio migliore interesse acquistano la libertà di autodeterminarsi. Si tratta di una capacità che va verificata, per il tramite prima di tutto delle funzioni di cura e di vigilanza degli esercenti la responsabilità genitoriale, caso per caso in relazione allo specifico atto e alle singolarità della persona. Questa libertà di autodeterminazione generata dalla capacità di discernimento non va predicata soltanto per gli atti di esercizio dei diritti della personalità. Alla stessa maniera, infatti, vanno trattati gli atti patrimoniali che sono strettamente funzionali alla realizzazione di un diritto della personalità; si pensi, ad esempio, alla sottoscrizione di un contratto di associazione per entrare a far parte di un gruppo di persone che svolge una determinata attività sportiva o culturale. Si tratta, in sostanza, di contratti che, in ragione della loro funzione, si possono definire come *contratti identitari della*

vita corrente, strumentali, cioè, all'esplicazione e allo sviluppo della personalità.

b) Degli atti rispetto ai quali sussiste un *conflitto di interessi* tra genitori e figli. Si ha conflitto di interessi in tutti i casi in cui rispetto all'atto da compiersi l'interesse dei genitori risulta antagonista a quello dei figli, non invece quando tanto i genitori quanto i figli sono portatori di un interesse, ma questo non è conflittuale. È chiara, in questo senso, la puntualizzazione della Corte di Cassazione italiana, secondo la quale si ha conflitto di interessi quando «i due soggetti si trovino o possano in seguito trovarsi in posizione di contrasto, nel senso che l'interesse proprio del rappresentante rispetto all'atto da compiere, mal si concili con quello del rappresentato»; il conflitto deve essere, dunque, escluso quando «pur avendo tali soggetti (rappresentante e rappresentato) un interesse proprio e distinto al compimento dell'atto, questo corrisponda al vantaggio comune di entrambi» (Cass., 5 aprile 2018, n. 8438). In questi termini si avrà, ad esempio, conflitto di interessi in caso di atto di divisione ereditaria tra i genitori e i figli; si dovrà escludere, invece, con riguardo a un atto di vendita a terzi di un bene immobile dei figli al fine di recuperare liquidità per garantire a essi ambiziosi percorsi di studio.

c) Dei casi in cui la madre o il padre non tutore siano *impossibilitati* a rappresentare la figlia o il figlio per ragioni oggettive (legate, ad esempio, alla loro salute) o per il loro comportamento di incuria o abbandono. In questa ipotesi, per il compimento dell'atto con la sola rappresentanza dell'altro genitore non impossibilitato è necessario munirsi dell'autorizzazione del giudice con l'intervento del Pubblico Ministero, volta a verificare la conformità dell'atto — e, dunque, della decisione del genitore (non impossibilitato) di porlo in essere — al migliore interesse della figlia o del figlio minorenni.

Infine, come dicevamo, le figlie e i figli minorenni sono liberi di autodeterminarsi nel riconoscere le proprie figlie o figli nonché di esercitare nei loro confronti la responsabilità genitoriale (art. 144, comma 1, Cod. civ.).

Dal quadro disciplinare sin qui tracciato si coglie il riconoscimento giuridico dell'autonomia progressiva del minorenni anche nel rapporto con le madri e i padri, tanto da accordargli, rispetto agli atti identitari della vita corrente, personali e patrimoniali, la piena libertà di autodeterminarsi, senza essere rappresentato, nel momento in cui matura la

capacità di discernimento, di «leggere» il proprio migliore interesse e di scegliere in conformità ad esso.

15.3. Titolarità, esercizio e delega volontaria della responsabilità genitoriale

Dall'instaurazione del rapporto di filiazione scaturisce l'effetto legale dell'attribuzione alle madri e ai padri della titolarità *esclusiva* della responsabilità genitoriale sulle figlie e sui figli minorenni (art. 140 c.c.); ne consegue, quindi, l'acquisizione dei poteri, dei doveri e dei diritti che costituiscono il contenuto della responsabilità genitoriale a norma dell'art. 136 Codice delle famiglie.

Dal combinato disposto degli artt. 140 e 189 Codice delle famiglie, la titolarità può venir meno nei seguenti casi: *i*) per morte o per dichiarazione giudiziale di morte presunta di uno o di entrambi i genitori o dei figli; *ii*) per raggiungimento della maggiore età della figlia o del figlio; *iii*) a seguito dell'adozione della figlia o del figlio, salvo il caso di adozione per integrazione; *iv*) per effetto di una sentenza di esclusione o privazione della responsabilità genitoriale che intervenga per le cause previste dagli artt. 189 e ss. Codice delle famiglie.

Dalla *titolarità* occorre distinguere l'*esercizio*, precisando, sin da ora, che mentre la prima spetta soltanto alle madri e ai padri, il secondo può far capo anche ad altri soggetti.

L'esercizio della responsabilità genitoriale consiste, secondo il dettato dell'art. 141 Codice delle famiglie., nella effettiva esecuzione dei suoi contenuti che la conformano e che abbiamo poc'anzi enunciato. L'esercizio fa capo anzitutto ai padri e alle madri che hanno la titolarità della responsabilità genitoriale; e ciò indipendentemente dal fatto che il genitore conviva o meno con le figlie e i figli. Normalmente, dunque, titolarità ed esercizio fanno capo alle medesime persone. A questa regola fanno eccezione i casi in cui nei confronti di uno dei titolari intervenga una sentenza privativa della titolarità della responsabilità genitoriale o di esclusione o di sospensione dalla medesima *ex* artt. 189 ss. Codice delle famiglie.

Diversamente dalla titolarità, l'esercizio della responsabilità genitoriale può essere delegato ad altre persone (art. 141, comma 2, Codice delle famiglie.). Questo è ammesso a due condizioni: *i*) che si versi in

uno dei casi previsti dalla legge (v. *infra*); ii) che la delega non comporti l'esclusione dall'esercizio del titolare. È dunque ammissibile soltanto una delega *parziale*, sì che mentre rispetto alle madri e ai padri non è immaginabile una scissione tra titolarità ed esercizio, nei confronti di altre persone è possibile l'esercizio pur non avendo la titolarità della responsabilità genitoriale.

La delega è un accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale (deleganti) e una o più persone (delegati) avente ad oggetto l'esercizio di alcune prerogative della responsabilità genitoriale (art. 145 Codice delle famiglie). Nell'ipotesi in cui uno dei titolari sia stato destinatario di un provvedimento di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, il potere di delega spetta all'altro titolare (art. 145, comma 5, Codice delle famiglie.).

Dal lato soggettivo, le persone a cui può essere delegato l'esercizio della responsabilità genitoriale sono le nonne e i nonni, un altro parente, una persona non rientrante nella rete parentale che abbia consolidato una relazione affettiva con la figlia o il figlio minorenne.

È pure consentito, *ex art. 182 Codice delle famiglie.*, che la madre o il padre possa delegare, temporaneamente, parte dell'esercizio della responsabilità genitoriale al proprio coniuge o *partner* di fatto quando si trova in una situazione da non poter assolvere pienamente all'esercizio della responsabilità genitoriale a causa di viaggi, missioni ufficiali all'estero, malattia o disabilità temporanea, o per altri motivi e sempre a condizione che l'altro genitoriale non sia in grado di farsi carico totalmente dell'esercizio dell'ufficio genitoriale; rimane ferma, in questi termini, la *prerogativa di esclusività* riconosciuta all'altro genitore, il quale può assumersi il totale esercizio della responsabilità genitoriale, escludendo la delega al coniuge o al *partner* di fatto dell'altro genitore.

L'accordo di delega deve rivestire forma solenne, dovendo essere perfezionato in *forma scritta*, segnatamente con atto pubblico notarile. L'atto deve essere inoltre omologato dal giudice in un procedimento di volontaria giurisdizione, che preveda l'intervento del pubblico ministero e l'ascolto della figlia o del figlio se la loro età o maturità lo consentano, se sono muniti, in sintesi, della capacità di discernimento (art. 145, comma 3, Codice delle famiglie.).

La delega deve essere, in tutti i casi, *temporanea*; è necessario perciò specificare l'arco temporale in cui il delegato è legittimato a esercitare le relative funzioni. Il termine massimo previsto dall'art. 145, comma 3, Codice delle famiglie. è di un anno; esso può essere rinnovato dal

giudice, seguendo la stessa procedura anzidetta, per giustificati motivi, da valutare sempre in ragione del *best interest of the child*. Quanto al *contenuto*, l'atto bilaterale di delega deve regolamentare la medesima, indicando, oltre alla durata, i criteri e le direttive all'insegna delle quali deve essere esercitata la responsabilità genitoriale. Deve inoltre essere motivato, esplicitando le ragioni che hanno spinto i titolari a delegare in parte l'esercizio della responsabilità genitoriale; ragioni che devono essere giuridicamente giustificabili tenendo conto del migliore interesse della figlia o del figlio minorenni. Nel caso, poi, previsto dall'art. 182 Codice delle famiglie, occorre dare atto dell'indisponibilità dell'altro genitore titolare della responsabilità genitoriale ad assumersi il totale esercizio della stessa.

Durante il periodo della delega, sui titolari della responsabilità genitoriale incombe il diritto e il dovere di *controllare*, in particolare, l'educazione e l'istruzione del figlio e della figlia (art. 145, comma 4, Codice delle famiglie.). Un controllo questo che deve essere inteso più in termini di *vigilanza*, ovvero di presidio della conformità dell'esercizio di queste funzioni al migliore interesse del minorenni.

15.4. Il principio dell'accordo

La responsabilità genitoriale è presidiata dai principi di *uguaglianza* e di *concordanza* sia per quanto concerne la titolarità sia per l'esercizio. Il compimento dei singoli atti di esercizio deve quindi essere fondato sull'accordo tra i soggetti a cui esso fa capo; i quali, come abbiamo puntualizzato, possono coincidere con i titolari, ma possono comprendere anche altre persone.

Con riguardo agli atti della vita quotidiana, sia di carattere patrimoniale sia di carattere strettamente personale, l'art. 142 Codice delle famiglie. pone una *presunzione legale relativa* di accordo; più precisamente, per questi atti, che possiamo definire della vita corrente, posti in essere da un esercente la responsabilità genitoriale, la legge presume che vi sia il consenso degli altri esercenti; è sempre possibile, tuttavia, esibire la prova contraria superando, così, la presunzione.

Un'eccezione al principio dell'accordo si ha nelle situazioni di *urgente necessità* quando, cioè, «è in gioco la vita o l'integrità della figlia o del figlio» (art. 142, comma 2, Codice delle famiglie.); in queste circo-

stanze, per il compimento degli atti volti a tutelare lo specifico interesse, seriamente minacciato, della bambina, del bambino o dell'adolescente, è sufficiente l'autorizzazione e la rappresentanza di uno qualsiasi degli esercenti la responsabilità genitoriale, ivi compreso il delegato alle condizioni di cui agli artt. 145 e 182 Codice delle famiglie.

Il consenso espresso di chi esercita la responsabilità genitoriale è richiesto per il compimento degli atti di particolare importanza per la sfera patrimoniale e/o personale della figlia o del figlio. È necessaria, inoltre, la preventiva autorizzazione giudiziaria, con l'intervento del pubblico ministero, nel caso in cui la madre o il padre non tutore siano impossibilitati a rappresentare la figlia o il figlio per motivi oggettivi o per il loro comportamento di incuria o abbandono dei figli.

Se relativamente a una decisione da prendere nell'esercizio della responsabilità genitoriale non si riesce a raggiungere l'accordo, è possibile superare l'ostacolo ricorrendo all'autorità giudiziaria o alla mediazione (art. 143 Codice delle famiglie); in quest'ultimo caso il relativo accordo di mediazione dovrà essere omologato dal tribunale competente. La stessa procedura è sancita in caso di antagonismo tra i titolari della responsabilità genitoriale e la figlia o il figlio quando i primi non si determinano a integrare il consenso dei secondi al compimento di atti di cui all'art. 144, comma 3, Codice delle famiglie.

15.5. La responsabilità genitoriale nella dimensione digitale

Tra i contenuti della responsabilità genitoriale rientra anche quello di edificare la cultura dei diritti e dei doveri nonché quella tecnologica delle figlie o dei figli nell'ambiente digitale.

Rispetto a questo ambito di vita, la regola consegnata ai genitori è di proteggere il minorenni non *dal* digitale bensì *nel* digitale.

Le madri e i padri hanno anzitutto il dovere di garantire alle figlie e ai figli minorenni l'accesso a un ambiente digitale sicuro, ovvero rispettoso dei loro diritti fondamentali, specialmente della formazione identitaria che caratterizza la loro fase di vita. Segnatamente, come dispone l'art. 147 Codice delle famiglie., i titolari della responsabilità genitoriale devono realizzare l'interesse delle figlie e dei figli a non essere destinatari di contenuti che possano turbare il *libero* processo formativo della loro identità personale, incidendo sul «loro sviluppo fisico,

mentale o etico» o rendendoli destinatari di «atti di discriminazione o violenza».

L'attività educativa genitoriale ha dunque ad oggetto anche la vita sociale digitale e l'utilizzo degli strumenti tecnologici che ad essa consentono l'accesso (art. 148 Codice delle famiglie.). È dovere dei genitori promuovere e garantire la presenza delle figlie e dei figli nelle formazioni sociali digitali che sia adeguata alla loro maturità e progressiva autonomia nonché un utilizzo degli strumenti digitali *equilibrato e responsabile*, compatibile con i diritti fondamentali e con lo sviluppo della personalità. In questo orizzonte funzionale, si spiega pure la previsione della collaborazione dei titolari della responsabilità genitoriale con i fornitori dei servizi digitali, potendo i primi sollecitare i secondi ad adottare strumenti di protezione dei figli minorenni, in presenza di una seria minaccia al *best interest of the child*. In particolare, ai genitori è accordata la possibilità di chiedere ai fornitori di servizi digitali di sospendere temporaneamente o finanche di impedire l'accesso della figlia o del figlio minorenne al proprio *account*, ma solo in presenza di rigide condizioni, ovvero: *i*) di un rischio evidente (non ipotetico o immaginario), immediato (diretto, che non ha nulla di interposto) e grave (non di trascurabile importanza); *ii*) dell'incidenza di questo rischio sulla salute fisica o psicologica del minorenne. A questa decisione i titolari della responsabilità genitoriale devono giungere dopo aver ascoltato la figlia o il figlio minorenne in ragione della sua maturità. In caso di necessità, possono anche chiedere l'intervento del giudice per realizzare la tutela di codesti interessi.

In capo ai titolari della responsabilità genitoriale incombe, altresì, il dovere di utilizzare gli strumenti digitali nel pieno rispetto dei diritti fondamentali delle figlie e dei figli minorenni. Devono, segnatamente, evitare di pubblicare immagini e informazioni (dati) personali sui figli senza il loro consenso, nel rispetto della loro capacità e progressiva autonomia (art. 148, comma 4, Codice delle famiglie.). Il consenso dovrà ritenersi validamente manifestato se la figlia o il figlio minorenne è in possesso, in concreto, della capacità di discernimento, di valutare obiettivamente il proprio migliore interesse. Pare, dunque, doversi ritenere che in presenza di un «piccolo» minorenne, sprovvisto della capacità di discernimento, che non versa quindi nelle condizioni per poter esprimere un valido consenso, non sia possibile pubblicare informazioni sulla sua persona.

Si tratta, in definitiva, anche conformemente a quanto sancisce l'art. 138, comma 2, lett. k), Codice delle famiglie. di edificare nella bambina o nel bambino la cultura valoriale della pacifica convivenza nell'ambiente sociale digitale, in modo da far maturare un atteggiamento critico, che apra al digitale nella piena coscienza delle possibili insidie ai propri diritti fondamentali; e quando la figlia o il figlio minorenni crescono maturando la capacità di discernimento, i genitori, nella loro *responsabilità*, devono comunque vigilare sull'attività *on line*, data la condizione di vulnerabilità in ragione dell'età. Una vigilanza che non deve intendersi come limitativa della libertà di autodeterminazione dell'adolescente bensì quale strumento di garanzia dell'effettività della stessa. È in questo senso che si spiega il dovere del genitore di attivarsi, anche contattando i fornitori dei servizi digitali o attivando la tutela giudiziaria, tutte le volte in cui quella libertà è gravemente minacciata.

15.6. I doveri delle figlie e dei figli minorenni e maggiorenni

Ai doveri delle figlie e dei figli è dedicata la sezione terza del capitolo I del titolo V del Codice delle famiglie. In modo senz'altro originale rispetto all'articolato dei codici degli ordinamenti della stessa tradizione, vengono distinti i doveri delle figlie e dei figli minorenni dai doveri delle figlie e dei figli maggiorenni.

Quanto ai primi, dettagliatamente elencati dall'art. 149 Codice delle famiglie., si tratta del dovere di: *i)* rispettare la madre, il padre e gli altri parenti; *ii)* rispettare le decisioni delle madri e dei padri che non siano contrarie al proprio migliore interesse; *iii)* partecipare e assumersi la corresponsabilità del lavoro domestico e di cura in casa in funzione dell'età, del livello di progressiva autonomia e del grado di maturità, indipendentemente dal sesso.

La sintesi assiologica di questi doveri è il *rispetto* nei confronti di tutti coloro che sono preposti a curare la crescita e la personalità del minorenni: non soltanto la madre, il padre e i parenti, ma anche tutti coloro che sono preposti temporaneamente (per delega volontaria) all'esercizio della responsabilità genitoriale o che esercitano la tutela di fatto (art. 149, comma 2, Codice delle famiglie.).

I doveri delle figlie e dei figli non cessano con il raggiungimento della maggiore età; essi vanno incontro soltanto a una riorganizzazione dei loro contenuti in ragione della rimodulazione funzionale del rapporto di filiazione. Nel sistema delle relazioni familiari, il rapporto di filiazione è l'unico rimasto *indissolubile*; è per questo che il suo contenuto minimo, ravvisabile nella solidarietà reciproca (l'assistenza morale e materiale), permane per sempre. Ne sono attestazione i contenuti dei doveri delle figlie e dei figli maggiorenni consistenti nella *collaborazione*, in tutte le circostanze della vita, con i genitori, i parenti e nel *dovere* di «assistarli e curarli, dare loro affetto, rispettarli, fornire loro cibo e occuparsi di loro secondo le loro necessità» (art. 150 Codice delle famiglie.).

Ai figli adulti compete, in sostanza, il dovere di prendersi cura dei genitori e dei parenti *nella necessità*, specialmente nel momento della vecchiaia; non soltanto fornendo loro le sostanze per sopravvivere (alimenti) o per curarsi o essere assistiti, ma dando loro *affetto*, rendendosi presenti nella loro vita con quel trasporto empatico che è proprio della relazione che lega la figlia o il figlio alla propria famiglia. In questo consiste la solidarietà familiare — il prendersi cura dell'interesse dell'altro — la quale, come dicevamo, nel rapporto di filiazione non cessa mai, salvo giustificate ragioni, le quali non possono che consistere nell'«abbandono» reciproco del rapporto, sia da parte della figlia o del figlio sia da parte della madre o del padre o del parente.

15.7. Amministrazione e disposizione dei beni e dei diritti. L'autonomia patrimoniale delle figlie e dei figli minorenni

All'amministrazione dei beni e dei diritti delle figlie e dei figli minorenni provvedono, di comune accordo e con l'impiego della massima diligenza, coloro che esercitano la responsabilità genitoriale. È loro dovere garantire l'integrità del patrimonio e informare le figlie e i figli ogni volta che dalla loro condotta intenzionale (dolosa) o negligente (colposa) vengano pregiudicati gli interessi amministrati (art. 170 Codice delle famiglie.).

Di questi danni arrecati al patrimonio delle figlie o dei figli rispondono i titolari della responsabilità che li hanno colposamente o dolosamente arrecati (art. 171 Codice delle famiglie.).

Alla stregua del principio di accrescimento che governa la produttività dei beni, i frutti civili e naturali di questi diritti e beni appartengono alla figlia o al figlio che ne è titolare (art. 170, comma 2, Codice delle famiglie.).

Al principio dell'accordo, che vige anche rispetto all'attività di amministrazione del patrimonio delle figlie e dei figli minorenni, fanno eccezione gli atti di mera conservazione, ovvero quelli che non incidono sulla sua consistenza; essi possono essere compiuti anche da uno solo dei titolari della responsabilità genitoriale.

Come per tutti gli atti di esercizio della responsabilità genitoriale anche l'amministrazione del patrimonio deve tendere, in concreto, alla realizzazione del migliore interesse del minorenne. Che si debba operare una valutazione in concreto del *best interest* ne è attestazione la particolare attenzione che l'art. 172 Codice delle famiglie. riserva alle figlie e ai figli che si trovano in una situazione di disabilità, segnalando la necessità di tener conto che i loro beni e diritti rappresentano un supporto importante per far fronte alle loro specifiche (concrete) esigenze e per realizzare il loro progetto di vita, garantendo ad essi condizioni di parità con le altre figlie e figli.

Nel caso in cui venga provata l'incapacità ad amministrare i beni e i diritti delle figlie e dei figli minorenni, le madri e i padri possono essere dichiarati dal tribunale competente *decaduti* dall'amministrazione medesima. Un provvedimento di decadenza può intervenire anche nell'ipotesi in cui le madri e i padri si rendano autori di atti di discriminazione e di violenza domestica in qualsiasi loro manifestazione (art. 177, comma 1, Codice delle famiglie.). Infine, dall'amministrazione decadono automaticamente quando sono destinatari di un provvedimento privativo e sospensivo della responsabilità genitoriale.

Quando il provvedimento di decadenza dall'amministrazione riguarda un solo titolare della responsabilità genitoriale, l'amministrazione è esercitata, in via esclusiva, dall'altro; se, invece, il provvedimento interessa entrambi i titolari, l'amministrazione è demandata a un tutore speciale come sancito dall'art. 389, comma 1, lett. a), Codice delle famiglie.

A una persona specifica, anche diversa da chi ha la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, può essere demandata l'amministrazione dei beni o diritti derivanti da una successione *mortis causa* oppure oggetto di una donazione. L'ipotesi è prevista dall'art. 178 Codice delle famiglie., ma è subordinata alla ricorrenza di determinate

condizioni: deve trattarsi della successione della madre o del padre, dei parenti o affini dei minorenni e la nomina dell'amministratore deve avvenire nel testamento. Anche il donante deve corrispondere a una di queste figure e deve provvedere alla nomina nell'atto di donazione. La nomina produce i suoi effetti soltanto a seguito dell'*accettazione* da parte del soggetto nominato. Con l'accettazione quest'ultimo acquisisce i poteri di rappresentanza nell'amministrazione dei beni e diritti oggetto dell'eredità o del legato o della donazione; mentre, nel caso di atti di disposizione, deve munirsi dell'autorizzazione del tribunale competente con il parere del pubblico ministero. È in ogni caso necessario che l'atto di disposizione del patrimonio sia, in concreto, conforme all'interesse del minorenne; in caso contrario, legittimati a proporre l'azione di nullità sono i genitori o il pubblico ministero (art. 178, comma 5, Codice delle famiglie.).

Mentre l'amministrazione e la cura del patrimonio spettano a tutti coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, gli *atti di disposizione* (vendita, scambio, ecc.) dei beni e dei diritti delle figlie e dei figli competono soltanto alle madri e ai padri che esercitano la responsabilità genitoriale (art. 173 Codice delle famiglie.).

È possibile porre in essere un atto di disposizione soltanto quando esso sia *necessario* e *utile* in ragione del migliore interesse della figlia o del figlio minorenne, da valutarsi sempre in concreto. Soltanto in ipotesi di *urgenza*, quando uno dei titolari è oggettivamente impedito a presenziare all'atto di disposizione, può provvedervi l'altro titolare. In tutti i casi occorre ottenere l'autorizzazione del tribunale con l'intervento del pubblico ministero, finalizzata, principalmente, a rafforzare il controllo dell'effettiva rispondenza dell'atto all'interesse della figlia o del figlio minorenne.

L'autorizzazione giudiziaria deve essere specifica e non generale, deve, cioè, avere ad oggetto il compimento di uno specifico atto o più atti, anche futuri, della stessa natura o riguardanti la stessa attività economica. In quest'ultima ipotesi, il provvedimento autorizzativo non può essere rilasciato «in bianco», ma deve specificare le circostanze e i principali contenuti degli atti da compiere (art. 173, comma 3, Codice delle famiglie.).

Gli effetti dell'atto di disposizione compiuto senza la necessaria autorizzazione giudiziaria sono connotati dalla *precarietà* poiché, se ritenuti pregiudizievoli, contrari al migliore interesse delle figlie e dei figli

minorenni, possono essere dichiarati nulli dal giudice (art. 173, comma 4, Codice delle famiglie.).

Nel rapporto genitori e figli vige, peraltro, la regola del divieto di qualsiasi contratto concluso tra i medesimi, esclusa l'ipotesi di donazioni effettuate dai primi a favore dei secondi (art. 174 Codice delle famiglie.).

Qualora per determinati beni e diritti appartenenti alla figlia o al figlio minorenne, derivanti da eredità, legato o donazione, non vi sia una persona che li amministri, il tribunale competente nomina, *ex art. 389 Codice delle famiglie.*, un tutore speciale che vi provveda e che rappresenti il minorenne nel compimento degli atti di disposizione, previa autorizzazione del giudice con l'intervento del pubblico ministero. Segnatamente, la fattispecie considerata dall'art. 179 Codice delle famiglie. è quella del padre o della madre che siano esclusi per legge o per volontà del disponente (testatore o donante *ex art. 178*, il quale può anche aver provveduto alla nomina di una persona a cui demandare l'amministrazione, ma questa sia successivamente deceduta, oggettivamente impedita o non abbia accettato la nomina), quando l'escluso è l'unica persona che esercita la responsabilità genitoriale.

Alle figlie e ai figli minorenni è riconosciuto un ambito di autonomia patrimoniale, entro il quale possono agire direttamente e validamente senza dover essere rappresentati dagli esercenti la responsabilità genitoriale.

In questo ambito rientrano anzitutto gli atti giuridici relativi al rapporto di lavoro. L'art. 175 Codice delle famiglie. prevede che il minorenne lavoratore si *presuma* autorizzato dalle madri e dai padri (i titolari della responsabilità genitoriale) a compiere gli atti che riguardano l'esecuzione del rapporto di lavoro, ivi compresi quelli di natura contrattuale (ad esempio, l'accordo di revisione delle mansioni lavorative o dell'orario di lavoro).

Nell'ambito di autonomia patrimoniale delle figlie e dei figli minorenni rientrano inoltre tutti «i piccoli contratti e quelli della vita quotidiana» (art. 176 Codice delle famiglie.). Si tratta di quelli che abbiamo dianzi definito come *contratti identitari della vita corrente*, atti patrimoniali funzionali alla realizzazione di interessi di natura personale. Essi vanno individuati considerando il sistema di vita della figlia o del figlio minorenne, il contesto familiare, sociale ed economico in cui sta

crescendo; occorre, altresì, avere riguardo alla sua età e maturità, poiché ciò che rientra nella vita corrente di un dodicenne è diverso da ciò che rientra in quella di un diciassettenne. In definitiva, questi elementi valutativi fanno intendere che ciò che può essere qualificato come contratto identitario della vita corrente rispetto a uno specifico minorenni può non esserlo per un altro, che risulti radicato in tutt'altro contesto socio economico. Ebbene, questi atti sono validi se posti in essere dal minorenni con discernimento, che abbia cioè acquisito quella maturità che gli consente di operare scelte conformi al proprio migliore interesse. Il codice della famiglia non fissa un'età in cui questa capacità si possa presumere, come invece avviene ad opera del codice civile italiano che la presume al compimento del dodicesimo anno, non escludendo che possa sussistere in concreto anche prima di questo momento (art. 315-*bis* c.c.). Trova conferma, ancora una volta, la necessità di adottare, in questo ambito problematico, un metodo casistico, che muova dalla valutazione della singola situazione personale, anche in termini di capacità di discernimento, nel momento in cui dovesse essere contestata la validità di un contratto posto in essere dalla figlia o dal figlio minorenni.

15.8. Le vicende della responsabilità genitoriale. La cessazione

La *titolarità* della responsabilità genitoriale può venire meno a seguito della sopravvenienza di alcuni fatti previsti dalla legge (*cessazione* della responsabilità genitoriale) oppure per effetto di una pronuncia dell'autorità giudiziaria (*privazione* ed *esclusione* della responsabilità genitoriale); quest'ultima, nei casi meno gravi, può provvedere a sospendere l'*esercizio* della responsabilità senza far venir meno la titolarità (*sospensione* della responsabilità genitoriale).

Le misure *de potestate* ablativo e suspensive sono tutte strettamente funzionali alla tutela del migliore interesse della figlia o del figlio minorenni e non tanto a punire l'adulto responsabile della condotta omissiva o abusiva; finalità, questa, a cui sono tipicamente preposte le misure di natura penale.

I casi di *cessazione* della responsabilità genitoriale elencati dall'art. 189 Codice delle famiglie. sono:

a) la morte o la dichiarazione giudiziale di morte presunta della madre o del padre, della figlia o del figlio;

b) il raggiungimento della maggiore età della figlia o del figlio;

c) l'adozione della figlia o del figlio, salva l'ipotesi di non estinzione dei legami con la famiglia di origine *ex art. 103* Codice delle famiglie.

Il solo verificarsi di uno di questi fatti comporta la perdita della titolarità della responsabilità genitoriale; perdita che, a differenza di quanto avviene nel caso di privazione o di sospensione, è definitiva e non provvisoria; si discorre, pertanto, di cessazione definitiva della responsabilità genitoriale.

La prima ipotesi è evidente nelle sue conclusioni: con la morte cessa ogni rapporto giuridico, dunque anche quello di filiazione.

Quanto al raggiungimento della maggiore età della figlia o del figlio, ciò che viene meno è la responsabilità genitoriale come situazione giuridica soggettiva comprensiva di tutti i diritti e doveri che abbiamo poc'anzi elencato, disposti dettagliatamente dall'*art. 138* Codice delle famiglie. Tuttavia, ciò non significa che cessa qualsiasi dovere delle madri e dei padri nei confronti dei figli, permanendo, allo stesso modo di ciò che è espressamente sancito nei confronti dei figli maggiorenni (*art. 150* Codice delle famiglie), quel contenuto minimo di solidarietà familiare proprio del rapporto di filiazione; il quale, in quanto indissolubile, fa durare per sempre i doveri di assistenza morale e materiale, specialmente *nella necessità*, fatto salvo il reciproco «abbandono» del rapporto.

Alla regola generale che prevede la cessazione della responsabilità genitoriale in caso di adozione della figlia o del figlio fa eccezione l'adozione per integrazione di cui all'*art. 103* Codice delle famiglie.; quando cioè la figlia o il figlio viene adottato dal coniuge o dal *partner* di fatto del proprio genitore in presenza dei presupposti ivi sanciti (l'altro genitore non è conosciuto o ha acconsentito o è deceduto o è stato privato della responsabilità genitoriale) con il possibile (non automatico) effetto, da valutare in base alle circostanze del singolo caso (in ragione del *best interest*), che vengano mantenuti i legami di filiazione e di parentela con la madre o il padre e la famiglia d'origine; qualora ciò avvenga, si dà luogo a una situazione di multigenitorialità.

15.9. *Segue. La privazione e l'esclusione*

La privazione (o decadenza) della responsabilità genitoriale può avvenire per effetto di una sentenza definitiva pronunciata in un procedimento familiare oppure può costituire sanzione accessoria all'esito di un procedimento penale (v. art. 43 Cod. pen.).

Si tratta di una misura *de potestate* ablativa, che comporta la privazione della *titolarità* della responsabilità genitoriale, ovvero di «tutti i diritti, i doveri e le attribuzioni ad essa inerenti» ad eccezione dell'obbligo legale di prestare gli alimenti (art. 196 Codice delle famiglie.), il quale, dunque, permane anche in capo al genitore decaduto.

Trattandosi di un provvedimento fortemente invasivo rispetto al ruolo genitoriale, esso ha ragione di intervenire nei casi più gravi, in quelli cioè che pregiudicano *gravemente* il migliore interesse della figlia o del figlio.

Le fattispecie in presenza delle quali può darsi luogo alla privazione della titolarità della responsabilità genitoriale sono elencate dall'art. 191 Codice delle famiglie.; si tratta, nello specifico di:

a) grave e ripetuta inosservanza dei doveri di cui all'art. 138 c.c.; gravità che va valutata in ragione della sua incidenza sul migliore interesse della figlia o del figlio, segnatamente sullo sviluppo della loro personalità. L'inosservanza può concretizzarsi tanto in delle omissioni quanto in degli abusi, quando il dovere viene assolto per perseguire altri interessi rispetto a quelli oggetto di tutela.

b) Condotte violente che si traducano in maltrattamenti, punizioni corporali o altri atti che arrechino lesioni fisiche o psichiche, anche in forma indiretta, sulla figlia o sul figlio minorenni. Comportamenti di questa natura contrastano, in particolare, con quelle «forme positive di crescita» a cui l'art. 146 Codice delle famiglie. vincola il metodo all'insegna del quale improntare l'educazione e la cura genitoriale nel rispetto della dignità, integrità fisica e mentale delle figlie o dei figli minorenni. E ciò può avvenire anche in forma indiretta, ad esempio facendo assistere le figlie o i figli minorenni ad atti di violenza fisica e/o psicologica di un genitore nei confronti dell'altro (in questi casi si discorre di violenza assistita o indiretta).

c) Induzione della figlia o del figlio a commettere un qualsiasi reato. Atteso che ogni reato offende un interesse generale facente capo alla comunità sociale, l'induzione a tenere una qualunque di queste con-

dotte attesta, evidentemente, l'inidoneità del genitore a crescere la figlia o il figlio all'insegna dei valori della pacifica convivenza sociale come espressamente richiesto dall'art. 138, lett. ñ), Codice delle famiglie.

d) Abbandono della figlia o del figlio, anche quando siano sotto la cura o la custodia di altre persone. Ciò si verifica quando la figlia o il figlio vengono lasciati privi di assistenza morale e materiale, venendo meno specialmente ai doveri di cura, educazione, protezione ed alimentari.

e) Condotta della madre o del padre viziosa, corrotta o criminale da ritenersi del tutto incompatibile con l'esercizio della responsabilità genitoriale. I genitori devono crescere i figli anche con l'esempio della loro condotta e del loro stile di vita; nello specifico, come sancisce l'art. 138, lett. ñ) ed o), Codice delle famiglie., essi hanno il dovere di *inculcare* alla figlia o al figlio minorenne, l'amore per la famiglia, per la patria e il rispetto per il lavoro, per la dignità, l'onorabilità, l'onestà, la solidarietà umana, per le autorità, la proprietà, l'ambiente, i diritti degli altri e, con l'esempio e il trattamento degli altri, un atteggiamento di rispetto per l'uguaglianza e la non discriminazione. È chiaro che il genitore vizioso, corrotto o criminale difficilmente può ritenersi idoneo a crescere la figlia o il figlio all'insegna di questi valori, anche per il solo fatto che non dà testimonianza, con la sua condotta, dell'importanza di porli a fondamento del proprio vivere in società.

f) Commissione di un reato da parte della madre o del padre nei confronti della figlia e del figlio.

g) Condotte che mettano in pericolo la vita o l'integrità fisica o mentale della figlia o del figlio. Tanto in questo caso quanto in quello precedente, il genitore autore della condotta attesta, tra l'altro, la mancanza di amore che deve necessariamente accompagnare la cura della figlia o del figlio (art. 138, lett. b), Codice delle famiglie.), essendo divenuto la prima causa, o comunque quella più vicina, dell'assenza di sicurezza fisica e psichica.

Un'ulteriore ipotesi che può fondare un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale è prevista dall'art. 192 Codice delle famiglie. Si tratta del caso in cui il padre o la madre trascuri in modo evidente, sistematico e ingiustificato la propria figlia o il proprio figlio affidato a un centro di assistenza sociale, venendo meno ai propri doveri genitoriali. È necessario che la condotta omissiva si protragga per centottanta giorni.

Trattandosi di una misura di protezione *temporanea*, l'affidamento istituzionale non fa venir meno i doveri genitoriali; anzi, essendo esso vocato all'obiettivo preferenziale del reinserimento del minorenni nel nucleo familiare d'origine, l'assolvimento dei doveri genitoriali è condizione fondamentale per il raggiungimento di tale obiettivo. Diversamente, occorrerà, anzitutto da parte degli operatori sociali, perseguire il migliore interesse del minorenni facilitando l'affidamento o l'adozione.

Ebbene, in presenza di questi presupposti, l'art. 192 Codice delle famiglie. detta la procedura per giungere a dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Decorsi i centottanta giorni, verosimilmente dal momento in cui il genitore è stato diffidato dal titolare della tutela amministrativa della bambina, del bambino o dell'adolescente (si tratta dei gestori di centri e case di accoglienza sociale a cui è affidato il minorenni e ai quali, nell'ipotesi in cui non venga esercitata la responsabilità genitoriale o la tutela, l'art. 366 Codice delle famiglie. demanda la tutela amministrativa dello stesso e hanno la tutela di fatto), è sancito, in capo a quest'ultimo, l'obbligo di presentare, entro i successivi trenta giorni lavorativi, la cartella sociale (il fascicolo), accompagnata dalla necessaria motivazione, alla Procura della Repubblica, la quale, entro i successivi trenta giorni lavorativi, se ravvisa i presupposti, può promuovere l'azione di decadenza dalla responsabilità genitoriale avanti al tribunale competente.

Qualora il fascicolo risulti incompleto, il procuratore della Repubblica può restituirlo al tutore amministrativo chiedendo di correggerlo (ad es. di motivare meglio o di effettuare un supplemento istruttorio) entro un termine non superiore ai trenta giorni lavorativi.

Una figura di nuovo conio è l'*esclusione* dai diritti della responsabilità genitoriale, da tenere distinta dalla privazione perché la titolarità non si è mai radicata in capo alla madre o al padre; non si tratta quindi di *privare* il genitore della responsabilità genitoriale ma di *impedirne* l'acquisizione. La fattispecie regolata dall'art. 200 Codice delle famiglie. riguarda la madre o il padre la cui filiazione sia stata accertata giudizialmente nonostante la sua opposizione *persistente e infondata* a fronte di prove solide fornite dal materiale probatorio. Deve ricorrere, quindi, un'opposizione ostinata nonostante l'evidenza probatoria. Con l'esclusione il genitore non acquista la responsabilità genitoriale né i diritti successori (della successione legittima) nei confronti della figlia

o del figlio o dei loro discendenti. Sul genitore escluso incombe comunque l'obbligo di prestare gli alimenti alla figlia o al figlio.

L'esclusione perde effetto, in tre casi: *i)* per volontà del rappresentante legale della figlia o del figlio, approvata dal giudice con il parere favorevole del pubblico ministero in ragione del migliore interesse del minore; *ii)* per volontà espressa dalla figlia o dal figlio minore muniti della capacità di discernimento, la cui effettiva sussistenza va valutata caso per caso in ragione dell'età, della maturità, della progressiva autonomia e delle circostanze di contesto; *iii)* per volontà espressa dalla figlia o dal figlio nel testamento.

15.10. *Segue.* La sospensione

Mentre la *privazione* e l'*esclusione* incidono sulla titolarità della responsabilità genitoriale, la *sospensione* incide, temporaneamente, soltanto sul suo esercizio: segnatamente sull'esercizio dei diritti e doveri ad essa inerenti con l'unica esclusione dell'obbligo legale di prestare gli alimenti a norma dell'art. 196 Codice delle famiglie.

Anche la sospensione può essere pronunciata con sentenza definitiva in un procedimento familiare o può costituire sanzione accessoria di un procedimento penale (art. 190 Codice delle famiglie.).

Essa può essere disposta dal giudice nei casi sanciti dall'art. 193 Codice delle famiglie., ovvero:

a) quando venga accertata la violazione dei doveri di cui all'art. 138 Codice delle famiglie., ma essa non sia ritenuta così grave da dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, non esponendo il migliore interesse della figlia o del figlio minore a un grave pregiudizio;

b) quando la madre o il padre è una persona disabile nei cui confronti è stata disposta una misura di protezione con poteri di rappresentanza;

c) quando è stata dichiarata giudizialmente l'assenza della madre o del padre.

15.11. Gli effetti che discendono dal provvedimento di privazione o sospensione della responsabilità genitoriale

Quando interviene una misura *de potestate* privativa o sospensiva della responsabilità genitoriale che interessi tutti i titolari della responsabilità genitoriale, il giudice deve provvedere a regolare l'esercizio dei poteri genitoriali vacanti. A tale fine, l'art. 194 Codice delle famiglie. prevede la necessità di nominare un rappresentante legale dei figli minorenni, seguendo la procedura prevista dall'art. 145 Codice delle famiglie. nel caso di delega volontaria dell'esercizio della responsabilità genitoriale. La sentenza deve anche provvedere a disciplinare l'obbligo alimentare, di fonte legale, che comunque incombe in capo ai genitori verso la figlia o il figlio minorenne; deve dettare, inoltre, in conformità al *best interest of the child*, le regole a cui deve attenersi la comunicazione familiare, ovvero, come precisa l'art. 45, comma 2, Codice delle famiglie., tutti i tipi di contatti faccia a faccia, orali o scritti, anche quelli che ricorrono all'uso di strumenti tecnologici. In caso di provvedimento ablativo, la tutela del migliore interesse del minore può esigere la limitazione, ma finanche il divieto delle comunicazioni familiari (art. 145, comma 3, Codice delle famiglie.).

Se la misura *de potestate* ablativa o sospensiva è disposta all'esito di un procedimento penale, il pubblico ministero o qualunque altro soggetto che dimostri di avervi interesse può rivolgersi al giudice per chiedere che vengano disciplinati i profili appena esposti (rappresentanza, obbligo alimentare e comunicazioni familiari) (art. 195 Codice delle famiglie.).

I contenuti della sentenza di privazione o di sospensione della responsabilità genitoriale non assumono carattere definitivo ma devono intendersi resi *rebus sic stantibus*; conseguentemente, qualora, in qualsiasi momento, dovessero mutare le condizioni in presenza delle quali quei contenuti sono stati definiti, può essere richiesta la loro modifica.

Oltre a ciò, è la stessa misura *de potestate* che deve ritenersi emanata *rebus sic stantibus*. Difatti, in presenza del mutamento delle condizioni iniziali e della conformità al migliore interesse della figlia o del figlio minorenne, il tribunale, su richiesta dello stesso destinatario del provvedimento o della figlia o del figlio o del pubblico ministero può provvedere a reintegrare il genitore nella titolarità della responsabilità genitoriale, sempre a condizione che la figlia o il figlio non sia stato adot-

tato o non sia in procinto di essere adottato (art. 197 Codice delle famiglie.). Parimenti, anche la persona sospesa dall'esercizio della responsabilità genitoriale o il pubblico ministero può chiedere, al venir meno delle condizioni iniziali che hanno giustificato il provvedimento, la cessazione della misura di protezione (art. 198 Codice delle famiglie.).

15.12. La solidarietà sociale a protezione del migliore interesse del minorenni

L'art. 199 Codice delle famiglie. pone a carico di tutti i consociati, in particolare di coloro che per professione e per una specifica funzione si trovano a contatto con il minorenni e la sua famiglia, il *dovere* di informare una qualsiasi delle autorità istituzionalmente preposte alla protezione delle bambine, dei bambini e degli adolescenti, delle inadempienze dei doveri inerenti la responsabilità genitoriale di cui sono a conoscenza.

Questo dovere di segnalazione responsabilizza ciascun consociato a prendersi cura del migliore interesse delle persone minori di età, sì che, nel momento in cui dovesse conoscere una situazione di disagio familiare in cui versa un minorenni a causa della condotta di uno dei titolari o esercenti la responsabilità genitoriale, egli deve informare della situazione una delle autorità istituzionalmente preposte alla cura dei minorenni.

Nel momento in cui l'ente riceve l'informazione deve, a sua volta, segnalare il fatto alla Procura della Repubblica, la quale effettuerà i necessari accertamenti e, se ravvisa i presupposti per l'adozione di una misura *de potestate*, promuove la relativa azione dinanzi al tribunale competente.

In definitiva, una situazione di disagio familiare per omissione o abuso dei doveri inerenti la responsabilità genitoriale, nel momento in cui viene intercettata nell'ambiente sociale, non legittima la persona che ne viene a conoscenza a promuovere l'azione per ottenere la privazione o la sospensione della responsabilità genitoriale, ma occorre procedere con una duplice segnalazione: una da parte della persona che ne è venuta a conoscenza verso un ente della rete sociale istituzionale a protezione dei diritti delle persone minorenni; un'altra da parte di quest'ultimo nei confronti della procura della Repubblica. La quale,

assieme alla madre, al padre, agli esercenti la responsabilità genitoriale e ai parenti è legittimata a promuovere la relativa azione.

16. La responsabilità genitoriale dei genitori non conviventi: affidamenti, accordi di genitorialità e mantenimento delle relazioni genitoriali, familiari e affettivamente significative

Alessandra Cordiano

SOMMARIO: 16.1. La riformata responsabilità genitoriale nel prisma delle relazioni personali, familiari e affettive della persona minore e adolescente. – 16.2. Affidamento e cura: contenuto, criteri di determinazione e modalità di esercizio delle funzioni genitoriali. – 16.3. Gli accordi di genitorialità. – 16.4. Il mantenimento delle relazioni genitoriali, familiari e affettivamente significative della persona minore e adolescente.

16.1. La riformata responsabilità genitoriale nel prisma delle relazioni personali, familiari e affettive della persona minore e adolescente

Il codice delle famiglie cubano, entrato in vigore con Legge n. 156 del 2022, appare senza dubbio innovativo, anche rispetto ad alcune scelte nominalistiche: il riferimento alla pluralità delle composizioni familiari rappresenta, di per sé, un manifesto programmatico dell'istituto familiare, come tecnica di tutela e luogo di manifestazione dell'esercizio dei diritti fondamentali dei suoi componenti.

Anche con riguardo ai *munera* potestatori, il codice cubano sceglie un preciso assetto terminologico a favore della *responsabilità genitoriale*, in luogo della più tradizionale *patria potestad*, utilizzata fino al 2022, mostrando così di adeguarsi alle più moderne discipline sovranazionali e nazionali (la Convenzione de L'Aja in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori del 1996; il regolamento Ue n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari; il regola-

mento Ue n. 2019/1111, in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori; il codice civile e commerciale dell'Argentina).

Non si tratta di una scelta meramente terminologica, ma dell'adattamento di un sistema nel suo complesso, orientato ai principi della responsabilità genitoriale come ufficio di diritto civile, caratterizzato nei termini della doverosità e funzionalizzato al perseguimento del miglior interesse della persona minore, alla luce di una sua progressiva autonomia e nell'auspicio della sua autodeterminazione responsabile (così art. 136-138 c.c.).

In questa rinnovata prospettiva, la disciplina individua la titolarità (quindi, il lato passivo della responsabilità genitoriale) come attribuita esclusivamente ai padri e alle madri, salve le ipotesi di morte e morte presunta, nonché di decadenza della responsabilità per via giudiziaria; con riguardo, invece, all'esercizio (così, il lato attivo e pretensivo dell'istituto, ovvero anche il suo contenuto), questo è smembrato in molte funzioni definite nell'art. 138, che individua così le diverse dimensioni delle relazioni familiari, affettive e relazionali delle persone minori in numerose esplicitazioni di senso, ricche di potenzialità espansive.

In particolare, secondo l'art. 138, la corresponsabilità genitoriale comprende: b) esercitare la loro tutela e la loro cura, amandoli e fornendo loro stabilità emotiva, contribuendo al libero sviluppo della loro personalità, tenendo conto delle loro capacità, attitudini e vocazioni; d) vivere insieme, sempre che sia possibile, e mantenere nella loro vita una comunicazione familiare permanente e significativa che favorisca lo sviluppo degli affetti familiari e della personalità, il che richiede la presenza fisica e la comunicazione orale o scritta, anche con mezzi tecnologici; d) rispettare e facilitare il loro diritto a mantenere un regime di comunicazione familiare con i nonni e altri parenti o persone con cui hanno un legame affettivo; n) ascoltarli e permettere loro di esprimere e difendere i loro criteri e di partecipare alle decisioni domestiche secondo la loro progressiva autonomia, convincendoli, se necessario, con l'argomentazione e la ragione.

In queste indicazioni, il novellato codice cubano rappresenta i temi dell'affidamento e della cura dei minori nei contesti separativi o di non convivenza, comprese le ipotesi di accordi genitoriali in ordine all'esercizio della responsabilità, e quello della «comunicazione familiare per-

manente e significativa», ovvero di una dimensione relazionale di condivisione, compartecipazione, ascolto e salvaguardia dei rapporti, in modo da favorire lo sviluppo degli affetti familiari e della personalità non solo nella prospettiva genitoriale, ma altresì salvaguardando i rapporti con gli ascendenti e con gli altri parenti o persone con cui i minori e le minori hanno un legame affettivo significativo.

Il codice cubano introduce così un espresso favore verso le modalità condivise e negoziate dell'affidamento dei minori e delle minore e degli adolescenti, prevedendo «regole di ponderazione» per determinare modalità ed esercizio (artt. 151-155), e individuando un'apposita sezione dedicata ai patti sulla genitorialità, conclusi mediante accordo fra genitori ovvero con il supporto della mediazione familiare e poi soggetti al controllo notarile o giudiziario (artt. 163-168); consentendo, infine, anche l'attribuzione dell'affidamento a terzi significativi, quando giustificata dal migliore interesse delle persone minori (art. 169) e prevedendo regole rimediali nel caso di limitazioni, rifiuto, sospensione e modifica del regime di affidamento, delle modalità di frequentazione di entrambi i genitori, dei rami parentali e della rete affettiva (artt. 155, 159, 161, 162, 168, 160), da adottarsi da parte del tribunale competente.

La giurisdizione così dovrà essere individuata in ragione del luogo di residenza ovvero, in caso di affidamento condiviso, in ragione del «collocamento prevalente», con ciò alludendo al centro della vita come il luogo in cui i bambini, le bambine e gli adolescenti svolgono in maniera prevalente le loro attività quotidiane (luogo di studi, delle attività ricreative ed extrascolastiche) e dove si trova il tessuto delle loro relazioni sociali.

16.2. Affidamento e cura: contenuto, criteri di determinazione e modalità di esercizio delle funzioni genitoriali

Il Codice cubano di diritto delle famiglie ha scelto di mantenere il termine *Guarda y Cuidado*, traducibile convenzionalmente con i termini "Affidamento e cura", all'interno del Capo II, Sezione prima: in quest'ambito vengono ricompresi i presupposti, le modalità e le tipologie di affidamento (art. 151 c.c.); i criteri giudiziali e notarili per stabilirne la determinazione (art. 152 c.c.); l'affidamento condiviso (art.

153 c.c.) e unilaterale (art. 154 c.c.) e una apposita norma che riguarda la tutela dei minori rispetto al verificarsi di situazioni di violenze domestiche e di discriminazioni nell'ambito familiare (art. 155).

L'art. 151 esordisce esprimendo una chiara vocazione a favore della «consensualizzazione» e della condivisione della funzione parentale, affermando che, quando i titolari della responsabilità genitoriale non vivono insieme (o non vivono più insieme), l'affidamento e la cura delle loro figlie e dei loro figli possono essere esercitati in modo condiviso ovvero, in via subordinata, anche unilaterale (primo comma). Per fare ciò, la norma individua lo strumento degli accordi di responsabilità genitoriale (così detti patti genitoriali), quale luogo di scelta sulla modalità concreta di attuazione (secondo comma).

Quando, invero, le circostanze del caso lo consentono e quando ciò non sia dannoso per l'interesse superiore delle bambine, dei bambini o degli adolescenti, l'affido e la cura secondo modalità *condivise* devono essere favoriti, al fine di garantire la presenza significativa dei titolari della responsabilità genitoriale nella vita delle loro figlie e dei loro figli (terzo comma). Ciò non esclude, naturalmente, l'ipotesi dell'affidamento unilaterale, opzione prevista e naturalmente possibile, anche se manifestata come opzione non preferenziale (art. 154).

Al contempo, per motivi che siano adeguatamente giustificati e tenendo conto dell'interesse superiore delle bambine, dei bambini e degli adolescenti, l'affido e la cura possono essere *temporaneamente* attribuite a terzi - nonne e/o nonni, ad altri parenti o persone a loro affettivamente legati -, quando ne hanno fatto richiesta al tribunale o quando è stata loro concessa dai titolari della responsabilità genitoriale, in conformità al disposto dell'art. 169, che a questo tema è espressamente dedicato.

L'affidamento, nella modalità condivisa o in altra prescelta, non si struttura però mediante formule stereotipate o standardizzate (di tipo negoziale o giudiziale), ma dovrà essere organizzato in modo molto dettagliato, specificando i tempi, i luoghi, il processo decisionale, i regimi di comunicazione nei tempi di lontananza da uno dei genitori, il mantenimento e altri particolari da condividere nella cura personale dei bambini. Che si tratti di un accordo o di un percorso mediativo, che si pervenga mediante il supporto notarile ovvero con il potere autoritativo del giudice, la scelta dell'affidamento è un percorso che richiede un tempo dedicato e un'attenzione verso la comprensione della singola dimensione familiare che richiede l'organizzazione.

La novità rappresentata dall'affido condiviso nel contesto giuridico cubano è certamente positiva e si accoda alle esperienze codicistiche sudamericane ed europee che in tal senso hanno codificato, privilegiando così, in maniera consapevole e convinta, la scelta verso regimi che tendano, ove possibile e nella prospettiva del miglior interesse minorile perseguito, verso un assetto condiviso, negoziale, e fisiologico dell'esperienza genitoriale fra persone che non siano più o non siano mai state in una relazione di coppia. In questa prospettiva, quindi, l'affido e la cura secondo modalità condivise è preferibile, se le circostanze del caso concreto lo consentano e con modalità da individuarsi nell'ambito dei patti di genitorialità (di cui agli artt. 163-169).

Con maggior precisione, il Codice, da un lato, fornisce una serie di criteri per valutare l'opportunità della prospettiva condivisa; dall'altro, esplicita la concreta attuazione della prospettiva condivisa, indicando le forme di organizzazione dell'esercizio indistinto o alternato: partendo proprio da quest'ultimo profilo, la norma di cui all'art. 153 del Codice richiama all'opportunità che le diverse dimensioni familiari e genitoriali richiedano un'organizzazione puntuale ma specifica rispetto alle esigenze attuali, prospettiche e concrete, che così confluirà o nella decisione giudiziaria ovvero nell'accordo di genitorialità.

L'affidamento condiviso, appunto, può vedersi realizzato mediante un esercizio indistinto, ovvero con ampi spazi di convivenza fisica, pur prevedendo preferibilmente o principalmente un collocamento prevalente. Le figlie e i figli mantengono qui il più ampio spazio di convivenza con i titolari della responsabilità genitoriale e il loro esercizio è distribuito tra loro in base alle esigenze del gruppo familiare, ma nella prospettiva, evidentemente ragionata, di una collocazione maggioritaria di convivenza presso un genitore in una delle due abitazioni, in ragione di motivazioni specifiche e adeguatamente ponderate, confluite nell'accordo o considerate dalla valutazione del giudice (es. una significativa maggiore vicinanza ai luoghi di studio, gioco e delle relazioni personali, affettive e amicali dei minori e delle minori). Pur conferendo al genitore convivente un affidamento maggiormente continuativo, come indicato puntualmente dall'ultima parte del quarto comma dell'art. 153, questa modalità di cura non dovrà comunque alterare la struttura condivisa dell'esercizio delle funzioni genitoriali, che pertanto saranno organizzate (e ritagliate) secondo le singole realtà delle famiglie.

Quando, invece, l'esercizio sia adottato in modo *alternato*, i tempi di permanenza dei figli e delle figlie verranno puntualmente concordati: in questa ipotesi, la convivenza tra figlie e figli con ciascuno dei titolari della responsabilità genitoriale viene organizzata in periodi di tempo, che possono consistere in giorni, settimane, mesi o anni, e l'entità e la tempistica di questi periodi di tempo sono documentati, ancora una volta, negli accordi di genitorialità o nella decisione giudiziaria emessa dal tribunale competente. Deve però aggiungersi che la scelta verso un tipo di affidamento come quello alternato deve in ogni caso considerare l'impatto sui figli e sulle figlie, dovendo sottoporli a un assiduo spostamento fra le residenze dei genitori, ma garantendo loro una continuità di vita e di abitudini. Anche per queste ragioni, è evidente come nulla osti alla configurabilità di una forma di custodia alternata con modalità che prevedano che i minori e gli adolescenti rimangano nella casa familiare e siano i genitori ad alternarsi nel soggiorno. Questo sistema, conosciuto come *birdnesting custody*, è certamente possibile, pur naturalmente presentando criticità rispetto a difficoltà pratiche e/o a disponibilità economiche (prima di tutte quella di tre alloggi) non sempre risolvibili.

Come accennato, l'art. 152 del Codice fornisce una serie di regole, o meglio, di criteri, così detti di ponderazione, concretamente utili, nella pratica legale notarile o giudiziale, per orientare le scelte in ordine all'attribuzione dell'affidamento: le concrete modalità di esercizio della responsabilità genitoriale in regime di non convivenza sono collegate alla necessaria ripartizione delle attività di cura e gestione dei figli e delle figlie da parte dei genitori, anche in ragione dei diversi tempi di frequentazione. Pur fornendo la norma criteri di ampia utilità, è evidente che il processo decisionale notarile o giudiziario dovrà essere sostenuto dal contributo dei servizi sociali e socio-sanitari che intervengono nei processi separativi, soprattutto rispetto alla partecipazione, all'ascolto attivo e alla considerazione dell'opinione dei bambini e degli adolescenti.

Nel valutare l'opportunità dell'affidamento condiviso, infatti, si terrà in conto (a) il diritto alla co-genitorialità e a vivere in famiglia e il dovere di responsabilità co-genitoriale; (b) gli accordi tra i titolari della responsabilità genitoriale; (c) il livello di conflittualità tra i titolari della responsabilità genitoriale, con l'obiettivo che detta conflittualità non influisca negativamente sulla loro capacità di collaborare alla formazione e all'educazione delle figlie e dei figli comuni; (d) l'opinione delle

bambine, dei bambini e degli adolescenti in base alle loro capacità e alla loro progressiva autonomia; e (e) altri criteri: a titolo esemplificativo, la distanza tra le abitazioni di entrambi i titolari della responsabilità genitoriale, le agevolazioni per la frequenza del centro educativo, la conciliazione della vita lavorativa e familiare.

I criteri forniti, come detto molto utili per il lavoro di notai, mediatori, procuratori e giudici, pongono l'attenzione su alcuni aspetti particolarmente significativi, fra cui quello del livello di conflitto tra i titolari della responsabilità genitoriale, non come criterio dirimente per perseguire la forma unilaterale, bensì come spia utile da tenere in debita considerazione quando detto conflitto esprima margini di mediabilità e quindi si prospetti come (facilmente) superabile, ovvero quando invece esso incida sulla capacità dei genitori di collaborare nella cura e nell'educazione dei figli.

Infine, come regola generale, il secondo comma rammenta che sorelle e fratelli non devono essere separati, a meno che non sia consigliabile salvaguardare il loro interesse superiore: purtroppo, quella della separazione di fratelli e sorelle è una prassi molto nota soprattutto nell'ambito adottivo e di affidamento eterofamiliare e sfortunatamente nel contesto cubano ancora in uso, sulla quale è bene prestare attenzione, anche nella dimensione separativa e/o conflittuale. La collocazione o l'affidamento separato, magari anche in una prospettiva (dannosamente) di genere, ovvero i maschi ai padri e le femmine alle madri, pare essere prassi invalsa nei tempi pregressi che, oltre a provocare possibili conseguenze nella prospettiva relazionale della fratria o del rapporto genitoriale, concorre a confermare stereotipi di genere che dovrebbero essere, invece, sradicati a partire proprio dalla prospettiva familiare e genitoriale. L'affido condiviso, in questo senso, non equivale a «suddividersi» la prole o suddividersi i compiti genitoriali. Esso è, invece, un modello di condivisione, un abito mentale di collaborazione e di sostegno che, a maggior ragione nella dimensione separativa, dovrebbe guidare l'esperienza genitoriale, così che l'impatto sui figli di una crisi non si traduca anche in una divisione della convivenza tra fratelli e sorelle.

In conclusione, l'affidamento condiviso emerge come l'assetto tendenzialmente da favorire, raggiungibile con accordo ovvero probabilmente anche imposto giudizialmente, salvo non si dimostri, nel caso specifico, che la soluzione che si prospetta nel miglior interesse della persona minorennе sia l'affidamento monogenitoriale, configurabile,

in ogni caso, come eccezione alla regola che presume la prospettiva più consona al benessere dei figli e delle figlie. Il diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori è anche per il diritto cubano un principio fondamentale del sistema, criterio di valutazione, di selezione e giustificazione per ogni provvedimento che coinvolga i figli e le figlie: in via tendenziale, l'affidamento condiviso è lo strumento che garantisce ai figli il diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuato con i genitori, a ricevere da entrambi cura, educazione e istruzione, che, sempre tendenzialmente coincide con il loro interesse morale e materiale.

Per quanto riguarda l'affidamento unilaterale, appunto, esso viene proposto come opzione possibile, anche se non preferenziale. Questa modalità d'esercizio della responsabilità genitoriale, prevista all'art. 154 del codice cubano, prescrive che gli atti della vita quotidiana dei figli e delle figlie vengano attribuiti all'esercizio del solo genitore affidatario, fermo restando che però l'esercizio delle altre funzioni e degli altri doveri - e segnatamente quelli più significativi -, insieme al regime di comunicazione familiare rimangano ascritti e vengano mantenuti con il genitore non affidatario. Questi, senz'altro, conserva intatto il suo diritto e dovere di contribuire con il genitore affidatario alla cura, alla formazione e all'educazione: si richiama quindi l'idea che, stante l'esercizio esclusivo del genitore affidatario delle funzioni parentali quotidiane, all'altro genitore sia ascritto il dovere di vigilare sull'esercizio dell'affidatario e insieme di contribuire anche (ma non solo) alle decisioni in ordine alle questioni di maggior interesse o di maggior importanza, così che queste restino da adottare in maniera congiunta e condivisa da entrambi (scelte sulla salute, sull'educazione, trasferimenti di residenza...).

Nella disposizione di cui all'art. 154 non v'è apparente traccia dell'ipotesi di affidamenti unilaterali «super esclusivi» o «rinforzati», ovvero di quei regimi di gestione che sono assunti in casi eccezionali e nei quali tutte le decisioni riguardanti la prole, comprese quelle di maggior importanza e, quindi, anche quelle di natura medica o relative all'educazione e all'istruzione del minore, sono assunte dal solo genitore affidatario, residuando al genitore non affidatario un mero potere di vigilanza sul comportamento dell'altro. Questa tipologia di affidamento può essere però implicitamente presunto dal successivo art. 155 c.c., come caso emblematico nel quale, con tutta evidenza, si dimostra

la configurabilità di ipotesi caratterizzate da una forte incompetenza genitoriale.

Rappresenta, in questa direzione, un profilo degno di nota il divieto stabilito dall'art. 155, secondo il quale l'affidamento e la cura non possano essere attribuite o mantenute in capo al titolare della responsabilità genitoriale nei confronti del quale sia stata emessa una sentenza definitiva per atti di discriminazione, di violenza di genere o di violenza domestica o nei confronti del quale vi siano fondati motivi per supporre che la stia esercitando e di cui i bambini siano stati vittime dirette o indirette. Inoltre, non può essere concesso o mantenuto l'affidamento a chi è stato condannato con sentenza definitiva in un procedimento penale per reati legati alla violenza di genere o familiare, contro la libertà e la sfera dell'integrità sessuale, contro i bambini, i giovani e la famiglia.

La formulazione della legge, certamente pregevole, chiede però di considerare i termini di questa imperatività alla luce di una (almeno apparente) applicazione automatica: la disposizione, in effetti, si riferisce ai casi in cui esiste una sentenza di condanna definitiva o quando ci sono indizi sostanziali che i minori siano stati vittime di violenza di genere, diretta o indiretta. Ciò così conduce a interrogarsi se questo divieto riguardi solo i casi più chiari e gravi, data la necessità che sia l'autorità giudiziaria a decidere sull'attribuzione dell'affidamento anche nelle ipotesi dove il quadro probatorio non sia così acclarato, perciò valutando le circostanze specifiche di ogni caso. Il tema è di evidente importanza, anche nella prospettiva di genere, dal momento che nella società cubana esistono, come peraltro ragionevolmente accade in molte altre, ampie disuguaglianze strutturali e in termini di rapporto di potere e di controllo che si manifestano, anche e soprattutto, nelle relazioni di coppia e nelle relazioni genitoriali.

Non può meravigliare, in questa prospettiva, che il fenomeno della violenza trovi ampia diffusione proprio nel contesto delle relazioni familiari e affettive in senso lato, come fenomeno di prossimità relazionale: una violenza che, le scienze empiriche confermano, è caratterizzato da ciclicità, che tende a (ri)proporsi o ad acutizzarsi in occasione di eventi a vario titolo traumatici, come accade nelle crisi separative o per le scelte in ordine all'affidamento dei minori. Tralasciando le ipotesi tragiche di omicidio (e talvolta anche di suicidio), con riferimento all'infanzia, la dimensione di genere va considerata come elemento impattante non solo rispetto alle violenze agite su bambini e bambine e

sugli adolescenti, ma anche con riguardo al tragico impatto psicologico anche di lungo termine delle violenze agite sul genitore, così come sul *care giver* e sugli altri componenti della famiglia (fratelli e sorelle, ascendenti). La rilevanza del fenomeno, di così detta violenza assistita, derivante dalle aggressioni fisiche o verbali di un genitore verso l'altro che ingenerano un pregiudizio attuale o potenziale nei riguardi dei minori, ha un'intima capacità di trasmissione transgenerazionale, poiché essa è destinata a radicare un modello relazionale e cognitivo nel minore spesso destinato a riprodursi nell'età adulta nella dimensione di vittima o di abusante.

In questo senso, come confermato anche dalla disciplina cubana, la bigenitorialità non è mai un principio assoluto e non può rappresentarsi come un postulato astratto e preordinato alla tutela delle persone nella loro integrità fisica e psichica, ma deve sempre cedere il passo di fronte a condotte violente di un genitore o dei genitori, ricercando soluzioni temporanee ovvero anche in via definitiva, se ciò meglio si conforma al concreto e superiore interesse delle minori e dei minori coinvolti.

16.3. Gli accordi di genitorialità

Confermando il favore del legislatore cubano verso modelli consensuali e nei confronti della promozione dell'autonomia privata familiare, la Sezione III del Capitolo in oggetto è dedicata ai patti parentali o accordi di genitorialità, i quali, come chiaramente indicato dal primo comma dell'art. 163 del Codice, hanno lo scopo di distribuire e organizzare le funzioni di affidamento e di cura dei figli, siano esse regolate secondo modalità condivise o unilaterali, il che può anche avvenire in un contesto di multi-genitorialità, in presenza di più di due legami parentali quando esistano più di due legami filiali, rimandando così alle norme di cui agli artt. 55-59 del Codice.

L'organizzazione dell'affido nell'ambito della crisi e/o della non convivenza genitoriale appartiene alla competenza dell'autorità giudiziaria, sebbene con il contributo della mediazione familiare, ovvero notarile: questo richiede naturalmente la comprensione delle specifiche dinamiche in atto e in evoluzione, insieme ad un lavoro paziente, attento e talvolta anche creativo dei professionisti coinvolti, dovendo gestire abitudini, pratiche e stili di educazione. La decisione relativa al

regime di affidamento non è materia lasciata alla assoluta disponibilità delle parti, ma richiede che il giudice o il notaio, entrambi nella funzione di garanti dell'interesse minorile, effettuino un vaglio rispetto a quella rispondenza. Le norme di riferimento, con questa prospettiva, si rivolgono sia al modello dell'affido condiviso (nella forma indistinta o alternata), sia a quello unilaterale (ovvero esclusivo), coinvolgendo invero non solamente le relazioni genitoriali in senso stretto, ma anche altri componenti della famiglia, quali ascendenti, terzi significativi (nuove/i partner) e persone affettivamente vicine ai figli.

Come accennato, l'art. 164 del Codice, dispone che i patti di genitorialità possono essere raggiunti di comune accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale attraverso la mediazione, con successiva omologazione da parte dell'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione davanti al tribunale, caratterizzato dall'intervento del pubblico ministero, oppure con atto pubblico notarile.

Questi accordi, comunque, sono soggetti a controllo notarile o giudiziario, al fine di verificarne la conformità con la legalità, l'equità e il rispetto del miglior interesse della bambina, del bambino o dell'adolescente, evidenziando così un andamento consueto delle questioni familiari, in equilibrio fra principio di ordine pubblico e autonomia familiare, ben espressi all'interno del nuovo art. 3 c.c. Quindi, come detto, gli accordi possono essere stipulati davanti a un notaio, mediante un atto pubblico che non comporta alcuna omologazione, o attraverso la mediazione familiare, con l'approvazione dell'autorità giudiziaria: con ciò si intende che il codice sembra certamente privilegiare l'autonomia privata familiare nell'organizzazione delle questioni familiari, mediante la stipula di patti di genitorialità; allo stesso tempo, sono previsti controlli dell'autorità pubblica, notarile o giudiziaria, per tutelare il miglior interesse minorile.

Ai sensi dell'art. 164, secondo comma, quando l'accordo viene eseguito nello studio notarile, il controllo dell'autorità viene esercitato, naturalmente, dal notaio nella sua qualità di pubblico ufficiale, garantendo così un'attività di controllo, di adeguata redazione e di ascolto competente delle parti. Quando l'accordo di genitorialità è adottato attraverso la mediazione familiare, esso richiede l'omologazione giudiziaria mediante un procedimento di volontaria giurisdizione e con l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. In questo caso, i controlli

dell'autorità pubblica sono sia quello della procura, sia quello dell'autorità giudiziaria che ne attesta la conformità ai principi dell'art. 3 e di conseguenza lo approva.

Va detto poi che, secondo quanto disposto dall'art. 167 ("Applicazione supplementare"), negli accordi stipulati per atto notarile o approvati davanti al tribunale, le norme codicistiche in materia di cura e affidamento, regime di comunicazione familiare e dovere di mantenimento sono applicate in via suppletiva, sia dai titolari della responsabilità genitoriale, sia dalle autorità che danno legittimità a tali patti.

I principali criteri da considerare nella formulazione dei patti di genitorialità sono, non a caso, inseriti all'interno dell'art. 163, rubricato "Finalità", e vedono, in primo luogo, nell'ascolto della figlia o del figlio minorenne, in relazione alla loro maturità, capacità e progressiva autonomia (secondo comma) una guida imprescindibile, insieme alla considerazione della condizione di disabilità delle/dei minori per valutare e determinare il regime di affidamento più consona e favorevole, sempre in conformità «con la loro maturità, capacità e progressiva autonomia, al fine di raggiungere il loro equilibrio emotivo e affettivo» (terzo comma).

Ascolto partecipato e attivo, progressiva autodeterminazione, miglior interesse e condizioni di disabilità vanno così valutati nella singola situazione familiare: l'ascolto diretto del/della minore, ad esempio, nelle ipotesi di rifiuto di una figura parentale può essere utile per comprendere le ragioni ed eventuali situazioni patologiche. Insieme a questi elementi, la dinamica del caso specifico richiama all'osservanza dei diritti-doveri della bigenitorialità e della cogenitorialità, della adeguata frequentazione e relazione (c.d. regime di comunicazione) con le figlie e con i figli nei periodi in cui non vivono insieme e l'obbligo di mantenimento, attuando le misure necessarie affinché, in caso di sproporzione di reddito tra i titolari della responsabilità genitoriale, si realizzino dei meccanismi di compensazione. In ultimo, anche solo per il contenuto dell'art. 155, non può esimersi un richiamo ai doveri genitoriali di prevenzione da forme di discriminazione e da violenza.

In ossequio al disposto dell'art. 165, che definisce il contenuto degli accordi genitoriali nell'ambito dell'affido condiviso, essi debbono includere, come indicazione «minima», imprescindibile: a) il luogo e il tempo di permanenza presso ciascuno dei genitori, b) le responsabilità che ogni genitore si assumerà, c) il regime di frequentazione e di rela-

zione nei periodi di non convivenza con l'altro genitore (ed evidentemente anche con i rami parentali e gli adulti significativi, secondo quanto previsto dagli artt. 156-162 e che deve reputarsi inderogabile almeno in via di principio), d) l'obbligo di mantenimento, attuando le misure necessarie affinché, in caso di sproporzione di reddito tra i titolari della responsabilità genitoriale, quello con il reddito più elevato compensi il mantenimento dell'altro nella misura necessaria affinché la figlia o il figlio goda delle stesse condizioni di vita in entrambi i nuclei familiari.

Su quest'ultimo aspetto appare interessante indagare: sebbene, infatti, vi siano tensioni culturali e giuridiche verso una timida preferenza nei riguardi del mantenimento diretto nel tempo di permanenza presso il genitore, va detto che detta modalità non si assume risolutiva quando, ad esempio, vi siano differenze significative di reddito e di risorse fra i genitori. In questo senso, pare, si comprende la regola che supplisce a questa evenienza, rivolta appunto a meccanismi compensativi del disequilibrio economico, mediante il trasferimento di una quota di mantenimento da parte di quello che ha un reddito maggiore a favore all'altro una quota di mantenimento, proprio perché i figli e le figlie possano godere dello stesso tenore di vita in entrambe le famiglie.

Non di minore importanza sono le regole che riguardano gli accordi per l'affidamento unilaterale o monoparentale, di cui all'art. 166 del Codice. I criteri che debbono governare le determinazioni per questa forma di cura sono altrettanto numerosi e per certi versi più articolati e più complessi. Gli accordi debbono, infatti, tenere in considerazione a) l'età, la capacità, la maturità e la progressiva autonomia della figlia o del figlio; b) l'ascolto e la considerazione dell'opinione della figlia o del figlio; c) la preservazione della convivenza pregressa, quando detta convivenza è favorevole allo sviluppo integrale del figlio e della figlia e rispetta il suo ambiente e la sua stabilità; d) l'obbligo per titolare della responsabilità genitoriale di facilitare il diritto a mantenere un rapporto armonioso e continuativo con l'altro genitore, che non sia stato autore di atti di discriminazione e violenza nell'ambiente familiare, anche se non nei confronti di sua figlia o di suo figlio; e) la definizione di un regime di relazioni e di frequentazione fra figli/figlie e il genitore non affidatario, che deve prevedere una regolare relazione personale e una fluida comunicazione orale e scritta, anche mediante l'ausilio di mezzi tecnologici; f) l'organizzazione delle vacanze, dei

giorni di festa e delle altre date importanti per la famiglia; g) il dovere di mantenimento; h) la comunanza di intenti circa tutte le questioni relative al diritto reale di abitazione (v. art. 285 e seguenti).

Sullo sfondo rimangono alcuni profili importanti, che apparentemente vanno indagati su un piano più generale: il primo concernente il piano patologico, ovvero quello del conflitto come anche della mancata attuazione dei patti di genitorialità, posta l'assenza di una norma codicistica specifica, salva comunque l'applicazione del quarto comma dell'art. 169, come norma di carattere generale. È certo evidente che una violazione dei patti di genitorialità possa condurre ad una modifica dell'accordo stabilito, sempre per via giudiziale o notarile, ovvero ad una loro risoluzione per mutuo consenso o per volontà unilaterale. L'assenza di una regola di conflitto, se - da un lato - conferma la natura evidentemente del tutto negoziale e consensuale di questi accordi, chiede - dall'altro lato - di richiamarsi a regole generali in tema di crisi familiare o a regole rimediali speciali (così è per gli artt. 161 e 162 in tema di «comunicazione familiare», di seguito indagata), ovvero al regime ordinario della responsabilità civile endofamiliare, così come della eventuale responsabilità penale.

Deve essere, ancora, ricordata l'ipotesi della assenza di patti di genitorialità, espressamente prevista dall'art. 168 del codice cubano: in questo senso, qualora non esista un accordo sull'esercizio delle funzioni genitoriali, registrato in un atto pubblico notarile o stabilito per via giudiziarie, il tribunale competente deve decretare il regime di affidamento e di cura delle figlie e dei figli minorenni. In prospettiva consueta, di qui, qualsiasi decisione relativa all'affidamento deve aver riguardo alla condotta concreta e specifica della madre o del padre, allorquando questa possa danneggiare gli interessi superiori della bambina, del bambino o dell'adolescente, nel rispetto del principio di non discriminazione basata su uno qualsiasi dei criteri stabiliti dalla Costituzione della Repubblica di Cuba. Il tribunale, pertanto, deve cercare un accordo tra i genitori o i titolari della responsabilità genitoriale, quando possibile; in tal caso l'accordo viene approvato mediante un provvedimento giudiziale in corso di causa. In caso contrario, il regime di affidamento è determinato dal giudice competente, tenendo conto delle norme stabilite nel presente Codice, secondo il suo prudente ma autoritativo apprezzamento del caso concreto.

Infine, il codice cubano prevede la possibilità che, per motivi sufficientemente giustificati, l'affidamento e la cura dei figli e delle figlie

siano ascritti a nonni, altri parenti o persone significative e affettivamente vicine al minore, tenendo conto del loro superiore interesse (art. 169).

La scelta dell'affidamento a terzi soggetti si giustifica, tendenzialmente, quando entrambi i genitori dimostrino delle gravi incompetenze o mancanze di matrice educativa e l'inidoneità ad assumere i ruoli di cura e assistenza morale e materiale che l'attribuzione della responsabilità genitoriale richiede. In queste ipotesi, la persona o le persone che hanno l'affidamento decidono sulle questioni della vita quotidiana dei minori e delle minori, rimanendo in capo ai titolari della responsabilità genitoriale la rappresentanza legale, l'amministrazione dei beni e l'assunzione delle decisioni su questioni che travalichino la vita ordinaria delle figlie e dei figli minorenni.

In caso di accordo, la scelta verso un affidamento etero-genitoriale è trascritta in un atto pubblico notarile o è approvata giudizialmente nel procedimento di volontaria giurisdizione, che vedrà comunque l'intervento obbligatorio del pubblico ministero e l'audizione della bambina, del bambino o dell'adolescente, se la sua età e maturità lo consentono. In caso di conflitti, il quarto comma prevede puntualmente (in questa ipotesi difformemente da quanto già evidenziato sopra) il ricorso alle procedure giudiziali della crisi.

16.4. Il mantenimento delle relazioni genitoriali, familiari e affettivamente significative della persona minore e adolescente

Alle figlie e ai figli, nate e nati dentro e fuori dal matrimonio, così come adottive e adottivi, è riconosciuto il diritto di mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori e a prescindere dal regime di affidamento scelto o determinato dal giudice, con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale, indipendentemente dal legame di coppia che lega i genitori (artt. 289 e 290; artt. 291, 293, 309) o anche dalla convivenza (art. 329), dalla presenza di relazioni di multiparentalità (art. 57) o da altre forme familiari in essere (v. art. 2), come pure dalla prossimità/lontananza geografica. Un diritto relazionale che è riconosciuto anche nei riguardi di persone affettivamente vicine alla persona minore o adolescente, o unite ad esse da un legame affettivo riconosciuto

e stabile, indipendentemente dall'esistenza o meno di un rapporto familiare (art. 4, lett. j).

Si registra, a tal proposito, un profondo mutamento rispetto al codice cubano previgente del 1975, all'interno del quale il regime di frequentazione, comunicazione e di relazioni era limitato alle situazioni di divorzio o separazione con figli comuni.

Oggi il diritto alla frequentazione e al mantenimento di relazioni con le persone affettivamente significative è un aspetto che si ritrova in molti ambiti diversificati del codice delle famiglie cubano (es. artt. 45 e 47), che comprendono non solamente le relazioni tra nonni e bambini e adolescenti (art. 160) e fra parenti (art. 45), ma più in generale un principio che è integrato nel contenuto della responsabilità genitoriale (art. 138), come strumento che comprende il mantenimento nella loro vita di relazioni familiari permanenti e significative che favoriscano lo sviluppo degli affetti familiari e della personalità, mediante frequentazioni fisiche, comunicazioni orali o scritte, anche attraverso mezzi tecnologici (lett. d); e il rispetto e l'aiuto fattivo verso il mantenimento delle relazioni con i nonni e altri parenti o persone con cui hanno un legame affettivo significativo (lett. e; ma anche art. 47). Tali previsioni, a loro volta, possono ritenersi attuative dell'art. 8, dettato nell'ambito delle disposizioni preliminari.

Ciò deve essere garantito non solo negli accordi divorzili innanzi al notaio (art. 293), ma anche (e soprattutto) quando il regime di affidamento determinato nel divorzio giudiziale sia quello monoparentale (art. 283, secondo comma).

Le norme indicate, nel loro complesso, sono tese a promuovere e garantire che i componenti della famiglia si relazionino fra di loro come parte del gruppo a cui appartengono, indipendentemente da legami formali, biologici, di convivenza o del diritto, ma in virtù di un'appartenenza di affetto, di riconoscimento, di valori condivisi, di cura reciproca, di esperienze comuni. Questa ampia indicazione, una sorta di orientamento che corre lungo tutta la nuova disciplina codicistica cubana, così, si pone nel solco del rispetto di quella idea ampia di vita familiare, che è espressamente prevista dall'art. 8 Cedu, come «situazione di fatto» che prescinde dalla esistenza di legami giuridicamente riconosciuti, ma fondandosi, piuttosto, su un rapporto affettivo intenso e duraturo. Il diritto alla frequentazione e alle relazioni con i familiari e con le persone affettivamente significative è, pertanto, un diritto re-

lazionale come facoltà a mantenere contatti fisici, verbali, scritti e significativi con i membri della sua famiglia, cioè con i suoi parenti, ma anche con i terzi significativi.

Questa ricostruzione assume un valore fondativo dell'esperienza umana, dello sviluppo cognitivo, del radicamento di modelli affettivi e relazionali quando il titolare di questo diritto sia un minore o una persona maggiorenne con disabilità o un adulto anziano con disabilità, dovendo questo diritto essere garantito, rispettato e facilitato nel concreto esercizio da quanti si prendono cura della persona.

Nell'ambito, pertanto, della crisi coniugale o comunque dell'assenza di convivenza fra genitori e, di qui, di affidamento, è di particolare interesse il regime apprestato e garantito per la comunicazione e la frequentazione tra i minori e i loro genitori non affidatari, i parenti e le persone affini. Il nuovo codice cubano, infatti, dedica un'apposita Sezione seconda al diritto dei minori e delle minori alle relazioni con i loro familiari e con i soggetti con i quali hanno e debbono mantenere un legame (artt. 156-162). La frequentazione e il mantenimento delle relazioni con i componenti della famiglia, pertanto, è un diritto del minore e rappresenta un dovere del genitore affidatario a rispettarlo e garantirlo, così come, più in generale, di chi si prende cura della persona.

Nella Sezione dedicata al regime di frequentazione con la famiglia vengono così categorizzate alcune fattispecie tipiche: il caso del mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e con le rispettive famiglie, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi, nel regime di affidamento condiviso e segnatamente nei periodi di non convivenza (art. 156, secondo comma) e di affidamento unilaterale (art. 156, primo comma).

In queste ipotesi, le forme con cui questa relazione si deve realizzare possono essere molteplici e indicate per via esemplificativa: in presenza fisica, con supporto tecnologico (specificazione che potrebbe essere legata alla circostanza che nella società cubana non è infrequente il caso di famiglie separate in seguito a fenomeni emigratori); in forma scritta come anche orale (così l'art. 156), ma pure mediante una comunicazione gestuale e con tutti i tipi di linguaggio che sono appropriati per ogni persona in base alla sua situazione di disabilità o di diversa abilità (v. artt. 45, v. 2, e 46).

Il regime di comunicazione familiare può essere stabilito di comune accordo (mediante i patti di genitoriali sopra individuati) o con una

sentenza del tribunale, se c'è un conflitto (artt. 156, 165 e 166). Mediante accordo o sentenza vengono pure individuati la periodicità delle comunicazioni, stabilita comunque nell'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti e rispetto al caso concreto (art. 156, 163 e 166), e i luoghi di incontro, che possono essere stabiliti in base al livello di conflitto tra adulti, individuando una modalità e uno spazio neutro, che renda effettivo il diritto a questa relazione (art. 159).

Vengono poi menzionate due specifiche ipotesi del regime di comunicazione familiare, in considerazione delle circostanze particolari dei bambini e delle bambine: in primo luogo, quando, sempre in regime di affidamento condiviso o unilaterale, si trovino in una situazione di disabilità. In questi casi, se è nel loro interesse, spetta al tribunale fornire gli adattamenti ragionevoli necessari per agevolare il regime di frequentazione e di comunicazione con la madre o il padre non affidatario e con la sua rispettiva cerchia parentale (art. 157). In secondo luogo, è prevista la fattispecie del figlio o della figlia che si trovi in collocamento extrafamiliare in una struttura pubblica o privata, per decisione amministrativa o giudiziaria (art. 158). In questi casi, il dovere di attivazione è attribuito allo Stato, che deve garantire la comunicazione sia con i titolari della responsabilità genitoriale, sia con gli altri parenti (art. 158).

Indipendentemente dalle questioni in ordine all'affidamento e alla gestione della responsabilità da parte dei titolari della stessa, il codice delle famiglie cubano sancisce il diritto di avere e di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale (zii, cugini, nipoti, fratelli, ecc.) e con persone affettivamente vicine al minore (art. 160). Quest'ultimo aspetto, in effetti, appare una conferma della rilevanza sociale e giuridica dei rapporti affettivi e dell'appartenenza a un gruppo «familiare», a prescindere da legami formali, biologici, di convivenza o del diritto, nel solco di quella vita familiare, espressamente prevista dall'art. 8 Cedu, e resa giuridicamente pregnante anche dal nuovo art. 2 del codice cubano ("Riconoscimento delle famiglie").

L'art. 2 non solamente riconosce la famiglia come cellula fondamentale della società, la protegge e contribuisce alla sua integrazione, al suo benessere, al suo sviluppo sociale, culturale, educativo ed economico, all'adempimento delle sue responsabilità e crea le condizioni che garantiscono l'adempimento delle sue funzioni come istituzione e

gruppo sociale; ma anche riconosce e garantisce le diverse forme di organizzazione delle famiglie, basate su relazioni affettive, che si creano tra parenti, indipendentemente dalla natura della parentela, e tra coniugi o partner affettivi. Sulla scorta di questa prescrizione, è sempre l'art. 2 che attribuisce ai membri delle famiglie il compito di adempiere ai loro doveri familiari e sociali sulla base dell'amore, dell'affetto, della considerazione, della solidarietà, della fraternità, della compartecipazione, della cooperazione, della protezione, della responsabilità e del rispetto reciproco.

Infine, le norme prevedono anche una dimensione patologia e rimediale in caso di mancato rispetto dell'obbligo di facilitare la comunicazione tra i familiari: così l'art. 161 nell'ipotesi di limitazione, rifiuto, sospensione e modifica del regime di comunicazione familiare, il tribunale può limitare, negare, sospendere o modificare il diritto dei genitori, del genitore o di altri parenti le relazioni con i bambini e gli adolescenti, se non rispettano i loro doveri o se il rapporto e la frequentazione possano danneggiare il loro interesse superiore. Il dovere di mantenere una adeguata frequentazione è violato non solamente nel caso di inadempimento da parte del titolare del dovere, ma anche nell'ipotesi di un'opposizione ripetuta e ingiustificata alla comunicazione, ovvero dell'assunzione di condotte ostacolanti, denigranti e annullanti dell'altra figura parentale e/o di un ramo parentale. In queste ipotesi, il tribunale competente adotterà le misure correttive e opportune a seconda delle circostanze, fino alla limitazione o al mutamento del regime di affidamento o al divieto di frequentazione.

Il superiore interesse di minori e adolescenti è presuntivamente leso in caso di abusi sessuali o maltrattamenti fisici o psicologici, ovvero anche quando quelli sono vittime dirette o indirette di violenza domestica in qualsiasi sua manifestazione, o in qualsiasi altro caso ritenuto necessario dal tribunale.

Nel caso di minori collocati fuori dalle famiglie, presso comunità di accoglienza pubbliche o private, chi ha la responsabilità della struttura di accoglienza potrà chiedere alla Procura di sollecitare il tribunale a stabilire tali misure.

Secondo un principio tradizionale del diritto di famiglia e dei minori, l'art. 162 c.c. prevede la rivedibilità dei provvedimenti adottati dal tribunale: le disposizioni assunte dal giudice competente in materia di affidamento e di regime di comunicazione familiare possono essere modificate in qualsiasi momento, nell'evenienza in cui ciò si riveli

opportuno a causa di un mutamento delle circostanze che ne hanno determinato l'adozione. Come già indicato, la violazione e l'inadempimento, così come le condotte ostative che influiscono e danneggiano le relazioni, le frequentazioni e la comunicazione con le figure genitoriali, parentali e possono, sempre ai sensi dell'art. 162 c.c., essere motivo di modifica del regime di affidamento, fatta salva la responsabilità civile e penale che può derivare dall'adozione di detti comportamenti.

È bene evidente dagli artt. 161 e 162 c.c., concludendo, che solo il tribunale può limitare, negare, sospendere o modificare il diritto dei genitori, del genitore o di altri parenti le relazioni con i bambini e gli adolescenti: ogni limitazione, mutamento, sospensione non può avere luogo nello studio notarile, né in mediazione. Come osservato in sede di accordi di genitorialità e della loro violazione, le regole rimediali speciali di cui agli artt. 161 e 162 in tema di «comunicazione familiare» non ostano alla configurabilità e all'ammissibilità del regime ordinario della responsabilità civile endofamiliare, così come della eventuale responsabilità penale.

Nel loro complesso, le nuove norme rappresentano un'innovazione audace e visionaria che rispecchia una realtà sociale e che esige da rilevanza agli interessi coinvolti, da riconoscere ma anche da proteggere. Questo corpus normativo nuovo, al contempo, rappresenta una sfida per gli operatori giuridici e dell'ambito giuridico, che si debbono aprire a logiche nuove e ad esperienza affettive, familiari e genitoriali inedite, non necessariamente formalizzate o legate a fondamenti della biologia, contribuendo così alla costruzione di un immaginario sociale nuovo.

17. Le altre istituzioni di tutela e protezione nel contesto familiare

Gianni Ballarani

SOMMARIO: 17.1. Uno sguardo d'insieme ai contenuti del Titolo VIII. – 17.2. La tutela di fatto. – 17.3. La tutela dei minori di età e la tutela degli anziani e disabili. – 17.4. Il contenuto generale della tutela di fatto. – 17.5. Il riconoscimento giudiziario della tutela di fatto, i controlli e l'estinzione. – 17.6. La cura dell'ospite. L'affidamento familiare dei minorenni: contenuti, finalità e doveri. – 17.7. La cura dell'ospite. L'affidamento familiare di adulti anziani o in una situazione di disabilità: contenuti, finalità e doveri. – 17.8. Il contratto di affidamento: forma, contenuti, effetti ed estinzione. – 17.9. L'Affidamento istituzionale dei minorenni. Ambito di applicazione, oggetto e scopo: la natura residuale dell'istituto. – 17.10. Il ruolo dei gestori e il controllo sulla gestione. – 17.11. Le famiglie solidali collegate a centri e case di assistenza sociale: ruolo e responsabilità. – 17.12. Responsabilità della famiglia solidale e permanenza del minore.

17.1. Uno sguardo d'insieme ai contenuti del Titolo VIII

Il titolo VIII del Codice, dedicato alle “Altre Istituzioni di tutela e di protezione nel contesto familiare”, raccoglie la disciplina in materia di tutela di fatto (Capitolo II); di cura dell'ospite (Capitolo III) nel cui contesto si colloca la disciplina dell'affidamento familiare dei minorenni (Sezione I) e quella dettata per le persone anziane e in situazione di disabilità (Sezione II); di affidamento istituzionale dei minori (Capitolo IV) con particolare riguardo alla disciplina generale (Sezione I) ed alle famiglie solidali collegate a centri e case di assistenza sociale (Sezione II); nonché alla fornitura volontaria di alimenti (Capitolo V, al cui commento si rimanda). A ciò segue la disciplina sulla tutela (Capitolo VI),

recante, oltre alle disposizioni generali (Sezione I), le regole sull'esercizio della stessa (Sezione II) e sul registro delle tutele (Sezione III); e quella sulle persone che assistono i familiari (Capitolo VII).

In apertura del Titolo VIII, il Legislatore si è premurato di dettare in un'unica norma (Capitolo I, art. 332), una regola di coordinamento con la disciplina dell'affido e dell'assistenza familiare. La norma impone, infatti, un necessario vincolo di coerenza e di non contraddizione tra le disposizioni sulla tutela e l'affidamento di fatto delle persone minori di età e la disciplina codicistica in merito alla delega volontaria dell'esercizio della responsabilità genitoriale; ai diritti delle nonne, dei nonni, degli altri parenti e delle persone affettivamente vicine; ai doveri e i diritti delle madri e dei padri affini nei confronti delle figlie e dei figli affini; nonché alle norme per gli assistenti familiari.

17.2. La tutela di fatto

La tutela di fatto trova la sua disciplina nel Capitolo II del Titolo VIII (articoli 333 ss.). L'istituto è volto a regolare le ipotesi in cui una persona legata da vincoli familiari o affettivi, senza esservi obbligata per legge e senza nomina giudiziaria o amministrativa, assume in modo volontario e continuativo (temporaneamente per i minori: art. 335; transitoriamente o definitivamente per gli adulti: art. 336) doveri di cura personale e patrimoniale nei confronti di minorenni, anziani o persone in situazione di disabilità, purché in assenza di altre misure volontarie o giudiziarie efficacemente applicate (art. 333).

A ciò si aggiunge l'ipotesi della "tutela amministrativa di fatto" contemplata all'art. 342 e posta *ex lege* a carico del gestore del centro di assistenza per l'ipotesi in cui l'ospite sia soggetto alla responsabilità genitoriale o tutoria.

Già ad una prima lettura della norma di cui all'art. 333 di apertura dell'istituto, emerge con chiarezza la linea di continuità con i principi costituzionali che hanno ispirato la redazione del codice delle famiglie.

Il senso della disciplina della tutela di fatto si rinviene, infatti, nella prospettiva solidaristica (art. 3.1, lett. d), attraverso la quale si comprende il senso del valore giuridico della sussidiarietà (*subsidium ferre*: portare aiuto) e della valenza centrale nel nuovo codice dell'affetto e

del prendersi cura dell'altro.

In piena armonia con i principi costituzionali e, correlatamente, con i principi convenzionali riguardo la protezione dei fanciulli (Convenzione di New York del 1989) e delle persone con vulnerabilità (Convenzione di New York del 2006), il concetto di "famiglia" si svincola dal dato strettamente giuridico-formale, per ancorarsi, nella prospettiva pluralista (art. 3.1, lett. b), al principio di effettività volto al riconoscimento della relazione socio-affettiva (art. 3.1, lett. e) come elemento di garanzia primario per la cura dell'altro.

La pietra angolare del riconoscimento di valenza giuridica della tutela di fatto è, infatti, la spontaneità dell'agire. Una spontaneità che va oltre il legame familiare, estendendosi al più generale legame affettivo; una spontaneità alla quale il legislatore accorda valenza fondativa, là dove sottolinea l'assenza di obblighi legali o nomine formali. La spontaneità nel prendersi sistematicamente cura del benessere personale e materiale di persone minori di età o anziane o in situazioni di disabilità è, pertanto, la spia del principio costituzionale della solidarietà: l'istituto si radica, così, tra quelli posti dall'ordinamento a garanzia del valore della persona umana e a protezione delle situazioni di maggiore fragilità.

17.3. La tutela dei minori di età e la tutela degli anziani e disabili

Sotto il profilo sostanziale, la normativa distingue il profilo della tutela di fatto a seconda che questa si orienti a persone minori di età o anziani e disabili.

Sempre nell'ottica solidaristica, l'art. 335, disciplinando la tutela di fatto dei minori di età, dispone che questa abbia natura temporanea e venga mantenuta fino a quando non venga ristabilita la responsabilità genitoriale dei suoi titolari; ovvero non sia autorizzata giudizialmente l'adozione del minore; o ancora non venga concessa una delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale con atto notarile o con approvazione giudiziale; o il minore non sia sottoposto a tutela; oppure non si adotti qualsiasi altra misura stabilita dal codice civile a protezione dei minori di età. In questo contesto emerge il rinvio al sistema di coordinamento con la disciplina dell'affido e dell'assistenza fami-

liare operato dall'art. 332. Del resto, la norma deve leggersi nella unitaria prospettiva della tutela del superiore interesse delle persone minori di età ad un sano e armonico sviluppo psicofisico, dovendosi garantire la misura della protezione del minore in rapporto alla concreta situazione di fatto che lo vede coinvolto e tenendo conto di come questa, variando nel tempo, possa giustificare l'adattamento dello strumento attuato, ma anche la sostituzione del mezzo di tutela con altro maggiormente idoneo.

Per converso, la tutela di fatto degli adulti (art. 336) si orienta nella duplice direzione della transitorietà o della definitività, a seconda dell'esigenza che la determina e delle situazioni contingenti che possono incidere sull'andamento della tutela medesima. In tal senso, infatti, proprio nell'ottica di adattare alla specificità del caso concreto la misura della tutela, la norma dispone che essa possa avere natura permanente; in questo caso, viene in rilievo, per un verso, la correttezza nell'esercizio della tutela (potendo l'inadempimento giustificarne l'estinzione) e, per altro verso, la sopravvenuta eventuale esigenza di adottare una differente misura di protezione. L'opzione transitoria è invece rimessa alla libera determinazione tra le parti, lasciando spazio alla norma alla decisione volontaria, ovvero alla decisione giudiziale.

La disciplina riflette, pertanto, la volontà del legislatore di rendere lo strumento, in primo luogo, integrato con le altre misure a protezione degli anziani e dei disabili e, in secondo luogo, sufficientemente flessibile al fine di potersi adattare alla concreta esigenza delle parti interessate.

Non a caso, l'art. 341, individua le ragioni che comportano l'estinzione della tutela di fatto, per un verso, nel venir meno delle cause che l'hanno generata ma, per altro verso, nell'esigenza di adottare altre misure di protezione che, per il loro contenuto, sono incompatibili con il suo esercizio.

17.4. Il contenuto generale della tutela di fatto

Avuto riguardo ai contenuti della tutela di fatto, proprio in ragione della radice spontanea della stessa, l'art. 337 contiene l'azione di colui che esercita la tutela primariamente entro l'ambito del necessario com-

pimento di atti di natura personale, di cura e di assistenza e, secondariamente, entro l'ordinaria amministrazione patrimoniale. In tal senso, infatti, mancando il presupposto del conferimento giuridico della tutela (non a caso, qualificata "di fatto", proprio a voler sottolineare l'assenza della fonte giuridica), il legislatore ha contenuto le facoltà giuridicamente riconosciute al tutore di fatto entro ciò che naturalmente si compie a vantaggio e a supporto spontaneo dell'altro, non in forza di un dovere giuridico, ma di un dovere di natura morale e affettiva.

L'intervento normativo è così orientato primariamente a sottolineare come il tutore di fatto non possa agire per scopi egoistici, ma altruistici, ponendo in capo a questo il dovere di proteggere l'interessato e di agire nel suo interesse e distinguendo, anche in questo contesto, l'ipotesi in cui la persona destinataria della tutela di fatto sia un minore di età, ovvero un maggiorenne (art. 337). Anche questa disposizione trova, dunque, pieno conforto nei principi dettati all'art. 3 del codice – e in particolare il principio del rispetto di cui all'art. 3.1, lett. j, ed ancorati al valore intrinseco della persona umana riconosciuto dalla Costituzione del 2019.

Con riguardo ai minori di età, in armonia con il pieno riconoscimento come soggetti di diritto la cui personalità è in formazione, la norma pone in capo al tutore di fatto il dovere di rispettarne le capacità e di valorizzarne la autonomia progressiva. In altri termini, il compito di cura che assume il tutore di fatto è equiparato ai doveri genitoriali volti a garantire il sano e armonico sviluppo psico-fisico del minore: questi è chiamato ad adempiere agli oneri di formazione educativa nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore, contribuendo alla formazione e al consolidamento della sua identità personale. Se la prospettiva è quella della genitorialità responsabile, implicitamente connesso all'adempimento di questi doveri è, pertanto, l'ascolto del minore (ancorché non contemplato espressamente tra i doveri del tutore di fatto), come elemento determinante al fine di comprenderne gli orientamenti, di poter contribuire al suo sviluppo cognitivo e di poterlo affiancare e indirizzare nella comprensione, nel discernimento e nelle scelte, specie se incidenti sullo sviluppo della sua personalità, a che possa progredire verso la piena maturazione acquisendo sempre maggiore consapevolezza di sé e sempre maggiore autonomia.

Con riguardo alla tutela dei maggiorenni, anch'essa soggetta ai medesimi limiti di azione sul piano personale e patrimoniale, la norma

pone in capo alla persona che esercita la tutela il dovere di rispettarne i desideri, le volontà e le preferenze, facilitando il processo decisionale della persona sotto tutela (art. 337). In questo contesto, il contenuto della disposizione trova evidente giustificazione proprio nell'essere oggetto della tutela una persona il cui processo di sviluppo si è già compiuto ma le cui capacità potrebbero, per un verso, degradare con l'avanzare del tempo in modo regressivo o, per altro verso, essere compromesse da situazioni di patologia in atto. Così, a fronte di una situazione di fragilità stabile o lentamente progressiva il compito del tutore di fatto declinerà verso una funzione di affiancamento e supporto sussidiario che rispetti i margini di capacità "residuale" e la pienezza dell'agire là dove possibile; a fronte di una situazione cognitiva peggiore, il compito del tutore di fatto non potrà che essere sostitutivo, ma pur sempre entro i limiti generali personali e patrimoniali imposti dall'art. 337 per questa specifica forma di tutela. Oltre quel limite potrà rendersi opportuno procedere a maggior protezione del soggetto interessato, anche radicando una forma differente di tutela.

17.5. Il riconoscimento giudiziario della tutela di fatto, i controlli e l'estinzione.

Fermo restando che l'istituto in analisi ha ad oggetto una tutela di fatto, che dunque non si fonda su un previo atto giuridico costitutivo, in forza della rilevanza giuridica che il legislatore riconosce al rapporto tra tutore di fatto e persona interessata, l'art. 338 prevede che colui che esercita la tutela di fatto possa richiederne giudizialmente il riconoscimento attraverso un procedimento di volontaria giurisdizione.

La norma in questione deve confrontarsi con l'art. 334, che consente di dimostrare l'esistenza del rapporto di tutela con atto notorio anche notarile, per mezzo di un atto di notorietà o con qualsiasi altro mezzo di prova valido per legge. Se quest'ultima disposizione contiene l'accertamento entro il piano probatorio, per converso l'art. 338 riflette una logica sostanziale che, evidentemente, comprende l'accertamento del rapporto, ma non si esaurisce in questo. Non a caso, l'art. 338 lega il riconoscimento giudiziario, non solo all'esistenza del rapporto di tutela (per la quale è sufficiente il ricorso ai mezzi di prova di cui all'art. 334), bensì anche e soprattutto agli atti che nel contesto dell'esercizio

della tutela vengono compiuti e dei poteri per compierli, con particolare riguardo al contesto di quegli atti specifici che possono comportare “rischi per la vita, la salute, l'integrità fisica o la libertà della persona sottoposta alla sua tutela quando questa non è in grado di farlo da sola”. Si tratta, in altri termini, di un atto giudiziale a scopo autorizzativo, come del resto precisato dalla medesima norma là dove fa riferimento alle ipotesi in cui la natura dell'atto da compiersi nell'interesse del minorenne richieda la prova della rappresentanza. In questa ipotesi, infatti, l'art. 338 dispone che la persona che esercita la tutela di fatto deve richiedere specifica autorizzazione giudiziaria al relativo compimento.

Al riguardo, non può, però, omettersi di configurare l'ipotesi in cui alla volontà del tutore di fatto si possa contrapporre una volontà divergente di altra persona comunque legata al soggetto sottoposto alla tutela di fatto, magari altrettanto legata da vincoli familiari o affettivi con l'interessato e che, dunque, ritiene aver titolo per opporsi al riconoscimento giudiziario richiesto dal tutore di fatto. In questa ipotesi, si dovrebbe reputare necessaria la chiusura del procedimento di volontaria giurisdizione e la correlata apertura del procedimento contenzioso. Non a caso, l'art. 339 prevede che, non solo il pubblico ministero, ma chiunque vanti un legittimo interesse possa richiedere giudizialmente l'istituzione di adeguate misure di controllo e di vigilanza sull'operato del tutore (art. 339), nonché che lo stesso sia chiamato a riferire sul suo operato e a rendere conto della situazione della persona e dei beni oggetto di tutela. Conseguentemente, l'ipotesi del conflitto di interessi con la persona della cui tutela di tratta e quella dell'eventuale disaccordo sulla linea adottata dal tutore sono implicitamente considerate dal legislatore.

Ulteriore conferma di quanto sinora affermato si rinviene nel successivo art. 340, nella parte in cui, contemplando il diritto del tutore di fatto al rimborso per le spese sostenute e al risarcimento del danno al proprio patrimonio in ragione dell'esercizio della tutela e ponendole a carico del patrimonio del tutelato salvo altri mezzi per indennizzare i costi e i risarcimenti, specifica in primo luogo che questi saranno dovuti a condizione che non si dimostri la condotta (colposa o dolosa) pregiudizievole per il tutelato.

La norma in parola specifica, peraltro, che non possano essere oggetto di contestazione gli atti che il tutore di fatto compie nell'interesse del minore o a beneficio dell'adulto, purché rientranti nell'ambito delle

sue competenze. In questo contesto, pare così potersi affermare che, qualora l'atto sia stato oggetto di autorizzazione giudiziale, la corrispondenza all'interesse del tutelato sia dimostrata *in nuce*, essendo stata oggetto di valutazione giudiziale nel contesto del procedimento di volontaria giurisdizione volto ad autorizzarne lo svolgimento; per converso, nell'ipotesi in cui l'atto (rientrante nelle facoltà del tutore di fatto) sia stato compiuto dal tutore senza la previa autorizzazione giudiziale, questo potrà essere oggetto di contestazione in un giudizio il cui esito sarà segnato dall'accertamento della corrispondenza o meno all'interesse del tutelato dell'atto in questione; giudizio al quale si applicheranno le regole sulla responsabilità extracontrattuale di cui al Codice Civile e nel contesto del quale si potrà richiedere il risarcimento del danno causato alla persona bisognosa di tutela e il cui ammontare dovrebbe andare a beneficio del patrimonio del tutelato. Legittimati attivi all'azione saranno il pubblico ministero e chiunque abbia un legittimo interesse a far valere le ragioni del tutelato, ovvero chiunque lamenti un danno *iure proprio* che assuma essere (e dimostri essere) riconducibile causalmente alla condotta del tutore di fatto.

Da ultimo, nel contesto della precedentemente richiamata norma sulle cause di estinzione della tutela di fatto (art. 341) e legate al venir meno delle cause che l'hanno generata, ovvero all'adozione di altre misure di protezione che, per il loro contenuto, sono incompatibili con il suo esercizio, la norma dispone che al termine della tutela di fatto, qualora ne sussistono i presupposti ovvero lo si ritenga necessario, l'autorità giudiziaria possa richiedere al tutore di fatto il resoconto finale della sua gestione.

17.6. La cura dell'ospite. L'affidamento familiare dei minorenni: contenuti, finalità e doveri

Il Capitolo III del Titolo VIII del Codice, dedicato alla "Cura dell'ospite" raccoglie le regole volte al governo dell'affidamento familiare dei minorenni (Sezione I, artt. 343-354) e dell'affidamento familiare degli adulti anziani o in situazione di disabilità (Sezione II, artt. 355-362).

L'affidamento familiare dei minorenni è una misura di protezione,

disposta dall'autorità giudiziaria (anche eventualmente in via d'urgenza e per un periodo di sei mesi al massimo, fino all'assunzione del provvedimento definitivo: art. 352), alla quale ricorrere nelle ipotesi in cui il minore sia privo dell'ambiente familiare d'origine, ovvero quando questo non sia in grado di garantire il suo benessere, nonché qualora sia privato della necessaria assistenza affettiva o materiale in conseguenza del mancato o inadeguato esercizio dei doveri di protezione da parte di coloro che sono investiti della responsabilità genitoriale (art. 343).

Posto che la presente Sezione non contiene disposizioni che individuino i soggetti chiamati a procedere alla segnalazione delle situazioni che possano giustificare il ricorso all'affidamento familiare, indicazioni in tal senso si rinvencono all'art. 365, dettato in materia di affidamento di minori in istituto e che, disciplinando la procedura per gli internamenti urgenti, legittima chiunque (persona, funzionario o istituzione) che, nell'adempimento delle proprie responsabilità, venga a conoscenza delle situazioni di fatto indicate dal Codice per il ricorso a queste misure di protezione dei minorenni. Ancóra ai sensi dell'art. 365, le segnalazioni in parola dovranno essere effettuate alle competenti autorità pubbliche (Ministero dell'Educazione, Ministero della Salute Pubblica, Procura della Repubblica), ferma la competenza a disporre la misura in capo all'autorità giudiziaria (art. 343).

L'art. 343 di apertura della disciplina sull'affidamento familiare di minorenni, definendo le ragioni che ne determinano il ricorso e individuando lo scopo nella necessità di fornire al minore un ambiente familiare maggiormente conforme alle sue esigenze affettive e di sviluppo, in base alle sue condizioni, segna con chiarezza i contorni della materia, rendendo agevole la comprensione dello sviluppo logico delle regole che la definiscono. In questa direzione, una prima indicazione fondamentale si rinviene in apertura della norma, là dove il legislatore specifica che l'affidamento familiare deve considerarsi misura preferenziale rispetto alla collocazione in istituto del minorenne (artt. 363 ss.) che si trovi nelle condizioni precedentemente indicate. In altri termini, la norma fornisce una indicazione fondamentale per il giudice, il quale, a fronte delle situazioni che determinano l'esigenza di provvedere all'affidamento, dovrà primariamente sondare ogni possibilità di applicare la disciplina in oggetto e solo nell'ipotesi di impossibilità concreta di darne attuazione, disporrà la collocazione del minore in

istituto. La norma accorda, pertanto, al giudice un ampio spazio di valutazione discrezionale del ventaglio di possibilità per far fronte all'esigenza concreta del minore limitandolo esclusivamente nel prevedere come preferenziale il rimedio dell'affidamento familiare.

Relegare il collocamento in istituto a misura residuale alla quale ricorrere come *extrema ratio* solo qualora l'affidamento familiare non sia possibile o sia contrario all'interesse concreto del minore, sta a significare la corretta prospettiva adottata dal legislatore, di intendere maggiormente conforme all'interesse superiore del minore il provvedere all'inserimento in un contesto familiare altro rispetto a quello d'origine. Il dato trova, del resto, conforto nel successivo art. 344; la norma in parola, nell'individuare l'oggetto dell'affidamento, specifica che l'istituto persegue lo scopo preferenziale di garantire che la persona minore sia mantenuta in un ambiente familiare che possa offrirgli le condizioni che favoriscono il suo sviluppo integrale e armonioso, sin tanto che non si trovi una soluzione adeguata e permanente per il suo pronto reinserimento nel nucleo familiare di origine o, se necessario, per facilitare la sua successiva adozione.

La precisazione offerta dal legislatore a chiusura dell'art. 344, per un verso, lascia comprendere la temporaneità della misura e, per altro verso, i naturali sviluppi della vicenda dell'affidamento.

Viene, così, in rilievo, in prima battuta, l'art. 347, che espressamente prevede come tratto essenziale dell'affido familiare dei minori il carattere provvisorio e transitorio della misura di protezione. Essendo l'affido istituito, del resto, intrinsecamente legato alle cause che ne determinano il ricorso, le sorti dello stesso sono debitamente legate all'evoluzione o all'involuzione della situazione di fatto che ne ha fondato l'esigenza. Non a caso, la norma contiene la misura entro la sussistenza della situazione e non oltre la risoluzione dei problemi che impediscono ai titolari della responsabilità genitoriale di esercitarla adeguatamente.

Il dato fornisce un elemento fondamentale per la comprensione della finalità dell'istituto e per le ulteriori regole che lo governano. Come misura temporanea e transitoria, l'affidamento dei minori chiama al confronto la situazione del minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo a garantirgli il suo sano e armonico sviluppo psico-fisico con le vicende della famiglia di origine (là dove presente). Non a caso, l'art. 345, nell'individuare i soggetti coinvolti nell'affidamento familiare, fa menzione dei minori bisognosi di essere

affidati a una famiglia perché privi delle cure di coloro che sono legalmente obbligati a farlo; della famiglia affidataria, i cui componenti devono possedere i requisiti previsti per chi viene nominato tutore (art. 346) e, non ultimo, della famiglia d'origine che, per vari motivi, non è in grado di fornire le cure necessarie al minore. A ciò si aggiunge il naturale richiamo al coinvolgimento dell'ufficio del pubblico ministero e del tribunale, in ragione del procedimento giudiziale di costituzione dell'affidamento familiare e delle esigenze di vigilanza e controllo dell'andamento dello stesso nel contesto di accoglienza, dell'eventuale rapporto con la famiglia di origine, degli sviluppi in senso evolutivo o involutivo dell'idoneità genitoriale di quest'ultima e dei margini e dei tempi di recupero delle loro funzioni genitoriali.

Questa fondamentale "triangolazione" necessaria tra minore, famiglia affidataria e famiglia di origine è ben tenuta presente dal legislatore, tanto là dove prevede che il giudice riceva l'opinione del minore, quanto in punto di selezione degli affidatari, quanto ancora in rapporto alle catene di affetti tra il minore e la famiglia di ordine per un verso e la famiglia affidataria per altro verso, quanto, da ultimo, in relazione alle vicende evolutive o involutive che possono determinarsi durante il periodo di vigenza della misura e che incideranno sulla stessa.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo l'art. 354 che richiede l'ascolto del parere del minore ai fini della formalizzazione dell'affidamento. La norma garantisce, infatti, il rispetto dell'opinione del minore in rapporto alla autonomia progressiva, non solo con riguardo al fatto dell'affidamento, ma anche in relazione alla famiglia che lo accoglierà. Del resto, se l'ascolto può consentire al minore di offrire la propria lettura della situazione familiare, l'opinione espressa dal minore può fornire elementi al giudice per vagliare il margine del buon esito dell'andamento della misura di protezione, ma anche offrire elementi concreti sull'eventuale consistenza degli affetti rispetto agli affidatari.

In relazione al secondo profilo, l'art. 350 consente al giudice di individuare la famiglia affidataria, sia nell'ambito della famiglia allargata del minore, sia in un contesto familiare ad esso estraneo. Rimane al fondo della decisione, non solo la concreta disponibilità di affidatari legati al minore da vincoli formali di parentela o affinità e sostanziali di affetto, quanto piuttosto la valutazione in concreto della idoneità della famiglia affidataria a prendersi cura del minore e ad assumere temporaneamente le funzioni genitoriali.

Questo profilo si raccorda al terzo, individuato nelle catene di affetti originarie e con gli affidatari. Vero è che l'art. 347 precisa che l'affidamento familiare non è idoneo a creare un legame giuridico familiare tra la famiglia affidataria e il minore affidato, ma altrettanto vero è che la relazione stabile – seppur temporanea – radica rapporti affettivi tendenzialmente reciproci tra minore e affidatari. Il dato di fatto deve leggersi nella prospettiva al fondo dell'istituto, posto che l'interpretazione delle norme deve seguire il principio di favore a che le disposizioni si intendano nel senso maggiormente rispondente alle esigenze di tutela concreta dei soggetti coinvolti nelle procedure familiari e, in particolare, del minore (art. 3.1, lett. h). Argomentando in questa direzione, il canone interpretativo fondamentale rimane quello del superiore interesse di un minore che, nel caso concreto, ha già subito il trauma del vissuto in assenza di un contesto familiare o in un contesto familiare evidentemente attualmente non idoneo a garantirgli il suo sano e armonico sviluppo psicofisico, che giustifica il ricorso all'affidamento. Così, se ragionevolezza e proporzionalità impongono all'interprete di orientare la decisione verso lo scenario minormente lesivo dell'interesse del minore e, allo stesso tempo, maggiormente idoneo a garantire la copertura temporanea affettiva, morale e materiale, altrettanto i medesimi canoni, *in primis*, giustificano l'orientamento della ricerca degli affidatari nel contesto dei rapporti affettivi già radicati dal minore, ma anche aprono alla possibilità che il nuovo o consolidato rapporto affettivo e di cura possa non perdersi con la cessazione delle misure di protezione. In ciò si coglie pienamente il senso del disposto dell'art. 351 (e, al riguardo, si veda anche la disciplina delle famiglie solidali e, in particolare, l'art. 373) che accorda agli affidatari un'opzione preferenziale per l'adozione del minore (qualora ne abbiano i requisiti legali) in forza del principio della continuità affettiva. Del resto, se emerge l'esigenza di consolidare definitivamente il rapporto tra la persona minore e gli affidatari mediante il ricorso all'adozione, il periodo dell'affidamento familiare mostrerà in modo chiaro la compatibilità fra le persone coinvolte e la solidità del rapporto formatosi, rendendo maggiormente probabile il buon esito del consolidamento della relazione genitoriale con il minore.

Da ultimo, in rapporto al quarto profilo, vengono in rilievo le cause estintive dell'affidamento dei minori previste all'art. 353, che chiudono la richiamata "triangolazione" necessaria tra minore, famiglia di origine e famiglia affidataria. L'affidamento cesserà infatti nell'ipotesi di

reinserimento del minore nella sua famiglia d'origine nel momento in cui si dimostri che questa abbia recuperato le criticità che avevano condotto all'adozione giudiziale della misura di protezione, ovvero nell'ipotesi contraria in cui si renda necessario provvedere definitivamente a radicare la genitorialità "sostitutiva" attraverso la procedura di adozione o la tutela del minore.

Accanto a queste ipotesi, l'art. 353 prevede cause naturali o patologiche di cessazione della misura ravvisandole nel raggiungimento della maggiore età ovvero nella morte o dichiarazione di morte presunta dell'interessato; nella morte o dichiarazione di morte presunta della persona che assume la responsabilità principale nell'affido o perché è stata nominata come sostegno intenzionale con poteri di rappresentanza, (tranne nel caso di una coppia o di un'unione affettiva di fatto, nel qual caso il provvedimento di affido sussiste nei confronti del superstita o del convivente che non abbia cause che glielo impediscano a causa della sua situazione di disabilità); per la richiesta della persona che si assume la responsabilità primaria dell'assistenza per un motivo legittimo debitamente giustificato; oppure, da ultimo, a seguito del mancato adempimento dei doveri da parte della famiglia affidataria. Negli ultimi tre casi, la cessazione dell'affidamento familiare può portare a una nuova nomina.

Con riguardo ai doveri assunti nell'affidamento familiare, posto il dovere di rispetto in capo al minore verso la famiglia affidataria (art. 348), i doveri degli affidatari coincidono con quelli di cura personale e affettiva dei minori richiesta ai titolari della responsabilità genitoriale e ai tutori (art. 348, I comma), a cui si aggiunge l'obbligo di fornire (o contribuire a fornire) gli alimenti nell'ipotesi in cui a ciò non possa provvedere la famiglia di origine (art. 349). Per converso, i poteri di rappresentanza o di amministrazione e disposizione dei beni continueranno a spettare ai titolari della responsabilità genitoriale che non ne sono stati privati, ovvero alla persona che esercita la tutela (art. 348, V comma).

Dal punto di vista procedurale, il tribunale ha il compito di designare all'interno della famiglia affidataria la persona che si assume la responsabilità principale dell'affidamento e che ha il diritto di avviare tutte le azioni necessarie per conto del minorenne affidato. Nel caso di coppie o di unioni affettive di fatto, questa responsabilità è congiunta, dunque, a carico dei coniugi o alla coppia affettiva di fatto.

17.7. La cura dell'ospite. L'affidamento familiare di adulti anziani o in una situazione di disabilità: contenuti, finalità e doveri

Con riguardo all'affidamento familiare di adulti anziani o in una situazione di disabilità, la cui disciplina è dettata nella Sezione II del Capitolo III, l'istituto risponde all'esigenza di rispettare il loro diritto a vivere in una famiglia, evitando l'internamento se non opportuno o desiderato. In tal senso dispone l'art. 356, individuando come scopo dell'istituto il poter garantire a queste persone in situazioni di fragilità la possibilità di essere mantenuti nel loro ambiente sociale abituale ovvero di essere inseriti in un ambiente familiare, facilitandone l'integrazione e l'inserimento.

Il rapporto – che si può instaurare fra una o più persone legate tra loro da ragioni affettive, ovvero da una relazione di parentela, nonché fra persone non legalmente obbligate a provvedere al mantenimento reciproco (art. 355) – dovrà determinare una convivenza che si svolgerà nella medesima abitazione di proprietà dell'uno o dell'altro (art. 357) e che riproduca, nella sostanza, quanto fisiologicamente accade nel contesto delle relazioni familiari (art. 356). In tal senso, infatti, ai sensi dell'art. 357, l'affidatario assolverà ai doveri di cura dell'affidato fornendogli alimenti, assistenza, procurandogli il benessere generale e curandolo in situazioni di malattia, nel rispetto della sua capacità di autodeterminazione.

In armonia con il principio costituzionale del rispetto della dignità di ogni persona, sulla cui base si fondano i principi di solidarietà, di rispetto e trova senso il richiamo alla ricerca della felicità (art. 3.1, lett. d, f e j del Codice), con riguardo ai doveri degli affidatari, l'art. 360 impone loro di provvedere ai bisogni materiali e affettivi degli affidati e di perseguirne il bene, garantendo loro il rispetto, la considerazione, la solidarietà, la tutela della salute, un ambiente familiare appropriato e una ricreazione adeguata. Del pari, compito degli affidatari è rispettare e mantenere integri i legami degli affidati con la famiglia e con le persone affettivamente vicine, nonché di tutelare pienamente la loro salute fisica e psicologica, e di favorirne l'integrazione sociale, adottando ogni misura che consenta loro il pieno sviluppo e le relazioni sociali. Nell'ipotesi in cui l'affidamento si rivolga a persone con disabilità, la legge pone in capo agli affidatari il dovere di

informarsi e formarsi sulle modalità più idonee al trattamento delle specifiche condizioni degli affidati al fine di garantire una migliore comprensione e un'assistenza personalizzata.

17.8. Il contratto di affidamento: forma, contenuti, effetti ed estinzione

Sotto il profilo formale, la convivenza viene formalizzata attraverso la sottoscrizione di una convenzione a forma libera, contenente le condizioni, la durata (a seconda delle circostanze e dell'accordo, a tempo determinato o indeterminato: art. 359), le possibili cause di risoluzione e i loro effetti. Qualora, però l'accordo abbia ad oggetto anche la fornitura di alimenti, questo dovrà essere formato con atto pubblico notarile sotto pena di nullità (art. 358) e le determinazioni non potranno derogare alle norme dettate dal Codice in materia di alimenti (art. 357), alla cui disciplina si rinvia.

Con riguardo al contratto di affidamento familiare, occorre innanzi tutto precisare la necessaria capacità di agire di entrambe le parti ai fini della validità dello stesso e, dunque, dell'idoneità dell'atto a produrre effetti. Ciò comporta il fatto che, qualora l'accordo veda come parte affidata una persona in situazione di disabilità, questa non deve essere di tale entità da comprometterne le facoltà mentali, né essere sottoposta a provvedimento di interdizione giudiziale. In questo contesto viene in rilievo la funzione pubblica fondamentale riconosciuta dal Codice al Notaio, chiamato, come pubblica autorità, a svolgere il controllo di legalità in ordine alla convenzione, nel cui contesto, ricevendo l'atto, esplicitamente farà menzione della capacità di agire degli interessati.

In linea di principio, la convenzione può presumersi a titolo oneroso, altrimenti potendosi configurare come vera e propria donazione. In tal senso, qualora il contratto contenga disposizioni di trasferimento immobiliare (o comunque aventi ad oggetto atti soggetti a trascrizione), queste dovranno seguire le forme di pubblicità dichiarativa prescritte dalla legge, ai fini dell'opponibilità ai terzi dei relativi diritti. In questo ambito, il notaio sarà chiamato a svolgere una valutazione di equità rispetto ai contenuti dell'accordo, anche in armonia con il principio di equità posto dall'art. 3.1, lett. f.

Con riguardo ai contenuti dell'accordo, infatti, oltre a quanto prescritto dall'art. 358, questi potranno richiamare formalmente le disposizioni sui doveri degli affidatari previste all'art. 360, nonché puntualizzare le ragioni estintive (art. 361) e gli effetti della stessa, rispetto ai quali la legge consente margine di libera determinazione pattizia (art. 362), salva l'ipotesi in cui la convenzione abbia avuto ad oggetto gli alimenti volontari rispetto ai quali le parti non hanno facoltà di deroga della disciplina legale. Peraltro, l'art. 362 stabilisce che l'estinzione non dà luogo a diritti immobiliari in capo alle parti; ma sembra rimanere ferma la libera pattuizione in tal senso, potendo le parti accordarsi sulla cessione del diritto di proprietà, nonché sulla costituzione di diritti reali di godimento a favore dell'altra.

Del pari, avendo l'atto in questione comunque contenuto patrimoniale, non pare potersi escludere l'apposizione di clausole penali avverso specifici inadempimenti, né l'ammissibilità dell'apposizione di condizioni, mentre legalmente prevista è l'apposizione di termini finali (art. 359).

Ancóra in ragione di ciò, per quanto non previsto dalle parti, all'atto si applicheranno entro limiti di compatibilità le regole sul contratto in generale, così come l'eventuale patologia del rapporto sarà assoggettata alle medesime disposizioni e le contestazioni in ordine all'inadempimento seguiranno la disciplina contrattuale.

Del resto, l'istituto appare dominato dall'autonomia privata; la legge accorda, infatti, alle parti ogni spazio libera determinazione, mantenendo il controllo pubblico delle operazioni nelle ipotesi in cui si richiede l'intervento notarile. A conferma di ciò, è sufficiente richiamare il contenuto dell'art. 361, il quale individua come cause di estinzione dell'affidamento, oltre a quelle naturali (morte o dichiarazione di morte presunta, salvo la sopravvivenza di altre parti), quelle liberamente negoziate fra le parti (ad esempio, dando rilevanza a talune pattuizione che ritengono essenziali ai fini della tenuta della convenzione), l'accordo estintivo per mutuo consenso, ovvero la volontà di recesso unilaterale di una parte (potendosi ammettere la pattuizione del "prezzo" dell'esercizio del recesso) che, peraltro, avrà effetto immediato qualora trovi causa nel mancato adempimento dei doveri pattuiti da parte dell'altra, ovvero nell'aver la parte reso con la propria condotta difficile la convivenza. Da ultimo, la norma contempla come causa generale di estinzione l'inadempimento dei

doveri che spettano agli affidatari nell'assistenza richiesta dalle persone affidate in situazione di disabilità.

17.9. L'Affidamento istituzionale dei minorenni. Ambito di applicazione, oggetto e scopo: la natura residuale dell'istituto

Alla disciplina dell'affidamento istituzionale delle persone minori di età è dedicato il Capito IV del Titolo VIII che raccoglie le disposizioni generali della materia (sezione I, artt. 363-369) e le regole sulle famiglie solidali collegate a centri e case di assistenza sociale (sezione II, artt. 370-374).

Al pari di quanto disposto dall'art. 343 in materia di affidamento familiare, l'art. 363 definisce l'affidamento istituzionale come misura di protezione temporanea, disposta dall'autorità competente (art. 365), individuandone lo scopo (in modo del tutto coincidente con quanto disposto all'art. 344) nel fornire alle persone minori di età adeguata protezione e attenzione ai bisogni affettivi e di sviluppo in base alle loro condizioni nelle ipotesi in cui queste siano private del loro ambiente familiare d'origine o quando è impossibile garantirne adeguatamente il benessere, o in conseguenza del mancato o inadeguato esercizio della responsabilità genitoriale, e sempre con l'obiettivo preferenziale di un loro pronto reinserimento nel nucleo familiare d'origine o, a seconda dei casi, di facilitarne l'affidamento o l'adozione, in conformità con il loro superiore interesse. Anche il fine dell'istituto coincide, dunque, con quello perseguito dall'affidamento familiare, individuato all'art. 344 nel consentire a questi minori di vivere temporaneamente in un contesto (nel caso di affido in istituto, para-familiare) idoneo a favorirne lo sviluppo integrale e armonioso.

Dal confronto con l'art. 343, emerge, pertanto, in ultima analisi, la funzione residuale dell'affidamento dei minori ai centri di assistenza sociale, siccome volta a consentire loro condizioni di vita simili a quelle di una casa in contesti collettivi istituzionali (art. 363). Che l'affidamento dei minori ai centri di assistenza sociale sia da intendersi come *extrema ratio*, trova, infatti, conferma espressa all'art. 343 (di apertura del Capitolo III sulla Cura dell'ospite), nella parte in cui la norma individua come misura preferenziale l'affidamento familiare di

quei minorenni che si trovino nelle medesime condizioni previste all'art. 364.

Come precedentemente riportato in commento dell'affidamento familiare, infatti, il legislatore presume maggiormente conforme all'interesse del minore il collocamento in famiglia e solo là dove questo non sia possibile o conforme all'interesse del minore potrà disporre l'affidamento del medesimo in istituto. In questa direzione, il combinato disposto degli artt. 343, 344 e 364 fornisce indicazioni fondamentali al giudice, chiamandolo a vagliare primariamente ogni possibilità di collocamento familiare del minore e solo nell'ipotesi di impossibilità concreta da valutarsi caso per caso, in rapporto alla condizione del minore, del contesto socio-familiare in cui questo vive e delle possibilità alternative che si offrono, provvedere alla collocazione dello stesso in istituto.

L'art. 365, nel dettare la procedura per gli internamenti urgenti, offre indicazioni fondamentali (e da ritenersi generali) in ordine ai soggetti in capo ai quali sorge il dovere di segnalare le situazioni di disagio dei minori che possono comportare il ricorso a queste misure di protezione (minori che si trovano in uno stato di mancanza di protezione, di rischio o di abbandono, o i cui titolari della responsabilità genitoriale, i tutori o i curatori legali siano in grave violazione dei loro doveri), individuandoli in coloro (qualsiasi persona, funzionario o istituzione) che, nell'adempimento delle proprie responsabilità, ne vengano a conoscenza. Competenti a conoscere delle segnalazioni in tal senso sono il Ministero dell'Educazione, il Ministero della Salute Pubblica (che, a fronte dell'urgenza dovranno garantire immediatamente l'accoglienza del minore in uno dei centri di assistenza sociale dedicati) e la Procura della Repubblica, che provvederanno a disporre le necessarie verifiche attraverso il compimento di indagini e a valutare la misura più idonea. Là dove, però, l'art. 363 specifica che la misura sia disposta dalla "autorità competente", questa deve individuarsi esclusivamente nell'Autorità giudiziaria, giusto quanto previsto all'art. 343 in materia di affidamenti familiari dei minori, che espressamente la investe del ruolo.

17.10. Il ruolo dei gestori e il controllo sulla gestione

Con riguardo al ruolo dei gestori dei centri e delle case di accoglienza sociale, l'art. 366 li investe di una duplice forma di tutela dei minori affidati alle loro cure, in rapporto alle condizioni dei minori medesimi: se questi sono privi di figure che esercitino la responsabilità genitoriale o la tutela, la tutela dei gestori sarà amministrativa e, dunque, questi avranno anche la rappresentanza tutoria (art. 396); qualora, invece, i minori accolti in struttura abbiano chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela, i gestori avranno la tutela amministrativa di fatto, contemplata all'art. 342.

In entrambe le ipotesi, i gestori e il personale addetto sono chiamati dall'art. 367 a garantire ai minori la continuità dei legami affettivi con la famiglia d'origine, con i parenti e con le persone a loro legate, favorendone i rapporti e la relazione e, per quanto possibile, ad operarsi a che il minore possa ritornare nel contesto familiare suo proprio, ovvero a predisporre il loro affidamento familiare. Dirimente, in queste direzioni, è che la relazione non sia sin dall'origine contraria al superiore interesse del minore, ovvero non lo diventi in corso d'opera. Non a caso, l'art. 368, disponendo in ordine alle condizioni e ai termini per promuovere la privazione della responsabilità genitoriale, prevede che qualora i titolari della responsabilità genitoriale non adempiano ai loro doveri nei confronti delle figlie e dei figli trascurandoli in modo evidente, sistematico e ingiustificato per centottanta giorni, decorso questo termine il gestore dovrà avviare le procedure prodromiche all'adozione di cui all'art. 192 del Codice: entro 30 giorni lavorativi dovrà presentare la cartella sociale debitamente motivata alla Procura della Repubblica che, nei successivi trenta giorni lavorativi, se la riterrà completa, promuoverà l'azione davanti al tribunale competente, ovvero, se la riterrà incompleta chiederà al gestore le necessarie integrazioni accordandogli dieci giorni per adempiere.

L'attività svolta nel contesto dell'affidamento istituzionale dei minorenni dei tutori e dei curatori amministrativi di fatto è, peraltro, soggetta al controllo annuale della Procura della Repubblica, ai sensi dell'art. 369, legittimata ad adottare ogni decisione che riterrà necessaria nell'interesse del minore.

17.11. Le famiglie solidali collegate a centri e case di assistenza sociale: ruolo e responsabilità

La Sezione seconda del Capitolo IV è dedicata alla disciplina delle famiglie solidali collegate a centri e case di assistenza sociale, ossia a quelle famiglie che si rendono disponibili a ospitare i minori accolti nei centri istituzionali per i periodi di vacanza (fine settimana, festività o altri periodi), contribuendo alla cura del minore vive fornendogli un supporto affettivo ulteriore (art. 370).

Raccolta la disponibilità di una famiglia al compito solidale, è dovere dei responsabili dei centri di accoglienza procedere alle valutazioni del caso, ricorrendo ai criteri determinati da specialisti legittimati a vagliarne l'idoneità ai compiti di cura del minore, e ad autorizzarle, designando in quei contesti coloro a cui affidare la responsabilità principale della cura dei minori (art. 371). Ai fini dell'inserimento del minore presso la famiglia di sostegno, la medesima ultima norma prevede che venga ascoltato il parere del minore, nel rispetto delle sue capacità e della sua progressiva autonomia. Del resto, ancorché per brevi periodi, venendosi a radicare un rapporto comunque affettivo tra i componenti della famiglia solidale e il minore medesimo, non pare potersi prescindere dall'opinione espressa da quest'ultimo, incidendo anche questa relazione sul piano esistenziale dello sviluppo della sua persona. Che l'opinione del minore abbia rilevanza specifica in questo contesto, trova conferma, non solo nel rapporto strettamente legato al momento, ma anche nel fatto che la normativa (art. 373), pur specificando che il rendersi disponibile ad essere famiglie solidali non abbia come scopo l'adozione, contempla l'ipotesi in cui, qualora l'adozione venga richiesta e ne sia valutata l'opportunità e la conformità all'interesse del minore, si possa procedere secondo le disposizioni dell'articolo 351 del Codice, che, nell'ambito dell'affidamento familiare dei minorenni, accorda agli affidatari una opzione preferenziale per l'adozione (qualora ne abbiano i requisiti legali) in forza del principio della continuità affettiva.

17.12. Responsabilità della famiglia solidale e permanenza del minore

Essendo la permanenza del minore nella famiglia solidale intrinsecamente connessa all'interesse preminente di quest'ultimo, specie sotto il profilo esistenziale, i doveri cui sono chiamati i componenti della famiglia solidale ai quali viene affidata la responsabilità principale della cura del minore sono essenzialmente di tipo personale, affettivo e protettivo, posto che la responsabilità connessa alla tutela amministrativa o di fatto (nelle due ipotesi di assenza o presenza di referenti del minore su cui grava la responsabilità genitoriale) rimane in capo ai gestori degli istituti (art. 372). Proprio per tale ragione, l'art. 374 pone in capo a questi ultimi il compito di valutare periodicamente l'andamento della permanenza del minore presso le famiglie solidali, la consistenza dei legami affettivi che in essa si creano con il minore e l'adempimento dei doveri di cura affidati ai responsabili, comportando l'inosservanza dei doveri l'immediato allontanamento del minore dalla famiglia solidale (art. 374).

18. Introduzione alla tutela

Gianni Ballarani

SOMMARIO: 18.1. Le disposizioni generali sulla tutela: conferimento e costituzione – 18.2. La tutela conferita per atto di autonomia privata – 18.3. Le tutele conferite per decisione giudiziaria – 18.4. Profili operativi e procedurali – 18.5. La tutela amministrativa – 18.6. L'esercizio della tutela: i doveri e le responsabilità del tutore – 18.7. Cause di rimozione o sostituzione del tutore e cause di estinzione della tutela – 18.8. L'assistente familiare – 18.9. La legge applicabile alla tutela e ai sostegni, alle salvaguardie e agli accomodamenti ragionevoli.

18.1. Le disposizioni generali sulla tutela: conferimento e costituzione

La disciplina della tutela, raccolta nel Capitolo VI del Titolo VIII, comprende le disposizioni generali sull'istituto (Sezione I, artt. 383-396), le regole sull'esercizio (Sezione II, artt. 397-410) e due norme di chiusura in ordine al Registro delle tutele (Sezione III, artt. 411-412).

L'istituto volto alla protezione della persona, dei beni e dei diritti di minori di età qualora privi di un referente che eserciti la responsabilità genitoriale, si può conferire, sia con atti di autonomia privata *mortis causa* (testamento) o *inter vivos* (atto pubblico notarile), sia per decisione giudiziale (art. 383). Il conferimento può orientarsi verso una persona singola (tutela unipersonale) o verso un massimo di due persone (tutela plurale), per il qual caso, deve determinarsi il contenuto dei poteri e dei doveri che i singoli tutori vanno ad assumersi e di cui saranno responsabili ai sensi dell'art. 385.

In ogni ipotesi di fonte del conferimento, ai fini della costituzione della tutela è necessaria l'accettazione del o dei designati che, una volta espressa, diviene irrinunciabile, se non per giusta causa sottoposta in modo motivato al giudizio del tribunale (art. 391).

Pur lasciando l'art. 383 ampio margine alla autonomia privata ai fini della manifestazione della volontà di conferire la tutela, il legislatore ha opportunamente ritenuto di dover riservare spazio fondamentale al ruolo pubblico per la costituzione della medesima, in ragione dell'esigenza pubblica di valutarne la corrispondenza all'interesse e alle necessità concrete del minore e di poter vagliare l'idoneità allo svolgimento delle funzioni legate alla responsabilità genitoriale piena dei designati, siccome incidenti sulla sfera personale (tutela, cura, educazione) e su quella patrimoniale (protezione degli interessi patrimoniali) del minore, nonché determinativi delle legittimazioni processuali a difesa dei suoi diritti. In tal senso, infatti, l'art. 384 stabilisce che la tutela sia costituita esclusivamente con provvedimento decisorio dell'autorità giudiziaria competente che, qualora riceva notizia dell'atto di conferimento privato (testamento o atto notarile) dovrà svolgere i dovuti accertamenti ai fini della ratifica di efficacia dell'atto medesimo, ovvero qualora riceva notizia dell'esigenza costitutiva pubblica a favore del minore, possa procedere d'ufficio. Avendo ad oggetto la tutela il superiore interesse della persona minore di età, peraltro, la medesima norma dispone l'intervento obbligatorio della Procura della Repubblica.

L'esigenza di tutela pubblica dell'interesse del minore si dimostra peraltro anche là dove, per le ipotesi di tutela plurale, l'art. 385 dispone che le eventuali divergenze fra i titolari siano rimesse ai fini della decisione al tribunale che ha costituito la tutela, prevedendo l'intervento del Pubblico Ministero.

18.2. La tutela conferita per atto di autonomia privata

Come precedentemente accennato, il conferimento della tutela può effettuarsi, sia con atto *mortis causa*, sia con atto *inter vivos*. In entrambi i casi, si tratta di atti necessariamente unilaterali attraverso i quali si designa la persona o le due persone cui voler affidare la funzione della tutela. L'eventuale, ma probabile, accordo implicito basato sulla fiducia fra il disponente e il designato rimane sullo sfondo, non essendo

contemplata dalla legge l'ipotesi del conferimento per contratto, fosse anche a titolo gratuito. Del resto, la gratuità della tutela è espressamente prevista all'art. 410, al cui commento si rinvia.

Con riguardo al conferimento per atto pubblico notarile della tutela unipersonale o plurale, l'art. 388 accorda facoltà in tal senso ai titolari della responsabilità genitoriale, legando il momento in cui l'atto è (astrattamente, posto che l'effetto costitutivo segue il provvedimento giudiziale) idoneo a produrre i suoi effetti all'evento della morte di questi, ovvero al verificarsi di una situazione di disabilità tale da comportare la nomina di un supporto intensivo alla genitorialità con poteri di rappresentanza. Al conferimento in parola si applicano le norme previste per il conferimento testamentario della tutela.

In relazione al conferimento testamentario, l'art. 386 ne dà facoltà al titolare della responsabilità genitoriale, che non ne sia privato o sospeso dall'esercizio. Al medesimo, la normativa accorda implicitamente la possibilità di determinare o specificare il contenuto o le modalità della tutela, prevedendo esclusivamente la nullità delle disposizioni che esentano il tutore dal fare l'inventario o lo autorizzano a ricevere beni senza rispettare tale obbligo, o lo esentano dall'obbligo di rendere i conti.

Qualora più titolari della responsabilità genitoriale dispongano il conferimento mediante il proprio testamento, le disposizioni si applicheranno congiuntamente entro i limiti di compatibilità che saranno valutati dal tribunale in sede di costituzione della tutela e che provvederà ad adottare quelle maggiormente conformi all'interesse del minore.

Ai fini della costituzione della tutela conferita per testamento o per atto notarile, ferma la necessaria accettazione del o dei designati prevista dall'art. 391 e che dovranno essere informati della produzione dell'effetto dell'atto di conferimento e dell'irrinunciabilità dell'accettazione, l'art. 387 pone in capo al tribunale il compito di procedere alle dovute verifiche di conformità ai requisiti legali di questi, previsti in tema di responsabilità genitoriale, mediante un procedimento di volontaria giurisdizione, nel corso del quale si procederà all'ascolto del minore, qualora ciò sia ritenuto conforme al suo superiore interesse e in rapporto all'età e al grado di maturità del medesimo. Nell'ipotesi di conferimento di tutela plurale, qualora il giudice rilevi l'inidoneità di un designato rispetto ai parametri legali fissati all'art. 395, provvederà

alla costituzione della stessa solamente in capo all'altro, passando ad una ipotesi di tutela unipersonale.

Avuto riguardo alla costituzione della tutela conferita per atto notarile, giusta la funzione pubblica di controllo di legalità affidata al notaio dal Codice, il compito di verifica cui è chiamato il giudice non sarà di minor rilievo, nonostante il notaio debba procedere alla verifica di corrispondenza del designato ai parametri indicati dall'art. 395, al fine di poter ricevere l'atto. In proposito viene, infatti, in rilievo lo scarto temporale più o meno ampio tra il momento della redazione della scheda testamentaria o della stipula dell'atto notarile e il verificarsi dell'evento posto a condizione dell'effetto di entrambi (la morte del disponente, nel caso di entrambi; il verificarsi di una situazione di disabilità tale da comportare la nomina di un supporto intensivo alla genitorialità, nel caso di atto notarile). La valutazione sulla idoneità ai compiti di cura degli interessi personali e patrimoniali del minore compiuta all'atto di conferimento, dovrà poi ripetersi con vaglio in concreto al verificarsi degli eventi che determineranno la necessità di procedere alla costituzione della tutela.

La disciplina della tutela per conferimento privato prevede, dunque, un meccanismo a formazione progressiva: all'atto designazione (di per sé inidoneo a produrre effetti in fase genetica), segue, al verificarsi della condizione in questo prevista, il momento dell'intervento pubblico ai fini dell'effetto costitutivo e, conseguentemente, l'accettazione del designato, ai fini del radicamento definitivo del rapporto.

18.3. Le tutele conferite per decisione giudiziaria

Al di fuori delle ipotesi legate al conferimento privato della tutela, in conformità con quanto disposto dall'art. 383, gli artt. 389 e 390 prevedono, rispettivamente, le ipotesi di nomina giudiziale dei tutori speciali e la concessione giudiziale della tutela per procura.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 389 è accordata ai tribunali facoltà di nomina di tutori speciali con provvedimento motivato reso nel contesto di un procedimento di volontaria giurisdizione, per il caso in cui i titolari della responsabilità genitoriale non abbiano l'amministrazione dei beni dei figli minori (lett. a); ovvero nell'ipotesi in cui entri nel patrimonio del minore un bene nel cui atto di conferimento venga specificato che l'amministrazione di questo si conferisca a persona da

determinarsi, ovvero sia specificato che l'amministrazione dello stesso non spetti al tutore (lett. *b*); nonché, ancora, per il caso in cui, per le peculiari caratteristiche del bene da amministrare, siano necessarie competenze specifiche ai fini del corretto esercizio dell'amministrazione che non abbia il tutore (lett. *c*). In ciascuna di queste ipotesi di nomina, le tutele speciali saranno soggette agli stessi requisiti, regole di costituzione e registrazione stabiliti per le tutele ordinarie.

In secondo luogo, l'art. 390 prevede che il tribunale possa concedere la tutela del minore in assenza di nomina di uno o più tutori da parte dei titolari della responsabilità genitoriale, ovvero nel caso di mancata accettazione del designato, ovvero ancora di sopravvenuto impedimento motivato o oggettiva impossibilità (morte, morte presunta, scomparsa o condizioni di inabilità) del tutore già nominato. In questi casi, il tribunale concede la tutela a coloro (una persona: tutela unipersonale; o due persone: tutela plurale) che riterrà, con provvedimento motivato, maggiormente idonei a fornire le necessarie cure personali e patrimoniali alla persona minore di età.

18.4. Profili operativi e procedurali

Agli articoli 392 ss. è demandata la descrizione dei profili operativi del procedimento di nomina giudiziale del tutore. In questo contesto viene in primo luogo in rilievo l'indicazione normativa dei soggetti privati e pubblici in capo ai quali è posto l'obbligo di segnalare alla Procura della Repubblica ogni situazione che possa comportare l'esigenza di nomina del tutore di una persona minore di età, a che la stessa Procura possa provvedere a promuoverne il processo di nomina. In questo senso, l'art. 392 pone detto obbligo, oltre che in capo ai pubblici ufficiali che – per ragioni di esercizio delle funzioni che gli competono – possano venire a conoscenza dell'esigenza di provvedere alla nomina del tutore, in capo ai soggetti che, per ragioni di convivenza o di conoscenza diretta hanno maggiori rapporti con il minore e maggiore modo di conoscerne la situazione socio-familiare: coloro che convivono con il minore, i vicini più prossimi e le associazioni più presenti; medesimo obbligo grava sui parenti fino al terzo grado di consanguineità e al secondo grado di affinità, nonostante questi possano essere oggetto di nomina. In tal senso, infatti, i medesimi parenti sono legittimati ai sensi

dell'art. 393 a presentare istanza di tutela qualora ne ravvisino l'esigenza sulla base delle informazioni in loro possesso; del pari, l'istanza può essere presentata dal Pubblico ministero per le medesime circostanze, ovvero a fronte di una sentenza definitiva di decadenza o sospensione dalla responsabilità genitoriale di coloro che la esercitano.

Sotto il profilo procedurale, ai fini della nomina per la costituzione giudiziale della tutela unipersonale o plurale, l'art. 394 prevede che il tribunale disponga la convocazione dei parenti del minore fino al terzo grado di consanguineità e al secondo grado di affinità che risiedono nella sua giurisdizione, o in quello di un altro tribunale della stessa città o paese in cui ha sede. All'udienza questi saranno ascoltati assieme a ogni soggetto coinvolto, compreso in prima battuta il minore stesso, al quale si chiederà l'opinione in rapporto alla sua età, alla sua maturità mentale ed emotiva.

Non a caso, alla preferenza espressa dal minore, la legge, in armonia con i principi costituzionali, accorda rilievo primo nel contesto degli elementi sulla cui base si procederà alla nomina (art. 394); a ciò la norma fa seguire il parere di maggioranza eventualmente espresso dai parenti chiamati in udienza, fermo il vaglio di accettabilità del tribunale dell'indirizzo da questi assunto; ulteriore elemento ai fini della nomina è rappresentato dalla presunzione della volontà implicita dei titolari della responsabilità genitoriale di affidare il compito al parente al quale abbiano delegato l'esercizio genitoriale, a meno che ciò non sia nel loro interesse; qualora non vi siano elementi per procedere alla nomina secondo le indicazioni sinora formulate, l'art. 394 rimette al tribunale il compito di affidare l'incarico al parente nella cui compagnia si trova il minore, purché corrispondente al suo interesse, nonché, in assenza di quest'ultimo o qualora sia in compagnia di più parenti, di individuare quello con il quale abbia maggiore legame affettivo. In alternativa, a fronte di comprovate ragioni, il giudice può nominare una persona non legata al minore, disposta ad assumersene la responsabilità, preferendo coloro che abbiano avuto la custodia del minore.

Ai fini della nomina, il designato tutore dovrà essere necessariamente maggiore di età, tanto al fine di poter accettare l'incarico, quanto in ragione dei compiti anche patrimoniali che sarà chiamato a svolgere; dovrà disporre di un reddito sufficiente a garantire le spese del minore se necessario (giusta la gratuità dell'incarico, posta dall'art. 410) e non essere in conflitto di interessi con il minore; del pari non dovrà avere precedenti penali per reati legati alla violenza di genere o familiare,

contro la libertà e l'integrità sessuale o contro l'infanzia, i giovani e la famiglia, né di essere stato privato o sospeso dall'esercizio della responsabilità genitoriale o sottratto alla tutela o al mantenimento di una persona con disabilità, per cause a lui imputabili. Ulteriore elemento oggetto di valutazione da parte del tribunale e dirimente ai fini della nomina sarà l'aver osservato una condotta che lasci ragionevolmente presumere che rispetterà i doveri genitoriali stabiliti dall'articolo 138 nei confronti del minore e di essere residente nel paese e rimanervi per la maggior parte del tempo con il minore, salvo eccezioni, previa autorizzazione del tribunale, ferma restando in capo al tribunale la facoltà di considerare ogni altra causa che lo lasci reputare non idoneo all'esercizio della funzione di tutore (art. 395).

18.5. La tutela amministrativa

Da ultimo, l'art. 396 detta una regola di chiusura con riguardo alla tutela amministrativa che è in capo ai gestori dei centri di assistenza sociale e delle case familiari (artt. 363 ss., al cui commento si rimanda) nei confronti dei minorenni inseriti in tali strutture e per i quali non sussiste la responsabilità genitoriale o la tutela, secondo le modalità previste dall'articolo 366 del presente Codice, stabilendo che la rappresentanza del minore in tribunale da parte di chi esercita la tutela amministrativa possa essere delegata a un componente dell'organismo legale delle rispettive agenzie o alla nomina di un difensore di famiglia.

18.6. L'esercizio della tutela: i doveri e le responsabilità del tutore

Avuto riguardo all'esercizio delle funzioni da parte del tutore, alla cui disciplina è dedicata la Sezione II del Capitolo VI, l'art. 397 accorda al tutore i poteri di rappresentanza legale per il compimento di ogni atto giuridico, purché non personalissimo (come, ad esempio, il matrimonio e il testamento). I poteri in parola debbono essere però esercitati, non solo nell'interesse esclusivo del minore, ma nel rispetto del suo diritto ad esprimere la propria opinione e della sua autonomia progressiva, dunque in conformità con quanto disposto dall'art. 86, II

comma, della Costituzione. In tal senso, il compito del tutore, con riguardo al compimento di atti i cui effetti si produrranno in capo al minore, sarà, allo stesso tempo, sostitutivo rispetto al minore (ferme le autorizzazioni opportune da parte del tribunale per gli atti di straordinaria amministrazione) e di affiancamento nei processi di comprensione e decisionali relativi al compimento di quegli atti per i quali la legge autorizza il minore in rapporto al raggiungimento di determinate età, accordandogli capacità di agire speciale.

Una regola particolare è dettata dall'art. 400 per le ipotesi in cui il minore soggetto alla tutela sia in condizioni di disabilità. La norma in parola prevede, infatti, che sia responsabilità del tutore compiere le azioni necessarie all'inserimento del minore nella scuola, nella comunità e nella società, nonché volte a promuoverne il pieno godimento dei suoi diritti e libertà, con particolare riguardo a quelli relativi alla vita familiare, su un piano di parità con le altre persone minori di età; a tal fine il tutore ha il compito di premurarsi dell'evoluzione delle facoltà del minore e stimolare lo sviluppo delle sue potenzialità.

Sotto il profilo dei doveri, fermo quello di rispetto e di considerazione del tutore da parte del minore (art. 399), l'art. 398 fornisce un esaustivo elenco di quelli posti in capo al tutore e che, peraltro, non sono delegabili a terzi (salva la rappresentanza legale del minore davanti ai tribunali prevista dall'articolo 396, II comma, del Codice per coloro che esercitano la tutela amministrativa).

Tra questi, vi è in primo luogo quello di educare la persona minore di età e guidarla sulla base di forme di educazione positive, non violente e partecipative (in conformità con le disposizioni degli articoli 138, lett. c e 146 del Codice); nel medesimo ambito si colloca anche il dovere di contribuire ai percorsi di formazione e consolidamento della sua capacità di discernimento volta a consentirgli una sempre maggiore presa di coscienza di sé, a che possa consolidare in modo progressivo, consapevole e responsabile la propria autonomia decisionale (art. 86, II comma, Costituzione). Sotto differente profilo, il medesimo articolo 398 dispone che sia compito del tutore provvedere agli alimenti del minore; redigere l'inventario dei beni del minore e depositarlo in tribunale (entro il termine da questo indicato) e amministrare con diligenza il suo patrimonio. Qualora il patrimonio del minore non sia sufficiente a soddisfare le sue esigenze economiche, il tutore potrà richiedere al tribunale gli alimenti da parte di chi è obbligato a fornirli.

La disposizione in parola si deve coordinare con quanto disposto all'art. 410 del Codice, che prevede la gratuità dell'opera prestata dal tutore. Il secondo comma della norma dispone, infatti, che il tutore abbia diritto alla restituzione delle spese di gestione ragionevolmente sostenute, anche se non rechino vantaggio al minore soggetto alla sua tutela. Il diritto di restituzione si esercita nei confronti del patrimonio del minorenne, secondo le norme del Codice Civile, previa approvazione del tribunale.

Ancóra nel novero dei doveri posti dall'art. 398 in capo al tutore, si colloca quello di richiedere l'autorizzazione al tribunale per il compimento di quegli atti per i quali questa è prevista, ossia quelli che per loro natura abbiano ad incidere in modo straordinario sul piano personale o patrimoniale del minore, e rispetto ai quali il tribunale concederà l'autorizzazione solo a fronte della comprovata e motivata utilità per il minore (art. 403). In tal senso, infatti, l'art. 402, nell'individuare gli atti per i quali la legge richiede l'autorizzazione del tribunale, contempla, sul piano dell'incidenza personale, l'affidamento del minore a un istituto di cura per un periodo di tempo prolungato per trattamenti medici relativi alla sua salute mentale; e, sul piano di rilevanza patrimoniale, il compimento di atti di straordinaria amministrazione dei beni o di investimento del patrimonio del minore, il rifiuto di donazioni, la rinuncia all'eredità, a legati o ad altre disposizioni a causa di morte a favore del minore, la divisione di beni in proprietà ereditaria o ordinaria, gli investimenti patrimoniali così come dividere questi o altri beni che il minorenne possiede in comune con altri; nonché, da ultimo le decisioni a scopo transattivo in ordine a richieste di risarcimento avanzate nei confronti del minorenne. Rimane fermo il divieto posto dall'art. 404 per il tutore di concertare con il minore gli atti vietati ai genitori nei confronti dei figli e la stipulazione di accordi con il minore se non previamente approvati giudizialmente.

Ancóra l'art. 398 dispone l'obbligo per il tutore di rendere un resoconto periodico della gestione della tutela al tribunale competente, quando il tribunale lo richieda. Il medesimo organo, nel corso della supervisione della tutela, a protezione dell'interesse preminente del minore può disporre il deposito di denaro, gioielli e altri beni di valore elevato del minorenne, nonché stabilire i limiti di disponibilità dei fondi detenuti dal minorenne sul suo conto bancario (art. 401).

A ciò si deve affiancare quanto previsto dall'art. 406, che pone in capo al tutore l'obbligo di rendere conto annualmente della tutela al

tribunale e alla presenza del Pubblico Ministero e di rendere conto finale della sua amministrazione alla cessazione della tutela; in questo caso, l'obbligo si estende agli eredi del tutore, qualora questo sia venuto a mancare. In capo al tribunale spetta il compito di esaminare i conti ai fini dell'approvazione, per effettuare le relative riparazioni o per ordinare i relativi rimborsi (ancóra art. 406).

La rendicontazione annuale della gestione del tutore dovrà essere effettuata presso il tribunale corrispondente al domicilio del tutore; tribunale che, se coincide con quello del domicilio minore, avrà anche la registrazione della tutela nel proprio Registro delle tutele. Nell'ipotesi in cui, invece, il domicilio del tutore si diverso da quello del minore, sarà compito del tribunale ove è effettuata la rendicontazione comunicarla al tribunale in cui è tenuta la registrazione della tutela, inviando il verbale, i documenti di accompagnamento, nonché le indicazioni che modificano i dati della registrazione effettuata (art. 412).

La disciplina della tutela prevede, infatti, alla Sezione III del Capitolo VI (artt. 411 e 412) che presso i tribunali sia tenuto un Registro pubblico di ogni tutela costituita nel loro territorio, da quale risultino i dati anagrafici e il domicilio del minore e del tutore (compresa l'indicazione del lavoro svolto da quest'ultimo), le disposizioni del tribunale medesimo in merito all'esercizio della tutela con la data costituzione della stessa, il riferimento all'inventario dei beni (che, però, deve essere conservato in un fascicolo separato assieme alle ricevute di deposito) e vive limitazioni alle operazioni di conto corrente, nonché se del caso la struttura in cui è inserito il minorenne e le annotazione degli eventuali cambi di struttura.

L'insieme di queste disposizioni sulla rendicontazione e sul Registro delle tutele conferma l'intenzione legislativa di mantenere inalterata la funzione pubblica a tutela dell'interesse del minore come misura di controllo dell'autonomia privata nella relazione adulti-minori, a che questa operi entro il perimetro definito dalla legge e in conformità con le ragioni per le quali è accordata ai privati.

Da ultimo, correlata ai doveri del tutore è la relativa responsabilità civile che dall'amministrazione discende, così come previsto dall'art. 405. Il tutore è, infatti, civilmente responsabile dei danni e delle perdite causati al minorenne nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni per sua colpa, per azione o per omissione. Legittimati attivi alle azioni di responsabilità e delle correlate richieste risarcitorie o

restitutorie sono il minore di età medesimo posto sotto la tutela, i suoi parenti o il Pubblico Ministero.

18.7. Cause di rimozione o sostituzione del tutore e cause di estinzione della tutela

Con riguardo alla rimozione del tutore, questa segue le ipotesi contemplate all'articolo 407 che le fa discendere dall'eventuale perdita da parte di questo dei requisiti legali posti dall'art. 395 che ne consentono la nomina, ovvero dall'accertamento dell'inadempimento dei doveri legati al suo ruolo.

In questi casi, alla rimozione procede d'ufficio il tribunale su istanza del Pubblico Ministero o dei parenti del minorenne entro il terzo grado di consanguineità o il secondo grado di affinità che siano a conoscenza di tali circostanze, in capo ai quali ultimi, assieme a coloro che convivono con il minore e a coloro che sono vicini più prossimi, comprese le associazioni territoriali (art. 392, I comma, lett. *a* e *b*), spetta il compito di portare a conoscenza del Pubblico Ministero i fatti e le circostanze che ne possano giustificare la rimozione. Da ultimo, il provvedimento di rimozione potrà seguire la sentenza penale definitiva in caso di reati commessi in conseguenza di violenza di genere o familiare. In ciascuna di queste ipotesi, non venendo meno l'esigenza di tutela a favore del minore, si aprirà una nuova procedura di individuazione e nomina di altro tutore (salvi i casi di tutela plurale, rispetto ai quali la tutela proseguirà come unipersonale), così come per l'ipotesi di morte o dichiarazione giudiziale di morte presunta del tutore. In questi ultimi casi, l'art. 408 dispone l'obbligo per l'esecutore delle volontà del tutore, gli eredi o l'altro tutore (per il caso di tutela plurale) di darne immediata comunicazione al tribunale a che possa adottare ogni misura urgente e necessaria per la protezione della persona e dei beni del minorenne.

Da ultimo, l'art. 409 prevede che la tutela si estingua per il raggiungimento della maggiore età da parte del soggetto sotto tutela, ovvero a séguito di adozione dello stesso, nonché per le ipotesi di morte o di morte presunta del minore.

18.8. L'assistente familiare

Il Capitolo VII del codice è dedicato alla disciplina dell'assistente familiare, ossia di chi (familiare, assistente personale, informale o professionale: art. 420) si prende cura *altruisticamente* nel contesto familiare dei bisogni di colui o coloro che si trovano nella necessità di essere assistiti nello svolgimento delle attività della vita quotidiana e per soddisfare le proprie esigenze materiali ed emotive, per ragioni legate all'età, ad una malattia o dalla disabilità (art. 413). L'istituto risponde, dunque, in ultima analisi, per un verso, al principio di solidarietà (art. 3.1, lett. d) e, correlatamente, al dovere di proteggere, promuovere e garantire il pieno esercizio dei diritti delle persone con disabilità previsto dall'art. 89 della Costituzione.

La funzione di cui l'assistente familiare è responsabile in via parziale o totale (a seconda che operi da solo o meno) è, infatti, quella di coadiuvare l'assistito, anche con l'aiuto di altri familiari, nella cura esistenziale e nella gestione quotidiana, sia nel contesto familiare, sia in quello sociale. Sotto questi profili, rientrano infatti, per un verso, i supporti materiali alla istruzione, alla mobilità e allo svolgimento delle attività domestiche e amministrative, e, per altro verso, quelli personali, legati ad agevolare la vita sociale dell'assistito, al sostegno psicologico e alla comunicazione (art. 414). A ciò si lega la responsabilità posta in capo all'assistente familiare di affiancare l'assistito nei processi decisionali e nei comportamenti da tenere, assumendo con lui le decisioni (per quanto possibile, in rapporto alle condizioni specifiche) nel rispetto della sua dignità, dunque tenendo conto dell'autonomia, dei desideri e delle preferenze dell'assistito (art. 415). Non a caso, i doveri posti in capo all'assistente dall'art. 419 sono il riflesso delle responsabilità di cura. All'assistente familiare spetta, infatti, il dovere di facilitare le decisioni, l'inserimento e la partecipazione sociale della persona di cui ci si prende cura, favorendo la maggiore autonomia materiale e formale possibile in relazione alle sue possibilità e garantendo in ogni caso la dignità del familiare assistito; quello di condividere con gli altri familiari le decisioni relative all'assistenza e a qualsiasi altro aspetto legato alla persona di cui si occupa, che in nessun caso deve influire sul suo benessere e sulla sua qualità di vita e di non utilizzare a proprio vantaggio le risorse patrimoniali di cui dispone (art. 419).

Proprio in ragione delle funzioni e del delicato ruolo dell'assistente familiare, nonché della relazione di questo con l'assistito e con gli altri

familiari, l'articolo 416 ribadisce il divieto di ogni discriminazione e violenza e l'impegno dello Stato, della società e delle famiglie a prevenire in qualunque contesto ogni forma di abuso, di sfruttamento, di discriminazione e di violenza, tanto dell'assistente nei confronti dell'assistito, quanto nei confronti dell'assistente familiare medesimo.

Ancóra in ragione delle funzioni e del ruolo dell'assistente che inevitabilmente sono correlate alle specifiche esigenze dell'assistito e alle sue condizioni psico-fisiche, a che questo possa svolgere al meglio i compiti che la legge gli affida, l'art. 417 pone in capo allo Stato il dovere di garantire la formazione specifica dell'assistente, mettendolo nelle condizioni di poter prevenire azioni o pratiche che possono causare danni o aggravare le condizioni dell'assistito e di prendersi cura di sé.

In armonia con quanto disposto dall'art. 417 devono leggersi i diritti riconosciuti all'assistente familiare dall'art. 418. La norma, infatti, accorda all'assistente una pluralità di diritti, per un verso, riconducibili alla propria persona e alla propria sfera esistenziale e, per altro verso, connessi all'attività di cui è responsabile.

Sotto il primo profilo, trovano collocazione il diritto di potersi prendere cura di sé e di riposare, mantenendo lo spazio per svolgere attività personali che non comprendano i propri familiari e di poter usufruire di servizi e reti sanitarie che forniscano sostegno finanziario, morale, psicologico, fisico e sociale; il diritto ad essere trattato con rispetto. di ricevere la collaborazione degli altri componenti della famiglia e rifiutare richieste eccessive o inappropriate da parte della persona di cui si prende cura; nonché quello di poter decidere di svolgere il proprio lavoro a tempo parziale o a tempo pieno, a seconda dei casi, in modo da poterlo conciliare con il proprio progetto di vita personale, familiare e sociale.

Sotto il secondo profilo, rientrano invece il diritto a conoscere la diagnosi medica dell'assistito e ciò che riguarda la patologia di cui soffre e di avere accesso a tutte le informazioni che facilitano le sue prestazioni; correlatamente, il diritto di ricevere la formazione necessaria per svolgere l'assistenza in modo ottimale e disporre del tempo necessario per apprenderla; nonché il diritto ad essere rimborsato o indennizzato per le spese o i costi sostenuti con i propri beni per la cura del parente, in conformità alle norme del Codice Civile.

Una sorta di raccordo tra il profilo dei diritti riconducibili alla sfera esistenziale dell'assistente familiare e quello legato all'attività di cui è responsabile, si può rinvenire là dove l'art. 418 riconosce all'assistente

il diritto di far partecipare altri alla cura del proprio familiare, anche se il familiare si oppone, anche se per motivi ingiustificati, e riconoscere i limiti delle proprie forze e della propria resistenza, nonché quello di potersi avvalere di reti di sostegno per l'assistenza familiare a livello comunitario e istituzionale.

18.9. La legge applicabile alla tutela e ai sostegni, alle salvaguardie e agli accomodamenti ragionevoli

Per quanto concerne la legge applicabile alla tutela e ai sostegni, alle salvaguardie e agli accomodamenti ragionevoli, l'art. 473 del Codice, contenuto nella Sezione VI del Capitolo VI, prevede che la determinazione e l'esercizio della tutela dei minorenni e delle misure a protezione delle persone con disabilità sia quella del domicilio degli stessi. Nell'ipotesi in cui minori e persone con disabilità siano soggette a misure di protezione regolarmente costituite secondo il diritto di altri Stati, queste verranno riconosciute e potranno produrre i loro effetti nella Repubblica solo se compatibili con i diritti previsti dal Codice delle famiglie e con i requisiti stabiliti per il riconoscimento di atti e decisioni straniere. Entrambe queste ipotesi legate alla legge applicabile e al riconoscimento di provvedimenti stranieri sono però condizionate ulteriormente, ai fini delle misure da adottare, al vaglio di rispondenza al superiore interesse del minore e ai desideri, alle volontà e alle preferenze delle persone in situazione di disabilità, incidendo le stesse sul piano esistenziale di queste persone e sulla loro dignità.

19. La tutela

Luis Andrés Pelegrino Toraño

SOMMARIO: 19.1. La nuova dimensione della tutela. – 19.2. Forme di costituzione della tutela. – *Segue.* 19.2.1. La tutela testamentaria. – 19.2.2. *Segue.* Tutela per atto non testamentario. – 19.2.3. *Segue.* Tutela per decisione giudiziaria. – 19.2.3.1. *Segue.* Tutele speciali. – 19.2.3.2. *Segue.* Tutela dativa. – 19.2.4 *Segue.* Tutela amministrativa. – 19.3. Tutela plurima. – 19.4. Procedimento di nomina del tutore. – 19.5. L'esercizio della tutela. – 19.5.1 Controllo del tribunale sull'esercizio della tutela. – 19.6. Responsabilità civile del tutore. – 19.7. Rimozione, morte e presunzione di morte del tutore ed estinzione della tutela. – 19.8. Considerazioni conclusive.

19.1. La nuova dimensione della tutela

Etimologicamente, la parola “tutela” deriva da “*tuert*”, che significa difendere o proteggere¹, per cui come istituto del diritto di famiglia ha storicamente risposto all'obiettivo di curare gli interessi personali e patrimoniali dei minori non soggetti alla responsabilità genitoriale e delle persone con disabilità soggette a incapacità legale civile. Di conseguenza, la tutela è stata storicamente un istituto di salvaguardia².

Tuttavia, il suo ambito di applicazione nel nuovo Codice delle famiglie cubano è diverso da quello precedente. L'articolo 175 del Codice

¹ Cfr. R. RAMOS PAZOS, *Derecho de familia*, volume II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 557.

² Cfr. G. A. BORDA, *Tratado de Derecho civil-Derecho de familia*, volume II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 206.

di Famiglia del 1975 stabiliva una duplice finalità per la tutela: la salvaguardia e la cura, l'educazione, la difesa dei diritti e la protezione degli interessi patrimoniali dei minori non soggetti alla potestà dei genitori, e la difesa dei diritti, la protezione della persona e degli interessi patrimoniali degli adulti dichiarati giudizialmente incapaci. Quest'ultima finalità dell'istituzione è quella che è stata soppressa nel nuovo regolamento, poiché l'incapacità civile non esiste più nella legislazione cubana, a séguito delle modifiche che lo stesso Codice delle famiglie ha introdotto attraverso la sua prima disposizione finale negli articoli da 29 a 32 del Codice Civile³. Di conseguenza, in assenza di uno *status* giuridico di incapacità, e in coerenza con l'art. 12 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, il sistema di tutela della persona con disabilità, per tradizione sostitutivo della persona, è stato bandito dall'ordinamento giuridico cubano e sostituito da un sistema di sostegno che opera secondo logiche e principi diversi.

Di conseguenza, la tutela attualmente disciplinata dalla legge, ex art. 383, si limita alla sua funzione di istituto di protezione familiare e sociale della persona, dei diritti e dei beni di quei minori che non hanno raggiunto il pieno esercizio della capacità giuridica, in assenza di una persona che eserciti la responsabilità genitoriale⁴.

La tutela è una posizione che si esercita in modo altruistico e, di conseguenza, gratuito (art. 409 del Codice stesso). Tale gratuità è categorica nella legge cubana⁵ e non distingue la quantità del lavoro che il

³ Cfr. R.J. VEGA CARDONA, *Otras instituciones de guarda y protección en el ámbito familiar*, in M. HERRERA e L.B. PÉREZ GALLARDO (eds.), *Derecho de las familias contemporáneos. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y en el Código de las familias cubano*, seconda parte, Editores Sur, Buenos Aires, 2023, p. 236.

⁴ La tutela è, quindi, un istituto sussidiario o sostitutivo della responsabilità genitoriale, *ex patria potestas*. Cfr. A. ACEDO PENCO, *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 227; C.H. ROLANDO, *Capítulo XIV: Tutela y curatela*, in M. J. MÉNDEZ ACOSTA et al, *Derecho de familia*, volume II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, n.d., pp. 281 e 285; C. RENDÓN UGALDE, *Fundamentos teóricos de la tutela plural y voluntaria*, in "Revista de Derecho Notarial Mexicano", n. 117, volume I, 2002, p. 293; G. A. BOSSERT e E.A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 594. L'eccezione a questo carattere si trova in alcuni casi di tutele speciali, che analizzeremo in séguito.

⁵ Questo non è il caso di tutte le legislazioni; il Codice Civile cileno, ad esempio, all'art. 526 stabilisce come regola generale la remunerazione della posizione nella misura di un decimo dei frutti dei beni amministrati; anche il Codice Civile e Commerciale della Nazione argentino stabilisce all'art. 128 la remunerazione del tutore. Tuttavia,

tutore deve svolgere nell'esercizio del suo ufficio, dal momento che la tutela che richiede poche prestazioni sarà altrettanto gratuita di quella che richiede uno sforzo molto maggiore in considerazione della mole di lavoro richiesta al tutore. Si è sostenuto che quando l'esercizio dell'incarico richiede la dedizione esclusiva del tutore, come nel caso in cui debba prendersi cura di un minore in situazione di disabilità o di un bimbo, e questi dispongano di un ingente patrimonio, si dovrebbe prevedere una forma di remunerazione del tutore; si tratta, ad esempio, di una possibilità prevista dall'art. 229 del Codice Civile spagnolo e dall'art. 379 del Codice Civile italiano. Questa posizione è difesa da una duplice prospettiva: se c'è una dedizione esclusiva, per svolgere la sua funzione il tutore non potrebbe lavorare per generare un reddito per sé stesso e, al contrario, se si dedicasse al lavoro, potrebbe trascurare le sue funzioni di tutore, a causa dell'impegno richiesto⁶.

19.2. Forme di costituzione

L'articolo 383 del Codice stesso elenca nella sezione 3 i tre modi in cui la tutela può essere costituita, in particolare: per testamento, per atto notarile e per decisione giudiziaria. Tuttavia, come stabilisce la legge, si tratta di forme di richieste di costituzione della tutela, cioè di comunicazione o di rimessa, in quanto il precetto che segue stabilisce che in qualsiasi caso la forma di costituzione dell'istituto sarà per delibera giudiziaria, per cui si afferma che il sistema cubano continua a

in quest'ultimo caso, e interpretando la lettera del precedente Codice argentino, simile sotto questo aspetto a quello attuale, BORDA ha affermato che tale possibilità di remunerazione non porta a una tutela onerosa, in quanto si tratta di una norma che si apre quando il reddito del patrimonio del pupillo è sufficiente, il che in realtà è la minoranza dei casi, cosicché di norma la tutela opera gratuitamente; vid. G.A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 275.

⁶ Su questo tema in generale vid. S. DÍAZ ABALART, *La tutela de los menores en el Código cubano de las familias. Especial atención a la tutela dual*, in L.B. PÉREZ GALLARDO e G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (curatori) e M. GARCÍA MAYO (coordinatore), *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias de Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, pp. 618 e 619.

essere un regime di tutela d'autorità⁷. Resta inteso, quindi, che la decisione finale di stabilire se una persona ha le condizioni adatte per assumere la posizione di tutore spetterà all'organo giurisdizionale, anche se a tal fine dovrà prendere in considerazione il contenuto di quegli atti giuridici che la legge intende come abilitanti a conferire l'istituzione⁸. In ogni caso, ai sensi dell'art. 384.2 del Codice, il pubblico ministero, in qualità di garante degli interessi dei minori, deve intervenire nel procedimento come parte, come previsto anche dall'art. 66.1 del Codice di procedura.

19.2.1. *Segue. Tutela testamentaria*

Come indica il nome, questa forma di richiesta di costituzione della tutela, prevista dall'articolo 386 del Codice delle famiglie, si concretizza con un atto giuridico testamentario⁹ da parte del titolare della responsabilità genitoriale, che non è soggetto a privazione o sospensione della medesima¹⁰. La successiva privazione o sospensione della responsabilità genitoriale non deve pregiudicare la tutela precedentemente conferita con questo tipo di atto, in quanto la legge esclude tale possibilità per coloro che sono già stati privati o sospesi, e la decisione giudiziaria contenente tale pronuncia non ha effetto *ex tunc*.

Trattandosi di un atto *mortis causa*, è evidente che esso costituisce una forma di rinvio, concepita dal genitore stesso per avere effetto dopo la sua morte, indicando così la persona o le persone che ritiene idonee a ricoprire l'incarico. Il fatto che il genitore non sia maggiorenne non incide su questa forma di differimento della tutela, in quanto l'età

⁷ Cfr. R.J. VEGA CARDONA, *Otras instituciones*, cit., p. 237. Questo sistema è stato istituito a Cuba dall'entrata in vigore del precedente Codice di famiglia, dove la tutela è considerata un'istituzione pubblica, con il pieno controllo dell'autorità giudiziaria. Cfr. D.A. PERAL COLLADO, *Derecho de familia*, Editorial Pueblo y Educación, L'Avana, 1980, p. 145.

⁸ L'intervento dell'autorità giudiziaria nella costituzione e nel controllo dello sviluppo della tutela è definito dalla dottrina come una delle caratteristiche del sistema di tutela. Cfr. A. ACEDO PENCO, *Derecho*, cit., p. 227.

⁹ Può essere uno qualsiasi dei tipi di testamento previsti dalla legge.

¹⁰ Ciò si basa sul presupposto che nessuno meglio dei genitori stessi è in grado di stabilire chi debba occuparsi dei propri figli. Cfr. C.H. ROLANDO, *Capítulo XIV*, cit., p. 288; G. A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 213.

per testare è di 12 anni *ex art. 29.6* del Codice Civile, e tale designazione costituisce un contenuto atipico dell'atto testamentario che non è inficiato dalla mancanza di piena capacità di fatto.

Nella maggior parte dei casi, la responsabilità genitoriale ha più di un titolare; è persino possibile che ce ne siano più di due con il riconoscimento della multigenitorialità nella legge. Pertanto, è possibile che coesistano disposizioni testamentarie che si riferiscono alla tutela di tutti i titolari della responsabilità genitoriale. In tal caso, vi sono ipotesi in cui queste disposizioni saranno compatibili, il che non creerebbe grandi difficoltà, poiché si applicherebbero congiuntamente. Tuttavia, se non lo sono, come stabilito dall'art. 386.2, spetta al tribunale stabilire quale sia più vantaggioso per il bambino o l'adolescente. Solo se il tribunale ritiene che tutte le disposizioni prese dai genitori siano inadeguate, le scarta e opta per una designazione basata su ciò che ritiene più vantaggioso per il minore.

In ogni caso, il fatto che la fonte originaria sia una dichiarazione di volontà dei titolari della responsabilità genitoriale non consente al tutore di essere esonerato dai suoi doveri legali in questo modo. Pertanto, l'art. 386.4 prescrive che qualsiasi disposizione testamentaria che esoneri il tutore dal fare l'inventario o lo autorizzi a ricevere i beni senza rispettare tale requisito, o che lo esoneri dall'obbligo di rendere i conti, sarà nulla. È interessante che il legislatore abbia previsto tale dichiarazione di nullità quando il tutore è esonerato dai doveri previsti dalle lettere c) ed f) dell'art. 398; tuttavia, non lo ha fatto in relazione ad altri doveri anch'essi disciplinati in tale disposizione. Tuttavia, ci risulta che, nonostante la mancanza di un'espressa menzione nella legge, una clausola testamentaria che esoneri il tutore da uno qualsiasi degli altri doveri legali avrà la stessa sorte *ex art. 67 ch)* del Codice civile, trattandosi di norme imperative¹¹.

¹¹ In tal caso, il precetto deve essere interpretato secondo i criteri della giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale non si tratta di un atto compiuto «contro un divieto legale», ma di atti contrari a norme imperative. Ciò è stato ribadito in innumerevoli occasioni dalla Camera Civile e Amministrativa della Corte Suprema, come nella sentenza n. 383 del 23 dicembre 2010, dove si afferma che «*aunque el controvertido apartado ch del artículo sesenta y siete del Código Civil resulta susceptible de crítica al hacer depender la concurrencia de la causal de nulidad de actos jurídicos que contempla al hecho de obrar en contra de prohibición legal, cuando debió simplemente referirse al acto efectuado contrariando lo dispuesto en la ley, es lo cierto que tal prohibición*

Tuttavia, ci rendiamo conto che questo divieto di esentare il tutore da determinati doveri non deve essere confuso con la possibilità di delimitare le funzioni nell'ambito di una tutela plurale. In questi casi, l'art. 385.2 del Codice consente di determinare le funzioni e i doveri corrispondenti a ciascun tutore, ed è possibile che a uno dei tutori vengano conferite funzioni specifiche che, per la loro natura, implicano il mancato adempimento di alcuni di questi doveri. Questo sarebbe il caso, ad esempio, di un tutore a cui sono attribuite solo funzioni di cura della persona, a cui forse non è attribuibile il dovere di fare l'inventario dei beni perché c'è un altro tutore che si occupa pienamente delle funzioni patrimoniali.

Come già accennato, in questa forma di richiesta di costituzione della tutela, come in tutte le forme, sarà il tribunale, attraverso un procedimento di volontaria giurisdizione, a verificare la rispondenza della persona proposta come tutore ai requisiti di legge per questo; in questi casi, data la prevedibilità dei titolari della responsabilità genitoriale, il lavoro del giudice si concentrerà sulla verifica che la persona proposta come tutore possieda i requisiti di legge e non si trovi in nessuna delle circostanze interdittive¹². Inoltre, l'art. 387 della legge indica che a tal fine, a seconda del grado di maturità, deve essere ascoltata anche l'opinione del bambino o dell'adolescente a favore del quale si intende costituire la tutela. Questo dovere di ascolto deriva dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, secondo il quale, tenendo conto della progressiva autonomia del minore, la sua opinione deve essere ascoltata in qualsiasi procedura che in qualche modo lo riguardi; sebbene tale opinione non debba costituire una sorta di prova piena per l'organo giurisdizionale, deve essere presa in considerazione nel processo decisionale.

se encuentra implícita y aplicable a la actuación de quienes lo hacen de manera contraria a la que las normas legales establecen». Citazione disponibile in L. B. PÉREZ GALLARDO, *Código civil de la República de Cuba. Ley № 59 de 1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2007, p. 81.

¹² Sulla stessa interpretazione dell'abrogato Codice di VÉLEZ, così come su alcune opinioni che sostengono che la funzione giudiziaria in questo caso dovrebbe essere più ampia, vid. C.H. ROLANDO, *Capítulo XIV*, cit., p. 390.

19.2.2. *Segue*. Tutela per atto non testamentario

Come per la forma testamentaria di richiesta di costituzione della tutela, anche in questo caso è la volontà dei titolari della responsabilità genitoriale a essere la fonte dell'atto; l'unica differenza è che il veicolo per questo non è un atto giuridico *mortis causa*. Si tratterebbe di un tipico atto per il quale il Codice, all'articolo 388, stabilisce un requisito formale *ad solemnitatem*: la previsione in un atto notarile. I suoi effetti, come l'atto testamentario, sono sospesi fino al momento della morte o della dichiarazione della presunzione di morte di chi lo compie; ma, inoltre, e in questo senso è più ampio della disposizione testamentaria in quanto ha effetti *ante mortem*, anche per i casi in cui il concedente soffra di una disabilità così grave da dover nominare un sostituto inteso con poteri di rappresentanza.

Pur nel silenzio della legge, si tratta di un atto revocabile¹³, che si comprende dalla sua unilateralità, dall'assenza di disposizioni di legge che lo vietino e dalla sua natura, caratterizzata dal fatto che i suoi effetti sono subordinati a eventi futuri e incerti, o certi in caso di morte, ma incerti nel tempo. Tale sospensione nel tempo degli effetti dell'atto genera la possibilità che le circostanze che hanno portato alla concessione della tutela a favore di una persona possano cambiare completamente e, di conseguenza, giustificare una revoca o una modifica dell'atto.

Si sottolinea¹⁴ che un vantaggio di questa forma di richiesta di costituzione della tutela, rispetto alla tutela testamentaria, consiste nella possibilità che i titolari della responsabilità genitoriale facciano una dichiarazione congiunta di tutela in un unico documento notarile. Questa possibilità è giuridicamente irrealizzabile nella sede testamentaria *ex art. 477.2 del Codice Civile*, dato il divieto di testamento congiunto. Un atto comune di questo tipo eviterebbe le possibili contraddizioni che tali dichiarazioni testamentarie separate potrebbero generare.

Tuttavia, al di là del veicolo giuridico dell'atto e delle sue caratteristiche tipiche, questa forma di trasferimento della tutela ha gli stessi requisiti ed effetti di quella di origine testamentaria, per cui si applicano i precetti giuridici che regolano quest'ultima, *ex art. 388.2 del Codice delle Famiglie*.

¹³ La stessa condizione si applicherebbe a un trasferimento testamentario. Cfr. G. A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 216.

¹⁴ Vid. R.J. VEGA CARDONA, *Oltre istituzioni*, cit., p. 237.

Nell'analizzare queste due modalità di conferimento della tutela nel diritto cubano, la professoressa DÍAZ ABALART fa riferimento alla possibilità che il nuovo art. 29.6 del Codice Civile apre ai minori di 12 anni di prevedere atti di autoprotezione. La norma di questo precetto indica l'ipotesi in cui il minore, attraverso questo tipo di atti giuridici, possa stabilire chi sarà il suo sostegno nel caso in cui si trovi in una situazione di disabilità una volta raggiunta la maggiore età, dal dato che, fino a quel momento, sarebbe soggetto alla responsabilità genitoriale o alla tutela, che esclude la necessità di sostegno. La professoressa citata fa riferimento alla possibilità, seppur eccezionale, che il minore stesso possa, con un atto della stessa natura, determinare la persona o le persone che desidera siano nominate tutori, in caso di assenza dei genitori. In un caso del genere, che a quanto ci risulta troverebbe posto anche nella lettera dell'enunciato precetto del Codice Civile, potrebbe accadere che tale disposizione del minore si ponga in contrasto con le designazioni effettuate dai titolari della responsabilità genitoriale mediante una delle forme di richiesta di costituzione della tutela sopra menzionate. Un conflitto di disposizioni di questo tipo trova una lacuna nella legge, che non stabilisce, forse per la particolarità del caso, a quale designazione dare priorità. La suddetta autrice è favorevole a prendere in considerazione in via prioritaria quanto previsto dal minore stesso, data la rilevanza che la legge attribuisce alla sua opinione e alla sua capacità di agire, al punto da consentirgli di compiere atti di questo tipo¹⁵. Ad ogni modo, spetterà al tribunale valutare in base alle circostanze del caso e agli interessi del minore.

19.2.3. *Segue*. Tutela per decisione giudiziaria

19.2.3.1. *Segue*. Tutele speciali

Nei due casi sopra citati, la tutela è richiesta tramite un esercizio dell'autonomia della volontà dei titolari della responsabilità genitoriale; anche se, come abbiamo sottolineato, sarà sempre una decisione giudiziaria a costituirla. Tuttavia, ci sono anche casi in cui sarà il tribunale di prima istanza a portare alla nomina del tutore.

¹⁵ Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit.

In questi casi si possono trovare quelle che il Codice, all'art. 289, chiama tutele speciali. Queste forme di tutela hanno un ambito di applicazione ristretto, per cui coesistono con i titolari della responsabilità genitoriale, con una tutela ordinaria o anche con altre tutele speciali; poiché il tutore nominato si limiterebbe a curare gli interessi specifici del suo protetto, e non la sua persona in generale¹⁶.

Queste tutele operano in base a tre presupposti giuridici. Il primo di essi è quello che giustifica la nomina di un tutore nei casi in cui i titolari della responsabilità genitoriale non abbiano l'amministrazione dei beni dei loro discendenti minori. Sebbene l'art. 170 della legge preveda che i padri e le madri abbiano l'amministrazione dei beni dei figli minorenni, l'art. 177 stabilisce anche la possibilità che tale potere possa essere revocato dall'autorità giudiziaria quando si dimostri la loro inidoneità¹⁷ ad amministrarli, o quando incorrano in atti di discriminazione e di violenza domestica in una qualsiasi delle sue manifestazioni. In questi casi, i genitori mantengono la loro responsabilità genitoriale, ma il dovere di amministrare i loro beni è stato loro tolto, il che crea la necessità di nominare un tutore la cui funzione esclusiva, quindi la sua specialità, è l'amministrazione dei beni. Il tutore verrebbe nominato quando tale potere non è nelle mani di nessuno dei genitori, perché se viene tolto a uno solo di essi, tale funzione ricadrebbe esclusivamente sull'altro o sugli altri genitori. In questa norma specifica, l'art. 177.3, il legislatore fa riferimento al fatto che in caso di rimozione unilaterale, l'amministrazione corrisponde «all'altro o agli altri genitori» e che solo in caso di rimozione di «entrambi», sempre in riferimento ai genitori, verrebbe nominato il tutore. Va notato che la formulazione della legge sotto questo aspetto sembra rispondere a un modello binario di filiazione, cioè di due genitori, che in realtà deve essere un errore nella formulazione del precetto, dal momento che, come analizzato in questa opera, il Codice regola la multigenitorialità. Pertanto, per la nomina di un tutore di questa natura, nessuno dei genitori, che potrebbero anche essere tre o addirittura quattro, dovrebbe avere l'amministrazione dei

¹⁶ Cfr. C.H. ROLANDO, *Capitolo XIV*, cit., p. 392.

¹⁷ I motivi di inidoneità non sono enumerati nella legge, che lascia la loro qualificazione alla discrezione del giudice. Presumibilmente, ciò può derivare da atti che causano danni alla proprietà dei figli, o il rischio di tali danni, a causa della negligente cura e attenzione al patrimonio, così come da atti di uso indiscriminato che possono dilapidarlo.

beni del minore. Questa tutela speciale può essere istituita anche, come previsto dall'art. 179 del Codice, quando il genitore è escluso per legge o per volontà del disponente dall'amministrazione di determinati beni e diritti trasmessi per eredità, legato o donazione ai figli, e quando è anche questo genitore a esercitare da solo la responsabilità genitoriale¹⁸; in tal caso, questo tutore limiterebbe i suoi poteri di amministrazione a questi beni acquisiti a scopo di lucro, e non ai restanti beni di proprietà del minore, che, in linea di principio, rimangono sotto l'amministrazione dei titolari della responsabilità genitoriale.

Il secondo caso di tutela speciale, la lett. b) dell'art. 398, sarebbe quello in cui il tutelato ha acquisito beni a condizione che non fossero amministrati dal tutore; tale condizione, simile al già citato caso dell'art. 179, potrebbe verificarsi, ad esempio, per un'attribuzione testamentaria. In tal caso, il tutore rimane in carica, con i poteri precedentemente attribuiti, ma il tribunale dovrebbe nominare un tutore speciale solo per amministrare questi beni da cui il tutore ordinario è stato escluso.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 398 fa riferimento a una tutela speciale finalizzata all'amministrazione di beni che, date le loro specificità, richiedono un tutore con conoscenze specifiche che consentano il corretto esercizio della funzione. Tale necessità deriverebbe dall'esistenza, nel patrimonio del minore, di beni o diritti che richiedono una certa specializzazione per la loro corretta gestione e cura, al di là di quella che il tutore o i tutori nominati possono possedere.

19.2.3.2. *Segue. Tutela dativa*

Come si può notare, nei casi di tutele speciali il tutore nominato svolge funzioni parallele a quelle dei titolari della responsabilità genitoriale o dei tutori ordinari precedentemente nominati, a seconda dei casi. Tuttavia, non è solo per questi casi eccezionali che la funzione di istituire una tutela è affidata al tribunale. Il tribunale ha il potere di nominare un tutore ordinario, detto dativo, quando i titolari della re-

¹⁸ La legge prevede questo scenario, ma si può anche ipotizzare il caso in cui tutti i genitori abbiano l'amministrazione dei beni e siano stati tutti ugualmente esclusi per motivi uguali, ad esempio dal testatore, dall'amministrazione dei beni trasmessi per via ereditaria.

sponsabilità genitoriale non vi hanno provveduto per atto testamentario o non testamentario, o quando, avendolo fatto, la persona nominata si dispensa, rifiuta l'incarico o non è in grado di esercitarlo (art. 390 del Codice delle famiglie).

Il primo caso è chiaro: se i genitori non nominano un tutore, il tribunale dovrà agire in tale vuoto. Il secondo lo è meno, in quanto il termine «dispensa» non è sviluppato nella legge ed è separato da una virgola dal termine «rifiuto», per cui sembra un'enumerazione e, di conseguenza, un'allusione a due situazioni giuridiche diverse. Tuttavia, non sembra facile capire in che modo questi casi sarebbero diversi. Si potrebbe intendere che la dispensa si riferisca alla posizione *ex ante* assunta dalla persona proposta come tutore, laddove essa esprima anticipatamente la propria volontà di non ricoprire l'incarico, e che il rifiuto si riferisca al caso di rinuncia; perché l'art. 391 della legge, pur stabilendo l'irrinunciabilità dell'incarico una volta accettato, apre la possibilità di ammetterlo da parte dell'organo giurisdizionale in caso di cause giustificate. Tuttavia, ribadiamo che questa è un'interpretazione che facciamo noi, in quanto la legge non sviluppa la questione e, tradizionalmente, la dispensa ha riguardato entrambe le situazioni, sia *ex ante* che *ex post*, di manifestazione di non poter svolgere l'incarico per cause giustificate e spesso legalmente previste¹⁹. Sotto questo aspetto, pur essendo chiaro nel Codice che le rinunce dall'incarico devono essere autorizzate dal giudice, non si stabilisce un obbligo di accettazione e, di conseguenza, la necessità di cause giustificate per non farlo; in questo ordine di idee, sembra che si segua la modalità stabilita dal precedente diritto sostanziale di famiglia, dove si è stabilito il principio che l'incarico di tutore è volontario ma non si può rinunciare, se non per cause giustificate, una volta accettato²⁰. In relazione alla questione della dispensa, BORDA, analizzando il Codice di VÉLEZ, ha affermato che nessuno può giustificarsi dal non accettare l'incarico di tutore senza una causa sufficiente, perché «gli uomini hanno determinati doveri di solidarietà nei confronti dei loro simili, tanto più se sono vicini o parenti; aiutare e assistere l'orfano, il minore indifeso, è un obbligo morale, al cui adempimento nessuno può rifiutarsi senza una giusta

¹⁹ Così, ad esempio, il Codice Civile cileno stabilisce un elenco esaustivo nell'art. 514 e il Codice Civile italiano lo fa negli artt. 351 e 352.

²⁰ Cfr. D.A. PERAL COLLADO, *Derecho*, cit., p. 146.

causa»^{21,22}; tuttavia, lo stesso autore, in assenza di un'elencazione esauritiva nel Codice argentino abrogato dei motivi di dispensa, ha riconosciuto che nella pratica i giudici erano soliti ammettere esoneri anche per motivi di scarsa rilevanza, in quanto un tale rifiuto di assumere l'incarico senza motivi impellenti rivela una mancanza di interesse che fa presumere che la persona in questione non adempierebbe in modo soddisfacente ai suoi doveri, per cui insistere nella sua nomina sarebbe in definitiva dannoso per il minore^{23 24}.

Infine, le ipotesi di impossibilità di esercitare l'incarico possono basarsi su molte ragioni: può trattarsi di questioni oggettive che riguardano la persona, come una grave disabilità che impedisce l'effettivo esercizio delle funzioni, oppure la morte o la presunzione di morte della persona; può anche alludere a situazioni giuridiche, come il mancato rispetto dei requisiti che l'art. 395 della legge stabilisce per la nomina, perché anche se i genitori propongono una persona come tutore, questa, per essere nominata tale, deve soddisfare i requisiti *ex lege*; lo stesso accadrebbe in caso di rimozione del tutore nominato (art. 407 del Codice delle Famiglie).

In questi casi, la posizione diventerebbe vacante e sarebbe necessaria una nuova nomina, che spetterebbe al tribunale se non ci fossero altre forme di rinvio della tutela descritte sopra. Sarebbe più complicato stabilire come procedere in caso di doppia tutela nell'eventualità in cui una di queste circostanze si verifichi in uno solo dei tutori; infatti, mentre in assenza della nomina dei genitori non c'è alcun problema, perché in questo caso la dualità è decisa dal tribunale se lo ritiene opportuno, la questione si complica se i titolari della responsabilità genitoriale hanno previsto una tutela plurima. In questo caso, l'assenza di uno dei tutori non implicherebbe necessariamente la nomina di un secondo tutore, poiché colui che assume l'incarico può assumere le funzioni dell'altro, come previsto dall'art. 287.2 per il caso in cui uno dei

²¹ G. A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 207.

²² Traduzione dell'autore.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Il Codice civile tedesco, ad esempio, nella sua posizione contraria, al § 1787 prevede che il tribunale possa dichiarare ingiustificata la dispensa di assumere la tutela e, in tal caso, imporre alla persona di assumere provvisoriamente la tutela; essendo inoltre responsabile, in caso di colpa, dei danni subiti dal pupillo in conseguenza del ritardo nella nomina del tutore.

tutori non soddisfatti uno dei requisiti previsti dalla legge per la sua nomina. Ora, tale soluzione giuridica non sembra così chiara o equa quando la disposizione di duplicità è stata fatta dai genitori in considerazione della complessità e dell'accumulo di beni e diritti da amministrare, che rendono consigliabile una dualità di tutori. Non lo è nemmeno nel caso in cui i due tutori nominati avessero gruppi di funzioni diverse; così, in caso di impossibilità di nominarne uno, si potrebbe intendere che sarebbe necessario nominare un tutore dativo che assuma le funzioni corrispondenti a quello che non ha assunto l'incarico, in quanto si intenderebbe che l'altro tutore è stato specificamente nominato per altre funzioni, e non per quelle del tutore che non ha assunto l'incarico, a causa del verificarsi di determinate condizioni. Riteniamo che queste circostanze dovrebbero essere analizzate caso per caso per prendere la decisione più adatta, e non sempre applicare per analogia la norma dell'art. 287.²⁵

19.2.4. *Segue. Tutela amministrativa*

Questa forma di tutela, prevista dall'art. 396 del Codice, si differenzia completamente da quelle sopra citate. È esercitata dai centri di assistenza sociale e dalle case di accoglienza per i minori per i quali non viene esercitata la responsabilità genitoriale o la tutela. Questi enti e le loro funzioni sono disciplinati dagli artt. 363 e seguenti del Codice stesso, e saranno, *ex art.* 366, i loro direttori a detenere la tutela in questione dei minori ivi accolti, non essendo necessario in questi casi alcuno dei requisiti formali previsti per le altre forme di tutela, per cui sarà sufficiente che, oltre a non avere tutori o genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, essi siano legati a questi centri²⁶. I tutori amministrativi devono essere controllati nell'esercizio delle loro funzioni dal pubblico ministero, come stabilito dall'art. 369 della legge.

²⁵ Qui si fa riferimento all'analogia nell'applicazione di questo precetto, in quanto si riferisce alla mancata nomina del tutore in assenza dei requisiti legali per la sua nomina; mentre le cause che autorizzano la tutela dativa nell'art. 390 sono più ampie.

²⁶ Cfr. D.A. PERAL COLLADO, *Derecho*, cit., p. 157.

19.3. Tutela plurima

Proprio una delle possibilità che il nuovo Codice apre è quella di una tutela plurima. Questa è prevista dall'art. 285 della legge, che apre la porta a più persone per esercitare congiuntamente l'incarico di tutore. Si tratta di una forma di tutela che il precedente diritto di famiglia non riconosceva²⁷. Il Codice cubano, tuttavia, limita la pluralità di tutori a due; altre legislazioni ne autorizzano un numero maggiore, ad esempio il Codice civile spagnolo, all'art. 218-3, consente più di due tutori quando la designazione di questi viene fatta dai genitori con un atto *mortis causa* o con un atto pubblico notarile. In realtà, più di due non sembrano appropriati, in quanto potrebbero rendere più difficile il processo decisionale e anche l'individuazione delle responsabilità²⁸. La possibilità della doppia tutela è stata giustificata proprio per la sua natura sussidiaria rispetto alla responsabilità genitoriale, perché se di norma quest'ultima è esercitata da due persone, non è giustificato che quando la tutela è stabilita non possa essere esercitata congiuntamente da due persone²⁹.

In una tutela di questo tipo, la legge è tenuta a stabilire il contenuto dei doveri e delle funzioni di ciascun tutore, del cui adempimento sarà responsabile. Come abbiamo sottolineato in precedenza, può accadere che entrambi i tutori abbiano funzioni e doveri che si sovrappongono, per cui il loro esercizio sarebbe congiunto; ma la disposizione in questione consente anche a ciascun tutore di avere funzioni diverse, ben delimitate e per le quali sarà responsabile in via esclusiva. Tuttavia, anche quando la nomina dei tutori non delimita le funzioni che corrispondono a ciascuno di essi, nulla impedisce loro di dividersi le funzioni per accordo espresso o tacito³⁰. Il caso più comune è che un tutore sia interamente incaricato delle funzioni relative alla cura personale

²⁷ Nonostante questa assenza nella legislazione storica cubana, non si tratta di una novità giuridica, in quanto si afferma che la tutela plurale è riconosciuta fin dal diritto romano. Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 615. Ci sono antecedenti storici anche nell'antica Grecia, con l'istituzione della madre tutrice, che doveva accudire ed educare insieme al tutore nominato; vid. C. RENDÓN UGALDE, *Fundamentos teóricos*, cit., p. 275.

²⁸ Cfr. S. DÍAZ ABALART, *o.u.c.*, p. 622.

²⁹ Cfr. C. RENDÓN UGALDE, *Fundamentos teóricos*, cit., p. 294.

³⁰ Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit.

del pupillo e l'altro abbia compiti esclusivi nella sfera patrimoniale³¹. Nel caso di doppia tutela conferita con atti testamentari o notarili, se le funzioni di ciascun tutore sono state delimitate in questi atti, il tribunale deve in linea di principio rispettare questa divisione delle funzioni effettuata dai titolari della responsabilità genitoriale³².

Se le funzioni di ciascuno sono delimitate e non si sovrappongono, è meno probabile che si verifichino conflitti o divergenze tra i tutori, poiché ciascuno avrebbe il proprio campo d'azione esclusivo. Tuttavia, quando vi sono aree di esercizio comune di funzioni e doveri, possono esserci differenze di criteri. In questi casi, il già citato art. 285 stabilisce che spetterà al tribunale risolvere il conflitto secondo la decisione che ritiene più appropriata. Indubbiamente, una situazione ripetuta di divergenza di criteri, con conseguente procedimento giudiziario, sarebbe dannosa per il minore, in quanto immobilizzerebbe l'assunzione di decisioni importanti per lui; è per questo motivo che si può ipotizzare, visto che la legge non lo esprime in modo specifico, che questo potrebbe essere valutato dal tribunale come una causa di rimozione del tutore ai sensi dell'art. 407, in relazione al 395 - h), del Codice delle Famiglie. Spetterebbe al tribunale valutare se in questo caso debbano essere rimossi entrambi i tutori o solo uno di essi, in considerazione delle situazioni conflittuali che si sono venute a creare.

19.4. Procedimento di nomina del tutore

L'art. 393 del Codice delle Famiglie legittima alla promozione della tutela i parenti fino al terzo grado di consanguineità o al secondo grado di affinità del minore che la richiede; la stessa attribuzione processuale spetta al pubblico ministero quando viene informato che c'è un bambino o un adolescente bisognoso di tutela o quando, a séguito di un procedimento penale, i titolari della responsabilità genitoriale sono privati o sospesi dall'esercizio della stessa, nel qual caso il pubblico ministero può promuovere la tutela d'ufficio, avendo appreso della sentenza definitiva che l'ha stabilita, essendo stato parte del procedimento penale. L'articolo 392 stabilisce l'elenco delle persone che hanno

³¹ Cfr. *Idem*, p. 624.

³² Cfr. *Idem*, p. 622.

l'obbligo di informare il pubblico ministero della necessità di nominare un tutore per un bambino o un adolescente; tali persone sono quelle che vivono con il bambino o l'adolescente; i vicini più prossimi o le organizzazioni di massa; i pubblici ufficiali che, in ragione dell'esercizio delle loro funzioni, sono a conoscenza dell'esistenza di tale necessità; o anche i parenti stessi che sono legittimati a promuovere la tutela.

La legge, in quest'ultima relazione, stabilisce quali sono le persone che hanno il dovere legale di segnalare la situazione in questione, ma non esclude che chiunque ne sia a conoscenza possa denunciarla alla Procura della Repubblica; in breve, garantire il benessere dei minori è un interesse supremo della società, e non è richiesta alcuna condizione specifica per informare le autorità dell'esistenza di un bambino o di un adolescente bisognoso di tutela.

La legge, tuttavia, non attribuisce la legittimazione a promuovere la tutela alle persone nei confronti delle quali i titolari della responsabilità genitoriale hanno effettuato il trasferimento della tutela per atto testamentario o meno. Questi, se non sono parenti fino al terzo grado di consanguineità o al secondo grado di affinità del minore, legittimati dal citato art. 393, in base a un'interpretazione letterale della norma, si troverebbero nell'impossibilità di interessarsi in prima persona alla tutela, dovendosi rivolgere al pubblico ministero come soggetto comunque legittimato attivo; una scelta del legislatore che, a nostro avviso, non trova alcuna giustificazione pratica, in quanto intralcia la procedura e perché, se si consentisse a questi soggetti, che pure hanno un chiaro interesse alla procedura, non si escluderebbe nemmeno l'intervento del pubblico ministero, che deve sempre essere parte processuale in queste materie.

Una volta avviata la procedura, se i titolari della responsabilità genitoriale avessero rinviato la tutela, la procedura sarebbe più semplice, poiché la funzione del tribunale si ridurrebbe a verificare se questa o queste persone possiedono i requisiti per essere nominate tutori. Ora, in assenza di tale disposizione da parte dei genitori, l'articolo 394 del Codice stabilisce che il tribunale deve convocare i parenti del bambino o dell'adolescente fino al terzo grado di consanguineità e al secondo grado di affinità, al fine di sentire il parere di tutti gli intervenuti. Ovviamente si deve tenere conto anche del parere del minore, in base alla

sua età, alla sua maturità psicologica ed emotiva e alla sua sufficienza³³. Sulla base del risultato di questo atto procedurale, e tenendo conto anche del parere del pubblico ministero, il tribunale nomina il tutore tenendo conto di diversi aspetti: la preferenza del minore stesso; l'eventuale parere maggioritario dei parenti che partecipano alla comparizione; e, anche se i titolari della responsabilità genitoriale hanno delegato l'esercizio della responsabilità genitoriale sui figli a un parente, si presume che vogliano che quest'ultimo sia nominato tutore, a meno che ciò non sia nell'interesse del minore. Queste linee guida, disciplinate nei paragrafi da a) a c) dell'art. 394.2 della legge, non seguono un criterio di ordine di preferenza, ma illustrano un insieme di situazioni che il tribunale deve valutare nel suo complesso per giungere alla decisione che ritiene più appropriata. Ora, se non è possibile nominare un tutore seguendo questi criteri, la lett. d) del precetto *in commento* fa riferimento al fatto che il tribunale dovrebbe allora essere guidato unicamente dal criterio di ciò che è nel migliore interesse del minore, e se ci sono più persone in pari condizioni per assumere l'incarico, nominerebbe il parente nella cui compagnia si trova la persona bisognosa di tutela. Solo se non è in compagnia di nessuno dei parenti, o se è in compagnia di più persone, sarà preferita la persona con i legami affettivi più stretti, sempre nel suo interesse (sub. e) art. 394.2).

La legge, tuttavia, non chiude la possibilità di nominare un tutore ai suddetti parenti, e consente, *ex art.* 394.3 del Codice, che persone non imparentate con il minore, seppur eccezionalmente, possano essere nominate tutori quando la situazione e i legami affettivi lo consigliano, nel qual caso sarà preferita anche la persona che ha il bambino o l'adolescente sotto la propria tutela. Si tratta di un'opzione giusta e coerente in un sistema giuridico che, a partire dalla Costituzione, basa le relazioni familiari su legami affettivi piuttosto che biologici. A questo proposito va notato che, così come possono essere nominati tutori i non parenti, possono essere nominati tutori anche i parenti che non hanno il terzo grado di consanguineità o il secondo grado di affinità, poiché il fatto che la legge non li obblighi a comparire non impedisce loro di essere preferiti come tutori a seconda delle circostanze, come avviene per i non parenti del minore. Ciò che è certo è che la legge è molto flessibile per quanto riguarda la nomina del tutore, in quanto non stabilisce un ordine prelatorio dei parenti che hanno diritto a tale incarico,

³³ Cfr. *Idem*, p. 621.

ma piuttosto permette di adattare la nomina alle circostanze del minore e al caso specifico^{34 35}.

In ogni caso, la persona nominata tutore deve possedere i requisiti previsti dall'art. 395 della legge: innanzitutto, essere maggiorenne; avere una condotta che lasci presagire che il tutore rispetterà appieno i doveri che, in quanto figura che opera in assenza dei titolari della responsabilità genitoriale, deve assolvere *ex art.* 138 della legge stessa; è, inoltre, richiesta la residenza nel Paese, oltre a trascorrere la maggior parte del tempo con il pupillo. Quest'ultimo requisito deriva dall'esigenza di cura e attenzione continua che il tutore deve fornire, per cui se il minore risiede a Cuba, è naturale che il tutore debba trascorrere la maggior parte del tempo nel Paese per poter svolgere appieno le sue funzioni e, allo stesso tempo, essere soggetto ai controlli periodici del tribunale; le eccezioni a questa regola devono essere autorizzate dal tribunale ai sensi della lett. c) dell'articolo. È inoltre necessario che il tutore abbia un reddito sufficiente a coprire le esigenze finanziarie di base del pupillo. Non può essere nominato tutore chi ha precedenti penali per reati legati alla violenza di genere o familiare, contro la libertà e l'integrità sessuale o contro l'infanzia, la gioventù e la famiglia; sebbene il reinserimento sociale e la rieducazione siano un principio del sistema penale cubano, scontare una pena non sempre lo garantisce e quindi, dato un interesse giuridico trascendente come il benessere di bambini e adolescenti, è evidente la scelta del legislatore di escludere da questa possibilità chi ha precedenti penali per reati di questa natura. Con gli stessi presupposti, sono esclusi da tale possibilità coloro che sono stati privati o sospesi dall'esercizio della responsabilità genitoriale sui figli, o rimossi dalla tutela o dal sostegno di una persona in situazione di disabilità, per una causa a loro imputabile; un tale passato rende presumibile l'ineleggibilità a ricoprire nuovamente una posizione di natura simile. Naturalmente, la legge esclude che il tutore possa avere interessi antagonisti a quelli del tutelato; tuttavia, non è specificato quale tipo di antagonismo possa escludere il tutore, che deve essere valutato dal tribunale nel caso specifico, così come è facoltà

³⁴ Cfr. *Idem*, p. 621.

³⁵ Seguendo la classificazione dottrinale classica, si potrebbe interpretare che la legge cubana, non stabilendo un ordine di persone chiamate all'esercizio della tutela, non regola un sistema di tutela "legittima" o "legale". Sulla definizione di quest'ultima, si veda A. MARTÍNEZ DE NAVARRETE, *Diccionario jurídico básico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 439; G. A. BOSSERT e E.A. ZANNONI, *Manual*, cit., p. 597.

del tribunale, *ex art. 138 e)* del Codice, valutare altri motivi non previsti dalla legge che a suo giudizio escludano il tutore dall'incarico.

Le condizioni di cui sopra dimostrano anche che il tutore può essere solo una persona fisica. La persona giuridica è esclusa da tale possibilità perché, in quanto persona non umana, non può fornire al minore l'amore, l'affetto e l'attenzione personale che la posizione comporta³⁶, in quanto l'obiettivo è che le attenzioni e le cure fornite dal tutore siano simili a quelle dei genitori³⁷. Tuttavia, ci risulta che i casi di tutele speciali previsti dall'art. 398 del Codice avrebbero potuto ammettere la possibilità di nominare persone giuridiche a tale incarico, trattandosi di tutele incaricate principalmente dell'amministrazione di beni in casi specifici.

19.5. L'esercizio della tutela

La tutela comporta naturalmente dei doveri che devono essere esercitati dai tutori nell'interesse e nel benessere dei loro tutelati; essi sono enunciati nell'art. 398 del Codice delle Famiglie. Il primo di questi è quello di educare e guidare con forme di educazione positive, non violente e partecipate, come richiesto ai titolari della responsabilità genitoriale dall'art. 138-c) della legge stessa, e come ulteriormente indicato dall'art. 146. Il tutore deve assumere questo ruolo di educazione e formazione del proprio assistito nel pieno rispetto della sua dignità e integrità fisica e morale, senza ricorrere a punizioni corporali in qualsiasi forma, a trattamenti umilianti o all'uso di qualsiasi altro tipo di violenza o abuso; sapendo anche partecipare e ascoltare gli interessi e i desideri del bambino o dell'adolescente in funzione della sua progressiva autonomia.

Il tutore ha anche dei doveri nell'ordine della tutela patrimoniale, per cui l'art. 398-b) disciplina il dovere di cura degli alimenti del tutelato; il che si traduce nell'assicurare l'uso di questi nel senso attribuito dalla legge all'art. 25.2: di sostentamento, di vitto, di vestiario, di conservazione della salute, di ricreazione, di cura della persona e degli affetti, e le esigenze di educazione e sviluppo del minore. Questo dovere

³⁶ G.A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 207.

³⁷ G.A. BOSSERT e E.A. ZANNONI, *Manuale*, cit., p. 595.

legittima il tutore, *ex art. 398.2*, in caso di insufficienza del patrimonio del bambino o dell'adolescente a soddisfare i suoi bisogni, a citare in giudizio, per conto del minore, le persone che hanno l'obbligo legale di provvedere agli alimenti ai sensi dell'art. 27 della legge. Allo stesso modo, il paragrafo c) dell'articolo in questione obbliga il tutore a redigere un inventario dei beni del minore e a presentarlo al tribunale quando richiesto. Si tratta naturalmente di una funzione di controllo che a sua volta è controllata dall'autorità giudiziaria e che è completata dal dovere di amministrazione diligente dei beni che il paragrafo successivo della norma prescrive. Ciò che è certo è che la legge non stabilisce nulla in merito alla forma in cui deve essere presentato l'inventario quando la tutela è esercitata in modo duale, vale a dire se ciascuno debba presentare un inventario separato in considerazione delle proprie funzioni patrimoniali esclusive, o se debba presentare un inventario congiunto. La soluzione è chiara quando l'amministrazione patrimoniale è congiunta e indistinta, dove la cosa più logica sarebbe un unico inventario, ma nel caso di funzioni patrimoniali delimitate, sarebbe più corretto che ciascun tutore inventariasse la parte dei beni su cui ricadono le sue funzioni e responsabilità³⁸.

Queste funzioni economiche di amministrazione e cura, pur essendo soggette a vigilanza, sono svolte liberamente dal tutore; tuttavia, non tutti i suoi atti possono essere compiuti in questo modo, e alcuni (v. art. 402 del Codice delle Famiglie) richiedono un'autorizzazione giudiziaria obbligatoria e preventiva. Il tutore, in questi casi e in virtù dell'art. 398-e), ha il dovere di chiedere al tribunale la corrispondente autorizzazione per il compimento di qualsiasi atto che la richieda.

Qualora si fosse perfezionato un negozio giuridico di tal natura senza tale requisito preliminare, lo stesso sarebbe rescindibile *ex art. 76-a)* del Codice civile, purché il pupillo abbia subito un pregiudizio superiore a un quarto del valore dei beni oggetto di detti atti.

Pertanto, ove il danno patrimoniale fosse inferiore a detta misura, il rimedio dell'inefficacia non sarebbe applicabile, rimanendo tuttavia naturalmente disponibile quello della riparazione del danno, posto che, come sancito dall'art. 405 del Codice delle famiglie, grava sempre sul tutore l'obbligo di rispondere civilmente per i danni cagionati al pupillo a seguito dell'esercizio della tutela.

³⁸ Nello stesso senso si veda. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 625.

L'ultima funzione prevista dall'art. 398 è quella di rendere conto al tribunale. L'attività del tutore deve quindi essere sottoposta a controlli regolari per garantire il corretto svolgimento dei suoi compiti nell'interesse dei minori.

Il tutore è, in generale, un rappresentante legale del minore in tutti gli atti da lui compiuti, ad eccezione di quelli che, per la loro stessa natura personale, non ammettono rappresentanza. Tuttavia, nel rispetto della progressiva autonomia del minore, tali atti in suo nome non vanno a discapito degli atti personali del bambino o dell'adolescente nell'esercizio del suo diritto di essere ascoltato e del progressivo riconoscimento della sua autonomia concesso dalla legge o autorizzato dal tribunale competente (art. 397 del Codice).

Tutti questi doveri derivanti dall'incarico sono *intuitu personae*³⁹, proprio perché il tutore è nominato come tale, in considerazione dell'importanza del suo compito, per le condizioni e le caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere correttamente le sue funzioni. In quest'ordine di idee, e come stabilito dall'art. 398.3 del Codice, è vietata la delega a terzi di uno qualsiasi dei compiti menzionati nella sezione 1 del suddetto articolo. L'unica eccezione è rappresentata dalla possibilità per i tutori amministrativi di delegare la rappresentanza dei propri soggetti tutelati davanti ai tribunali agli organi legali delle proprie agenzie o alla nomina di un difensore di famiglia (art. 396.2 in combinato disposto con l'art. 398.3, entrambi del Codice delle famiglie).

In ogni rapporto giuridico esistono doveri reciproci, per cui non solo il tutore ha doveri o responsabilità. In questo senso, l'art. 399 disciplina il dovere di rispetto e considerazione del bambino o dell'adolescente nei confronti del tutore. Tuttavia, si tratta di una norma di natura prevalentemente pedagogica, in quanto l'applicabilità giuridica di un dovere morale di questa natura è difficile, soprattutto quando l'obbligato è un minore. Pertanto, il compito di educare e correggere il proprio protetto, nei limiti stabiliti dagli articoli 398 a), 138 c) e 146, in caso di inosservanza di questo dovere di rispetto e considerazione, ricadrà principalmente sul tutore stesso.

La legge, nella sua attenzione ai bisogni delle persone con disabilità, stabilisce all'art. 400 un'attenzione particolare del tutore ai bisogni del

³⁹ Cfr. C. H. ROLANDO, *Capitolo XIV*, cit., p. 284; G. A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 206; G. A. BOSSERT e E.A. ZANNONI, *Manual*, cit., p. 594.

proprio protetto quando questo si trova in una situazione di disabilità. In questi casi, oltre ai doveri comuni sopra menzionati, la persona che esercita la tutela deve cercare di realizzare le azioni necessarie per permettere al suo tutelato di essere incluso nella scuola, nella comunità e nella società, e di godere pienamente di tutti i suoi diritti e libertà, specialmente quelli relativi alla vita familiare, in condizioni di uguaglianza con gli altri bambini e adolescenti, a tal fine deve occuparsi dell'evoluzione delle sue facoltà e stimolare lo sviluppo del suo potenziale. È evidente che la legislazione cubana ha adottato il modello sociale in relazione alla disabilità, in modo che l'inclusione sociale della persona con disabilità sia una linea guida; nel caso dei minori ciò è rafforzato, poiché è necessario garantire che ciò avvenga fin dalla più tenera età e che i bambini con qualsiasi tipo di disabilità possano essere pienamente integrati nella vita scolastica, familiare e sociale. Il tutore deve garantire questo e, allo stesso modo, il tribunale in questi casi, nel valutare lo svolgimento delle funzioni del tutore, deve valutare anche questo: che al di là dell'adempimento dei normali doveri di cura personale e patrimoniale, il tutore garantisca l'inclusione sociale del suo assistito.

Il Codice disciplina, oltre ai doveri del tutore e agli atti che, pur sotto autorizzazione giudiziaria, può compiere, anche quelli che gli sono vietati (art. 404). Tuttavia, non si elencano quali sarebbero questi atti, al di là di quelli che si potrebbero ricavare dal già citato art. 146 della legge, e il divieto di contrattare tra padri e madri con i figli di cui hanno la responsabilità genitoriale (art. 174). Quest'ultimo divieto è espressamente richiamato dall'art. 404.2 in relazione ai tutori con i loro pupilli, che non possono stipulare contratti tra loro fino all'approvazione dei conti. Sebbene la legge non lo specifichi, presumibilmente si riferisce all'approvazione dei conti resi al termine della tutela o alla rimozione del tutore, e non all'approvazione dei conti annuali. Solo dopo la fine della tutela e l'approvazione dei conti cesserebbe di esistere un autocontratto, vietato dall'art. 63 del Codice civile. Tuttavia, sotto questo aspetto è evidente una certa restrizione nei confronti del tutore, in relazione allo stesso divieto presente nel citato art. 174 del Codice; infatti, sebbene quest'ultimo vieti i contratti tra genitori e figli, consente la realizzazione di donazioni pure e semplici da parte di questi ultimi a favore dei figli. Nel frattempo, l'art. 404.2 nega la possibilità di «stipulare qualsiasi contratto» tra tutore e tutelato, una norma categorica che raggiunge le donazioni, anche se pure e semplici.

19.5.1. Controllo del tribunale sull'esercizio della tutela

L'esercizio della tutela deve essere controllato per valutare l'adempimento da parte del tutore degli obblighi che tale posizione gli impone. Il Codice delle Famiglie stabilisce un controllo di natura giudiziaria, e non apre la porta ad altri tipi di controllo come quello della famiglia, poiché non prevede la possibilità, come ad esempio fa il Codice Civile spagnolo nel suo art. 201, che gli stessi titolari della responsabilità genitoriale, quando conferiscono la tutela per via testamentaria o notarile, designino anche organi di vigilanza sull'esercizio della posizione, che potrebbero assumere alcune delle funzioni attribuite ai giudici in questo senso.

Abbiamo anticipato alcune forme di controllo patrimoniale esercitate dal tribunale sul tutore nell'esercizio delle sue funzioni, come la resa dei conti o la revisione degli inventari. La legge concede anche altri meccanismi cautelari di controllo: questi sono noti all'art. 401 come cautele patrimoniali. Con questa misura il tribunale può ordinare il deposito di contanti, gioielli e altri beni di valore elevato del pupillo. Si tratta di una disposizione volta a proteggere questi beni che, data la loro natura mobile, il loro possibile alto valore e probabilmente non soggetti a controllo anagrafico, possono essere a rischio di essere persi o utilizzati in modo improprio. Di fronte a questa eventualità, e in assenza della necessità di un utilizzo immediato di tali beni da parte del minore, poiché il semplice possesso di tali beni da parte del tutore non comporta alcun beneficio, il tribunale può decidere di depositarli per garantirne la custodia fino al momento in cui se ne renda necessario l'utilizzo o, in caso contrario, fino a quando il minore raggiunga la maggiore età e sia in grado di amministrare e disporre liberamente del proprio patrimonio. Allo stesso scopo, il paragrafo 2 della stessa disposizione di legge consente al tribunale di fissare dei limiti all'uso dei fondi che il minore ha sul proprio conto bancario, in modo che il tutore, nell'amministrare il conto e nell'effettuare prelievi, pagamenti o trasferimenti per soddisfare le esigenze del minore, non possa superare l'importo stabilito dal tribunale come limite, in base alle esigenze del titolare. Qualsiasi utilizzo di questi beni sotto tutela o di somme superiori a quelle fissate deve ovviamente essere autorizzato dal tribunale, previa dimostrazione dell'utilità e della necessità per il bambino o l'adolescente.

Un'altra forma di controllo giudiziario, già menzionata in precedenza, deriva dalla necessità di un'autorizzazione da parte del tribunale per il compimento di determinati atti da parte del tutore. L'elenco di questi atti è riportato all'art. 402 del Codice. Innanzitutto, l'autorizzazione è richiesta per il collocamento del minore in un istituto di cura per un periodo prolungato di tempo per trattamenti medici relativi alla sua salute mentale; ovviamente, a causa delle ripercussioni che tale collocazione ha sul minore, sulla sua dignità e sulla sua libertà, il legislatore ha stabilito la necessità di un'approvazione giudiziaria. È prevedibile che il giudice debba valutare in questo caso le condizioni del minore, i referti medici e la necessità dell'internamento per le cure, nonché l'opinione del bambino o dell'adolescente stesso.

Gli altri atti per i quali è richiesta l'autorizzazione in questione sono di natura patrimoniale. In primo luogo [art. 402-b)], per il compimento di qualsiasi atto di proprietà o di altra natura che possa in definitiva arrecare pregiudizio al patrimonio del minore. Allo stesso modo, è necessario rifiutare donazioni, rinunciare a eredità, legati o altre disposizioni a causa di morte⁴⁰, nonché dividere questi o altri beni che il minore possiede in comune con terzi (lett. c) dell'art. 402); effettuare importanti investimenti e riparazioni nel patrimonio del minore (lett. d); e compromettere o risolvere i crediti accertati nei confronti del minore [lett. e)]. È evidente che in tutti i casi si tratta di atti che potrebbero comportare una perdita o una riduzione del patrimonio, o una rinuncia a diritti; pertanto, per evitare questi possibili effetti, è sempre necessario che il giudice li valuti per autorizzarli definitivamente o meno. Questa idea viene ribadita nell'art. 403, stabilendo che l'autorizzazione del tribunale per qualsiasi atto di disposizione dei beni del minore deve essere soggetta ai criteri della necessità e dell'utilità di tale disposizione per il minore. Il Codice non stabilisce nulla in merito alle modalità con cui autorizzare la vendita dei beni del tutelato; altre legislazioni, come ad esempio gli articoli 393 e 394 del Codice civile cileno, prevedono che essa avvenga tramite asta pubblica, al fine di garantirne la trasparenza.

⁴⁰ L'autorizzazione è necessaria solo per la rinuncia all'eredità, ma non per la sua accettazione, in quanto la successione *mortis causa* nel diritto cubano non può mai essere dannosa; di conseguenza, se le passività sono maggiori dell'attivo dell'eredità, il patrimonio del minore sotto tutela non verrebbe mai compromesso, in quanto la sua responsabilità è limitata solo fino al limite dell'attivo ereditario e in modo *cum viribus hereditatis* ex. art. 525.1 del Codice Civile.

Un'altra forma di controllo giudiziario è la già citata resa dei conti da parte del tutore al tribunale. Questo esercizio è senza dubbio una forma di controllo giudiziario che mira a valutare le prestazioni del tutore nell'esercizio e nell'adempimento dei suoi doveri. Si tratta di un dovere inderogabile, dal quale non ci si può esimere⁴¹. L'art. 406 del Codice obbliga il tutore a riferire periodicamente, con un intervallo minimo di un anno, e sempre alla presenza del pubblico ministero. Tuttavia, ci risulta che ciò non costituisca un ostacolo per il giudice di ordinare in tempi più brevi, in caso di una situazione eccezionale che lo renda opportuno, una resa dei conti da parte del tutore che possa essere intesa come speciale. Il tutore o, in mancanza, i suoi eredi sono tenuti a rispettare tale obbligo anche quando la tutela cessa, il tutore viene rimosso dall'incarico o muore. La legge non fa riferimento alla forma di rendiconto quando il tutore si trova in una situazione di grave disabilità, dove è possibile che, in séguito alla nomina di un sostengo intensivo con poteri di rappresentanza, il tutore debba rendere conto.

L'obbligo di rendere conto spetta a entrambi i tutori quando la tutela è duplice. Se l'esercizio delle funzioni è congiunto, l'atto di rendere i conti deve essere della stessa natura. Se, invece, ciascun tutore ha funzioni patrimoniali ben definite, renderà conto solo di queste. Più complesso è il caso in cui un tutore sia incaricato di funzioni eminentemente personali e l'altro di funzioni patrimoniali, in quanto è stato affermato che quello incaricato della sfera personale non renderà i conti, dal momento che, come si può dedurre dal nome, i conti sono principalmente legati a un esercizio finanziario. Tuttavia, condividiamo l'idea che anche questo tutore debba rendere conto, perché anche la cura della persona genera spese, e perché la resa dei conti in quest'area deve essere intesa in senso ampio, come resa dei conti di qualsiasi tipo di gestione, come nelle aree dell'educazione e della salute del pupillo, al fine di poter essere valutati dal tribunale sul corretto operato del tutore⁴². Quest'ultima posizione è positivizzata, ad esempio, dal Codice Civile della Catalogna nell'art. 222-32, dedicato proprio alla relazione del tutore sulla situazione personale del tutelato.

⁴¹ DÍAZ ABALART avverte che ciò non implica che circostanze eccezionali ne impediscano l'esecuzione in un determinato momento e che si debba rimandare, ma che la sua esenzione sarebbe nulla. Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 626.

⁴² Su questo tema, e sulla stessa posizione, vid. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., pp. 627 e 628.

La resa dei conti avviene presso il tribunale in cui il tutore è domiciliato, e questo organo deve inviare una notifica di questo atto al tribunale in cui la tutela è registrata, se questo è diverso dal tribunale di domicilio (art. 412.2 del Codice). Il tribunale esaminerà in ogni caso i conti e potrà approvarli, fare obiezioni o ordinare gli opportuni rimborsi. Il tribunale autorizzerà, ai sensi dell'art. 410.2, il rimborso delle spese ragionevolmente sostenute dal tutore nell'esercizio delle sue funzioni, a carico del patrimonio del tutelato, anche se ciò non comporta alcun vantaggio per quest'ultimo; perché l'esercizio della tutela, anche se gratuito, non può rappresentare un danno patrimoniale per chi lo esercita.

La resa dei conti potrebbe generare alcune spese, ma la legge non stabilisce chi debba sostenerle. È naturale che siano a carico del patrimonio del minore, poiché si tratta di un esercizio a suo beneficio⁴³. Nonostante l'obbligatorietà del rendiconto giudiziario, rimane aperta la possibilità, a nostro avviso, che quando la tutela si estingue perché il minore raggiunge la maggiore età, il rendiconto finale possa essere fatto privatamente tra entrambi, *ex* tutore e minore, poiché a quel punto gli interessi patrimoniali di quest'ultimo cessano di essere di interesse pubblico, ed egli è libero di compiere le operazioni patrimoniali che ritiene opportune.

I tribunali, per il corretto controllo del tutore, terranno un registro delle tutele. In tale registro deve essere annotata ogni tutela costituita sul territorio con le generalità del minore e le disposizioni adottate nei suoi confronti, il tutore, gli inventari dei beni, le misure cautelari adottate, nonché, se del caso, il centro in cui il minore è custodito. Deve essere inoltre tenuta una contabilità annuale.

19.6. Responsabilità civile del tutore

Questa sezione è regolata dall'art. 405 del Codice delle famiglie. In particolare, si riferisce alla responsabilità del tutore per i danni che può causare al tutelato in conseguenza dell'esercizio della tutela. Non si riferisce, quindi, alla responsabilità per fatto altrui, *in vigilando*, che grava anche sul tutore per i danni che possono essere causati a terzi

⁴³ Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 627.

dalla persona che rappresenta, e che è disciplinata nella sua interezza dall'art. 90 del Codice civile.

L'articolo del Codice delle famiglie chiarisce che la condotta del tutore è valutata in base a un criterio di diligenza, per cui se a causa delle sue azioni, o della sua mancanza di azione, il minore sotto la sua tutela subisce un danno patrimoniale o personale, egli deve risponderne civilmente. Si noti che il criterio di imputazione è soggettivo, in quanto il legislatore si riferisce espressamente ai danni causati al minore per "*colpa*" del tutore nell'esercizio delle sue funzioni; tuttavia, è prevedibile che, data l'ampiezza del dovere del tutore in termini di cura personale e patrimoniale del minore, e l'importanza di tale interesse giuridico, il dovere di diligenza del tutore sarà analizzato dai tribunali con standard elevati⁴⁴.

Il secondo paragrafo del precetto attribuisce la legittimazione ad agire contro il tutore per chiedere la riparazione o il risarcimento in primo luogo al tutelato stesso; tuttavia, si deve presumere che per poterlo fare da solo, il pupillo deve raggiungere la maggiore età, fino alla quale, data l'impossibilità di stabilire una pretesa da parte sua, la prescrizione *ex art. 123.1-b)* del Codice Civile è sospesa. La legge legittima anche questa azione, e ciò va inteso per quando il tutelato è minorenne ed è sottoposto a tutela, al pubblico ministero e ai parenti del pupillo. Si tratta di una legittimazione che viene concessa essenzialmente al Pubblico Ministero, poiché, come abbiamo sottolineato in precedenza, la legislazione cubana gli conferisce il dovere di tutelare i diritti dei minori, e questo include la legittimazione in qualsiasi questione in cui siano in gioco gli interessi di bambini e adolescenti; tuttavia, nel caso dei parenti, la formula giuridica è molto ampia, poiché non stabilisce limiti di parentela per stabilire chi godrebbe di tale legittimazione. La legge non fa riferimento, come non necessario, al fatto che tale legittimazione sia posseduta anche dal tutore, ma al fine di intentare un'azione in tal senso nei confronti di un precedente tutore che sia stato rimosso dall'incarico o che sia morto o sia stato dichiarato morto presunto, casi questi ultimi in cui l'azione sarebbe rivolta ai suoi successori.

⁴⁴ BORDA afferma che questo è stato il criterio seguito dalla dottrina francese, secondo la quale il tutore è responsabile anche in caso di colpa lieve. Cfr. G.A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 273.

La questione della responsabilità del tutore è ancora più complessa quando l'istituto è duale, soprattutto perché la legge non offre formule specifiche per una soluzione in questi casi. In primo luogo perché, come già detto, la dualità dei tutori può manifestarsi in modi diversi e, di conseguenza, il modo di affrontare la responsabilità può essere diverso. Un caso è quello in cui le funzioni dei tutori sono ben identificate e divise, nel qual caso la cosa più logica ed equa sarebbe che la responsabilità ricada sul tutore che non si è comportato con diligenza nell'ambito della sua particolare sfera di responsabilità e che, di conseguenza, ha causato il danno; in tal caso, si capisce che l'azione dovrebbe essere diretta solo contro di lui, poiché indicare la responsabilità su di lui non porrebbe grossi problemi, dato che il danno si è verificato in una sfera in cui aveva funzioni esclusive. D'altra parte, quando la tutela multipla non viene esercitata con questa differenziazione di funzioni, la questione diventa più complicata nel nostro diritto. In primo luogo, perché non è stabilito se l'azione debba essere diretta contro entrambi i tutori, presumendo che, dato l'esercizio congiunto della tutela, entrambi siano responsabili, o se si debba individuare il grado di responsabilità di ciascuno. In base al principio del *pro damnato*, con l'obiettivo di facilitare l'esercizio dell'azione da parte della vittima, soprattutto quando questa è un minore i cui interessi devono essere difesi, forse la cosa più consigliabile sarebbe una responsabilità solidale dei tutori in questi casi, che solleverebbe l'attore da questo onere e aprirebbe la possibilità di una successiva ripetizione tra i tutori⁴⁵. Tuttavia, la solidarietà è una formula che, ai sensi dell'art. 248.4 del Codice civile, opera solo se concordata tra le parti o nei casi in cui è prevista dalla legge. Di conseguenza, e in assenza di qualsiasi disposizione in merito, la solidarietà non può essere intesa⁴⁶.

⁴⁵ Questa è la posizione difesa da DÍAZ ABALART quando analizza la questione nel Codice, vid. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 633.

⁴⁶ L'ideale sarebbe stata una disposizione esplicita, come quella contenuta nell'art. 419 del Codice civile cileno.

19.7. Rimozione, morte e presunzione di morte del tutore e cessazione della tutela

Sebbene non si possa rinunciare all'incarico di tutore una volta accettato, la persona nominata come tale può essere rimossa dall'autorità che l'ha nominata: il tribunale. L'articolo 407 del Codice stabilisce due motivi: il mancato possesso dei requisiti che la legge stessa richiede per essere nominati tali, previsti dall'articolo 395 del Codice stesso, o il mancato rispetto dei doveri legali che l'articolo 398 gli affida. Un cambiamento nelle condizioni personali del tutore o una violazione grave e sufficiente, a giudizio del tribunale, dei suoi doveri legali può quindi portare alla sua rimozione e alla nomina di un nuovo tutore. La legittimazione ad agire in questi casi davanti al tribunale è esclusiva del pubblico ministero e dei parenti del minore di terzo grado di consanguineità o di secondo grado di affinità che sono a conoscenza di queste circostanze. Tuttavia, la legge (art. 407.2) limita la legittimazione processuale dell'ufficio del pubblico ministero ai casi in cui tale situazione sia portata a conoscenza dalle persone che vivono con il minore o dai vicini più prossimi o dalle organizzazioni di massa (art. 392 *a*) e *b*) del Codice). Indubbiamente, tali persone vicine potrebbero avere una maggiore conoscenza di queste circostanze; tuttavia, riteniamo che questa previsione legale sia limitante, in quanto potrebbero essere altri soggetti, che non vivono con il bambino o l'adolescente o che non sono vicini, a conoscere queste circostanze, in quanto hanno legami affettivi o relazioni strette, e sono impossibilitati a proporre l'azione in prima persona perché non sono parenti nei limiti autorizzati dal precetto, e che la loro comunicazione all'ufficio del pubblico ministero, in una stretta interpretazione letterale della legge, non lo autorizzerebbe nemmeno a proporre l'azione. La difesa dei diritti dei bambini e degli adolescenti è un interesse pubblico superiore, e pertanto il pubblico ministero, in quanto garante, dovrebbe sempre avere la legittimazione ad agire, indipendentemente da chi comunica la situazione di fatto che giustifica il suo intervento.

Un'altra forma di rimozione della tutela sarebbe attraverso un procedimento penale, come conseguenza di una sentenza definitiva che sanziona il tutore per reati di violenza di genere o domestica. Questi reati non devono necessariamente essere commessi contro il pupillo, per cui anche se c'è un'altra persona come vittima, il tribunale penale

nella sua sentenza, sapendo che la persona sanzionata ricopre la posizione di tutore, dovrebbe considerarla non idonea a tale posizione e rimuovere la tutela. In breve, l'assenza di precedenti penali per questo tipo di reato è un requisito *ex lege* (art. 395-e) del Codice) per essere nominati tutori; pertanto, una sanzione per questo comporterebbe irrimediabilmente la rimozione della posizione in virtù dell'art. 407.1, per cui è naturale che per ragioni di economia processuale il tribunale penale sia autorizzato a pronunciarsi in tal senso, senza la necessità di avviare una successiva procedura di rimozione.

Naturalmente, la morte o la dichiarazione di presunzione di morte del tutore implica la vacanza dell'incarico e richiede una nuova nomina. Per questo motivo, una volta avvenuto il decesso o divenuta definitiva la decisione giudiziaria che dichiara la presunzione di morte, tali circostanze devono essere portate all'attenzione del tribunale dagli eredi, dall'esecutore testamentario o dall'altro tutore, nel caso di una doppia tutela (art. 408 del Codice). In caso di morte, la logica del precetto è chiara, soprattutto se si tratta di una morte improvvisa, non preceduta da una lunga malattia, ma non altrettanto nel caso della presunzione di morte. La dichiarazione di presunzione di morte è necessariamente preceduta da un *iter* temporale e procedurale piuttosto lungo, che può andare da 6 mesi a 3 anni, a seconda delle circostanze in cui si è verificata la scomparsa della persona (si veda l'art. 34 del Codice Civile); pertanto, pur non essendo sbagliata, la previsione di questa circostanza è poco pratica e inattuabile, in quanto è comprensibile che un tutore che si assenta o scompare e non esercita le sue funzioni debba essere rimosso dall'incarico, senza la necessità di attendere la sua dichiarazione di morte presunta. La stessa analisi dovrebbe essere fatta nel caso di decessi preceduti da lunghe malattie che impediscono il corretto esercizio dei doveri dell'incarico ⁴⁷.

La legge, all'art. 409, indica altre circostanze che porterebbero naturalmente all'estinzione della tutela: il raggiungimento della maggiore età, e con essa della piena capacità giuridica civile; l'adozione del minore, circostanza in cui il minore sarebbe soggetto alla responsabilità genitoriale, e questo estingue *de jure* la necessità di istituire la tutela; e, chiaramente, la morte del minore stesso.

⁴⁷ Cfr. S. DÍAZ ABALART, *La tutela*, cit., p. 636.

19.8. Riflessioni conclusive

Abbiamo fatto una brevissima analisi dei precetti del Codice delle Famiglie che regolano l'esercizio della tutela e, sebbene l'obiettivo non sia stato quello di confrontare l'attuale regolamentazione dell'istituto con quella precedente, è visibile un'evoluzione positiva nella sua regolamentazione a Cuba.

In primo luogo, per l'ambito di applicazione dell'istituto, finalmente svincolato nella legislazione cubana dalla rappresentanza delle persone con disabilità, che non sono più soggette a un sistema di incapacità che obbliga alla nomina di un sostituto per l'esercizio della loro capacità. In secondo luogo, per le numerose innovazioni introdotte in materia di tutela, tra cui: la possibilità di delega da parte degli stessi titolari della responsabilità genitoriale attraverso atti giuridici; la grande flessibilità concessa al giudice al momento della nomina del tutore, che non si limita a un ordine di priorità segnato dalla vicinanza consanguinea, ma è guidato dai legami affettivi tra il tutore e il tutelato; la regolamentazione delle tutele speciali; la possibilità della doppia tutela; o la possibilità di ascoltare l'opinione del bambino o dell'adolescente durante tutta la procedura.

Queste novità, insieme a una profonda e dettagliata regolamentazione dell'istituto, sia nei suoi aspetti sostanziali che in quelli processuali, consentono di delineare meglio la figura giuridica della tutela nel diritto cubano, che, essendo correttamente controllata dall'autorità giudiziaria, può garantire a quei minori che purtroppo non sono soggetti alla responsabilità genitoriale di trovare nel tutore, o nei tutori, un ambiente familiare adeguato che fornisca loro protezione, cura e affetto.

20. Persone in situazione di disabilità e adulti anziani nell'ambiente socio-familiare

Joanna Pereira Pérez e Janet Gheri Almarales

SOMMARIO: 20.1. Disabilità e anzianità: uguali o diverse? – 20.2. Disabilità e anzianità nell'ambiente socio-familiare. – 20.3. Un catalogo dei diritti adattato all'ambiente socio-familiare? – 20.4. La protezione trasversale della disabilità nell'ambiente familiare. – 20.5. Nonni e nonne all'attenzione del diritto di famiglia. – 20.6. Anziani e assistenza: la rivendicazione del loro ruolo di protagonisti dell'ambiente familiare. – 20.7. Nuove regole, nuove sfide.

20.1. Disabilità e anzianità: uguali o diverse?

A partire dall'articolo 439 del nuovo Codice delle Famiglie cubano, le persone con disabilità godono degli stessi diritti riconosciuti agli anziani negli articoli da 421 a 428 di questo Codice. Tale scelta legislativa genera diversi interrogativi: Le persone anziane e le persone con disabilità condividono le medesime problematiche? La protezione di entrambi i gruppi in una situazione di vulnerabilità è informata agli stessi principi? Perché il legislatore non ha utilizzato la tradizionale formula "si applica in quanto compatibile"? Domande a cui cercheremo di dare risposta nelle righe che seguono.

Secondo il censimento del 2012, a Cuba ci sono 556 317 persone di tutte le età con qualche tipo di disabilità, una cifra che rappresenta il 5% della popolazione totale, distribuita principalmente nelle fasce d'età dai 60 anni in su, il che dimostra il legame tra disabilità e invecchiamento, dato che il 49,5% delle persone con disabilità ha 60 anni o

piú¹. Inoltre, nei Paesi in cui l'aspettativa di vita è superiore ai 70 anni, in media un individuo trascorre circa 8 anni o l'11,5% della propria vita con disabilità², e Cuba ha attualmente un'aspettativa di vita alla nascita di 78,45 anni e un'aspettativa di sopravvivenza di 22,8 anni una volta raggiunta l'età adulta³, il che diventa ancora più allarmante se si considera che il 17,4% degli anziani vive da solo e il 6,5% di questo gruppo ha esigenze speciali⁴.

Questa questione ci porta quindi a rispondere al primo degli interrogativi posti, perché sebbene le persone anziane non siano persone con disabilità, i dati demografici evidenziano che un'alta percentuale delle seconde fa parte del gruppo degli anziani, e quindi ne condivide i problemi.

Per ciò è particolarmente significativo che il legislatore del Codice delle Famiglie cubano, in considerazione delle proiezioni demografiche della popolazione cubana, abbia previsto l'applicazione dei diritti degli anziani a coloro che sono disabili, e non viceversa, poiché quest'ultima ipotesi avrebbe comportato l'erronea considerazione che l'arrivo dell'età adulta implichi di *per sé* una disabilità, criterio che non condividiamo e che non si basa su un ragionamento medico o gerontologico.

In risposta alla seconda domanda, è importante notare che, sebbene i principi che informano la protezione di entrambi i gruppi non siano omogenei⁵, gli aneliti di dignità, indipendenza, protagonismo e auto-

¹ Censimento della popolazione e delle abitazioni 2012, p. 200. Disponibile all'indirizzo: http://www.onei.gob.cu/sites/default/files/informe_nacional_censo_0.pdf. [Accesso: 21 giugno 2022].

² Disponibile all'indirizzo: <https://www.rals.org.ar/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad/> [Accesso: 15 marzo 2023].

³ *Anuario demografico di Cuba 2021*. Oficina Nacional de Estadística y Población de la República de Cuba (ONEI) e Centro de Estudios de Población y Desarrollo (CEPDE), edizione maggio 2022, p. 127.

⁴ *Encuesta Nacional de Envejecimiento de la Población*, ENEP-2017, Oficina Nacional de Estadística y Población de la República de Cuba (ONEI), Centro de Investigaciones sobre Longevidad, Envejecimiento y Salud (CITED) e Centro de Estudios de Población y Desarrollo (CEPDE), edizione settembre 2019.

⁵ *Vid.* Art. 3 della Convenzione interamericana sulla protezione dei diritti umani delle persone anziane, Organizzazione degli Stati americani, 2015. Disponibile all'indirizzo: www.oas.org.

nomia, uguaglianza e non discriminazione, partecipazione, integrazione e inclusione piena ed effettiva nella società, benessere e cura, realizzazione di sé, equità e parità di genere e l'approccio alla vita sono comuni, il che supporta la saggezza della formulazione legislativa.

Particolarmente importanti nel campo della disabilità sono il diritto a un ambiente accessibile (art. 425) e il diritto all'autoregolazione della tutela futura (art. 426) con i loro correlati convenzionali sull'accessibilità (art. 9 CRPD) e il rispetto delle volontà e delle preferenze non solo attuali ma anche future. PÉREZ GALLARDO ribadisce che, con l'autotutela, l'autonomia della volontà viene messa al servizio dell'individuo e si manifesta come una soluzione al dilemma sociale dell'incessante invecchiamento della popolazione e dalle malattie collaterali della demenza senile, come l'Alzheimer, che provocano la necessità di prevedere vari aspetti della propria esistenza prima che si diventi incapaci di comunicare e di gestirsi⁶.

Anche LLORENS e RAJMIL sostengono che l'autotutela o l'autoregolazione come diritto è connessa alla possibilità di ogni essere umano di decidere e disporre della propria vita, della propria persona e dei propri beni per il futuro, nel caso di un'eventuale perdita del proprio discernimento⁷.

Questione differente è il dettato dell'art. 427 relativo ai sostegni e alle soluzioni ragionevoli per l'esercizio della capacità giuridica delle persone anziane, giacché la normativa specifica del Codice civile (artt. 29-31), che il Codice delle Famiglie ha modificato, si riferisce alle persone con disabilità, e di conseguenza rappresenterebbe la norma applicabile, e non quella per gli anziani. Per questo motivo siamo del parere che si sarebbe potuta usare la formula "applicazione in quanto compatibile", poiché non tutti i precetti protettivi dell'età adulta riguarderanno la tutela della disabilità.

Detto questo, da un punto di vista normativo, il riferimento promosso dall'articolo 439 non solo è corretto, ma anche opportuno, in quanto permette di estendere i diritti già riconosciuti alle persone con disabilità all'ambito familiare.

⁶ Vid. L.B. PÉREZ GALLARDO, *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, in L.B. Pérez Gallardo, (a cura di), *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, Editoriale Félix Varela, La Habana, 2000, pp. 229 e 230.

⁷ Vid. L.R. LORENS e A. RAJMIL, *Previsión para la eventual pérdida de discernimiento*, Editoriale Astrea, Buenos Aires, 2010.

20.2. Disabilità e terza età nell'ambiente socio-familiare

Non c'è dubbio che la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (di séguito CDPD), sia un trattato sui diritti umani⁸, forse uno dei piú importanti nella storia dell'umanità, ed è considerato uno dei piú innovativi degli ultimi decenni⁹. La sua adozione da parte del massimo organismo internazionale ha rappresentato una conquista per i movimenti associativi delle persone con disabilità, che da anni si battevano per il riconoscimento dei loro diritti.

Il testo della Convenzione non solo ha stabilito i princípi che dovrebbero governare la protezione delle persone con disabilità, ma ha anche definito in questa sede i loro diritti e le loro particolarità¹⁰, nonché la loro priorità, nella consapevolezza che la dignità e la libertà dovrebbero presiedere qualsiasi approccio o attenzione a questa materia. Tutto ciò ha significato il consolidamento di un cambiamento di paradigma che era già in atto da anni.

In un processo lento ma progressivo, la visione della disabilità si è sviluppata a livello internazionale, con riflesso nei contesti regionali e nazionali¹¹ ed è cosí che, attraverso varie strategie, i nuovi paradigmi

⁸ R. de A. MOLINO DE LAHOZ, *Prólogo dell'opera La Recepción y Aplicación en España de la Convención de naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Editoriale Laborum, Murcia, 2017, p. 9.

⁹ I. CAMPOY CERVERA, *La Recepción y Aplicación en España de la Convención de naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, p. 13.

¹⁰ Forse risponde, come spiega Campoy y Cervera, al processo a cui fa riferimento Bobbio in relazione alla "specificazione dei diritti", che in séguito si è sviluppato con altri tre processi: positivizzazione, generalizzazione e internazionalizzazione, che Peces-Barba spiega attraverso la specificazione dei titolari e la specificazione del contenuto. Rafael de Asís si oppone a questo processo e lo chiama processo di "generalizzazione dei diritti" quando spiega che si tratta di generalizzare l'idea di diritto, anche se ciò richiede misure specifiche. Ciò significa estendere la soddisfazione dei diritti a individui e gruppi che prima non li avevano. I. CAMPOY CERVERA, *o.u.c.*, pp. 29-30.

¹¹ *Apud.* M. DEL C. GARCÍA GARNICA, *Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica*, in Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (a cura di), Solé Resina, Judith (a cura di), *Tratado de Derecho Civil de la Persona Física*, tomo II, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 195.

sono stati definitivamente introdotti nella dimensione giuridica¹². La sua entrata in vigore ha significato, secondo MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “la nascita di un quadro giuridico vincolante per i Paesi ratificanti e, allo stesso tempo, uno strumento di riferimento essenziale per la concettualizzazione della disabilità e la formulazione di politiche su scala internazionale”¹³. Con i suoi articoli si raggiunse quella definizione giuridica che era stata progressivamente sviluppata in tempi precedenti e che mostrava la necessità di abbandonare il modello medico per assumere quello sociale, fino ad aprirsi alla piena incorporazione dei diritti delle persone con disabilità nel modello dei diritti umani¹⁴. Il modello, detto anche dell'autonomia personale, aveva come scopo principale la rottura e il superamento della visione paternalistica e l'acquisizione dell'autodeterminazione, non solo nel processo riabilitativo¹⁵, ma anche nel controllo della vita personale della persona con disabilità, a partire dall'eliminazione delle barriere.

Basti pensare che l'assunto del modello sociale presuppone che le persone con disabilità siano titolari di diritti umani e che, pertanto, sia loro riconosciuta la capacità giuridica di esercitarli secondo i loro desideri e le loro preferenze; di conseguenza, riteniamo che le tre categorie che caratterizzano questo modello dal punto di vista giuridico siano: titolarità (dei diritti)¹⁶, capacità giuridica (di esercitarli) e desideri e

¹² R. BREGAGLIO LAZARTE, *La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención*, in BELTRÃO *et al.* (a cura di), in *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, DHES (Red de Derechos Humanos y Educación Superior) Barcelona, 2014, p. 113.

¹³ B. MARTÍNEZ RÍOS, *Pobreza, discapacidad y derechos humanos*, in “Revista Española de Discapacidad”, vol.1, n°1, 2013, p. 10.

¹⁴ I. CAMPOY CERVERA, 2017, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁵ J.L. LÓPEZ BASTÍAS, *La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mira a través de la evolución normativa*, in “Revista de la Facultad de Derecho de México”, tomo LXIX, n° 273, gennaio -aprile 2019, p. 844.

¹⁶ È vero che esiste ancora un dibattito aperto in cui una parte della dottrina sostiene che non si tratta di riconoscere diritti specifici alle persone con disabilità perché sono diverse (processo di specificazione), ma semplicemente che devono godere degli stessi diritti del resto delle persone a parità di condizioni (processo di generalizzazione). La prima posizione porta con sé e perpetua l'idea del soggetto disabile come essere speciale e al di fuori della normalità, e si tratta di generalizzare l'idea dei diritti, anche se è necessario adottare misure specifiche, in modo che questa generalizzazione sia sufficiente a proteggere l'individuo disabile. *Apud.* M. DEL C. BARRANCO, P. CUENCA E M.Á. RAMIRO, *Capacidad Jurídica y discapacidad: el artículo 12 de, op. cit.*,

preferenze. Nel corso degli anni in cui la Convenzione è stata in vigore, la dottrina si è occupata di sviluppare queste tre aree e sono state condotte molte ricerche approfondite sulle persone con disabilità come titolari di diritti, così come quali diritti siano effettivamente loro riconoscibili. La stessa sorte è toccata alla capacità giuridica, influenzando persino i postulati convenzionali nelle loro concezioni più radicate, adattandola nella sua attuale caratura a criteri impensabili fino a pochi decenni fa e che analizzeremo di seguito.

Un'altra questione particolarmente evidente è che, parallelamente al valore della volontà e delle preferenze, viene eliminata la considerazione del miglior interesse delle persone con disabilità come fattore determinante nel processo decisionale con loro e per loro. In questa stessa linea teorica, GARCÍA PONS introduce un'interessante problematica relativa al cambiamento apportato dal principio di autonomia nel suo rapporto con il principio di protezione, forgiandosi, secondo la sua opinione, un rapporto di complementarità¹⁷. In questo modo, il principio di protezione passa in secondo piano ed entra in gioco solo quando l'autoprotezione non può essere raggiunta attraverso l'autonomia individuale. È giusto osservare come questa inversione di priorità tra autonomia e tutela della persona si colleghi allo spirito e ai paradigmi introdotti dalla CDPD. In modo tale da essere invocata solo in due casi: (1) quando non è possibile in alcun modo conoscere la volontà e le preferenze della persona, e (2) quando avviene un cambiamento di

p. 56 e I. CAMPOY CERVERA, 2017, *op.cit.*, p. 29. Il processo di generalizzazione implica l'estensione dei diritti a soggetti e collettività che non li possedevano. R. DE ASÍS ROIG, *Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*, in Campoy Cervera, Ignacio e Palacios, Agustina (curatori), *Igualdad, no discriminación y discapacidad, una visión integradora de las realidades española y argentina*, colección "Debates del Instituto Bartolomé de las Casas", no.8, Dykinson, Madrid, 2007, p. 34. Allo stesso tempo, richiede di adattare la sua formulazione astratta e le sue condizioni generali di esercizio, concepite da e per un titolare di standard, alla situazione, ai bisogni e alle circostanze concrete di esistenza delle persone con disabilità. In breve, «i diritti devono essere generalizzati specificando contenuti, modalità di esercizio, misure strumentali o garanzie aggiuntive». P. CUENCA GÓMEZ, *Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos*, in "Anuario de Filosofía del Derecho", nº 32, p. 81.

¹⁷ A. GARCÍA PONS, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, editorial Ramón Areces, 2008, p. 49.

circostanze talmente aggravato che, anche se esistesse una volontà espressa prospetticamente dal soggetto in previsione del futuro, è impossibile sua efficacia ed esecuzione. Una massima che abbiamo già visto presente in CREHUET con incredibile anticipo quando ragionava nel 1921, che è indiscutibile che prima dell'interesse dell'estraneo verso una persona, si deve considerare l'interesse che quest'ultima prova per sé stessa e il suo particolare giudizio¹⁸.

Quanto detto evidenzia l'inversione che si è operata nell'ordine di prelazione che avranno per sua efficacia volontà e interesse superiore. Ma nessun'altra materia ci ha insegnato l'importanza di eliminare gli antagonismi quanto la disabilità, quindi, molto più interessante e complesso che stabilire quale volontà abbia la preferenza, è analizzare come avviene l'interazione tra le due, perché nella maggior parte dei casi non ci sarà solo volontà o solo interesse, ma entrambi e, a volte, entreranno in conflitto. Per questo motivo, alcuni autori sottolineano che la preferenza espressa dalla persona con disabilità diventa automaticamente parte del suo interesse superiore e deve essere rispettata a meno che non sia oggettivamente dannosa per la persona stessa, e ciò sempre per evitare la sua mancanza di protezione. Secondo PEREÑA VICENTE, non è possibile prescindere completamente dalla nozione di interesse superiore, poiché, tra le molte altre ragioni, verrebbe meno la *ratio* di qualsiasi misura di sostegno o protezione, da cui l'imperativo di cercare un'interpretazione integrata che bilanci le nozioni di volontà e interesse¹⁹.

Coerentemente con quanto sopra, è necessario un sistema il cui scopo "è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di tutte le persone con disabilità" (art. 1 CRPD), costruito sui pilastri del diritto all'esercizio della capacità giuridica (art.12 CRPD), i cui principi sono guidati dal rispetto della dignità intrinseca, dell'autonomia individuale, compresa la libertà di fare le proprie scelte, e

¹⁸ D.M. CREHUET DEL AMO, *La Tutela Fiduciaria, Discorso pronunciato in occasione del suo ricevimento come accademico di merito*, Sessione del 23 maggio 1921, in "Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", n° XXXIV, Reus, Madrid, 1921, p. 17.

¹⁹ M. PEREÑA VICENTE, *La protección jurídica de los adultos, el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad*, in PEREÑA VICENTE, M. (a cura di), *La Voluntad de la persona protegida*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 121.

dell'indipendenza delle persone (art. 3 CRPD) e riconoscendo "l'importanza dell'accessibilità all'ambiente fisico, sociale, economico e culturale, alla salute e all'istruzione, nonché all'informazione e alle comunicazioni, nel consentire alle persone con disabilità di godere pienamente di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali" (par. v) del Preambolo CDPD).

Tutto ciò ha una correlazione speciale nell'ambiente familiare, che è uno degli spazi più importanti per le persone con disabilità. Ciò è dimostrato non solo dagli articoli della CDPD stessa, ma anche dalle indicazioni fornite dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità (di séguito il Comitato) sotto forma di commenti generali sulle disposizioni della Convenzione. Sebbene questi commenti generali siano destinati ad assistere gli Stati Parte nell'adempimento dei loro obblighi, il loro contenuto va oltre la costruzione dottrinale, legislativa e persino giurisprudenziale degli istituti e delle categorie giuridiche relative all'esercizio dei diritti di questo gruppo di popolazione. Ad oggi sono state adottate sette osservazioni generali, che sottolineano tutte l'importanza della famiglia come spazio per lo sviluppo delle persone con disabilità e come diritto umano da esercitare attraverso l'azione individuale.

VALDÉS DÍAZ afferma giustamente che "la famiglia dovrebbe sostenere la persona con disabilità in modo che non sia solo il protagonista, ma addirittura il regista dell'opera teatrale che è la sua vita. Questo significa poter scegliere, poter creare il copione della propria esistenza, pianificare ogni scena, agire in base a quelle decisioni, che possono essere sbagliate, ma tutti abbiamo il diritto di sbagliare²⁰. Evitare l'iperprotezione, dare la possibilità di esprimere ciò che si vuole, non esercitare un'influenza indebita per ottenere un comportamento o indurre una scelta, questo è il sostegno nella sfera familiare, al di là della fornitura, che pure è necessaria, delle condizioni materiali di esistenza". Ciò è riconosciuto dalla stessa Convenzione quando considera la famiglia come "l'unità naturale e fondamentale della società" che deve "contribuire al pieno ed equo godimento dei diritti da parte delle persone con disabilità" (paragrafo x) Preambolo CDPD. Inoltre, "per i bambini, l'essenza del diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella

²⁰ Vid. C. DEL C. VALDÉS DÍAZ, *Las Familias y las personas en situación de discapacidad*, in *Las familias en la Constitución*, in L.B. Pérez Gallardo y D. Cánovas (a cura di), editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 428.

comunità implica il diritto a crescere in una famiglia" (paragrafo 37 del Commento generale n. 5 del Comitato)²¹.

La famiglia è senza dubbio il primo ambiente collettivo in cui una persona si sviluppa naturalmente, ed è per questo che è lì che dovrebbe emergere in primo luogo l'educazione e il sostegno delle persone con disabilità, basati sul rispetto, l'inclusione, l'abilitazione, la riabilitazione, l'indipendenza e l'autonomia, "responsabilizzando e assistendo le persone con disabilità perché abbiano voce e assumano il pieno controllo della propria vita" (Paragrafo 12 d) del Commento Generale n. 7 del Comitato)²² e non esercitando il controllo o limitando le scelte personali agendo come decisori sostitutivi (Paragrafo 26 del Commento Generale n. 5 del Comitato).

Da parte sua, la presa di coscienza dei nuovi paradigmi introdotti dalla CDPD ha come spazio privilegiato la famiglia (art.8 a) della CDPD) e costituisce un nesso cardine per lavorare positivamente sugli stereotipi discriminatori legati al diritto delle persone con disabilità di vivere e fondare una famiglia in modo autonomo, che è aggravato da forme di discriminazione multipla che possono manifestarsi nell'ambiente familiare (paragrafo 18 del Commento generale n. 3²³ e paragrafo 17 del Commento generale n. 6²⁴, entrambi del Comitato). Gli stereotipi indebiti legati alla disabilità e al genere sono una forma di discriminazione che ha un impatto particolarmente grave sul godimento

²¹ Commento generale n. 5 sul diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità, Comitato sui diritti delle persone con disabilità, 27 ottobre 2017. Disponibile all'indirizzo: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/328/90/PDF/G1732890.pdf?OpenElement> [Accesso: 1 marzo 2023].

²² Commento generale n. 7 sulla partecipazione delle persone con disabilità, compresi i bambini con disabilità, attraverso le loro organizzazioni rappresentative, all'attuazione e al monitoraggio della Convenzione, Comitato sui diritti delle persone con disabilità, 9 novembre 2018. Disponibile all'indirizzo: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/336/57/PDF/G1833657.pdf?OpenElement>. [Accesso: 1 marzo 2023].

²³ Commento generale n. 3 sulle donne e le ragazze con disabilità, Comitato sui diritti delle persone con disabilità, 25 novembre 2016. Disponibile all'indirizzo: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/262/59/PDF/G1626259.pdf?OpenElement>. [Accesso: 1 marzo 2023].

²⁴ Commento generale n. 6 sull'uguaglianza e la non discriminazione, Comitato sui diritti delle persone con disabilità, 25 novembre 2016. Disponibile all'indirizzo: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/119/08/PDF/G1811908.pdf?OpenElement>. [Accesso: 1 marzo 2023].

della salute e dei diritti sessuali e riproduttivi e sul diritto di creare una famiglia (paragrafo 38 del Commento generale n. 3 del Comitato).

Alla luce di tutto ciò, dagli articoli della CDPD emerge chiaramente che l'importanza della famiglia è riconosciuta in una duplice dimensione, da un lato come spazio di sviluppo, convivenza e sostegno all'esercizio dei diritti, dall'altro come diritto umano da esercitare di per sé, come sancito dall'articolo 23 della CDPD.

L'età, invece, è un concetto multidimensionale e complesso. Da un lato, esiste l'età cronologica (o del calendario) e l'età fisiologica, associata ai cambiamenti che avvengono nel corpo con l'avanzare dell'età cronologica e, dall'altro, l'età sociale, che si riferisce alle aspettative su atteggiamenti e comportamenti conformi all'età cronologica reale o attribuita²⁵. È proprio nell'età sociale che le relazioni familiari si ripercuotono, per l'influenza che hanno sui progetti di vita delle persone e per il fatto che sono l'ambiente più vicino per il sostegno e lo sviluppo.

AMARO CANO evidenzia le differenze tra il senso della anzianità (percezione individuale data da cultura, tradizioni, credenze e idee) e il significato della anzianità (ciò che la società e l'ambiente valutano). La anzianità assume un significato quando appare guidata da scopi, ideali e speranze. Il significato della anzianità prende vita nell'immaginario sociale, che costruisce, decostruisce e ricostruisce le aspettative, i doveri e i diritti degli anziani²⁶, a partire dall'idea stessa di famiglia, che LOLAS STEPKE propone come un intreccio di generazioni, in cui i più giovani hanno degli obblighi nei confronti dei più anziani, e che attualmente si rivela insufficiente²⁷.

La relazione tra gli anziani e la famiglia risale agli albori della vita sociale organizzata. Il diritto romano prevedeva la figura giuridica del "*pater familia*" che conferiva all'anziano un potere che TREJO MATURANA descrive come tirannico; la parentela aveva origine e si trasmetteva attraverso la linea maschile e il "*pater familia*" concentrava tutto il

²⁵ S. HUENCHUAN, *La discriminación por edad de la vejez: definiciones y alcances*, in S. Huenchuan (ed.), "Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores" (LC/MEX/TS.2022/4), Città del Messico, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022, p. 27.

²⁶ M. DEL C. AMARO CANO, *El envejecimiento poblacional en Cuba, desde el prisma de la epidemiología social y la ética*, in "Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba", Vol.6, No.2, Anno 2016. Disponibile all'indirizzo: <http://www.revistacuba.cu>.

²⁷ F. LOLAS STEPKE, *Las Dimensiones Bioéticas de la Vejez*, in "Acta Bioethica", anno VII, n° 1, 2001, p. 69.

potere su di sé per tutta la vita e non rispondeva delle sue azioni, la sua autorità era così illimitata che poteva persino disporre della vita di un membro della sua famiglia²⁸. Tuttavia, analizzando la relazione famiglia-anziano da un punto di vista storico, è notevole come l'interazione si sia evoluta da questo ruolo guida, direttivo e patriarcale da parte dell'anziano a una collaborazione tra i membri intergenerazionali basata sull'uguaglianza di genere, con un valore simile all'interno delle famiglie degli anziani, siano essi donne o uomini. Si è verificata un'interessante conversione, forse basata sulla reciprocità e guidata dagli alti tassi di invecchiamento che l'umanità sta vivendo da più di quattro decenni, in cui non è più l'anziano a guidare la famiglia, ma è la famiglia a essere l'ambiente di supporto per uno sviluppo positivo della anzianità.

Secondo IMBERT MILÁN, la famiglia sta diventando sempre più importante come rete di sostegno sociale di fronte all'invecchiamento dei suoi membri anziani, che in questa fase della vita sono condizionati dalla riduzione della loro attività sociale, il che aumenta il valore dello spazio familiare per gli anziani, che sarà sempre il supporto insostituibile²⁹.

Tutto ciò implica molteplici sfide all'interno delle famiglie, in termini di assistenza, di diritti e doveri che derivano ai loro membri e di rapporti di comunicazione che si instaurano a livello generazionale, nonché la reinvenzione e l'aggiornamento del Diritto di Famiglia e delle istituzioni familiari, che devono rispondere a questa nuova e pressante realtà. Sulla stessa linea, AGAR CORBINOS riconosce che, nei Paesi più anziani, appaiono con forza le questioni relative ai diritti e ai doveri all'interno della famiglia, così come il ruolo delle politiche pubbliche nel ripianamento delle iniquità che emergono dalle relazioni private all'interno della famiglia³⁰.

Particolare enfasi è stata posta sulla difesa degli anziani come soggetti di diritti, ricorrendo alla teoria dei diritti umani come base per la

²⁸ C. TREJO MATURANA, *El viejo en la Historia*, in "Acta Bioethica", anno VII, n° 1, 2001, p. 113.

²⁹ L.M. IMBERT MILÁN, *El Entorno Familiar del Adulto Mayor. Realidad versus legislación, Derecho y Cambio Social*, 8 (25), p. 6. Recuperato da <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>.

³⁰ L. AGAR CORBINOS, *Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hechos sociodemográficos y reflexiones éticas*, in "Acta Bioethica", año VII, n° 1, 2001, p. 34.

protezione di questa fascia d'età³¹, tendenza che si è concretizzata con l'adozione nel 2015 della prima Convenzione a tutela degli anziani nelle Americhe³² e la prima del suo genere al mondo. Lo strumento internazionale di riferimento è un serbatoio nei suoi articoli delle più moderne dottrine e posizioni globali e regionali sulla protezione dei diritti degli anziani, allo stesso modo in cui ridimensiona la configurazione del regime dei diritti umani riconosciuti, ora in una triplice dimensione che HUENCHUAN classifica come diritti emergenti, diritti esistenti e diritti estesi³³.

A livello globale, la Convenzione interamericana sulla protezione dei diritti umani delle persone anziane (di séguito CIPDHPM) riconosce nuovi diritti, tra cui alcuni importanti come la dignità nella vecchiaia, l'autonomia e l'assistenza a lungo termine, altri che richiedono nuove interpretazioni o l'ampliamento del loro contenuto, come l'uguaglianza e la non discriminazione sulla base dell'età, il consenso informato in età avanzata o il diritto alla salute, al lavoro o all'istruzione, e altri ancora di cui le persone anziane non hanno mai goduto finora, come l'accessibilità o la mobilità personale³⁴.

La norma regionale testimonia il più importante consenso sulla protezione della anzianità nel nostro continente e attribuisce un ruolo fondamentale alla famiglia e all'ambiente familiare per raggiungere un invecchiamento attivo e in salute. Nell'ordine dei principi generali applicabili contenuti nell'articolo 3, si pone l'accento sull'importanza della solidarietà e del rafforzamento della protezione della famiglia,

³¹ Vid. Y. TORRES GARCÍA, O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *Derechos del adulto mayor en la Constitución cubana actual*, in "Revista de la Abogacía", n. 64, luglio-dicembre 2020, p. 2.

³² Convenzione interamericana sulla protezione dei diritti umani delle persone anziane, Organizzazione degli Stati americani, 2015. Disponibile all'indirizzo: www.oas.org.

³³ I diritti emergenti sono diritti nuovi o parzialmente coperti da standard internazionali e nazionali esistenti. I diritti esistenti sono quelli già inclusi negli standard internazionali, ma che richiedono modifiche per adattarli alle esigenze specifiche di un gruppo, attraverso nuove interpretazioni o ampliandone il contenuto. I diritti estesi sono specificamente rivolti a gruppi che in precedenza non ne godevano, per omissione o discriminazione. *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Perspectiva regional y de derechos humanos*, Huenchuan, Sandra (editore), ECLAC, 2018, pp. 114 s.

³⁴ *Apud. Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Perspectiva regional y de derechos humanos*, Huenchuan Sandra (editore), ECLAC, 2018, p. 114.

che si ottiene attraverso l'adozione di politiche che rinvigoriscono la famiglia come spazio di vita e i legami familiari che si sviluppano al suo interno (art. 7 CIPDHPM), riconoscendo l'importanza della partecipazione attiva, produttiva, piena ed efficace delle persone anziane (art. 8 CIPDHPM) e delle interazioni familiari e sociali, tenendo conto di tutte le famiglie e delle loro relazioni affettive (art. 12 CIPDHPM).

In parallelo, tanto significativa è la famiglia per il pieno esercizio dei diritti, quanto è riconosciuta la possibilità che in questo stesso spazio si manifestino varie forme di discriminazione e violenza, attraverso l'abbandono (art. 9 CIPDHPM), la violenza finanziaria o patrimoniale, fisica, sessuale, psicologica o emotiva, in molti casi associata al lavoro di cura, da cui l'importanza data dal testo giuridico internazionale alla formazione delle persone che lo svolgono (art. 9 g) CIPDHPM). Allo stesso modo, l'ambiente familiare può essere il contesto primario di azioni discriminatorie e stereotipate nei confronti degli anziani. In questo senso, è interessante la riflessione introdotta da TRAXLER, che ha individuato quattro fattori che intervengono negli atteggiamenti e nei comportamenti negativi verso gli anziani nella società occidentale: la paura della morte, l'enfasi su un ideale di giovinezza, la produttività misurata rigorosamente in termini di potenziale economico e l'istituzionalizzazione³⁵, tutti fattori che si esprimono a diversi livelli e che di solito iniziano nell'ambiente familiare.

Quanto sopra converge direttamente con il principio dell'uguaglianza in base all'età, in cui l'interpretazione grammaticale dell'articolo 42 della Costituzione cubana, che proibisce e sanziona qualsiasi pratica discriminatoria, non è sufficiente; invece, è necessario riprendere l'obiettivo dello Stato di garantire l'effettiva uguaglianza degli anziani. Ciò significa che la "effettività" sarà sempre oggetto di valutazione in ogni situazione concreta, ed è per questo che la Costituzione aspira anche a una pratica (nella sfera pubblica e privata) basata sulla razionalità, sull'umanesimo e sulla solidarietà³⁶, che contribuisca al riconoscimento e all'esercizio paritario dei diritti delle persone longeve nel nostro Paese. Ciò è sancito anche nel nuovo Codice delle Famiglie

³⁵ TRAXLER, cit pos S. HUENCHUAN, *La discriminación por edad de la vejez: definiciones y alcances*, in S. Huenchuan (a cura di), *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores (LC/MEX/TS.2022/4)*, Città del Messico, Commissione economica per l'America Latina e i Caraibi (CEPAL), 2022, p. 28.

³⁶ Y. TORRES GARCÍA, O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *o.u.c.*, p. 8 s.

cubano (di séguito CFC) quando dichiara che le norme del testo giuridico sono regolate in primo luogo dai princípi, dai valori e dalle norme contenute nella Costituzione della Repubblica di Cuba (art. 1.2. del CFC)³⁷, e all'articolo 3 a) sottolinea l'uguaglianza e la non discriminazione come i primi princípi su cui si basano le relazioni che si sviluppano nella sfera familiare.

Anche la Costituzione cubana del 2019 mostra, fin dalla sua formulazione, l'importanza dell'ambiente familiare per l'efficacia dei diritti fondamentali delle persone con disabilità e degli anziani. Non a caso gli articoli 88 e 89 sono collocati nel Capitolo III "Famiglie" del Titolo V "Diritti, doveri e garanzie". La Costituzione cubana riconosce e sottolinea l'importanza della famiglia nel perseguimento della riabilitazione o del miglioramento della qualità della vita, dell'autonomia personale, dell'inclusione e della partecipazione sociale. In virtù di ciò, TORRES e HERNÁNDEZ sostengono che, data la supremazia della Costituzione all'interno dell'ordinamento giuridico e la sua duplice condizione di programma politico e norma di diretta applicazione, il riconoscimento degli anziani come gruppo di attenzione prioritaria dal punto di vista dei diritti umani significa che gli Stati e i loro governi sono in maggior misura legati alla soddisfazione dei bisogni di questa fascia d'età³⁸.

AMARO CANO sostiene anche che gli aspetti morali stanno acquistando sempre più rilevanza, poiché la vita e la anzianità non solo devono avere un *sensu*, ma anche un *significato*, in altre parole, non devono avere valore solo per coloro che ne godono, ma anche per la società e la famiglia che devono esprimere oggettivamente, con misure concrete di tipo economico, sociale e politico, il valore della vita degli esseri umani che compongono questo gruppo di popolazione, che tanto hanno contribuito allo sviluppo della società a cui appartengono³⁹. Pertanto, il legislatore familiare cubano ha giustamente riconosciuto l'importanza delle nonne, dei nonni, degli altri parenti e delle persone a loro affettivamente vicine nella trasmissione intergenerazionale delle

³⁷ Codice delle Famiglie, Legge 156 del 22 luglio 2022 dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare della Repubblica di Cuba.

³⁸ Y. TORRES GARCÍA, O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *o.u.c.*, p. 2.

³⁹ M. DEL C. AMARO CANO, *El envejecimiento poblacional en Cuba, desde el prisma de la epidemiología social y la ética*, in "Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba", Vol.6, No.2, Anno 2016. Disponibile all'indirizzo: <http://www.revistacuba.cu>.

tradizioni, della cultura, dell'educazione, dei valori, degli affetti e nel lavoro di cura (art. 8 del CFC).

20.3. Un catalogo di diritti adattato all'ambiente socio-familiare?

Nel suo intento di proteggere la disabilità e gli anziani sulla base dei pilastri del modello sociale e dei diritti umani, uno dei maggiori successi e novità del nuovo Codice delle Famiglie cubano è senza dubbio la sistematizzazione di un catalogo di diritti specifici dell'ambiente socio-familiare. Così, il Capitolo II del Titolo IX contiene 9 precetti che sottolineano la dignità, l'uguaglianza, il divieto di ingerenza nella vita familiare, l'abilitazione e la riabilitazione, i diritti sessuali e riproduttivi e lo sviluppo integrale, e si conclude con i doveri delle famiglie nei confronti delle persone istituzionalizzate e quelli dello Stato e delle sue istituzioni e organizzazioni sociali nella promozione di una vera cultura della dignità, ancorata all'inclusione. Oltre a 13 precetti che, come una sorta di diritti umani adattati all'ambiente socio-familiare e ancorati alla dignità come valore supremo, costituiscono la positivizzazione dei diritti soggettivi che garantiscono alla persona anziana i pilastri per un invecchiamento attivo e sano.

In questo senso, VIGGIANI sottolinea che il principio di dignità costituisce l'asse normativo di base - che, come dimostra l'esperienza cubana, si muove dal basso, cioè dalle nazioni civilizzate verso l'alto, verso il diritto sovranazionale e internazionale - che potrebbe rivalutare la concezione della vecchiaia ai fini di una maggiore tutela e considerazione. In questo modo, se la dignità fosse il punto di partenza della legislazione, gli obiettivi di protezione e proattività nel campo della vecchiaia potrebbero essere raggiunti più facilmente ed efficacemente⁴⁰.

Queste sezioni ci vengono presentate come dei diritti umani adattati all'ambiente socio-familiare cubano, trasformandosi in diritti soggettivi con la loro positivizzazione, che li pone in una situazione giuridica di potere e concede loro la possibilità di esigere. Allo stesso modo,

⁴⁰ F. VIGGIANI, *I diritti degli anziani e i limiti del diritto internazionale. Il caso cubano come tentativo di implementazione domestica*, in "De Iustitia", dicembre 2023, p. 10.

sulla base della loro formulazione, in cui lo Stato, la società, la comunità, le organizzazioni e le istituzioni e le famiglie appaiono in una situazione giuridica di dovere, costituiscono una guida per la definizione delle politiche pubbliche di protezione della disabilità e degli anziani, secondo il nuovo modello e i principi già abbozzati.

È interessante, come spiega LAFFERRIERE in terra Argentina, citando HAFEN al momento dell'analisi delle tensioni tra autonomia e protezione, che nella considerazione dei diversi diritti coinvolti è importante distinguere tra diritti di protezione (*protection rights*) e diritti di scelta (*choice rights*), che conferiscono all'individuo il potere di prendere decisioni vincolanti come votare, sposarsi, stipulare contratti, esercitare preferenze religiose o scegliere se e dove ricevere un'istruzione. L'autore spiega poi che i diritti legati alla "protezione" costituiscono una sorta di nocciolo duro che non è disponibile per la persona⁴¹, mentre quelli di scelta, in base al significato semantico del termine stesso, concedono la possibilità di esercitarli o meno.

Quanto sopra ci permette di affermare, seguendo la logica sistemica del diritto di famiglia cubano, che, a partire dalla considerazione delle persone con disabilità e degli anziani come gruppi vulnerabili, è stato necessario porre l'accento sui diritti di protezione, che pongono le basi per la tutela in materia familiare, al di là delle istituzioni tradizionali, poiché l'osservanza di questi precetti favorisce *a priori* uno sviluppo della persona con disabilità che le permette di accedere *a posteriori* ai restanti diritti di scelta. Senza la garanzia di una vita familiare dignitosa, basata sull'inclusione comunitaria e sociale, il sostegno, l'educazione e l'orientamento necessari per consentire loro di sviluppare le proprie capacità e attitudini, non sarebbe in grado di optare per il matrimonio, di pianificare la prole, il tempo che separa un figlio dall'altro, il regime economico del matrimonio, ecc.

Si noti poi che, tra i diritti disciplinati nel capitolo che stiamo analizzando, gli articoli 421 (diritto a una vita familiare dignitosa), 422 (Diritto a una vita autonoma e indipendente), 424 (Diritto a una vita familiare libera da discriminazioni e violenze), 425 (Diritto a un ambiente accessibile), 426 (Diritto all'autoregolamentazione della protezione fu-

⁴¹ J.N. LAFFERRIERE, *Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Riflessioni a partire dal diritto argentino*, in "Revista de Derecho Privado", n. ° 38, 2020, p. 68 s.

tura), 427 (Supporti e soluzioni ragionevoli), 428 (Diritto alla partecipazione e all'inclusione sociale e familiare), nonché il contenuto della protezione, la garanzia dei diritti da parte delle reti istituzionali e comunitarie e il ruolo delle organizzazioni sociali e di massa (articoli 431; 432 e 433 rispettivamente), rientrerebbero tra i "diritti di protezione" che costituiscono il nocciolo duro della tutela della anzianità, ad eccezione dell'articolo 423, che concede loro la possibilità di "scegliere il luogo di residenza, in modo permanente o temporaneo, nonché di determinare con chi vogliono vivere, in condizioni di uguaglianza con gli altri, nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge", che costituisce un "diritto di scelta", tutto del Codice delle Famiglie cubano.

Oltre a quanto sopra, è importante riconoscere l'eterogeneità dell'invecchiamento stesso, che ha un impatto sul modo in cui proteggiamo e promuoviamo la vecchiaia, lontano da stereotipi e forme lineari. Le famiglie di oggi sono tanto diverse quanto gli anziani che ne fanno parte e che le abitano. VEGA MERE afferma che esse sono state portatrici di un'evoluzione permanente verso un pluralismo familiare che ha reso possibile una coesistenza pacifica tra le loro diverse espressioni⁴². Un adulto anziano sarà il riflesso attuale, in termini personali, familiari, affettivi e persino patrimoniali, di ciò che ha potuto vivere e costruire negli anni precedenti.

L'eterogeneità si manifesta anche, come spiega CISTERNAS, quando si parla della prima fase, in quegli anziani che non sono disabili e sviluppano pienamente la loro vita. La seconda fase è quella degli anziani con disabilità (ma che non si trovano in una situazione di dipendenza, soprattutto se sono in grado di esprimere la propria volontà e le proprie preferenze, o anche quando hanno una mobilità personale). La terza fase del stato è quello degli anziani con disabilità in situazione di dipendenza⁴³. A questo proposito, è importante affermare che, sebbene il riconoscimento e la diversità nella anzianità debbano essere presi in considerazione per ottenere una protezione giuridica a misura, non dovrebbero essere una giustificazione per discriminare, attenuare l'autonomia o limitare l'esercizio dei diritti sulla base della dipendenza che

⁴² Y. VEGA MERE, *Prólogo. Las Familias en la Constitución*, Pérez Gallardo, Leonardo y Cánovas Daimar (a cura di), editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 9.

⁴³ M.S. CISTERNAS, *Intersección entre la edad de la vejez y la condición de discapacidad*, in S. Huenchuan (a cura di), "Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores" (LC/MEX/TS.2022/4), Città del Messico, Commissione economica per l'America Latina e i Caraibi (ECLAC), 2022, p. 49.

alcune disabilità associate alla anzianità possono generare. LOLAS STEPKE sostiene che l'etica della qualità della vita in età avanzata deve basarsi e fondarsi su aspettative sobrie, modeste e realizzabili, rispettando la soggettività implicita nei molteplici aspetti da considerare, la complessità dei progetti, l'estrema variabilità tra le persone e il fatto che esse cambiano nel corso degli anni⁴⁴.

Un'altra novità degna di nota è rappresentata dall'articolo 437 del CFC, che stabilisce il diritto all'abilitazione e alla riabilitazione nell'ambiente socio-familiare per le persone con disabilità. Qualsiasi analisi deve partire dall'articolo 26 della Convenzione di New York, che riferisce che i servizi e i programmi si concentreranno in particolare nelle aree della salute, dell'occupazione, dell'istruzione e dei servizi sociali, che il legislatore cubano estende all'ambiente familiare, obbligando le famiglie a contribuire all'inserimento delle persone con disabilità in questi programmi, e fa un appello generale affinché i membri della famiglia siano coinvolti nel processo come parte della loro formazione per contribuire alla partecipazione e all'inclusione adeguata di queste persone nella comunità.

Il riconoscimento esplicito dei diritti sessuali e riproduttivi delle persone con disabilità (art. 438 del CFC) trova il suo antecedente come diritto umano nella stessa CDPD (art. 23.1), anche se non esiste una norma familiare che lo riconosca nell'ordine sostanziale, motivo per cui costituisce una novità anche in questo ordine. Il testo dell'articolo cubano sulla famiglia in analisi introduce un'interessante garanzia di questo diritto quando stabilisce che vengano forniti i mezzi necessari per consentirne l'esercizio. Ciò significa che le persone con disabilità potrebbero avere accesso alle tecniche di riproduzione umana assistita. Se ci riferiamo al recente Regolamento di Riproduzione Assistita negli Esseri Umani a Cuba, contenuto nella Risoluzione 1151/2022 del Ministero della Salute Pubblica del 27 ottobre 2022, il suo articolo 3 stabilisce che l'esecuzione delle tecniche si basa sui valori della dignità e dell'umanesimo ed è regolata dai principi di uguaglianza e non discriminazione, equità, autonomia della volontà, tutela della maternità e della paternità, giustizia e solidarietà, e l'accesso alle tecniche è aperto alle persone che esprimono la volontà di intervenire e le richiedono per ottenere il concepimento e portare a termine la gravidanza (art. 4).

⁴⁴ F. LOLAS STEPKE, *Las Dimensiones Bioéticas de la Vejez*, cit., p. 69.

Tra i requisiti⁴⁵ stabiliti dal regolamento, l'unico che potrebbe impedire l'uso delle tecniche da parte di persone con disabilità sarebbe il consenso notarile, in relazione a disabilità mentali o intellettuali che privano la persona del discernimento necessario per compiere atti notarili. Allo stesso modo, è altrettanto determinante la valutazione motivata e scientifica da parte dell'équipe multidisciplinare delle possibilità di successo dell'applicazione della tecnica e del rischio per la salute delle persone coinvolte e dell'eventuale prole. Rispetto a questo requisito, sarebbe discutibile negare l'accesso alla tecnica sulla base della valutazione genetica della disabilità della persona, perché questo ci porterebbe a una valutazione bioetica che non è oggetto di queste riflessioni.

Allo stesso modo in cui il legislatore della famiglia ha stabilito i diritti, ha positivizzato altresì i doveri. Così, l'articolo 441 sottolinea la necessità di comunicazione e affetto dei familiari nei confronti delle persone con disabilità istituzionalizzate, come garanzia contro l'abbandono che spesso si verifica e che è anche proibito dalla CDPD (art.

⁴⁵ Articolo 12. Per l'esecuzione di tutti i tipi di tecniche, si terrà conto di quanto segue:
a) aver compiuto 20 anni per le donne e gli uomini, e fino a 45 anni per le donne e 55 anni per gli uomini;

(b) il consenso libero, informato ed espresso degli intervenienti; e

c) una valutazione motivata e scientifica da parte dell'équipe multidisciplinare delle possibilità di successo dell'applicazione della tecnica e del rischio per la salute delle persone coinvolte e dell'eventuale prole.

Articolo 13.1. Le persone al di sopra delle fasce di età massime previste dall'articolo 12, comma a), possono eccezionalmente accedere alla procreazione assistita per il benessere della salute materno-infantile, e a tal fine il Ministro della Salute attiva una commissione multidisciplinare di esperti incaricata di valutare e avallare la procedura.

2. Nell'ambito della fascia di età generale di cui all'articolo 12, lettera a), e in considerazione del tipo di tecnica, della fattibilità e dei rischi della sua applicazione, il presente regolamento prevede diversi limiti di età.

Il consenso informato dato dai partecipanti è valido e indipendente per ogni tentativo e può essere revocato in qualsiasi momento prima o durante l'esecuzione della Tecnica. Articolo 15. Le Tecniche sono classificate come a bassa o alta tecnologia in base alla garanzia tecnologica che richiedono. Nell'applicazione di una qualsiasi delle tecniche previste dal presente Regolamento, le équipe multidisciplinari utilizzeranno anche le procedure e i trattamenti medici necessari per il buon esito dello scopo del concepimento.

23.3). BREGAGLIO e CONSTANTINO spiegano che ciò è stabilito dal Decreto Legislativo 1297⁴⁶ dell'ordinamento giuridico peruviano, in virtù del quale il bambino in assistenza familiare o residenziale ha il diritto di mantenere relazioni personali e di essere visitato dal padre, dalla madre, da altri membri della famiglia d'origine o della famiglia allargata e da altre persone (art. 83), ciò che trascende *a posteriori* nel ritorno dei bambini alla famiglia d'origine, anche se nel nostro Codice delle Famiglie non è stato stabilito nulla al riguardo.

Spetta alla nostra magistratura, ai notai, ai pubblici ministeri e agli avvocati applicare questi diritti a casi concreti, dando loro un contenuto e un'applicazione pratica, sotto l'egida del modello sociale e dei diritti umani, e con attenzione alla particolare situazione demografica, sociale ed economica dell'attuale contesto cubano.

20.4. La protezione trasversale della disabilità nell'ambiente familiare

Sulla stessa linea descritta sopra, l'attuale riforma della famiglia nell'ordinamento giuridico cubano è passata con l'approvazione nel referendum tenutosi il 25 settembre 2022 del Codice delle Famiglie, firmato dal Presidente della Repubblica il 26 settembre dello stesso anno⁴⁷. Gli articoli sulla famiglia, che già dal 1975 erano stati codificati in un testo separato dal Codice Civile⁴⁸, gettano uno sguardo profondo sull'attuale società cubana e si caratterizzano per l'acutezza della concezione normativa delle istituzioni familiari tradizionali e per l'introduzione di nuove, che forniscono una risposta a molteplici problemi attuali.

⁴⁶ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale El Peruano il 30 dicembre 2016. Questo Decreto Legislativo abroga l'articolo 248 del CNA sui presupposti per la dichiarazione giudiziale di abbandono; la Legge 29174, Legge generale dei Centri di accoglienza per bambini e adolescenti; la Legge n. 26981, Legge di procedura amministrativa per l'adozione di minori dichiarati giudizialmente abbandonati; e la Legge n. 30162, Legge sull'affido.

⁴⁷ Codice delle Famiglie, Legge 156 del 22/07/2022 dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare della Repubblica di Cuba.

⁴⁸ Legge n. 1289 del 14 febbraio 1975.

Una delle sue caratteristiche distintive è proprio la particolare attenzione e l'approccio alla protezione e ai diritti nell'ambiente familiare, dei gruppi di popolazione in situazioni di vulnerabilità dovute all'età (bambini, adolescenti e anziani) e alla disabilità.

Per quanto riguarda la tutela delle persone con disabilità, assume il cambiamento di paradigma implicito nel modello sociale e dei diritti umani sostenuto dalla CDPD e basa la sua regolamentazione su quattro pilastri fondamentali: 1) il riconoscimento nell'articolo 3 k) del CFC, come principio che regola le relazioni che si sviluppano nell'ambiente familiare, del "rispetto dei desideri, delle volontà e delle preferenze degli anziani e delle persone con disabilità"; 2) l'eliminazione della tutela degli anziani e l'introduzione del sostegno all'esercizio della capacità giuridica e degli aggiustamenti ragionevoli, nella riforma⁴⁹ del Codice Civile; 3) la specificazione dei diritti e delle situazioni giuridiche di tutela per le persone con disabilità, allontanando la finalità di protezione dall'interesse superiore e dalle concezioni paternalistiche; e 4) il riconoscimento dell'eterogeneità all'interno della disabilità, sia a causa dell'età, con un approccio particolare per i bambini e gli adolescenti con disabilità, sia nell'attenzione ai bisogni dei diversi tipi di disabilità (mentale, fisica, sensoriale, intellettuale o biopsicosociale).

Pertanto, la formula normativa utilizzata dal legislatore familiare cubano per la protezione delle persone con disabilità nell'ambiente socio-familiare è stata completa nella sua ampiezza e profondità, sebbene strutturata da un punto di vista metodologico in tre dimensioni principali: 1) la protezione trasversale nelle istituzioni familiari tradizionali; 2) il riconoscimento nel Capitolo II del Titolo IX di un catalogo di diritti; 3) e l'estensione alle persone con disabilità dei diritti riconosciuti agli anziani dall'articolo 439 del Codice delle Famiglie. Concentreremo le nostre osservazioni sul secondo gruppo, con i dovuti riferimenti al primo e al terzo, poiché tutti insieme danno coerenza al sistema previsto dal testo giuridico in analisi.

Il riconoscimento di una protezione trasversale per le persone con disabilità negli articoli del nuovo CFC emerge dalle disposizioni preli-

⁴⁹ Vid. J. PEREIRA PÉREZ, *La encrucijada de los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, a 35 años del Código Civil cubano*, in *Las recientes reformas al código civil cubano (a propósito de la ley n° 156/2022, de 22 de julio, código de las familias)*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo (a cura di), ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 37-50.

minari. Il riconoscimento esplicito delle diverse forme di organizzazione familiare (artt. 1 e 2) contribuisce alla protezione della diversità⁵⁰. Molti autori fanno riferimento alle particolarità delle famiglie quando ci vive un membro con disabilità, ma tutti concordano sul fatto che ciò che è veramente importante è la conoscenza dei diritti e il sostegno governativo, sociale e comunitario che garantisce le condizioni affinché l'inclusione sociale principale e più significativa avvenga all'interno della famiglia.

Lo stesso testo legislativo dichiara che i principi che regolano le relazioni familiari a Cuba (art. 3 del CFC) fungono da linee guida interpretative per chiarire il significato delle norme e la loro integrazione, che coincidono con molteplici principi protettivi della disabilità (art. 3 della CDPD) quali: il rispetto della dignità, l'autonomia individuale, compresa la libertà di prendere le proprie decisioni, e l'indipendenza delle persone (art. 3 a) della CDPD e art. 3 k) del CFC), l'uguaglianza e la non discriminazione (art. 3 b) ed e) CDPD e art. 3 a) e 12 CFC), il rispetto della differenza e della pluralità (art. 3 d) del CFC) e art. 3 b) e i) del CFC), l'uguaglianza tra uomini e donne (art. 3 g) della CDPD e art. 4 f) del CFC), il rispetto per lo sviluppo delle facoltà dei bambini

⁵⁰ Ad esempio, processi di adattamento alla cura e alla dipendenza richieste da alcuni tipi di disabilità, esaurimento emotivo, preoccupazioni sociali come il rifiuto, la riduzione delle opportunità lavorative, sociali ed educative, spese aggiuntive per il bilancio familiare, disturbi e squilibri per i fratelli e le sorelle di bambini con disabilità intellettiva, difficoltà nell'adempimento dei ruoli e delle funzioni della famiglia come istituzione; esaurimento fisico e mentale dei caregiver, aggiunto allo spostamento del loro progetto di vita, intrusioni nelle dinamiche familiari basate su decisioni di sostituzione, ecc. *Apud.* A. PEDROZA e E. BELTRÁN DE LA ROSA, *Discapacidad, familia y derechos humanos*, in "Revista Utopía y Praxis Latinoamericana", Anno 24, n° Extra 3, 2019, pp. 206-216; C. VILLAVICENCIO-AGUILAR, M. ROMERO MOROCHOS, M. CRIOLLO ARMIJOS e W. PEÑALOZA, *Discapacidad y familia: Desgaste emocional*, ACADEMO, Asunción, 5(1), 2018, pp. 89-98.; O. LIZASOÁIN RUMEU, *Discapacidad y familia: el papel de los hermanos*, in "El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación", Pamplona, v. 1, 2009, pp. 653-659.; A.M. ABAD-SALGADO, *Familia y discapacidad: consideraciones apreciativas desde la inclusión*, in "Revista Latinoamericana de Estudios de Familia", 8, 2016, pp. 58-77; L.M. PAGANO, *Las personas con discapacidad y sus familias bajo el prisma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, in "IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C"., vol. IV, n. 26, 2010, pp. 79-96.

con disabilità e il loro diritto a preservare la propria identità (art. 3 h) della CDPD e artt. 5; 6 e 7 del CFC).

Nella stessa linea di tutela trasversale si colloca l'espresso riconoscimento del diritto a formare una famiglia, a vivere in una famiglia e ad esercitare l'uguaglianza in materia di filiazione (art.4 del CFC), che vengono difesi sulla base del "diritto di tutte le persone con disabilità in età matrimoniale di sposarsi e di fondare una famiglia sulla base del libero e pieno consenso dei futuri coniugi" (art.23 a) della CDPD), nonché il conseguente riconoscimento dei loro diritti familiari e genitoriali, in quanto si ritiene, nell'ambito di stereotipi sociali discriminatori, che i genitori con disabilità non siano adatti o in grado di prendersi cura dei propri figli (paragrafo 61 del Commento generale n. 6 del Comitato).

Particolare rilevanza viene conferita alla protezione dei bambini con disabilità, con la premessa fondamentale del diritto di crescere nel seno della propria famiglia (art. 5 c) del CFC), ponendo l'accento sul rispetto del loro interesse superiore e sul fatto che in nessun caso un bambino potrà essere separato dai propri genitori a causa di una disabilità sua, di entrambi i genitori o di uno di essi (art. 23 della CDPD). Il suo correlato legislativo si trova nell'articolo 6 del CFC, a cui il legislatore aggiunge saggiamente che i provvedimenti di separazione sono in ogni caso adottati dall'autorità competente, in conformità con la legge e tenendo conto della reale necessità in considerazione di grave inadempimento o dell'impossibilità ad esercitare le responsabilità genitoriali, in via eccezionale e come misura di ultima *ratio*, sempre di natura temporanea e soggetta a revisione periodica. Inoltre, va ricordato in questa sede, anche se non espressamente previsto dal legislatore familiare cubano, che "ogni sforzo deve essere fatto, quando la famiglia immediata non è in grado di prendersi cura di un bambino con disabilità, per fornire cure alternative all'interno della famiglia allargata e, se ciò non è possibile, all'interno della comunità in un ambiente familiare" (art. 23.5 della CDPD), come una sorta di prelazione da tenere in considerazione soprattutto nell'ambito delle decisioni amministrative o giudiziarie riguardanti la tutela e la cura di bambini e adolescenti con disabilità.

In sintesi, si offre uno sguardo particolarmente orientato alla ricerca della dignità e dell'uguaglianza delle persone con disabilità nell'ambiente familiare cubano, basandosi su molteplici istituzioni, di cui sono esempi:

a) L'obbligo di prestare gli alimenti non si applica più solo ai parenti consanguinei, ma si estende ai parenti di fatto e ai parenti socio-affettivi e riconosce come destinatari non solo i figli minorenni, ma anche le persone che si trovano in stato di bisogno a causa di una situazione di vulnerabilità dovuta alla disabilità. In virtù di quanto sopra, va notato che il motivo della protezione non è la disabilità in sé, ma la disabilità combinata con la mancanza di risorse economiche che impedisce loro di ottenere gli alimenti (artt. 25-27 del CFC). Nello stesso senso, corrisponde ai titolari della responsabilità genitoriale il mantenimento dei figli maggiorenni con disabilità, ai quali è stato nominato un "sostegno intenso" (*apoyo intenso*) con poteri di rappresentanza, anche se sono ricoverati in un istituto educativo o sanitario (art. 284 del CFC).

b) Il diritto alla comunicazione tra familiari riconosce le particolarità di tale comunicazione con le persone con disabilità e stabilisce l'obbligo di garantirla e di includere "tutti i tipi di linguaggio, nonché le modalità e i mezzi di comunicazione gestuali, orali o tecnologici più appropriati per ogni persona" (artt. 46 e 47). Ciò è direttamente collegato all'accessibilità nelle sue dimensioni di informazione e comunicazione, in modo da consentire una vita indipendente, la partecipazione e il pieno godimento dei loro diritti (art. 9 della CDPD e Commenti generali del Comitato n. 2 e n. 5).

c) È inoltre previsto che il tribunale fornisca soluzioni ragionevoli per facilitare la comunicazione familiare con il genitore non affidatario e la sua rispettiva famiglia (art. 157 del CFC), nonché per garantire il miglior interesse dei doveri e dei diritti delle madri e dei padri affini nel caso di bambini con disabilità (art. 188).

d) L'esercizio dei diritti e delle azioni di filiazione da parte della persona o delle persone nominate come "sostegno intenso" (*apoyo intenso*) con poteri di rappresentanza, solo se si basa sulle volontà, i desideri e le preferenze espresse da queste prima della nomina del sostegno (artt. 54; 76 e 129 del CFC), come garanzia dell'esercizio della paternità (art. 23.1 della CDPD). Così come la possibilità di esercitare l'azione di divorzio da soli o assistiti dal "sostegno" nominato (art. 277.2 del CFC).

e) Il mancato rispetto della differenza di età stabilita per l'accesso all'adozione (minimo 18 e massimo 50 anni) nel caso di più fratelli, sorelle o minori con disabilità (art. 101 c) e la delega temporanea della

responsabilità genitoriale al genitore affine in caso di disabilità temporanea, a condizione che sia impossibile per l'altro genitore con responsabilità genitoriale esercitarla (art. 182 del CFC). Ciò rafforza il principio della permanenza del minore disabile all'interno della famiglia, già discusso in precedenza.

f) L'espressa considerazione, come parte del contenuto della responsabilità genitoriale, dell'obbligo dei genitori nei confronti dei figli minori con disabilità all'inclusione familiare, comunitaria e sociale, all'educazione inclusiva in ambienti che permettano loro di raggiungere il massimo sviluppo educativo, e all'accesso paritario alla partecipazione ad attività ricreative, di svago e sportive (art. 138 l) del CFC), così come i tutori dei minori in situazione di disabilità dovranno svolgere le azioni necessarie per consentire la loro inclusione nella scuola, nella comunità e nella società, nonché per promuovere il pieno godimento di tutti i loro diritti e libertà, in particolare quelli relativi alla vita familiare, in condizioni di uguaglianza con gli altri bambini e adolescenti; a tal fine dovranno occuparsi dello sviluppo delle loro facoltà e stimolare l'accrescimento del loro potenziale (art. 400 del CFC). Entrambi i precetti contribuiscono al mandato convenzionale contenuto nell'articolo 23.3, che stabilisce l'uguaglianza dei diritti rispetto alla vita familiare, al fine di prevenire l'occultamento, l'abbandono, la negligenza e la segregazione dei bambini con disabilità.

g) Lo studio della situazione di disabilità dei figli minori, per la determinazione del regime di tutela e di assistenza, sempre in base al loro interesse superiore e in conformità con la loro maturità, capacità e progressiva autonomia, al fine di raggiungere il loro equilibrio emotivo e affettivo (art. 163.3 del CFC).

h) Protezione patrimoniale delle persone con disabilità in ambito familiare. Una delle formule utilizzate dal legislatore familiare cubano è stata l'istituzione di una norma in virtù della quale, per l'amministrazione e la disposizione dei beni dei figli minori con disabilità, si terrà conto, oltre che del loro superiore interesse (art. 172 del CFC), della loro utilità per la realizzazione del loro progetto di vita e per la loro inclusione familiare e sociale, in virtù del quale viene garantito anche il diritto a vivere in modo indipendente e autonomo in futuro. Sulla stessa linea, stabilisce la necessità del consenso in presenza di figli con disabilità, o da parte del coniuge con disabilità, per qualsiasi atto di disposizione della residenza familiare e dei beni mobili in essa contenuti, indipendentemente dal fatto che siano di proprietà esclusiva o

congiunta (art. 217 del CFC). Inoltre, disciplina anche l'assegnazione preferenziale dei beni comuni a favore del coniuge in situazione di disabilità (art. 256 del CFC), a condizione che sia più favorevole per la sua famiglia, la comunità e l'inclusione sociale e la possibilità di richiedere gli alimenti se, a causa della situazione di disabilità, non è in grado di lavorare e, inoltre, non ha o non ha sufficienti ed ulteriori mezzi di sostentamento, nel qual caso gli alimenti sono mantenuti finché persiste l'impedimento (artt. 275 c) e 293 del CFC). Per coerenza, si stabilisce anche la possibilità di attribuire il diritto reale di abitazione a uno degli *ex* coniugi, rispetto alla residenza familiare, se è stato nominato come "sostegno intenso" (*apoyo intenso*) dei figli maggiorenni in situazione di disabilità, e non dispone di un'abitazione di proprietà o di qualsiasi altro concetto giuridico che gli consenta di risiedervi (art. 285 a) del CFC). Inoltre, i beni ottenuti dal partner di fatto avente potere d'acquisto saranno considerati di proprietà comune quando l'altro partner, a causa della sua disabilità, non è in grado di lavorare e non dispone di altri mezzi di sostentamento (art. 325.2 del CFC).

i) L'inserimento di nuove istituzioni di cura e protezione nell'ambiente familiare, che possono essere viste come chiare strategie di non istituzionalizzazione che aiutano i bambini e le persone anziane con disabilità a vivere in forme alternative di assistenza familiare (paragrafo 38 del Commento generale n. 6 del Comitato). In questo senso, si introduce il "Tutor di Fatto" (*Guarda de Hecho*) come "un istituto di protezione di esercizio stabile e volontario, mediante il quale una persona legata da vincoli familiari o affettivi, senza esservi obbligata per legge e senza nomina giudiziaria o amministrativa, assume in modo continuativo compiti di cura nella sfera personale e patrimoniale" nei confronti di minori o persone in situazione di disabilità (artt. 333-343 del CFC). L'affido (*Acogimiento Familiar*) è inoltre disciplinato come misura di protezione preferenziale e alternativa all'assistenza istituzionale, disposta dall'autorità giudiziaria, che mira a fornire al bambino o all'adolescente un ambiente familiare più adatto alle sue esigenze affettive e di sviluppo (art. 343 del CFC) e che, per quanto riguarda le persone in situazione di disabilità, è dato da persone che non sono legalmente obbligate a sostenersi a vicenda, o tra persone affettivamente vicine o unite da un legame affettivo notorio, indipendentemente dall'esistenza o meno di un rapporto di parentela, con l'obiettivo di mantenerle nel loro ambiente sociale abituale o di inserirle in un am-

biente familiare, facilitando la loro integrazione e inclusione, rispettando il loro diritto a vivere in una famiglia ed evitando il loro internamento quando questo non è adeguato o desiderato (artt. 355 e 356 del CFC). Infine, per la prima volta nell'ordinamento giuridico cubano, è stata espressamente prevista la possibilità di concordare alimenti volontari, la cui natura sarà quella di un contratto di assistenza, in cui il prestatore si impegna a offrire alimenti al prestatore, in cambio del trasferimento di beni o diritti come controprestazione, e che può essere concesso dalla persona con disabilità di per sé o mediante "il sostegno", o da un'altra persona a favore di un terzo a causa della situazione di disabilità e della necessità di protezione e mantenimento (artt. 375 e 379 del CFC).

j) La regolamentazione specifica del lavoro degli assistenti (*caregivee*) familiari, dei loro diritti e doveri e del rispetto della dignità e dell'autonomia della persona assistita (artt. 413-420 CFC), che nella maggior parte dei casi è una persona con disabilità. Con quanto detto, vengono introdotti nuovi paradigmi convenzionali nelle relazioni di assistenza familiare, ponendo l'accento sull'importanza, anche in spazi e situazioni con un certo grado di dipendenza, di rispettare i desideri e le preferenze delle persone con disabilità assistite.

Tutto ciò testimonia l'approccio profondo, diligente e trasversale che il legislatore del Codice delle Famiglie cubano ha dato alla protezione delle persone con disabilità, tenendo conto non solo dei pilastri del modello sociale e dei diritti umani, ma anche dello sguardo particolare che richiedono bambini e donne con disabilità, con lo stesso approccio metodologico adottato della CDPD.

20.5. Nonni e nonne all'attenzione del diritto di famiglia

La tutela degli anziani nell'ambiente socio-familiare è altrettanto necessaria quanto la salvaguardia del loro protagonismo nel ruolo di nonni. Guardare soprattutto all'importanza dei nonni all'interno della famiglia e nei confronti della società significa dare coerenza a un sistema che si impegna in primo luogo a preservare e trasmettere i valori che consentono uno sviluppo sostenibile dell'umanità. Tutti i membri di una famiglia interagiscono tra loro, si influenzano a vicenda, si sostengono, e l'obiettivo delle istituzioni familiari è quello di garantire il loro funzionamento e la loro protezione come gruppo, come nucleo,

salvaguardando al contempo l'individualità dei propri membri, secondo le caratteristiche di ogni fase della vita. Pertanto, il legislatore familiare ha guardato ai nonni in base al cosiddetto principio di reciprocità: da un lato, essi forniscono affetto, cure, educazione e sostegno ai figli e ai nipoti, dall'altro dovrebbero essere garantiti a questi ultimi quando li ricevono dai loro parenti.

GARCÍA QUIÑONES spiega giustamente che oggi ci sono molte più famiglie e unità familiari in cui diverse generazioni vivono insieme per periodi di tempo relativamente lunghi. L'invecchiamento del sistema per età anagrafica della popolazione e la carenza di alloggi hanno influenze non trascurabili sulle dinamiche familiari⁵¹, e una di queste è proprio il ruolo attivo dei nonni, soprattutto nella cura dei nipoti. Questa premessa gode del riconoscimento costituzionale dell'articolo 68, che si basa sulla tutela dello Stato attraverso il diritto alla sicurezza sociale, offerta ai "nonni dei minori, in termini di cura e attenzione".

L'estensione della comunicazione familiare come diritto tra nonni e bambini e adolescenti (art. 160 del CFC) è costruita, a partire della sua garanzia, lungo tutto il testo giuridico. È qualificata come armoniosa e stretta (art. 4 j) del CFC); è situata come contenuto della responsabilità genitoriale (art. 138 e) del CFC) e comprende: "rispettare e facilitare il loro diritto a mantenere un regime di comunicazione familiare con i nonni (...)"; il suo rispetto nonostante l'esistenza di una custodia (*guarda*) e di una cura unilaterali per uno dei progenitori (art. 283.2 del CFC); e l'obbligo di includerlo nel regime di comunicazione concordato notarilmente dopo il divorzio (art. 293 del CFC). Inoltre, tra le incapacità a succedere in via ereditaria per indegnità è prevista una sanzione successoria (art. 469.1 g) del Codice civile cubano) per "i figli che, senza giusta causa, hanno impedito al defunto di esercitare il diritto di comunicare e relazionarsi con i nipoti".

Una novità introdotta nell'ordinamento cubano è la delega volontaria dell'esercizio della responsabilità genitoriale in via temporanea (massimo un anno) a favore di nonne e nonni (art. 145 del CFC), che può essere effettuata per via notarile o giudiziaria, sempre in presenza del pubblico ministero, e con la relativa audizione della figlia o del figlio se la sua età e maturità lo consentono. I titolari della responsabilità genitoriale hanno il diritto e il dovere di supervisionare l'educazione e

⁵¹ R. GARCÍA QUIÑONES, *Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados*, in "Revista Novedades de Población", n.29, gennaio-giugno 2019, p. 134.

l'istruzione del minore durante questo periodo, poiché, come sottolinea MEDINA, ciò che viene delegato è l'esercizio di alcuni diritti quando l'interesse del minore lo richiede, ma i genitori mantengono la titolarità della responsabilità genitoriale⁵². Una volta scaduto il periodo inizialmente previsto, che non può superare un anno, può essere rinnovato con le stesse formalità stabilite dal precetto per la sua costituzione.

È degno di nota il fatto che il legislatore cubano abbia sottolineato la possibilità di delega a favore dei nonni, come una sorta di ordine di prelazione, dal momento che li cita in primo ordine, per poi riferirsi agli altri parenti e infine alle persone affettivamente vicine. In ordinamenti stranieri come quello argentino, dove pure esiste l'istituto, è possibile delegare a favore dei parenti (art. 643), in senso generico, o del genitore affine (art. 674), entrambi del Codice civile e commerciale della nazione.

Siamo in presenza di un'istituzione che risponde anche alla profonda migrazione esterna di cui Cuba ha sofferto negli ultimi anni⁵³, che è aumentata in modo esponenziale durante l'anno 2022, raggiungendo l'allarmante cifra di 177.800 cubani, solo verso gli Stati Uniti⁵⁴. Si tratta di una risposta giuridico-familiare all'impatto della crisi migratoria sui nuclei familiari dell'isola, dove molti bambini e adolescenti sono stati lasciati alle cure dei nonni quando i genitori sono emigrati. SILVA, SÁNCHEZ, CARRILLO E SILVA spiegano giustamente che, nel prendersi cura dei figli dei migranti, le nonne assumono ruoli materni sostitutivi, anche se la cura dei nipoti è una grande responsabilità per loro, che sentono di doverne rendere conto ai migranti⁵⁵.

⁵² G. MEDINA, *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, in "Revista de Derecho de Familia y las Personas", No.15, novembre 2014, p. 11.

⁵³ Le statistiche demografiche ufficiali mostrano che solo tra il 2015 e il 2020 106.487 cubani lasceranno l'isola. *Anuario demografico di Cuba 2021. Oficina Nacional de Estadística y Población de la República de Cuba (ONEI) e Centro de Estudios de Población y Desarrollo (CEPDE)*, edizione maggio 2022, p. 155.

⁵⁴ Alcuni dati mostrano che nell'anno fiscale 2022 (ottobre 2021-luglio 2022) sono entrati negli Stati Uniti più di 177.800 cubani. *Vid. Los números de la migración* Disponibile all'indirizzo: <https://Cubadebate.cu>. [Accesso: 28 gennaio 2023].

⁵⁵ E.J. SILVA GIRALDO, D.M. SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, J.A. CARRILLO VILLAMIZAR e C.A. SILVA GIRALDO, *La participación de los abuelos en el cuidado de las niñas y niños migrantes: una revisión*, in "Revista de Investigación Científica, Empresarial y Tecnológica", vol. 1, 12/2020, p. 10.

D'altra parte, in base al nuovo CFC, anche i nonni possono opporsi all'adozione dei nipoti (113 b) del CFC) e avere una preferenza riguardo alla loro tutela e cura, rispetto ad altri istituti come l'affidamento (*acogimiento familiar*) o la tutela di fatto (*guarda de hecho*) (art. 332 del CFC). Per contro, è noto che il legislatore cubano non ha adottato la formula di quello argentino, che all'articolo 644 stabilisce che il consenso del genitore adolescente deve essere integrato con l'assenso di uno qualsiasi dei suoi genitori nel caso di atti trascendenti per la vita del bambino, come la decisione libera e informata di adozione, interventi chirurgici che mettono in pericolo la sua vita o altri atti che possono ledere gravemente i suoi diritti. Va notato che il diritto di famiglia cubano prevede, nell'ambito dell'opposizione all'adozione, la possibilità di prendere in considerazione il criterio degli ascendenti di primo grado per la sua approvazione, ma non in via subordinata alla maternità o paternità adolescenziale, bensì in qualunque caso.

In conclusione, se la dottrina coincide nel ritenere che il rapporto tra nonni e nipoti costituisca un diritto per entrambi, che nasce con il limite intrinseco del superiore interesse del minore⁵⁶, allora, la tutela e il rafforzamento della "nonnità" nell'ambito familiare assolve a una triplice finalità: da un lato, mette al centro il bambino, la bambina o l'adolescente e sottolinea l'importanza degli affetti per la sua crescita; dall'altro, visualizza il nonno e la trascendenza della continuità delle relazioni familiari in età adulta; infine, salvaguarda la famiglia stessa come istituzione, come spazio di relazione e di sostegno per l'essere umano.

20.6. Anzianità e assistenza: la rivendicazione del ruolo di protagonisti dell'ambiente familiare

L'età adulta richiede particolari sforzi di adattamento sulla base dei cambiamenti sperimentati sia all'interno che intorno all'individuo⁵⁷.

⁵⁶ Apud. F. SANTAMARÍA LAMBÁS, *El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la jurisprudencia del tribunal supremo entre los años 2016 y 2020*, in "Anales de Derecho", vol.39, 2022, Universidad de Murcia.

⁵⁷ L.M. IMBERT MILÁN, *El Entorno Familiar del Adulto Mayor. Realidad versus legislación*, in "Derecho y Cambio Social" 8 (25), Disponibile all'indirizzo: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo> [Accesso: 20 novembre 2022].

AGAR spiega che la discussione sulla famiglia e sugli aspetti legali che la regolano sono questioni di primaria importanza nei Paesi della regione, riferendosi all'America Latina e ai Caraibi. Da un lato, nei Paesi meno avanzati nella transizione demografica, c'è una maggiore richiesta di giustizia ed equità sociale e il tema dei valori all'interno della famiglia mostrano la tendenza a continuare a essere risolte da accordi privati, secondo le linee guida dettate dalle consuetudini. Nei Paesi più sviluppati, invece, la tendenza è che, accanto alle richieste di maggiore giustizia sociale per gli anziani, si discute sulla regolamentazione di nuove forme di gruppi familiari e di relazioni umane all'interno della famiglia⁵⁸.

Nel nostro Paese, il 21,4% dei cubani non ha mai avuto figli e del 7,8% che ne ha avuti, tutti vivono fuori Cuba. Di conseguenza, il 17,4% degli anziani vive da solo e il 6,5% di questo gruppo ha esigenze particolari⁵⁹. GARCÍA QUIÑONES sostiene che l'esistenza di nuclei familiari composti da una sola persona, in cui vi è una presenza significativa di anziani, è anche una nuova preoccupazione, poiché una delle circostanze che più deprime gli anziani è la solitudine.⁶⁰ Vivere con parenti o non parenti, anche se in alcuni casi può non essere necessariamente un'opzione desiderata, crea uno spazio privilegiato in cui opera il sostegno familiare, non solo economico, ma anche strumentale ed emotivo⁶¹, che incentivato dalla famiglia tradizionale nell'ambiente cubano, con il trascorrere del tempo sarà sempre più difficili da costruire.

Siamo in presenza di un fenomeno generale, basato sull'indebolimento della famiglia nucleare e sull'emersione di forme alternative di famiglia fondate sull'affetto e sulla necessità di condividere esperienze e dare un senso all'esistenza al di là della tradizionale discendenza. Per

⁵⁸ L. AGAR CORBINOS, *Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hechos sociodemográficos y reflexiones éticas*, in "Acta Bioethica", año VII, nº 1, 2001, p. 34.

⁵⁹ *Encuesta Nacional de Envejecimiento de la Población*, ENEP-2017, "Oficina Nacional de Estadística y Población de la República de Cuba (ONEI)", Centro de Investigaciones sobre Longevidad, Envejecimiento y Salud (CITED) e Centro de Estudios de Población y Desarrollo (CEPDE), edizione settembre 2019.

⁶⁰ R. GARCÍA QUIÑONES, *Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados*, in "Revista Novedades de Población", n.29, gennaio-giugno 2019, p. 135.

⁶¹ *Reunión de Expertos "Políticas Hacia Las Familias, Protección E Inclusión Sociales"*, ECLAC, 28-29 giugno 2005, "Políticas hacia las familias con adultos mayores: el desafío del derecho al cuidado en la edad avanzada", Guzmán José Miguel and Huenchuan, Sandra Celade - Population Division of ECLAC.

questo è possibile iniziare a pensare a formule di equità intragenerazionale e all'accettazione sociale e giuridica di nuove forme di famiglia o di patti civili di solidarietà⁶². Per LOLAS STEPKE, gli adulti di mezza età si relazioneranno con gli anziani in condizioni di crescente uguaglianza fisica e mentale che li costringerà, soprattutto all'interno della famiglia, a ricreare forme di convivenza e solidarietà⁶³.

Tuttavia, i cambiamenti nella struttura familiare, l'aumento della migrazione e l'urbanizzazione hanno indubbiamente avuto un impatto sul sostegno agli anziani, che, come gruppo, hanno visto ridurre i loro benefici, sia attraverso adeguamenti dovuti all'inflazione, sia attraverso la riduzione di altri servizi⁶⁴. Tuttavia, l'unità domestica continua a essere uno spazio che sostiene le strategie familiari e la vita quotidiana degli uomini e delle donne cubani; fornisce i principali servizi di sostegno, cura e protezione a tutti i suoi membri e, in particolare, agli anziani⁶⁵. L'aumento della percentuale e del numero di anziani a Cuba porta a una crescente domanda di cure e attenzioni, sia a causa di malattie, decadimento fisico o disabilità mentale, di durata più o meno lunga⁶⁶.

L'invecchiamento, sebbene non sia equivalente alla malattia come sostiene AMARO CANO, è spesso accompagnato da un aumento del carico di malattie croniche, che a loro volta contribuiscono notevolmente alla crescita del numero di disabilità dovute alla malattia, compromettendo lo stato funzionale e la qualità della vita degli anziani, limitando la loro indipendenza nello svolgimento delle attività quotidiane e la loro partecipazione alla vita familiare e sociale⁶⁷. L'assistenza in età avanzata rappresenta quindi una sfida enorme⁶⁸. Il lavoro del *caregiver*

⁶² L. AGAR CORBINOS, *Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hechos sociodemográficos y reflexiones éticas*, in "Acta Bioethica", año VII, nº 1, 2001, p. 37.

⁶³ F. LOLAS STEPKE, *Las Dimensiones Bioéticas de la Vejez*, in "Acta Bioethica", anno VII, nº 1, 2001, p. 60.

⁶⁴ M.B. PELÁEZ e M. FERRER LUES, *Salud pública y los derechos humanos de los adultos mayores*, in "Acta Bioethica", año VII, nº 1, 2001, p. 151.

⁶⁵ R. GARCÍA QUIÑONES, o.u.c., p. 134.

⁶⁶ R. GARCÍA QUIÑONES, o.u.c., p. 137.

⁶⁷ M. DEL C. AMARO CANO, *El envejecimiento poblacional en Cuba, desde el prisma de la epidemiología social y la ética*, cit.

⁶⁸ L'indagine nazionale sull'invecchiamento della popolazione del 2010 aveva già riportato che gli anziani con due o più limitazioni nelle attività di base della vita quotidiana necessitano in media di 1,6 persone che li aiutino nell'assistenza, e che ogni

è generalmente invisibile all'interno della famiglia, che, come principale fornitore di assistenza, sta cambiando, tra l'altro, a causa di un tasso di natalità più basso, di una riduzione delle sue dimensioni, come spiegato sopra, e di un aumento della partecipazione femminile al mercato del lavoro⁶⁹.

Sebbene non siano ancora state fornite risposte complete da parte delle politiche pubbliche, GHERARDI e ZIBECCHI concludono che l'invecchiamento della popolazione sta traslando nuove responsabilità di cura in capo alle famiglie. Nelle famiglie in cui non ci sono risorse finanziarie per pagare servizi di assistenza o infrastrutture per gli anziani (aiuto domestico retribuito, "badanti", operatori sanitari, case di cura, centri diurni, centri ricreativi per anziani), sono proprio le donne le principali responsabili della cura dei propri familiari, anche nel caso degli anziani⁷⁰. Da qui l'importanza di progettare misure di sostegno alle famiglie e ai *caregiver*, introducendo servizi per coloro che prestano assistenza agli anziani, tenendo conto delle esigenze di tutte le famiglie e delle altre forme di cura, nonché della piena partecipazione dell'anziano e del rispetto della sua opinione (art. 12 della CIDHPAM).

Tutto ciò dimostra che l'anzianità e l'assistenza stanno emergendo come un binomio inscindibile nell'ambiente familiare e questo è contemplato anche nel Codice delle Famiglie cubano. Si regolamentano la tutela di fatto (*guarda de hecho*) e l'affidamento (*acogimiento familiar*) (artt. 332 e seguenti del CFC) come nuove istituzioni di cura e protezione che offrono alternative all'eterogeneità di bisogni e realtà che la nostra società mostra oggi. Allo stesso tempo, vengono riconosciuti i diritti e i doveri dei *caregiver* familiari (artt. 413-220 del CFC) e viene sottolineata l'importanza dell'autonomia e dell'indipendenza in età avanzata in molteplici precetti (art. 422 del CFC), anche nelle relazioni di cura più intense.

adulto anziano con due o più limitazioni nelle cosiddette attività strumentali necessita in media di 1,49 persone che lo aiutino. Il 2,2% degli anziani può avere bisogno di assistenza diurna, mentre l'1,3% di questa fascia d'età necessita di assistenza permanente. R. GARCÍA QUINÓS, *Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados*, in "Revista Novedades de Población", No. 29, gennaio-giugno 2019, p.138.

⁶⁹ N. ARANCO, M. STAMPINI, P. IBARRARÁN e N. MEDELLÍN, *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, gennaio 2018, Banca Interamericana di Sviluppo, p. 4.

⁷⁰ N. GHERARDI e C. ZIBECCHI, *El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?*, in "Revista Política", Vol. 49, N° 1, 2011, p. 121.

Il legislatore cubano in materia di famiglia ha recuperato le relazioni di cura e le ha riformulate con un'ottica di genere, contestualizzandole nelle nuove formazioni familiari, adattandole ai nuovi paradigmi di protezione della disabilità e della anzianità e concedendo loro protezione civile e successoria, al fine di creare un sistema coerente che rafforzi il ruolo dei membri della famiglia nella cura di uno di essi, qualunque forma essa assuma, e li protegga in situazioni di conflitto, sulla base di giustizia ed equità.

In conclusione, la protezione normativa dell'invecchiamento demografico, della vecchiaia, degli anziani e dei nonni nel nuovo Codice delle Famiglie cubano, pur essendo completa e aggiornata, richiede un'applicazione, un'interpretazione e degli adattamenti costanti, oltre a una profonda conoscenza dei principi e dei paradigmi che informano la longevità, che ripristinano la famiglia come protagonista che ci accompagna nell'invecchiare con dignità.

20.7. Nuove regole, nuove sfide

Sebbene quanto discusso evidenzia la profondità, la tecnicità e la coerenza della riforma della famiglia in materia di disabilità e anziani, è necessario continuare a lavorare per aumentare la consapevolezza sociale, comunitaria, familiare e giuridica degli attuali paradigmi che tutelano questi gruppi di popolazione.

È necessario sensibilizzare e formare gli operatori del diritto e trasformare le pratiche giurisdizionali in linea con i pilastri della riforma. La creazione di ambienti accessibili per l'esercizio paritario dei diritti implica l'eliminazione delle barriere attitudinali, fisiche, informative, comunicative e persino consultive. Le barriere rispondono a diversi livelli e, sebbene l'ordine normativo noto sia stato adattato alla nuova realtà, è imperativo dare uno sguardo al quadro istituzionale che consente coerentemente alle persone con disabilità di esercitare i propri diritti senza ostacoli/barriere.

Riconoscere e rispettare il ruolo che ogni persona svolge all'interno dell'ambiente familiare e potenziarne l'inclusione, la partecipazione e l'autonomia, secondo ciò che corrisponde a ciascuno, è solo un primo passo verso l'inclusione. Promuovere e sviluppare una cultura della dignità, del rispetto dei diritti delle persone e della loro condizione umana, indipendentemente dall'età, dalle condizioni fisiche, mentali,

sensoriali, intellettuali o biopsicosociali, è l'imperativo per il lavoro del presente e del futuro.

Infine, realizzare una riforma civile coerente, che rafforzi i pilastri protettivi qui delineati e i principi del nuovo diritto delle famiglie, che sviluppi le loro potenzialità, che contribuisca alla graduale eliminazione degli stereotipi discriminatori e all'effettivo esercizio e godimento di tutti i diritti in condizioni di uguaglianza, è più di un obiettivo, è la proposta di uno stile di vita.

21. La mediazione familiare

Carlo Pilia

SOMMARIO: 21.1. La sistematica delle fonti. – 21.2. La nozione di mediazione familiare. – 21.3. L'ambito applicativo. – 21.4. I principi regolatori. – 21.5. La forza esecutiva. – 21.6. L'armonizzazione della convivenza familiare. – 21.7. L'impostazione paidocentrica della famiglia. – 21.8. L'ufficio della difesa familiare.

21.1. La sistematica delle fonti

L'ordinamento cubano contiene una disciplina organica della mediazione familiare distribuita in un sistema multilivello di fonti normative.

Sul versante interno, l'art. 93 della Costituzione cubana recita che «Lo Stato riconosce il diritto delle persone a risolvere le loro controversie utilizzando metodi alternativi di soluzione dei conflitti, in conformità alla Costituzione e alle norme giuridiche da stabilire in tal senso». Il riconoscimento costituzionale è di estrema importanza, anzitutto, perché contenuto nella fonte normativa gerarchicamente sovraordinata che, perciò, si impone rispetto a tutte le altre fonti e relative disposizioni. Il precetto disposizione costituzionale, inoltre, opera un riconoscimento normativo di carattere generale per quanto attiene sia ai beneficiari e sia all'oggetto del diritto fondamentale alle tutele stragiudiziali. Per un verso, il riconoscimento spetta a tutte le persone e, per altro verso, concerne l'utilizzazione di tutti i metodi compositivi alternativi che siano applicabili alle diverse aree del contenzioso. Si tratta di strumenti compositivi alternativi alla giurisdizione, ma anch'essi appartenenti all'ordinamento giuridico e, quindi, allo stato di diritto e

al corrispondente sistema legale della giustizia. I metodi compositivi alternativi, infatti, sono stati inseriti nella Costituzione e sottoposti ai relativi principi e alle disposizioni delle fonti normative attuative, che dovranno stabilirsi per le varie aree di contenzioso e per ciascun meccanismo compositivo.

Il riconoscimento costituzionale del diritto alle tutele stragiudiziali, in sintesi, rimanda alla successiva adozione della legislazione attuativa che precisa la disciplina applicabile al contenzioso familiare e ai relativi meccanismi compositivi stragiudiziali. In attuazione dei precetti costituzionali, pertanto, nel titolo X del nuovo Codice delle famiglie (*Mediación e mediador familiar*) è stato inserito il capitolo I (*Mediación familiar*) che prevede un meccanismo alternativo di risoluzione consensuale delle controversie familiari, la mediazione familiare, e contiene la relativa disciplina essenziale, quanto all'ambito di applicazione, ai principi e alle regole di funzionamento e di attribuzione dell'efficacia all'accordo compositivo. In chiave sistematica, al di fuori del Titolo X, vi sono altre norme del Codice delle famiglie che richiamano l'applicazione della mediazione familiare che, pertanto, devono essere considerate.

La mediazione familiare costituisce la declinazione speciale del più ampio e trasversale meccanismo compositivo consensuale, la mediazione in generale, che più di recente ha ricevuto una organica disciplina nella legislazione cubana mediante il *Decreto-Ley del 19 gennaio 2023 No. 69 "Sobre la mediación de conflictos"*. A questa normativa generale, pertanto, occorre fare riferimento per completare i restanti aspetti della disciplina della mediazione familiare che non risultano definiti all'interno del Codice delle famiglie.

Sul versante internazionali, la mediazione è un istituto giuridico assai diffuso e che trova crescente applicazione nei vari ambiti del contenzioso, anche nel settore familiare.

La mediazione è stata contemplata fin dallo Statuto delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945, nell'ambito della soluzione pacifica delle controversie (Capitolo VI). In presenza di una controversia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, le parti devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante la scelta di mezzi pacifici, tra i quali si pone la mediazione, accanto a negoziati, inchiesta, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni o accordi regionali (art. 33).

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, del 19 ottobre 1986, inoltre, promuove la mediazione per raggiungere accordi amichevoli sulla protezione della persona o dei beni del minore (art. 31), che devono sempre realizzare il suo interesse superiore.

Sempre a livello internazionale, infine, è da segnalare la Convenzione delle Nazioni Unite sugli accordi transattivi internazionali derivanti dalla mediazione (Convenzione di Singapore) entrata in vigore il 12 settembre 2020), che stabilisce i principi generali in materia.

Le discipline internazionali sono state poi riprese e sviluppate in altre fonti normative continentali e nazionali applicabili negli ordinamenti dei singoli Stati.

In buona sostanza, la disciplina codicistica cubana della mediazione familiare è pienamente coerente con la nozione e i principi fondamentali di funzionamento dell'istituto giuridico che si sono affermati a livello sovranazionale e interno, secondo una tendenza evolutiva generale di affermazione delle soluzioni compositive consensuali in via estragiudiziale.

21.2. La nozione di mediazione familiare

All'interno del titolo X del codice cubano delle persone, anzitutto, si fissano la nozione, le finalità e l'ambito applicativo della mediazione familiare, quale metodo alternativo di risoluzione consensuale delle controversie familiari, che si realizza attraverso una procedura extragiudiziale, nella quale i professionisti abilitati, i mediatori familiari, non hanno alcun potere decisionale. Essi facilitano la comunicazione e aiutano le persone a negoziare in maniera collaborativa al fine raggiungere accordi compositivi.

Emerge con chiarezza la natura consensuale del meccanismo compositivo nel quale le parti sono aidate da un terzo esperto, il professionista mediatore, nella gestione condivisa della soluzione armoniosa dei conflitti familiari. La presenza del mediatore familiare è l'elemento qualificante di questo meccanismo compositivo consensuale. A differenza del giudice e dell'arbitro che utilizzano le tecniche aggiudicative per decidere la controversia imponendo una soluzione alle parti contendenti, il mediatore è privo di potere decisorio e, perciò, si limita a facilitare il dialogo tra le parti, favorendo il negoziato collaborativo finalizzato al raggiungimento di un loro accordo compositivo. Sono le

parti in conflitto, quindi, le autrici della soluzione consensuale sulla quale si accordano, che il mediatore si limita a facilitare.

Nelle controversie familiari, pertanto, si realizza l'applicazione settoriale dell'istituto generale della mediazione. Di essa, quindi, la mediazione familiare è una speciale declinazione, quanto all'ambito applicativo e alle specifiche regole di funzionamento. Tanto ha implicazioni sul piano sistematico ricostruttivo, in quanto per completare la disciplina della mediazione familiare occorre fare ricorso a quella dettata per la mediazione in generale.

La finalità della mediazione familiare è quella di permettere una gestione e soluzione armoniosa dei conflitti familiari, evitando la logica avversariale del litigio giurisdizionale, che contrappone le parti nel tentativo di ottenere la decisione per sé più favorevole del giudice. Il sistema giurisdizionale aggiudicativo, di regola, porta al risultato di una parte vittoriosa e dell'altra soccombente. Tanto finisce per esasperare il conflitto e pregiudicare l'unità e la coesione della famiglia, oltre che le posizioni dei suoi componenti, soprattutto i figli. Per costoro, infatti, alle sofferenze della crisi familiare sovente si aggiungono quelle connesse al trascinarsi dell'esasperante contenzioso giudiziale. Per garantire l'adequata e tempestiva protezione dell'interesse superiore dei minori, pertanto, si promuove anche a livello internazionale l'utilizzo della mediazione familiare, quale sistema collaborativo che permette di gestire in maniera armoniosa la conflittualità mediante la condivisione di percorsi di dialogo e di soluzioni consensuali che siano di reciproca convenienza per le parti.

21.3. L'ambito applicativo

Nell'ambito delle controversie familiari, l'applicazione della mediazione incontra alcune limitazioni che sono legate sia al rispetto dei principi inderogabili dell'ordinamento e sia alla natura indisponibile di alcune situazioni giuridiche conflittuali.

Così, all'affermazione generale della mediabilità di tutti i conflitti familiari, si accompagna la precisazione che sono esclusi quelli che comportano la violazione dell'interesse pubblico, ossia di valori sovraordinati tutelati dall'ordinamento, che prevalgono rispetto a quelli privati di cui sono portatori le parti contendenti. Si tratta essenzial-

mente dell'insieme dei valori fondanti e intangibili della società, riconducibili all'ordine pubblico familiare, al quale non è possibile per le parti sottrarsi convenzionalmente neppure in mediazione.

Non sono mediabili neanche quei conflitti familiari nei quali si favorisca la discriminazione e la violenza in qualsiasi sua manifestazione. In questi casi, infatti, si abuserebbe del meccanismo della mediazione per arrecare pregiudizio agli altri, mettendo a repentaglio la sicurezza e l'eguaglianza dei componenti della famiglia. La mediazione familiare non è utilizzabile neppure nelle situazioni nelle quali manchino l'effettiva parità di posizione e la reale volontà collaborativa delle parti, situazioni che impediscono il dialogo costruttivo finalizzato a raggiungere un accordo compositivo e all'attuazione dello stesso per riuscire a comporre amichevolmente il conflitto. Si è in presenza di comportamenti abusivi e di situazioni perturbatrici che impediscono alla mediazione familiare di condurre a una soluzione compositiva condivisa, costringendo a ricorrere alla via giudiziale per ottenere la tutela dei diritti lesi dei familiari.

Infine, sono da escludere alla radice dalla mediazione familiare le controversie che hanno per oggetto situazioni giuridiche sottratte dalla legge alla disponibilità delle parti. Tra esse, il codice indica quelle concernenti le domande di filiazione, la sospensione e la privazione della responsabilità genitoriale, la rinuncia a richiedere il diritto agli alimenti. In questi ultimi casi, peraltro, nei limitati spazi di disponibilità convenzionale delle situazioni giuridiche si può utilizzare la mediazione. Così, sono mediabili i conflitti concernenti le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, quanto all'insieme di attività concernenti la cura della persona e l'amministrazione del patrimonio dei minori per i quali i genitori trovino soluzioni condivise, nei limiti ammessi dalla legge.

In tal senso, con riferimento alle discordanze nell'esercizio della responsabilità genitoriale, all'art. 143 del Codice delle famiglie, si prevede espressamente la possibilità di avvalersi della mediazione, in alternativa al ricorso al procedimento giurisdizionale. La stessa alternativa, peraltro, è prevista dal successivo art. 144, nei contrasti che possono sorgere nell'esercizio della responsabilità genitoriale esercitata nei confronti dei minorenni che sono madri e padri, specie con riguardo al compimento di atti con conseguenze rilevanti per la vita del minore, come la decisione sull'adozione, gli interventi chirurgici e i

trattamenti medici che mettono a rischio la vita del minore, o altri atti che ledono gravemente i suoi diritti.

La mediazione familiare è altresì contemplata con riferimento agli accordi di parentalità, con i quali i titolari della responsabilità genitoriale distribuiscono e organizzano le funzioni di custodia e cura delle figlie e dei figli. In tal caso, i titolari della responsabilità genitoriale devono ascoltare la figlia o il figlio minorenni, secondo la loro maturità, capacità e progressiva autonomia. In base all'art. 164, gli accordi genitoriali possono essere raggiunti previo accordo privato dei titolari della potestà genitoriale o tramite mediazione, sia tramite per atto pubblico notarile o per omologazione giudiziale nella procedura di giurisdizione volontaria davanti al giudice competente, con l'intervento della Procuratore della Repubblica. Questi accordi, sono soggetti a controllo notarile o giudiziario per verificarne la conformità di legalità, equità e rispetto per l'interesse superiore della ragazza, ragazzo o adolescente.

Sono da ritenere mediabili pure i conflitti concernenti le modalità di liquidazione dell'assegno alimentare, in denaro o mediante prestazioni in natura, secondo le valutazioni concordi delle parti. Sul piano patrimoniale, peraltro, la mediazione è pure contemplata dal successivo articolo 254, con riferimento ai modi per procedere alla liquidazione dei beni della comunione dei coniugi in seguito a divorzio, morte o dichiarazione giudiziale di presunzione di morte. In tali casi, infatti, la liquidazione può essere effettuata privatamente o mediante accordo di mediazione extragiudiziale. La via giudiziale, quindi, è da seguire in mancanza di accordo e per la liquidazione dei beni acquisiti fino al momento della dichiarazione di nullità del matrimonio.

La delimitazione della mediazione familiare alle controversie vertenti su situazione giuridiche disponibili, attinenti alla sfera personale e a quella patrimoniale, del resto, è coerente con la natura consensuale del meccanismo compositivo extragiudiziale. Tanto è confermato dall'applicazione delle medesime limitazioni della mediazione familiare alla conciliazione, ai sensi dell'art. 444, comma 2, che esprime anch'essa una soluzione compositiva consensuale, fondata sull'accordo delle parti, ancorché gestita in sede giudiziaria o extragiudiziale. Ulteriore conferma, sul piano sistematico, è costituita dall'estensione, operata dall'art. 450, delle disposizioni codicistiche della mediazione familiare alla conciliazione familiare, come metodo alternativo di gestione e risoluzione dei conflitti.

21.4. I principi regolatori

Il Codice delle famiglie, all'art. 445, indica i principi guida da rispettare per addivenire alla soluzione armoniosa dei conflitti familiari. Più precisamente, per un verso, si evoca il rispetto dei principi generali stabiliti per la mediazione, per altro verso, si richiamano esemplificativamente alcuni soltanto: l'equilibrio dei poteri, la volontarietà responsabile, la multiparzialità e la riservatezza.

In sintesi, il principio dell'equilibrio dei poteri significa che il mediatore deve garantire che le parti concorrano alla pari alla costruzione della soluzione compositiva, avendo la effettiva possibilità di disporre delle situazioni controverse e, quindi, negoziare il contenuto dell'accordo.

Il principio della volontarietà responsabile esprime l'atteggiamento collaborativo delle parti che sono scelgono di partecipare alla mediazione e sono disponibili a impegnarsi effettivamente per la ricerca di una soluzione compositiva condivisa e per l'attuazione della stessa, senza avere atteggiamenti dilatori od opportunistici che renderebbero inutile la mediazione familiare.

La multiparzialità è un principio che richiede che il mediatore dedichi pari attenzione e considerazione a ciascuna delle parti in mediazione, senza atteggiamenti di favore o penalizzanti verso alcuna. La riservatezza, infine, è principio cardine che favorisce la pienezza del confronto tra le parti e il mediatore in ragione del generale divieto di comunicare all'esterno le informazioni scambiate in mediazione.

L'art. 445, come accennato, oltre a indicare direttamente tali principi guida, opera un più ampio rinvio ai principi generali stabiliti per la mediazione, che trovano adesso una compiuta normazione all'interno della disciplina legislativa della mediazione dei conflitti. Il d.l. n. 69/2023, infatti, dedica l'art. 3 ai principi generali della mediazione. Si tratta di un'ampia lista di principi generali che reggono il procedimento di mediazione, per ciascuno dei quali è succintamente esplicitato il contenuto: *a) voluntariedad ; b) balance de poder, equidad y trato justo , c) flexibilidad , d) oralidad , e) confidencialidad, f) celeridad , g) economía procesal , h) legalidad , i) buena fe , j) consentimiento informado , k) intervención mínima , l) imparcialidad, m) multiparcialidad o parcialidad compartida , n) independencia , ñ) honestidad, o) interés superior de niños, niñas y adolescentes y p) profesionalidad.*

Tutti i principi generali richiamati, con i necessari adattamenti alla materia, sono applicabili anche al procedimento di mediazione familiare ed esprimono, in sintesi, altrettante declinazioni del paradigma dell'adeguatezza del metodo compositivo stragiudiziale rispetto alla specifica materia del contenzioso. Siffatti principi generali, peraltro, sono declinati all'interno del Codice delle famiglie in alcune disposizioni che dettano le specifiche regole di funzionamento della mediazione familiare.

21.5. Il funzionamento e l'efficacia esecutiva

L'art. 446 del Codice delle famiglie precisa che ciascuna parte può liberamente ritirarsi dalla mediazione familiare, senza alcun pregiudizio.

La soluzione è coerente con il principio della volontarietà, si promuove e partecipa alla mediazione familiare su base volontaria e, pertanto, in qualsiasi momento si può anche abbandonare la procedura. La volontarietà, pertanto, esclude che vi sia un'obbligatorietà legale o giudiziale di ricorrere alla mediazione familiare e, tantomeno, che possano applicarsi delle sanzioni a carico della parte che non partecipa al procedimento compositivo ovvero l'abbandona. In tal caso, le parti possono rivolgersi all'autorità giudiziaria.

La mediazione familiare è affidata a un mediatore che deve avere l'abilitazione e le competenze professionali necessarie a condurre questo procedimento compositivo, che non solo di carattere giuridico, ma anche psicologico, sociologico e comunicativo. Inoltre, l'art. 448 prevede la necessità di specifiche professionista specializzate per consentire la partecipazione di minori e delle persone in condizioni di vulnerabilità. In tal senso, occorrono delle equipe multidisciplinari che permettano l'adeguata loro assistenza professionale dei soggetti fragili. L'indicazione è importante in quanto si garantisce a tutti i familiari il pieno ed effettivo accesso ai percorsi stragiudiziali di composizione amichevole. Si consideri, infatti, che la mediazione familiare deve realizzare l'interesse superiore dei minori, che devono essere ascoltati, e quello delle persone vulnerabili, che hanno anche esse diritto di intervenire che l'assistenza necessaria.

Di regola al procedimento di mediazione partecipano le parti in conflitto, solitamente nella mediazione familiare sono i coniugi o, comunque i componenti della coppia che tentano di trovare una soluzione armoniosa nei reciproci rapporti e verso la prole. Le parti possono farsi assistere dal proprio legale e dai consulenti. L'art. 449 prevede che, per l'intervento di terzi, anche a sostegno delle posizioni delle parti, è necessario il consenso di tutte le parti della mediazione.

La mediazione familiare in caso di successo porta ad un accordo compositivo del conflitto. L'accordo di mediazione è vincolante per le parti, ma non ha efficacia esecutiva. A tal fine, le parti hanno due opzioni: la via notarile o quella giudiziale, *ex art. 447*. In base alla prima le parti possono anche rivolgersi al notaio perché rediga l'accordo di mediazione in forma di atto pubblico. Altrimenti le parti si rivolgono al giudice per ottenere l'omologazione dell'accordo, secondo la procedura di volontaria giurisdizione. Questa sarà la soluzione più frequente quando la mediazione familiare sia promossa in pendenza del giudizio e nella fase esecutiva. In nessun caso si possono omologare dal giudice o rendere per atto pubblico dal notaio gli accordi di mediazione familiare che siano contrari all'ordine pubblico o violino l'interesse superiore del minore o delle persone vulnerabili.

Per i restanti aspetti di disciplina della mediazione familiare non contemplati del Codice delle famiglie, come accennato, occorre adesso fare riferimento alla disciplina generale del decreto *ley* n. 69/2023. Sono puntualmente disciplinati gli aspetti organizzativi e di funzionamento del servizio della mediazione, le posizioni del mediatore

21.6. L'armonizzazione della convivenza familiare

All'interno del codice cubano delle persone si è affermata la tendenza al rafforzamento dell'autonomia familiare, anche nella gestione dei conflitti, che si realizza attraverso forme e meccanismi nuovi, che permettono di garantire una tutela partecipati a tutti i familiari, compresi i minori e le persone vulnerabili. Gli stessi possono partecipare direttamente, con l'adeguata assistenza professionale che permette di fare valere le proprie esigenze e manifestare le volontà al pari degli altri familiari.

Si stanno affermando nuovi professionisti, i mediatori, che si affiancano a quelli che già operavano nei conflitti familiari, per portare

avanti la gestione e trovare una soluzione armoniosa che risponda agli interessi dei minori e dei soggetti più vulnerabili. L'accordo armonico, insomma, è l'obiettivo per realizzare una vita familiare armoniosa, che costituisce una sfida importante e un nuovo paradigma di collaborazione, che coinvolge giudici, pubblici ministeri, avvocati e notai. Ciascuno di loro deve impegnarsi a costruire e verificare che la soluzione della crisi familiare sia armoniosa e a spiegarne i contenuti concreti e le modalità di attuazione in accordo con i membri della famiglia, specialmente i più piccoli e fragili.

In questo senso l'art. 86 della Costituzione cubana stabilisce: «Lo Stato, la società e le famiglie forniscono una protezione speciale alle ragazze, ai ragazzi e agli adolescenti e garantiscono il loro sviluppo armonioso e integrale, per il quale tengono conto dei loro migliori interessi nelle decisioni e negli atti che li riguardano». La promozione di relazioni familiari armoniose con i bambini, gli adolescenti e le persone vulnerabili è prevista in molte disposizioni del codice della famiglia.

La sentenza armonica e il contratto armonico richiedono probabilmente un vaglio multidisciplinare che corrisponda non solo alla legalità, ma anche a tutti gli altri principi generali elencati dallo statuto della mediazione familiare. Pertanto, anche magistrati, avvocati e notai devono in qualche modo fare riferimento a tale statuto, non solo quando verificano un accordo di mediazione, ma anche quando, in assenza di mediazione, seguono direttamente la via della decisione giudiziale o quella dell'accordo notarile.

21.7. L'impostazione paidocentrica della famiglia

La soluzione armonica della crisi familiare esprime la sfida che i professionisti del declino pedocentrico del diritto si impegnano a costruire un nuovo contesto armonico di collaborazione tra i familiari che, anche dopo la crisi, sostenga una crescita equilibrata e serena dei minori e provveda l'aiuto di cui hanno bisogno le persone vulnerabili. Si affermano nuovi professionisti, i mediatori, che si aggiungono a quelli che già operavano nei conflitti familiari, per realizzare una gestione e trovare una soluzione armoniosa nell'interesse dei soggetti minori e di quelli più vulnerabili.

L'accordo armonioso, in definitiva, è obiettivo per realizzare una convivenza familiare armoniosa che costituisce una importante sfida e

un nuovo paradigma di collaborazione, che coinvolge giudici, pubblici ministeri, avvocati e notai. Ciascuno di essi si deve impegnare a costruire e controllare che la soluzione della crisi familiare sia armoniosa e declinarne i contenuti concreti e le modalità attuative d'intesa con i familiari, soprattutto i più piccoli e fragili.

La sentenza armoniosa o il contratto armonioso, probabilmente, richiede un vaglio multidisciplinare che non corrisponde solo alla legalità giuridica, ma anche a tutti gli altri principi generali elencati dallo statuto della mediazione familiare. A tale statuto, pertanto, anche magistrati, avvocati e notai devono in qualche modo fare riferimento, non solo quando controllano un accordo di mediazione, ma anche quando, in mancanza di mediazione, seguono direttamente la via della decisione giudiziale o quella dell'accordo notarile.

In conclusione, la soluzione armonica della crisi familiare esprime la sfida che impegna i professionisti nella declinazione paidocentrica del diritto, per costruire un nuovo contesto armonico di collaborazione tra i familiari che, anche dopo la crisi, sostenga la crescita equilibrata e serena dei minori e dia l'aiuto necessario alle persone vulnerabili.

21.8. L'ufficio della difesa familiare

Il Titolo X sulla mediazione familiare, come accennato, contiene un Capo II dedicato all'Ufficio della difesa familiare finalizzato a garantire l'effettività dei diritti e delle tutele dei minori e, più, in generale delle persone vulnerabili.

Più precisamente, l'ufficio della difesa familiare è l'istituzione responsabile della protezione, della garanzia e del ripristino dell'esercizio dei diritti delle bambine, dei bambini e degli adolescenti, delle persone con disabilità, degli anziani, delle vittime di discriminazione o di violenza in qualsiasi sua manifestazione, nonché di qualsiasi altra persona in situazione di vulnerabilità nell'ambiente familiare (art. 451).

Il Codice delle famiglie cubano, inoltre, tipizza la condizione di vulnerabilità delle persone, ravvisabile quando si trovano in una situazione di vulnerabilità nell'ambiente socio-familiare quando questo ambiente limita o ostacola le sue possibilità di azione di fronte a una minaccia naturale, economica, sociale o di qualsiasi altro tipo e, di conseguenza, presenta una situazione di rischio o di deterioramento che influisce sulla qualità della vita e sul benessere, che può portarla

all'esclusione sociale. In tali situazioni, le persone vulnerabili possono essere rappresentate da avvocati di famiglia da loro liberamente scelti o nominati, in casi appropriati, su richiesta della persona stessa, dell'ufficio del difensore civico o su richiesta del pubblico ministero.

L'ufficio di difesa familiare può essere utilizzato nelle questioni derivanti dall'applicazione del Codice delle famiglie, comprese le questioni che possono essere oggetto di mediazione. In tal modo, i due istituti si saldano e concorrono alla realizzazione dei minori e delle persone fragili, anche mediante la realizzazione di soluzioni armoniose. A tal fine, le persone vulnerabili possono avvalersi di un difensore di famiglia nelle situazioni di conflittualità di interessi, che pregiudicano la loro tutela. Sono previste, in particolare, le situazioni di conflitto di interessi con il rappresentante legale, ovvero di impossibilità di tutela, di violazione di diritti ovvero, infine, di mancanza di un rappresentante legale (art. 452).

In conclusione, il sistema di tutele del Codice delle famiglie cubano non si limita al riconoscimento dei diritti fondamentali dei minori e delle persone fragili nella famiglia, ma intende garantirne l'effettivo esercizio, per promuovere lo sviluppo pieno e armonico della personalità e della convivenza.

22. Norme di diritto internazionale privato della famiglia

Yanet Souto Fernández

SOMMARIO: 22.1. Introduzione. – 22.1.1. Diritti costituzionali relativi alla famiglia. – 22.1.2. Cambiamenti di vasta portata approvati nel Codice delle famiglie. – 22.1.2.1. Sistema delle fonti. – 22.1.2.2. Limitazione dell'applicazione del diritto straniero. – 22.1.2.3 Difficoltà nell'applicazione del diritto straniero. – 22.2. Norme che regolano le relazioni internazionali del diritto di famiglia.

22.1. Introduzione

Dagli anni '90, l'apertura agli investimenti stranieri, la promozione e lo sviluppo del turismo internazionale e i flussi migratori per motivi economici, lavorativi, di collaborazione o altro, sono stati fattori che hanno condizionato la crescita qualitativa e quantitativa dei conflitti internazionali a Cuba, con un impatto importante sulle relazioni familiari internazionali.

Questa nuova realtà si è inizialmente confrontata con strumenti giuridici rudimentali e inadeguati, rendendo difficile per gli operatori del diritto affrontare le situazioni di natura internazionale. Tuttavia, il Diritto Internazionale Privato della Famiglia ha subito un'importante evoluzione, in gran parte grazie all'approvazione del nuovo Codice delle Famiglie¹.

¹ Nel processo di redazione di questo Titolo di Diritto Internazionale Privato, coloro che hanno avuto l'opportunità di partecipare contribuendo con le proprie idee, hanno utilizzato come riferimento e ispirazione le più moderne codificazioni in materia, tra cui il Codice Civile e Commerciale della Nazione Argentina, Legge 26.994 del 2014, il Codice di Diritto Internazionale Privato della Repubblica

Allo stesso modo, dobbiamo anche prendere in considerazione altre modifiche che hanno favorito, oggi, il trattamento di queste relazioni.

Prima di tutto, vale la pena ricordare che la nuova Costituzione del 19 aprile 2019² è veramente democratica, plurale e diversificata in termini di famiglia a Cuba. Le relazioni familiari internazionali nel nostro Paese dovranno trovare in essa, prima di tutto, i principi che facilitano l'assimilazione, la coesistenza e il rispetto delle diverse forme e modi di famiglia, o al contrario, il loro rifiuto, se in qualche maniera danneggia o intacca i principi o i valori essenziali dello Stato protetti nella nostra *Magna Carta*. La Costituzione, in quanto legge suprema del nostro sistema giuridico, traccia le linee guida e i limiti ammissibili che i nostri giudici e operatori legali devono prendere in considerazione nell'applicazione del diritto straniero, nonché per il recepimento e l'efficacia delle sentenze di altri Paesi.

I diritti umani o diritti fondamentali, considerati inerenti alla dignità della persona, sono quindi riconosciuti dalla nostra Costituzione del 2019, il cui titolo iniziale è Diritti, Doveri e Garanzie, affermando la dignità umana come valore supremo «che sostiene il riconoscimento e l'esercizio dei diritti e dei doveri consacrati dalla Costituzione, dai trattati e dalle leggi». Prosegue dichiarando che lo Stato cubano riconosce e garantisce all'individuo il godimento e l'esercizio irrinunciabile, imprescrittibile, indivisibile, universale e interdipendente dei diritti umani, in conformità ai principi di progressività, uguaglianza e non discriminazione. Il rispetto e la garanzia di questi diritti sono obbligatori per tutti»³.

Dominicana, del 18 dicembre 2014, con una forte influenza del Progetto di Legge Modello di Diritto Internazionale Privato dell'OHADAC, Legge panamense, dell'8 maggio 2014, così come gli strumenti internazionali sviluppati alla Conferenza dell'Aia su temi correlati.

² Dopo una consultazione popolare e la discussione del testo costituzionale nell'Assemblea Nazionale, il 10 aprile 2019 è stata proclamata la nuova Costituzione della Repubblica di Cuba, approvata nel referendum del 24 febbraio con l'86,85% dei voti espressi. G.O.E n. 5, del 10 aprile 2019.

³ Titolo V, Diritti, Doveri e Garanzie, Capitolo I, Disposizioni generali, artt. 40 e 41.

Le convenzioni o i trattati internazionali sui diritti fondamentali, integrati nel nostro sistema giuridico in conformità con l'art. 8⁴ della nostra *Carta Magna*, informano anche i nostri principi costituzionali nell'interesse del nostro popolo (Art. 16, sub. g)⁵.

22.1.1. Diritti costituzionali relativi alla famiglia

La nostra Costituzione, nel Titolo V sui Diritti, i Doveri e le Garanzie, all'art. 43, stabilisce l'uguaglianza dei diritti e delle responsabilità delle donne e degli uomini, tra l'altro, nella sfera familiare, garantendo a entrambi le stesse opportunità e possibilità. Successivamente, nel Capitolo II sui Diritti, stabilisce il diritto di tutte le persone al rispetto della propria privacy personale e familiare, della propria immagine e voce, del proprio onore e della propria identità personale.

Il Capitolo III è immediatamente dedicato alle famiglie, a partire dall'art. 81, che stabilisce che «ogni individuo ha il diritto di fondare una famiglia. Lo Stato riconosce e protegge le famiglie, qualunque sia la loro forma di organizzazione, come cellula fondamentale della società e crea le condizioni per garantire che il raggiungimento dei loro obiettivi sia pienamente promosso. Esse sono costituite da legami legali o di fatto, di natura affettiva, e si basano sull'uguaglianza di diritti, doveri e opportunità dei loro membri».

Un elemento da sottolineare è la formulazione plurale del concetto stesso, che, come afferma il Professor Pérez Gallardo, «implica una rivoluzione giuridica a livello infracostituzionale, avanzando nel riconoscimento dei diritti delle persone affinché possano svilupparsi in diverse forme di organizzazione familiare, assumendo come pilastri o base strutturale due principi costituzionali-convenzionali elementari:

⁴ L'art. 8 stabilisce: «Le disposizioni dei trattati internazionali in vigore per la Repubblica di Cuba fa parte o è integrato, a seconda dei casi, nel sistema giuridico nazionale. La Costituzione della Repubblica di Cuba ha la precedenza su questi trattati internazionali».

⁵ Costituzione Titolo I: Fondamenti politici, Capitolo I, Principi fondamentali; Capitolo II: Relazioni internazionali; art. 16. «La Repubblica di Cuba basa le sue relazioni internazionali sull'esercizio della sua sovranità e sui principi antimperialisti e internazionalisti, in conformità con gli interessi del popolo e, di conseguenza: (g) difende e protegge il godimento dei diritti umani e ripudia qualsiasi manifestazione di razzismo o discriminazione».

1) l'uguaglianza e la non discriminazione e 2) la libertà e l'autonomia»⁶.

L'art. 82 definisce poi il matrimonio come un'istituzione sociale e giuridica, una delle forme di organizzazione della famiglia «basata sul libero consenso e sull'uguaglianza dei diritti e dei doveri dei coniugi». Questa concezione supera di gran lunga la precedente, che si basava sull'unione singolare tra un uomo e una donna⁷. Oltre a quanto sopra, diversi articoli della Legge Suprema tutelano gli interessi delle persone che possono essere più vulnerabili in queste relazioni e che richiedono una maggiore protezione⁸.

22.1.2. Cambiamenti di vasta portata approvati nel Codice delle famiglie

22.1.2.1. Sistema delle fonti

Uno dei principali successi dell'attuale Codice delle famiglie è quello di regolare espressamente il sistema delle fonti, dal momento

⁶ L. PÉREZ GALLARDO, *Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho*, in scielo.sld.cu/scielo, p. 112.

⁷ Art. 36. «Il matrimonio è l'unione volontaria di un uomo e di una donna che sono legalmente in grado di farlo, al fine di vivere insieme. Si basa sull'assoluta uguaglianza dei diritti e dei doveri dei coniugi, che devono occuparsi del mantenimento della casa e dell'educazione integrale dei figli attraverso uno sforzo congiunto, in modo tale che ciò sia compatibile con lo sviluppo delle attività sociali di entrambi».

⁸ Così, stabilisce per lo Stato, la società e le famiglie, il dovere di fornire una protezione speciale ai bambini e agli adolescenti, tenendo conto del loro interesse superiore nelle decisioni e negli atti che li riguardano, così come la protezione contro tutti i tipi di violenza (art. 86); di creare le condizioni per l'effettivo esercizio dei diritti e il pieno sviluppo dei giovani (art. 87); l'obbligo di proteggere, assistere e facilitare le condizioni per soddisfare i bisogni e la qualità della vita degli adulti anziani (art. 88); e il dovere di proteggere, promuovere, includere e facilitare la partecipazione sociale delle persone con disabilità, così come di garantire il pieno esercizio dei loro diritti (art. 89); e il dovere di proteggere, promuovere, includere e facilitare la partecipazione sociale delle persone con disabilità, così come di garantire il pieno esercizio dei loro diritti (art. 89).; e il dovere di proteggere, promuovere, includere e garantire il pieno esercizio dei diritti delle persone con disabilità (art. 89).

che la Costituzione non aveva raggiunto tale chiarezza. Infatti, in relazione ai trattati come fonti del diritto nel sistema giuridico cubano, vediamo che la Costituzione cubana afferma chiaramente all'art. 8 che essi hanno la precedenza sui trattati internazionali. Tuttavia, per quanto riguarda l'applicazione preferenziale o meno dei trattati e del diritto interno, non lo afferma espressamente, anche se lo si può dedurre dall'art. 40, quando afferma che: «La dignità umana è il valore supremo alla base del riconoscimento e dell'esercizio dei diritti e dei doveri consacrato dalla Costituzione, dai trattati e dalle leggi». Questo precetto stabilisce un ordine gerarchico, facendo prevalere la Costituzione sui Trattati e poi, seguendo questo ordine, i Trattati saranno preferibilmente applicabili al diritto interno⁹.

L'art. 1 del Codice delle famiglie recita:

«Articolo 1. Ambito di applicazione.

1. Le regole contenute nel presente Codice.

2. Sono disciplinati dai principi, dai valori e dalle regole contenute nella Costituzione della Repubblica di Cuba, dai trattati internazionali in vigore per il Paese che hanno un impatto sulle questioni familiari e da quelli previsti dal presente Codice».

⁹ Oltre al mandato costituzionale (artt. 8 e 40), il nostro Codice Civile (Legge n. 59 del 16 luglio 1987, G.O.E. n. 9 ottobre 1987), all'art. 20, stabilisce che «Se un accordo o un trattato internazionale di cui Cuba è parte stabilisce norme diverse da quelle espresse negli articoli precedenti o non contenute in essi, si applicano le norme di tale accordo o trattato». Le norme precedenti a cui si fa riferimento in questo art. 20, in particolare gli artt. da 11 a 19, disciplinano questioni relative al diritto internazionale privato (legge applicabile a: persone senza cittadinanza residenti a Cuba, capacità, forma degli atti giuridici, proprietà, successioni, obbligazioni extracontrattuali e contrattuali, conflitto di qualifiche e rappresentazione), in tutte le quali è chiaro che i trattati che regolano la situazione privata in questione devono essere presi in considerazione per primi, prima delle disposizioni del diritto interno. Ma si dà il caso che le norme di diritto internazionale privato che riguardano le relazioni familiari siano regolate dalla Prima Disposizione Speciale sulla forma del matrimonio, dalla Seconda Disposizione Speciale sullo stato civile e sui diritti e doveri familiari e dalla Terza Disposizione Speciale sui rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi. Queste disposizioni si trovano alla fine del Codice, tralasciando quelle espresse negli articoli precedenti all'art. 20 del Codice Civile, che sono gli articoli a cui si fa riferimento affinché i trattati prevalgano. Quindi, il legislatore non è ancora una volta chiaro sul sistema di fonti che corrisponde a queste relazioni, che sono principalmente relazioni familiari.

Questo articolo identifica chiaramente il sistema delle fonti, che facilita la sua gestione nelle relazioni familiari private, qualunque esse siano. La priorità stabilita segue le tendenze maggiormente accettate nell'ordine internazionale, in modo che il diritto nazionale venga applicato a queste relazioni private internazionali solo in assenza di un accordo internazionale. L'aumento significativo del legame di queste relazioni con più di un sistema giuridico ha portato a una produzione significativa di strumenti internazionali volti a favorire e facilitare le modalità di risoluzione e di gestione di queste situazioni.

Cuba ha adottato importanti convenzioni sui diritti fondamentali, incentrate sulla protezione delle donne e dei bambini, che riguardano più o meno direttamente le situazioni familiari internazionali e che si devono obbligatoriamente osservare¹⁰. Allo stesso modo, ha adottato convenzioni sviluppate nell'ambito della Conferenza dell'Aia sul Diritto Internazionale Privato, che sono strettamente legate ai diritti della

¹⁰ Per quanto riguarda i diritti umani: Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. New York 18 dicembre 1979, entrata in vigore il 3 settembre 1981, Cuba ha firmato il 6 marzo 1980 e ratificato il 17 luglio 1980; Convenzione sui Diritti del Bambino. New York 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, Cuba ha firmato il 26 gennaio 1990 e ratificato il 21 agosto 1991; emendamento all'art. 43 (2) della Convenzione sui Diritti del Bambino. New York 12 dicembre 1995, entrata in vigore il 18 novembre 2002, Cuba ha ratificato il 23 ottobre 1996; Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui Diritti del Bambino, vendita, prostituzione e pornografia infantile. New York 25 maggio 2000, in vigore: 18 gennaio 2002, Cuba ha firmato il 13 ottobre 2000 e ratificato il 25 settembre 2001. In relazione alla tratta di persone: Convenzione internazionale per la repressione del traffico di donne e bambini, Ginevra 30 settembre 1921, Cuba ha ratificato il 7 maggio 1923; Convenzione internazionale per la repressione del traffico di donne maggiorenni, conclusa a Ginevra l'11 ottobre 1933, emendata dal protocollo firmato a Lake Success, New York, il 12 novembre 1947, in vigore: 24 aprile 1950, Cuba ha ratificato il 16 maggio 1981; Convenzione internazionale per la soppressione del traffico di donne maggiorenni, Ginevra 11 ottobre 1933, entrata in vigore il 24 agosto 1934, Cuba ha ratificato il 25 giugno 1936; Convenzione sulla nazionalità delle donne sposate. New York, 20 febbraio 1957, entrata in vigore l'11 agosto 1958, Cuba ha firmato il 20 febbraio 1957 e ratificato il 5 dicembre 1957; Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui Diritti dei Bambini Coinvolti nei Conflitti Armati. New York 25 maggio 2000, in vigore: 12 febbraio 2002, Cuba ha firmato il 13 ottobre 2000 e ha ratificato il 9 febbraio 2007. Oltre a questi, ce ne sono molti altri legati ai diritti del lavoro di cui Cuba è parte.

famiglia nelle loro relazioni transfrontaliere; si tratta di: la Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale¹¹; più recentemente, la Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori¹² e la Convenzione sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori del 19 ottobre 1996¹³. Oltre alle suddette convenzioni, Cuba è parte della Convenzione sul Diritto Internazionale Privato che istituisce il Codice di Diritto Internazionale Privato (Codice Bustamante), che regola le nostre relazioni con diversi Paesi dell'America Latina¹⁴.

L'applicazione di questi accordi favorisce indubbiamente un migliore approccio e una migliore risoluzione dei conflitti in alcuni casi e in tutti i casi va a vantaggio della collaborazione e della soluzione armoniosa o uniforme di queste situazioni, fornendo al contempo una maggiore sicurezza e protezione giuridica alle relazioni che essi tutelano, ma implicherà anche una maggiore conoscenza e competenza per coloro che sono responsabili della loro applicazione in conformità al mandato legale, un aspetto in cui abbiamo ancora molto da fare.

Il Codice delle famiglie, nel suo titolo sul Diritto Internazionale Privato, tratta gli istituti relativi all'applicazione del diritto straniero e poi si occupa della legge applicabile. Questa codificazione non regola le questioni relative alla giurisdizione internazionale, alla cooperazione internazionale e al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni straniere, per le quali dovremo fare riferimento al Codice di procedura¹⁵.

Uno degli elementi di novità che introduce è l'interpretazione della legge straniera applicabile, con l'art. 454 che prevede che «La legge straniera in materia di famiglia si applica secondo i suoi criteri di interpretazione e applicazione nel tempo». Ciò implica prendere in considerazione il significato e la portata dell'istituto dato dalle autorità legali del Paese in cui si applica tale disposizione. Per determinare chi

¹¹ Adottato il 20 febbraio 2007, in vigore dal 1° luglio 2007.

¹² Efficace per il nostro Paese a partire da dicembre 2018.

¹³ Il nostro Paese ha aderito a questo strumento il 20 febbraio 2017.

¹⁴ Firmato il 20 febbraio 1928, la ratifica di Cuba è stata depositata e pubblicata nell'edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Cuba n. 16, rispettivamente il 20 maggio e il 10 novembre dello stesso anno.

¹⁵ Legge n. 141/2021 «Codice di procedura», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 138 Ordinaria del 7 dicembre 2021 (GOC-2021-1071-O138).

deve fornire e provare il contenuto della legge straniera, dobbiamo anche considerare il Codice di Procedura, art. 291.1¹⁶. Questo recente testo giuridico ha seguito la formulazione del suo predecessore per quanto riguarda la legge straniera, il cui onere deve essere sostenuto dalla parte che la afferma. Solo in caso di comprovata impossibilità ad adempiere, l'autorità giudiziaria può procurare, cosa di cui non dispone, quel diritto straniero. In questo caso, come è stato suggerito da alcuni in dottrina, viene conferito un trattamento ibrido al diritto straniero, non del tutto come fatto processuale, in quanto il tribunale può anche intervenire per la sua prova, proprio come farebbe con il diritto nazionale¹⁷. Una soluzione diametralmente opposta si ha quando si applica il Codice Bustamante, che all'art. 408 afferma: «I giudici e i tribunali di ciascuno Stato contraente applicheranno d'ufficio, se del caso, le leggi degli altri, senza pregiudicare i mezzi di prova di cui al presente capitolo», ponendo il diritto straniero sullo stesso piano del diritto nazionale¹⁸.

¹⁶ Codice dei Processi. Art. 291.1. Ad eccezione di quanto previsto dai trattati internazionali in vigore per la Repubblica di Cuba, l'accreditamento della validità e del contenuto della legge straniera è responsabilità della parte che la adduce.2. Tuttavia, se la parte dimostra l'impossibilità di rispettare le disposizioni di cui sopra o se i documenti presentati offrono dei dubbi, il tribunale può svolgere le indagini che ritiene necessarie.3. Quando è manifestamente impossibile stabilire il contenuto della legge straniera entro un periodo di tempo ragionevole, si applica la legge cubana.

¹⁷ Per ulteriori informazioni sull'argomento: M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, (2007) *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Pamplona: Civitas, pp. 528; J. CARRASCOSA, (13 giugno 2015) *Brevi riflessioni sul STS del 17 aprile 2015. Principio di acquisizione processuale e prova del diritto straniero e molto altro*, [Post in un blog], in *accursio.com*, *Brevi riflessioni sul STS del 17 aprile 2015. Principio di acquisizione procedurale e prova del diritto straniero e molto altro*. Condividiamo con il Professor Rubaja anche l'analisi e i criteri del Dottor Boggiano, che comprende che l'applicazione d'ufficio da parte dei tribunali è una conseguenza dell'applicazione obbligatoria della norma di conflitto; A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. 1, 5a ed., LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, in <http://www.abeledoperrotonline2.com>, in N. RUBAJA, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 24.

¹⁸ Allo stesso modo, e in relazione alla possibilità di ricorrere in cassazione, non fa altro che ratificare il principio stabilito dal Codice Bustamante (di cui il Venezuela è firmatario con riserve parziali), che all'art. 412 stabilisce: «In ogni Stato contraente in cui esista un ricorso in cassazione o l'istituzione corrispondente, è possibile presentare ricorso per violazione, errata interpretazione o errata applicazione di una

In questo ordine, una volta definito e individuato il diritto da applicare, l'autorità deve cercare di applicarlo, in conformità con la codificazione, come farebbe l'autorità da cui proviene quel diritto. Questo implica chiaramente un processo di ricerca di informazioni sulla giurisprudenza, di interpretazione di quel diritto, che impone un ruolo attivo all'autorità che sta applicando quel diritto.

22.1.2.2. Limitazione dell'applicazione del diritto straniero

L'art. 457. 1 stabilisce che: «La legge straniera non viene applicata se i suoi effetti sono manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico, il che si valuta tenendo conto della connessione della situazione giuridica con le disposizioni del presente Codice e della gravità dell'effetto prodotto dall'applicazione di tale legge». Secondo paragrafo: Una volta ammessa l'incompatibilità, la legge indicata viene applicata mediante gli altri criteri di collegamento previsti dalla stessa norma di conflitto e, se ciò non è possibile, viene applicata la legge cubana. Prosegue poi definendo l'ordine pubblico ai suoi fini, intendendo come tale «[...] *l'insieme dei principi e delle norme* che ispirano e sostengono il regime giuridico-sociale cubano, e la cultura della società per *preservare i suoi beni, valori e interessi generali*, coerentemente con la protezione dei diritti dei bambini, degli adolescenti e delle persone in situazioni di vulnerabilità».

In materia di famiglia, riteniamo che il sistema di diritto internazionale privato debba essere rispettoso dell'elemento straniero, del multiculturalismo e dei diversi modelli familiari esistenti. A questo proposito, dovrebbe fornire una guida chiara, attraverso una norma specifica, su come l'autorità investita del caso debba procedere e adottare una soluzione flessibile in cui l'applicazione della *lex fori* sia davvero l'ultima risorsa, se non ne esiste un'altra più legata al rapporto o più favorevole agli interessi da tutelare. Concordiamo con il fatto che conferire certezza, flessibilità e preferenza alla legge straniera in questi casi contribuirebbe a rafforzare l'idea che l'ordine pubblico non dovrebbe

legge di un altro Stato contraente, alle stesse condizioni e nello stesso caso in cui si tratta della legge nazionale».

essere la scusa per l'applicazione della propria legge, ma uno strumento per trovare un equilibrio tra gli interessi del foro e il rispetto dell'elemento straniero¹⁹.

Questa definizione va oltre ciò che abbiamo definito come tale nel nostro sistema giuridico. Iniziando la nostra regolamentazione da una fonte convenzionale, dobbiamo innanzitutto esaminare le disposizioni del Codice di diritto internazionale privato del 20 febbraio 1928, il Codice Bustamante²⁰, che, nel suo concetto di ordine pubblico internazionale, include non solo i precetti costituzionali, ma anche le norme di protezione individuale e collettiva stabilite dal diritto politico e amministrativo «salvo espressa disposizione contraria»²¹. Avendo già affrontato l'attuale tendenza all'apprezzamento e all'applicazione eccezionale e restrittiva dell'ordine pubblico internazionale, non passa inosservata l'ampiezza con cui questo concetto è stato trattato in questa codificazione.

Il Codice Civile cubano, da parte sua, accetta la riserva o l'eccezione dell'ordine pubblico internazionale in materia di legge applicabile nell'art. 21: «La legge straniera non si applica nella misura in cui i suoi effetti sono contrari ai principi del regime politico, sociale ed economico della Repubblica di Cuba». Questo articolo è un'espressione più tecnica dell'istituzione dell'ordine pubblico internazionale; con una buona formulazione, il legislatore prevede l'attivazione dell'eccezione quando gli effetti concreti dell'applicazione della legge straniera, e non

¹⁹ C.D. LUD, *Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia*, in *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, anno V, n. 8, LL, Settembre 2013, p. 43751.

²⁰ Codice Bustamante, Convenzione di Diritto Internazionale Privato, adottata dalla VI Conferenza Internazionale Americana tenutasi a L'Avana, Cuba, il 13 febbraio 1928.

²¹ Art. 3. Per l'esercizio dei diritti civili e per il godimento delle stesse garanzie individuali, si ritiene che le leggi e le norme in vigore in ciascuno Stato contraente si dividono nelle tre classi seguenti: I. Quelli che si applicano alle persone in ragione del loro domicilio o della loro nazionalità e che continuano ad applicarsi anche se si trasferiscono in un altro Paese, noti come ordine pubblico personale o interno. II. Quelli che sono ugualmente vincolanti per tutte le persone che risiedono nel territorio, siano esse cittadini o non cittadini, noti come ordine pubblico territoriale, locale o internazionale. III. Quelli che vengono applicati solo attraverso l'espressione, l'interpretazione o la presunzione della volontà delle parti o di una di esse, noti come diritto volontario o privato. I precetti costituzionali sono ordine pubblico internazionale. Art. 5. Tutte le norme di protezione individuale e collettiva, stabilite dal diritto politico e amministrativo, sono anche ordine pubblico internazionale, a meno che non prevedano espressamente il contrario.

della legge, sono contrari ai principi del regime sociale, economico e politico cubano. Oltre a questo, il legislatore fa anche riferimento alla protezione dei principi del sistema.

D'altra parte, come di consueto, né il Codice Bustamante né il Codice Civile indicano quale legge applicare quando la legge straniera indicata come applicabile dalla norma di conflitto è esclusa. È prassi giudiziaria applicare la legge del foro²², tuttavia ci uniamo alla posizione della dottrina e delle legislazioni più avanzate, che cercano e sostengono la soluzione secondo la legge più appropriata, lasciando la legge del foro come ultima risorsa.

Come si può facilmente apprezzare, il concetto introdotto da questo corpo di leggi offre un salto qualitativo nella conformazione di questa istituzione a Cuba per le questioni familiari, soprattutto in due aspetti essenziali. In primo luogo, introduce due elementi importanti per l'apprezzamento e l'applicazione dell'ordine pubblico come eccezione.

Il primo richiede che gli effetti della legge straniera siano manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico, il che è stato un requisito molto forte per evitare che l'istituto venga utilizzato come una scusa leggera per impedire l'applicazione della legge straniera nei casi in cui i suoi effetti non siano chiaramente e indubbiamente incompatibili con i nostri principi.

Il secondo riguarda all'applicazione e l'interpretazione dell'ordine pubblico, ove appropriato, deve essere orientata alla protezione degli interessi di coloro che ne hanno più bisogno in queste relazioni (bambini, adolescenti, persone in situazioni vulnerabili).

Infine, e con assoluta novità, indica il comportamento che l'autorità competente deve seguire quando la regola stabilita dalla norma di conflitto è esente, cioè quando non può essere applicata perché i suoi effetti violano palesemente l'ordine pubblico, guidando l'operatore giuridico ad occuparsi delle alternative offerte dalla norma di conflitto

²² Questo è anche espressamente previsto dal § 6 della Legge austriaca sul diritto internazionale privato del 15 giugno 1978. Per ragioni di valore, è stato raccomandato che il diritto straniero venga adattato, conciliato o armonizzato con i principi del foro, al fine di farli «convivere». A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, ed. 3, v. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 492. 492, citando Lagarde e Battifol-Lagarde.

stessa in prima istanza, e solo se ciò non è possibile, ad applicare la legge cubana²³.

22.1.2.3. Difficoltà nell'applicazione del diritto straniero

Il Codice affronta saggiamente i problemi di applicazione del diritto straniero, che in alcuni casi non erano previsti dal nostro sistema giuridico. Pertanto, la regolamentazione di una soluzione nei casi in cui l'applicazione di diversi sistemi giuridici a un rapporto giuridico può portare al fallimento della giustizia nella soluzione di questa situazione privata internazionale è assolutamente nuova.

In effetti, una delle conseguenze della specializzazione della norma di conflitto è la possibilità che rapporti giuridici diversi siano disciplinati da sistemi giuridici diversi, ossia quando parti diverse dello stesso caso sono disciplinate da leggi diverse per mandato delle norme di conflitto coinvolte. Questa situazione può far sì che questi rapporti siano influenzati dalla confluenza e dalla possibile contraddizione delle soluzioni fornite da ciascuno dei sistemi giuridici coinvolti. In questa situazione, si deve cercare una soluzione armoniosa per non intaccare la giustizia materiale nella soluzione del caso di traffico esterno²⁴.

²³ D'altra parte, come di consueto, né il Codice Bustamante né il Codice Civile indicano quale legge applicare quando la legge straniera indicata come applicabile dalla norma di conflitto è esclusa. È prassi giudiziaria applicare la legge del foro, tuttavia ci uniamo alla posizione della dottrina e delle legislazioni più avanzate, che cercano e sostengono la soluzione in base alla legge più appropriata, lasciando la legge del foro come ultima risorsa.

²⁴ Ad esempio, queste situazioni si verificano comunemente tra i rapporti matrimoniali e quelli ereditari. Un esempio molto illustrativo utilizzato dalla dottrina è il caso di un inglese che muore domiciliato in Francia e lascia un patrimonio mobiliare a cui si applica la legge francese. Il domicilio coniugale al momento del matrimonio era in Inghilterra e la legge inglese determina il regime patrimoniale dei coniugi. La legge inglese stabilisce il regime di separazione dei beni e non concede alla moglie alcun diritto sui guadagni realizzati dal marito durante la loro vita insieme, compensando questo aspetto con il suo diritto successorio, in cui riconosce la vocazione ereditaria della vedova. La legge francese concede alla vedova la metà dei beni nella liquidazione dell'unione coniugale e le nega la vocazione successoria su questi beni in pre-

L'art. 455 stabilisce che: «1. Le varie leggi che possono essere competenti per regolare i diversi aspetti dello stesso rapporto giuridico sono applicate in modo armonioso al fine perseguito da ciascuna delle legislazioni. 2. Le eventuali difficoltà derivanti dalla loro applicazione simultanea sono risolte tenendo conto dei criteri di equità nel caso specifico, in conformità ai principi e alle norme del presente Codice»²⁵.

La soluzione a questa situazione spetta all'autorità giudicante, che deve armonizzare i diritti materiali coinvolti. Questa armonizzazione si ottiene attraverso varie proposte, tra cui l'applicazione di una delle diverse leggi materiali coinvolte all'intero caso, l'applicazione della legge propria del giudice o la ricerca di una soluzione materialmente giusta nel caso specifico.

Per quanto riguarda l'istituto del rinvio, il legislatore del Codice delle famiglie, essendo coerente con la teoria del riferimento minimo, ha formulato nell'art. 456 che il rinvio è al diritto sostanziale straniero e non al sistema di conflitto straniero; tuttavia, ammette il rinvio bilaterale quando il rinvio è al diritto sostanziale cubano in materia familiare, in quanto si tratta di una legislazione progressiva nella protezione dei diritti e degli interessi delle parti deboli nelle relazioni giuridiche familiari.

La formulazione dell'istituto del rinvio soffre di un errore tecnico-giuridico, considerando che non è corretto affermare «*quando il diritto straniero è applicabile nella soluzione delle questioni familiari*», poiché l'istituto del rinvio ha solo una virtualità giuridica, seguendo il mandato delle norme di conflitto delle fonti nazionali che regolano le diverse istituzioni familiari, che determinano il diritto straniero applicabile, il che implica l'applicazione del diritto straniero sostanziale che ha la maggiore vocazione a governare il rapporto giuridico familiare internazionale, per cui avrebbe dovuto stabilire in buona tecnica giuridica il diritto straniero dichiarato applicabile dalla norma di conflitto.

Il legislatore del Codice delle famiglie, stabilendo che il riferimento è al diritto sostanziale straniero, esclude l'applicazione del rinvio se il riferimento è al diritto di un altro Paese, ma non quando il riferimento

senza di parenti stretti. In questo esempio, la vedova non riceve nulla nella liquidazione del patrimonio coniugale (legge inglese) o nella successione (legge francese), il che è contrario agli scopi di entrambe le leggi.

²⁵ Questa regola si ispira alla Convenzione interamericana sulle norme generali di diritto internazionale privato (CIDIP II) nel suo articolo 9°.

è al diritto cubano; in questo ordine, si deve tener conto che non esclude totalmente questo istituto, come sembrerebbe dal titolo, ma solo il rinvio multilaterale. In questo ordine, il rinvio multilaterale è escluso per le questioni familiari internazionali private a Cuba, ma non per il resto delle questioni civili, che sono ammesse in conformità alla normativa contenuta nell'articolo 19 del Codice Civile cubano in vigore²⁶.

22.2. Norme che regolano le relazioni internazionali del diritto di famiglia

Il sistema di diritto privato internazionale nazionale in materia di famiglia è stato approvato in tre norme di conflitto contenute nelle Disposizioni Speciali Finali formulate nel Codice Civile cubano in merito alla legge applicabile ai rapporti giuridici familiari internazionali attraverso il punto di connessione della cittadinanza tradizionale.

Di fronte ai conflitti di traffico esterni ai tribunali di famiglia, è sorta una concomitanza di leggi personali dei titolari della responsabilità genitoriale, designata dal punto di connessione della cittadinanza, che implicava un conflitto di leggi, che in molti casi non coincideva con la legge personale del minore, al fine di risolvere le controversie nell'esercizio della responsabilità genitoriale.

A questo proposito, la iusprivatista MIAJA DE LA MUELA²⁷ ha sostenuto:

[...] la legge personale del minore è quella che meglio riflette, a livello internazionale, l'interesse del minore; questo collegamento è suscettibile di evitare le complicazioni derivanti dall'esercizio congiunto della potestà genitoriale quando i suoi titolari hanno nazionalità diverse; e, infine, elimina la compresenza di leggi diverse per regolare questioni così strettamente legate alla potestà genitoriale, come la

²⁶ Art. 19: In caso di riferimento alla legge straniera che, a sua volta, fa riferimento alla legge cubana, si applica quest'ultima. Se il riferimento è alla legge di un altro Stato, il riferimento è ammissibile a condizione che l'applicazione di tale legge non costituisca una violazione delle disposizioni dell'art. 21. In quest'ultimo caso, si applica la legge cubana.

²⁷ I criteri favorevoli che determinano l'applicazione della legge personale del minore in materia di relazioni paterno-filiali sono esposti in A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, t. II, 10a ed., Ed. Atlas, Madrid, 1987, p. 507.

minorità e l'emancipazione, soggette alla legge personale del minore [...].

Uno dei cambiamenti più importanti inclusi in questa codificazione è la modifica del criterio di connessione della cittadinanza verso criteri più oggettivi, come il domicilio e la residenza abituale, per regolare le relazioni familiari internazionali. Cuba è un Paese ad alta emigrazione, il che porta certamente a stabilire il domicilio e la residenza dei cubani in altri Paesi, il che implica una maggiore incidenza dell'applicazione del diritto sostanziale straniero nei conflitti familiari. Mantenere il punto di connessione personale della cittadinanza per determinare la legge applicabile, senza alcun altro punto di connessione personale, è molto lontano dall'obiettivo di giustizia nella soluzione di questi conflitti, poiché in molte occasioni è stata applicata una legge che era appena o per nulla collegata alla relazione familiare internazionale da risolvere.

In relazione alla legge che regola la nullità, occorre analizzare la Seconda Disposizione Speciale del Codice Civile, che stabilisce che «Lo stato civile e i diritti e doveri familiari delle persone sono regolati dalla legge dello Stato di cui sono cittadini». Data l'importanza di questa disposizione sulla presente questione, è opportuno soffermarsi su di essa.

Come si può notare, si tratta di una disposizione con un alto grado di generalità nella sua tipologia giuridica «stato civile e diritti e doveri della famiglia», che comprendeva istituti molto dissimili e con interessi molto divergenti da tutelare, come il matrimonio, il divorzio, la filiazione, l'adozione, la potestà genitoriale, la tutela, i rapporti di mantenimento dei figli, eccetera, il che significa che si perde la possibilità di specificare la legge più competente per regolare ciascuno di questi rapporti.

Una delle grandi difficoltà di questa disposizione è che non fornisce una soluzione a tutti i casi che possono essere inclusi nel tipo legale. Nella sua conseguenza giuridica, prevede che la legge applicabile allo stato civile e ai diritti e doveri familiari sia la «legge dello Stato di cui sono cittadini». Bisogna tenere presente che è destinata a regolare le relazioni private internazionali in cui sono coinvolte almeno due persone, con un'alta probabilità che l'internazionalità sia causata proprio dall'elemento soggettivo di queste relazioni, e proprio la mancanza di una soluzione al conflitto internazionale quando le cittadinanze delle persone coinvolte sono diverse è evidente. Questa

lacuna ha generalmente portato all'applicazione preferenziale della *lex fori*, in questo caso la legge cubana.

In quest'ordine, un altro aspetto da evidenziare è la regolamentazione separata di ciascuna delle istituzioni familiari, che ha permesso di occuparsi degli interessi da tutelare in ognuna di queste relazioni, come avviene, ad esempio, nelle relazioni legate ai minori.

I sistemi di regole di diritto internazionale privato, più esperti in questo settore, consentono l'applicazione della legge che ha un collegamento effettivo con il luogo in cui il bambino ha il suo domicilio o la sua residenza abituale, tenendo in considerazione il principio dell'interesse superiore del bambino che regola la «Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo»²⁸.

Ne consegue che il sistema di conflitto familiare domestico abrogato era incompatibile con la sicurezza che dovrebbe prevalere nel funzionamento delle norme di conflitto relative all'ordine familiare.

Nelle controversie familiari internazionali in cui si applica il sistema convenzionale stabilito nel Codice Bustamante, si applica la legge personale del minore, secondo le disposizioni dell'art. 69: «La legge personale del minore e l'esistenza e la portata generale della potestà

²⁸ La Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo, promulgata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990, firmata dallo Stato cubano il 26 gennaio 1990 e ratificata nel 1991, riconosce il principio dell'interesse superiore del fanciullo, affermando nell'art. 3.1: «In tutte le azioni che riguardano i bambini, siano esse intraprese da istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, da tribunali, da autorità amministrative o da organi legislativi, l'interesse superiore del bambino deve essere una considerazione primaria. 2. Gli Stati Parte si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e l'assistenza necessarie al suo benessere, tenendo conto dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, tutori legali o altre persone legalmente responsabili per lui, e a tal fine adotteranno tutte le misure legislative e amministrative appropriate».

L'art. 7 del suddetto testo internazionale approva l'attuazione dei loro diritti in quanto soggetti di diritto, in conformità con la loro legislazione nazionale: 1. «Il bambino sarà registrato subito dopo la nascita e avrà diritto fin dalla nascita a un nome, ad acquisire una nazionalità e, per quanto possibile, a conoscere i suoi genitori e a prendersene cura. 2. Gli Stati devono garantire l'attuazione dei diritti in conformità con la loro legislazione nazionale e con i loro obblighi ai sensi degli strumenti internazionali pertinenti in questo campo, in particolare quando il bambino sarebbe altrimenti apolide».

dei genitori in relazione alla persona e ai beni sono soggette alla legge personale del minore»²⁹.

La modifica del sistema di norme di Diritto Internazionale Privato contenuto nel Titolo XI dell'attuale Codice delle Famiglie, da tre norme indirette in materia di famiglia, l'attuale regolamento contiene ventitré norme indirette che determinano in modo chiaro, semplice e prevedibile la legge applicabile, utilizzando come punto di collegamento il domicilio e la residenza abituale della parte più debole del rapporto giuridico familiare internazionale, garantendo i principi di sicurezza e prevedibilità, che dovrebbero governare il funzionamento delle norme di Diritto Internazionale Privato.

Le norme che regolano i rapporti giuridici familiari internazionali contenute nel suddetto testo giuridico sono molto più coerenti con l'applicazione della legge con la maggiore vocazione a governare ciascuno dei rapporti giuridici in esso contenuti; il diritto sostanziale straniero è determinato ad essere applicabile, attraverso i punti di connessione personale del domicilio e della residenza abituale, quando la legge locale non presenta un legame effettivo con la situazione familiare del traffico esterno, in conformità con il principio della giustizia effettiva in materia di sistema di conflitti.

L'art. 449 del diritto sostanziale in materia di famiglia determina il significato e la portata del legame personale tra domicilio e residenza abituale, in conformità con le disposizioni dei testi internazionali in materia di famiglia che fanno parte del sistema giuridico cubano per mandato costituzionale.

I suddetti punti di connessione si differenziano, fondamentalmente, per l'elemento intenzionale di rimanere o stabilirsi in un luogo specifico, tenendo conto delle circostanze personali, familiari e professionali. Il punto di connessione della residenza abituale è giustamente regolato nella sua espressione fattuale, indipendentemente dal fatto che la persona sia registrata o abbia un permesso o un'autorizzazione a risiedere.

²⁹ Il sistema convenzionale stabilito nel Codice Bustamante, adottato nel 1928, non determina il criterio del legame personale applicabile in materia di potestà genitoriale e, in assenza di consenso tra gli Stati firmatari, rimanda alla legislazione nazionale, formulando all'art. 7: «Ogni Stato contraente applicherà come leggi personali quelle del domicilio, quelle della nazionalità o quelle che ha adottato o adotterà in futuro nella sua legislazione interna».

Per quanto riguarda la legge applicabile alla responsabilità genitoriale, la norma di conflitto nazionale determina che la legge applicabile è quella del domicilio del minore, che è coerente con la Convenzione dell'Aia sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori del 19 ottobre 1996, un testo internazionale ratificato dallo Stato cubano il 1° dicembre 2017.

Il domicilio della persona che ha diritto agli alimenti o che si trova in una situazione di vulnerabilità determina la legge applicabile in materia di alimenti; tuttavia, sarebbe applicabile la legge del domicilio della persona obbligata a fornire gli alimenti, se offre maggiori garanzie al fornitore di alimenti.

Un'altra novità introdotta da questa codificazione è la presenza dell'autonomia della volontà di regolare una serie di rapporti in materia familiare, come i contratti internazionali di mantenimento, i regimi patrimoniali tra coniugi e il divorzio.

Nel caso di un contratto di manutenzione internazionale, le parti possono concordare la legge applicabile, che si collega al domicilio di una delle parti contraenti o, in mancanza, alla legge del luogo in cui viene concluso il contratto, che si presume abbia i legami più stretti con il rapporto contrattuale.

I rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi erano contenuti nella Terza Disposizione Speciale del Codice Civile Cubano, che era la norma conflittuale che, al di fuori del regime convenzionale previsto dal Codice Bustamante, regolava i rapporti tra i coniugi. Essa stabilisce che «I rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi sono regolati dalla legge cubana se entrambi o uno dei due è cittadino cubano. Se entrambi sono stranieri e le loro leggi personali sono in conflitto, la legge cubana si applica anche a loro quando si trovano in territorio cubano».

Un'osservazione che merita questa norma di conflitto è la sua formulazione unilaterale e la conseguente rigidità per quanto riguarda l'indicazione della legge applicabile quando una parte cubana interviene in questa relazione coniugale affermando che *è regolata dalla legge cubana se entrambi o uno dei due è cittadino cubano*³⁰. Si tratta di una

³⁰ Inoltre, se fosse sufficiente che una delle parti sia cubana per l'applicazione della legge cubana, l'allusione fatta nel precetto alla sua applicazione quando entrambe le parti sono cubane non è necessaria, soprattutto se si omettono altri elementi che potrebbero internazionalizzare la relazione.

norma che ha cercato l'applicazione della legge cubana, a scapito di altri criteri molto più correlati e adatti, come, ad esempio, il domicilio coniugale.

L'attuale regolamento del Codice delle famiglie riconosce il principio dell'autonomia delle volontà contrastanti nella scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi concordata dalle parti contraenti prima della formalizzazione del matrimonio. Ciò consente di modificare la legge applicabile al regime economico concordato durante il matrimonio – in virtù della natura dell'accordo di scelta come negozio giuridico autonomo – e del riconoscimento del principio generale dell'autonomia della volontà – a livello di diritto privato - nel sistema di conflitto familiare cubano, garantendo la sicurezza e la prevedibilità che le relazioni familiari internazionali richiedono, attraverso il *pactum de lege utenda*, espressione dell'autonomia del conflitto nei rapporti giuridici di traffico esterno.

In base al principio di prossimità al tipo di legge della norma di conflitto, il legislatore stabilisce quali leggi possono essere concordate nel patto di matrimonio, tenendo conto del punto di connessione del domicilio dei coniugi al momento della conclusione del contratto o dopo la conclusione del contratto. In assenza di scelta, si applica la legge che regola i rapporti personali tra i coniugi, determinata dal domicilio coniugale, in mancanza del quale dall'ultimo domicilio coniugale o dalla cittadinanza comune dei coniugi al momento della formalizzazione del matrimonio o dalla legge del luogo di formalizzazione del matrimonio.

Per quanto riguarda la legge applicabile allo scioglimento e all'estinzione del matrimonio, il principio dell'autonomia del conflitto di volontà ha valore legale, concedendo ai coniugi la facoltà di scegliere la legge applicabile, limitando quelle che sono vicine al rapporto giuridico familiare internazionale.

Allo stesso modo, un partner non sposato affettivo può concordare per iscritto la legge applicabile al regime finanziario concordato, richiedendo un legame effettivo con l'istituzione familiare, in modo che sia applicabile la legge del domicilio o della cittadinanza di uno dei due partner o la legge dello Stato in cui è registrata l'unione.

Per quanto riguarda i titoli costitutivi della filiazione, si applica la legge del domicilio del bambino al momento della nascita; tuttavia, si applica la legge della residenza abituale del bambino al momento della presentazione della causa di filiazione, se è più favorevole al bambino.

I requisiti e gli effetti giuridici dell'adozione sono regolati dalla legge del domicilio dell'adottante al momento dell'adozione. Eccezionalmente, il legislatore ha regolamentato il riconoscimento dell'adozione costituita all'estero quando è stata autorizzata dall'autorità competente del Paese di domicilio dell'adottante, in conformità alle sue norme. Certamente, in linea di principio, riteniamo che la materia del riconoscimento e dell'esecuzione dell'adozione non avrebbe dovuto essere disciplinata nel Titolo dedicato alla determinazione della legge applicabile, tenendo conto che la materia dell'*exequatur* è di natura procedurale; tuttavia, riteniamo che in questo caso, in linea con l'istituzione e la cautela che aggiunge alle norme generali sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere che il Codice di Procedura realizza. Oltre ai requisiti generali ivi previsti relativi all'ordine pubblico, al giusto processo, alla definitività della decisione, tra gli altri, si richiede che questa adozione sia autorizzata dalle autorità del domicilio dell'adottante, rafforzando il controllo su questa figura.

Il sistema di regole del Diritto Internazionale Privato cubano approvato nell'attuale Codice delle famiglie garantisce un equilibrio tra i principi di prossimità e di prevedibilità del risultato, nonché il suo orientamento verso gli interessi propri e sensibili in ciascuna di queste relazioni, in conformità con le tendenze legislative più avanzate in materia di famiglia internazionale.

La Sezione Sette è dedicata al ritorno internazionale di bambini e adolescenti, in conformità con le disposizioni del suddetto trattato multilaterale sulla sottrazione internazionale di minori, ratificato dallo Stato cubano il 1° dicembre 2018, che pertanto fa parte del sistema giuridico cubano per mandato costituzionale. Va notato che il nostro sistema giuridico non definisce ciò che costituisce un reato di sottrazione internazionale di minori, nel qual caso dovremo ricorrere alla definizione fornita dalla Convenzione stessa, indipendentemente dal fatto che sia applicabile o meno al caso specifico.

I tribunali cubani competenti che ascoltano e risolvono le richieste di localizzazione e di rimpatrio internazionale dei minori devono garantire l'effettivo rimpatrio dei bambini e degli adolescenti che sono stati allontanati o trattenuti illegalmente dai loro genitori o tutori al di fuori del loro luogo di residenza, in conformità con i principi e i valori che costituiscono l'ordine pubblico familiare cubano, come sancito dal testo costituzionale cubano e dalla legislazione sostanziale cubana in materia di famiglia.

La possibilità di inserire un titolo di Diritto Internazionale Privato in questa codificazione, in linea di massima, viene a rivendicare un vecchio debito con la materia, con i diritti da proteggere e sostenere nelle sempre più comuni, diverse e complesse situazioni familiari internazionali private che si presentano nella realtà giuridica di Cuba oggi. Chiaramente, c'è ancora molto da fare, ma già ci allontana dalla condizione di precarietà nel campo dei conflitti che abbiamo da tempo, e ci avvicina agli obiettivi di sicurezza giuridica e di giustizia nelle nostre relazioni familiari transfrontaliere.

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Presidente

AUGUSTO ROCA DE AMICIS

Membri

MARCELLO ARCA
ORAZIO CARPENZANO
MARIANNA FERRARA
CRISTINA LIMATOLA
ENRICO ROGORA
FRANCESCO SAITTO

COMITATO SCIENTIFICO
SERIE STUDI LATINOAMERICANI

Responsabile

STEFANO TEDESCHI (Roma, Sapienza)

Membri

LORENZO BACCHINI (Roma, Sapienza)
LUCY BELL (Roma, Sapienza)
MAYERIN BELLO (Cuba, Universidad de La Habana)
CHIARA BOLOGNESE (Milano, Università Statale)
SERGIO BOTTA (Roma, Sapienza)
ARIANNA CAMPIANI (Roma, Sapienza)
ALESSANDRO LUPO (Roma, Sapienza)
SONIA NETTO SALOMAO (Roma, Sapienza)
MARIA CATERINA PINCHERLE (Roma, Sapienza)
ELENA RITONDALE (Roma, Sapienza)
AIDA TOLEDO (Guatemala, Universidad Rafael Landivar)
LUCIANO VASAPOLLO (Roma, Sapienza)

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale, anche attraverso i comitati scientifici di serie, assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori ignoti agli autori e ai curatori. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board, also through the scientific committees of series, ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, unknown to the authors and editors. For further details please visit the website: www.editricesapienza.it

COLLANA MANUALI

Per informazioni sui volumi precedenti della collana, consultare il sito:
www.editricesapienza.it | *For information on the previous volumes included
in the series, please visit the following website: www.editricesapienza.it*

15. Creando saberes
Aproximaciones a la didáctica de E/LE en el aula
a cargo de Daniela Rago, Elisabetta Sarmati, María Pilar Soria Millán y Patricia Toubes González
16. Der Weg ist das Ziel
Imparare il tedesco in un mondo plurilingue
Jörg Senf
17. Conoscere la famiglia
Strumenti clinici e di ricerca
a cura di Mimma Tafà
18. Nuclear plants
Maurizio Cumo
19. Armando Saitta. Due storie d'Europa
a cura di Alessandro Guerra
20. Mutilazioni genitali femminili
Tradizione, diffusione, complicità, trattamenti
a cura di Massimo Chiaretti e Giovanna Angela Carru
21. La geomorfologia di Roma
Maurizio Del Monte
22. Europrogettare con i fondi Horizon e i finanziamenti diretti
dell'Unione europea
Vanni Resta
23. Geomorphology of Rome
Maurizio Del Monte
24. La geomorfologia di Palermo
a cura di Valerio Agnesi
25. La geomorfologia di Napoli
a cura di Domenico Calcaterra
26. Diritto delle famiglie a Cuba
Manuale di Diritto Cubano delle Famiglie
*a cura di Leonardo Bernardino Pérez Gallardo,
Vincenzo Barba e Ettore William Di Mauro*



L'opera raccoglie i contributi di studiosi cubani e italiani in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice delle Famiglie cubano. I diversi saggi offrono una riflessione articolata sulle principali novità introdotte in materia di diritto di famiglia, con attenzione anche ai profili di diritto internazionale privato.

Attraverso un approccio sistematico, il volume analizza il mutato panorama delle relazioni familiari — dalla famiglia tradizionale alle molteplici forme di famiglia oggi riconosciute — e ne esamina le implicazioni concrete. Vengono affrontati temi centrali quali la multiparentalità, le tecniche di procreazione assistita, l'evoluzione dei rapporti di filiazione e, più in generale, le nuove sfide poste dalla trasformazione sociale in ambito familiare.

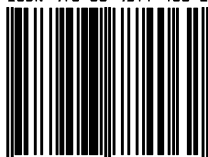
L'intento dell'opera è quello di offrire una chiave di lettura aggiornata e critica per ripensare le formazioni sociali di natura familiare, superando i tradizionali paradigmi fondati sulla biologicità e sulla bigenitorialità eterosessuale

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, Profesor Titular de Derecho civil y notarial, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario.

Vincenzo Barba, Professore Ordinario di Diritto privato, Facoltà di Economia – Università degli Studi di Roma “Sapienza”

Ettore William Di Mauro, Ricercatore di Diritto privato, Facoltà di Economia – Università degli Studi di Roma “Sapienza”.

ISBN 978-88-9377-406-2



9 788893 774062





L'opera raccoglie i contributi di studiosi cubani e italiani in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice delle Famiglie cubano. I diversi saggi offrono una riflessione articolata sulle principali novità introdotte in materia di diritto di famiglia, con attenzione anche ai profili di diritto internazionale privato.

Attraverso un approccio sistematico, il volume analizza il mutato panorama delle relazioni familiari — dalla famiglia tradizionale alle molteplici forme di famiglia oggi riconosciute — e ne esamina le implicazioni concrete. Vengono affrontati temi centrali quali la multiparentalità, le tecniche di procreazione assistita, l'evoluzione dei rapporti di filiazione e, più in generale, le nuove sfide poste dalla trasformazione sociale in ambito familiare.

L'intento dell'opera è quello di offrire una chiave di lettura aggiornata e critica per ripensare le formazioni sociali di natura familiare, superando i tradizionali paradigmi fondati sulla biologicità e sulla bigenitorialità eterosessuale

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, Profesor Titular de Derecho civil y notarial, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario.

Vincenzo Barba, Professore Ordinario di Diritto privato, Facoltà di Economia – Università degli Studi di Roma “Sapienza”

Ettore William Di Mauro, Ricercatore di Diritto privato, Facoltà di Economia – Università degli Studi di Roma “Sapienza”.

ISBN 978-88-9377-406-2



9 788893 774062

