



La incerta sorte dell'affinità dopo il divorzio

Francesca Cristiani



SOMMARIO: **1.** La questione demandata alla Corte Costituzionale. – **2.** L'affinità nell'ambito degli effetti personali del matrimonio che sopravvivono al divorzio. – **3.** Il vincolo di affinità nel quadro dell'evoluzione della famiglia. – **4.** Conclusioni.

1. La questione demandata alla Corte Costituzionale

Con l'ordinanza interlocutoria 23 giugno 2023 n. 18064 (https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/18064_06_2023_civ_noindex.pdf) la Prima Sezione della Cassazione Civile ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 51 Cost., dell'art. 78, comma 3, c.c., nella parte in cui stabilisce che *“l'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4”*, così prevedendo che il vincolo di affinità permanga per il parente del coniuge divorziato, malgrado il rapporto di coniugio da cui tale vincolo è stato determinato sia oramai sciolto.

Il caso che ha dato origine all'ordinanza della Corte è relativo alla incompatibilità prevista dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ai fini della partecipazione ad organismi degli Enti, per soggetti legati da rapporti familiari (nella fattispecie, si trattava della nomina ad assessore e vicesindaco del cognato del primo cittadino del Comune di Caposele, in quanto fratello della sua ex-moglie). Nello specifico, l'art. 64, n. 4 della predetta normativa così dispone: *“Il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i parenti e affini entro il terzo grado, del sindaco o del presidente della giunta provinciale, non possono far parte della rispettiva giunta né essere nominati rappresentanti del comune e della provincia”*.

A fronte del rigetto del ricorso proposto contro la nomina a vicesindaco del (già) cognato del primo cittadino espresso dal Tribunale di Avellino, la Corte d'Appello di Napoli, investita della questione, sulla scorta della dizione letterale dell'art. 78 c.c., che non contempla il venir meno del vincolo di affinità a seguito della cessazione del rapporto coniugale, ravvisava invece la sussistenza della incompatibilità alla nomina, in accogli-

mento dell'impugnazione proposta. Il legame familiare, non dissolto con il divorzio, giustificerebbe infatti la limitazione del diritto di elettorato passivo, potendo, in astratto, obiettivamente compromettere l'imparzialità dell'Organo.

Il problema sorge a seguito della constatazione che la norma del codice non è stata toccata dall'introduzione dell'istituto del divorzio, con la conseguenza che il venir meno del rapporto matrimoniale non determinerebbe la caducazione del vincolo di affinità, prevista espressamente soltanto in caso di annullamento del matrimonio e altrettanto espressamente, invece, esclusa nel caso di morte di uno dei coniugi.

L'interpretazione strettamente letterale operata dalla Corte d'Appello si pone alla base del ricorso in sede di legittimità, nel quale viene sostenuta la assimilazione strutturale, sotto il profilo dell'incidenza della volontà, tra matrimonio e divorzio, assimilazione che giustificerebbe la cessazione, in conseguenza del divorzio, degli effetti scaturiti dal vincolo:

La caducazione del vincolo di affinità a seguito del divorzio trova la sua ragione nella sua origine che derivando da un atto volontario, quale il matrimonio, non può che venire meno quando con il divorzio, di natura altrettanto volontaria, si rompe il vincolo matrimoniale e i rapporti di affinità che da questo derivano.

Nel ricorso si osserva inoltre come l'interpretazione della norma codicistica, richiamata dall'art. 64 del Testo Unico approvato con d.lsg. n. 267 del 2000 nel senso della riconosciuta persistenza del rapporto di affinità in caso di divorzio comporta:

un'evidente disparità di trattamento tra chi abbia visto cessare gli effetti civili del matrimonio in conseguenza di una sentenza di annullamento e chi, invece, abbia ottenuto gli stessi effetti in virtù di una sentenza di divorzio, perché discrimina in base alla condizione personale del soggetto interessato e risulta, di conseguenza, ostativa alla partecipazione di costui all'organizzazione politica del paese e all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza.

In sede di trattazione del ricorso, la Suprema Corte, evidenziando il carattere nomofilattico delle questioni da esaminare, ha affrontato la tematica nella più ampia prospettiva, suggerita dallo stesso ricorrente, della interpretazione del dettato del terzo comma dell'art. 78 del codice civile, nella fattispecie concreta rilevante ai fini della incompatibilità come partecipante ad una giunta municipale presieduta dall'ex-cognato, sotto il profilo della sua sospetta incompatibilità con i principi costituzionali espressi negli artt. 2, 3 e 51.

La Cassazione ha preliminarmente osservato come l'art. 64 del suddetto Testo Unico faccia un implicito rinvio alle regole generali in relazione al vincolo di affinità, rilevando come:

In mancanza di alcuna espressa regola che stabilisca la cessazione del vincolo in una simile evenienza, esso sembrerebbe dover persistere, inalterato, anche in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La sospetta incoerenza con precetti costituzionali sorge in virtù della considerazione che:

L'annullamento del matrimonio e il suo scioglimento sono situazioni accomunate da un'evidente vicinanza sotto il profilo effettuale, dato che in entrambi i casi interviene un'iniziativa giudiziale funzionale alla demolizione del vincolo matrimoniale.

Inoltre, l'interesse contrario al protrarsi della vita coniugale sarebbe evidentemente coincidente nel divorzio e nell'annullamento del matrimonio, indipendentemente dalla loro modalità di incidenza rispettivamente sul rapporto e sull'atto, con la conseguente opportunità di recidere, allo stesso modo:

le reciproche ramificazioni e i complessi di diritti e doveri tra le parti del rapporto coniugale, senza alcuna apprezzabile differenza; cosicché eventuali labili differenze tra le cause di demolizione del medesimo rapporto matrimoniale perdono del tutto di significato in rapporto al persistere delle relazioni di affinità (specie quando, come ormai accade non di rado, i rapporti coniugali si succedano nel tempo e le relazioni di affinità si sovrappongano in una rete di status assai ampia ma proprio perciò sbiadita).

Risulta inoltre, secondo la Corte, “fuori da ogni logica di sistema e di corrispondenza alla realtà sociale ipotizzare l'esistenza di affini del divorziato”, con il perdurare, in termini indissolubili, “di una relazione che scaturisce da un rapporto che, secondo l'ordinamento, ha natura dissolubile”, così che “appare senza senso voler conservare, oltre la distruzione del rapporto di base, quell'affinità che trova il suo significato soltanto nella proiezione di tale rapporto originario”.

La norma codicistica alla base della questione disciplina espressamente, e in maniera opposta, le conseguenze sul vincolo di affinità di due diverse evenienze, ovvero la morte del coniuge e l'annullamento del matrimonio.

L'assenza di un intervento del legislatore sull'art. 78 c.c. successivamente all'introduzione dell'istituto del divorzio ha determinato, come rilevato dalla Corte, la mancanza di una regola specifica atta a disciplinare la sorte del rapporto di affinità, nei casi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Ed è proprio nella prospettiva di individuazione di tale regola, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale sollecitata con l'ordinanza interlocutoria in commento, che si intende svolgere le riflessioni che seguono.

2. L'affinità nell'ambito degli effetti personali del matrimonio che sopravvivono al divorzio

Alla perdita dello *status* di coniuge, che con la sentenza di divorzio cessa di esistere con efficacia *ex nunc*, fa da contraltare la obiettiva constatazione di alcuni perduranti effetti del vincolo che, pur attenendo maggiormente ad aspetti di carattere patrimoniale,

le¹, con la peculiare rilevanza dell'assegno di divorzio², investono anche alcuni profili di

¹ Gli effetti patrimoniali del vincolo coniugale che sopravvivono al divorzio si riferiscono essenzialmente alla pensione di reversibilità e alla ipotesi dell'assegno *post mortem* a carico dell'eredità. In relazione alle conseguenze del divorzio sul trattamento di fine rapporto e sulla pensione di reversibilità cfr., tra altri, CAMILLETI, *Alcune considerazioni sul diritto dell'ex coniuge divorziato a concorrere sull'indennità di fine rapporto e sulla pensione di reversibilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 637 ss. Diffusamente, in tema, cfr. GIACOBBE, VIRGADAMO, in *Trattato di diritto Civile*, diretto da SACCO, *Le persone e la famiglia*, 3, *Il Matrimonio Separazione personale e divorzio*, tomo II, 55 ss.; RIMINI, DANOVI, SCHLESINGER, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2015, 167 ss.; specificamente, a proposito delle problematiche relative al presupposto legittimante della precedente titolarità dell'assegno in vita v. DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da BONILINI e CATTANEO, vol. I, parte II, Torino, 2007, 857. Unanimemente la dottrina rileva trattarsi di un diritto che sorge in capo al divorziato, sussistendone i presupposti, *iure proprio*, direttamente nei confronti dell'ente previdenziale, e non *iure successionis*: v., tra altri, CUFFARO, in ROSSI CARLEO, BELLISARIO, CUFFARO, *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2016, 204. Gli effetti patrimoniali che sopravvivono allo scioglimento del vincolo e che si riferiscono al mantenimento dei figli appaiono riconducibili al rapporto genitoriale piuttosto che a quello matrimoniale; cfr., in proposito, BATELLI, *L'obbligo di mantenimento del figlio divenuto maggiorenne e la legittimazione a ricevere l'assegno nella crisi familiare*, in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, a cura di CUFFARO, Milano, 2021, 307 ss.

² Sulla natura, sorte e quantificazione dell'assegno di divorzio il dibattito dottrinale e gli orientamenti della giurisprudenza sono estremamente variegati e complessi e non è questa la sede per poterne dar conto esaustivamente. Limitandosi ad alcuni dei contributi più recenti, proprio in relazione all'evoluzione della giurisprudenza, si vedano, tra altri, AL MUREDEN, *La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extramatrimoniale»*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, II, 1419 ss.; in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, cit., cfr. ancora AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, 271 ss.; BENANTI, *Criteri di accertamento dello squilibrio economico tra o coniugi e loro incidenza sulla determinazione dell'assegno divorzile*, 289 ss.; BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, 325 ss.; FAVILLI, *Assegno di divorzio e sorte delle attribuzioni patrimoniali pregresse*, 339; FORTINO, *La svolta dell'ordinanza n. 289995/2020 sulla funzione dell'assegno di divorzio: bilancio di cinquant'anni e prospettive per il futuro*, 349 ss.; LAZZARO, *Assegno di divorzio una tantum tra alea e corrispettivo*, 365 ss.; VENUTI, *Solidarietà postconiugale, assegno di divorzio e autonomia privata*, 383. Si vedano inoltre BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 30 ss.; BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 955 ss.; CARBONE, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita "paraconiugale" e "dipendenza economica"*, in *Fam. e dir.*, 2018, 958 ss.; DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi "creativi" della giurisprudenza*, in *Fam. e dir.*, 2021, 41 ss.; PATTI, *Assegno di divorzio, il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1186; QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 971 ss. e, dello stesso Autore, *La Cassazione precisa la propria più recente ricostruzione in tema di assegno di divorzio con riferimento ad un caso limite*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1174 ss.; SCHIRO, *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Fam. e dir.*, 2019, 921 ss.; SALANITRO, *Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile*, in *Liber Amicorum cit.*, II, 1839 ss.; SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e dir.*, 2018, 983 ss.; SPADAFORA, *Il prezzo della fine dell'amore tra legge, giudice e contratto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 1035 ss.

natura personale.

In quest'ultima prospettiva, è oggetto di specifica attenzione del legislatore la questione relativa alla possibilità per la moglie, in presenza di specifiche condizioni, di conservare il cognome del marito³. La espressa possibilità di mantenere il cognome maritale costituisce una rilevante eccezione rispetto alla perdita degli effetti dello *status* coniugale e, come tale, viene interpretata molto riduttivamente dalla giurisprudenza, che mostra un atteggiamento di maggior apertura soltanto nell'ipotesi in cui la domanda sia presentata nell'interesse dei figli.

Al contrario, la legge nulla precisa in merito alla eventuale persistenza del vincolo di affinità a seguito di divorzio.

L'art. 78, 3° comma c.c. specifica che l'affinità non cessa per la morte del coniuge da cui deriva, mentre viene meno in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio.

Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio non hanno costituito oggetto di alcuna considerazione, ai fini di un'eventuale modifica della norma. La latitanza legislativa sul punto, evidenziata da molti⁴, ha così diviso la dottrina in due differenti opzioni interpretative in ordine alla sopravvivenza del rapporto di affinità alla pronuncia di divorzio.

Autorevoli voci⁵ si esprimono in senso favorevole alla persistenza dell'affinità, soluzione seguita anche dall'unica – a quanto consta – risalente pronuncia di legittimità⁶ sul punto.

L'efficacia *ex nunc* della sentenza di divorzio porterebbe, secondo i sostenitori di questa interpretazione, ad equiparare la pronuncia all'evento morte, per il quale espressamente il legislatore esclude il venir meno dell'affinità.

³ L'attuale disposizione, risultante dall'intervento legislativo del 1987, fa derivare dall'interesse della coniuge o dei figli la possibile deroga alla regola generale di perdita automatica del cognome del marito. V. in proposito, tra altri, recentemente, AGOSTINELLI, *La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 421 ss.; BUGETTI, in *Divorzio (presupposti ed effetti personali)*, in *Enc. Dir., I Tematici, IV, Famiglia*, Milano, 2022, 356.

⁴ Cfr., tra altri, BONILINI, *Manuale di diritto della famiglia*, Torino, 2023, 40; DOSSETTI, *op. cit.*, 763; PARISI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER diretto da BUSNELLI, Milano, 2016, 213; più recentemente parla di "latitanza legislativa" CARBONE, *Divorzio e affinità: una lacuna da colmare*, in *L.N.G.C.C.*, 2023, II, 432 ss.

⁵ V. BIANCA, in *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*. 7° ed., a cura di BIANCA, SIRENA, Milano, 2023, 18; AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 259. Sostiene che "in mancanza di una norma specifica, il divorzio non esclude l'affinità" DOGLIOTTI, voce *Famiglia (dimensioni della)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, agg. 2019, 177 ss.

⁶ Cfr. Cass. Civ. I, 7 giugno 1978 n. 2848, in *Foro It.*, 1979, I, c. 2927, citata anche dalla ordinanza in commento.

L'opinione prevalente, accolta anche da due più recenti pronunce di merito⁷, propende per la cessazione del vincolo⁸, contestando l'opportunità di tale equiparazione. La dottrina che si esprime in questo senso evidenzia come il divorzio sia un intervento distruttore, provocato dalla volontà di porre fine al rapporto instaurato con il matrimonio, e per ciò stesso incompatibile con la sopravvivenza del vincolo di affinità, che ne costituisce la proiezione nell'ambito delle relazioni familiari.

Inoltre, l'assimilazione, negli effetti, tra nullità e scioglimento del matrimonio, disposta espressamente dal legislatore all'art. 87, n. 4 c.c., a proposito della persistenza dell'impedimento matrimoniale tra affini in linea retta, costituirebbe un ulteriore argomento a favore della interpretazione volta a parificare le due ipotesi ed a sostenere, per entrambe, che ne consegua il venir meno degli effetti del vincolo di affinità per tutti i casi non specificamente contemplati⁹.

Certamente gli argomenti in favore di una o dell'altra soluzione¹⁰, al di là del tenore letterale della norma in questione, non possono che essere inseriti in un più ampio oriz-

⁷ V. le pronunce, pure richiamate dalla Corte, del Tribunale di Grosseto, 9 ottobre 2003, in *Dir. fam. e pers.* 2004, 48 e di Milano, sez. IX, 19 luglio 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 17 ottobre 2017, con nota adesiva di FIGONE, *Autorizzabile il matrimonio tra affini in primo grado dopo il divorzio*, il quale evidenzia l'opportunità di un "ridimensionamento delle conseguenze ultrattive" del divorzio.

⁸ Così RIMINI, DANOVÌ, SCHLESINGER, *op. cit.*, 95; DOSSETTI, *op. loc. cit.*; CATTANEO, *La parentela e l'affinità*, in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da BONILINI e CATTANEO, cit., 58; ingiustificata la persistenza del vincolo di affinità dopo il divorzio secondo TRABUCCHI, *Gli affini del divorziato: un rapporto che non ha senso*, in *Giur. It.*, 1978, I, 2091 ss. e VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, IV, tomo III, Torino, 1982, 879; A. e M. FINOCCHIARO, in *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 2257, in relazione alla persistenza dell'obbligo alimentare a carico degli affini, contestano l'equiparazione tra morte e divorzio, basata sull'efficacia *ex nunc* di entrambe le ipotesi in relazione al vincolo, accentuando, invece, l'assimilazione tra nullità del matrimonio e divorzio in relazione all'esame dei comportamenti sociali, che evidenzia come i rapporti tra affini si estinguono in caso di pronuncia di nullità, mentre permangono in caso di morte di uno dei coniugi; ritiene che non ci sia ragione per mantenere in vita il rapporto di affinità con i parenti dell'ex-coniuge anche BONILINI, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI, RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, vol. I, t. II, *La Famiglia*, Milano, 2009, 81. Nello stesso senso, più recentemente, BUGETTI, *op. cit.*, 355. Auspica un intervento del legislatore verso tale soluzione CARBONE, *op. cit.*, 436.

⁹ Valorizzano la equiparazione che l'art. 87 n. 4 c.c. opera tra quest'ultimo e il matrimonio dichiarato nullo, tra altri, QUADRI, voce *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, 534; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., 2023, 349, il quale, evidenziando come si tratti di un punto controverso, ritiene che tale norma, introdotta nel 1975, "consenta l'interpretazione estensiva dell'art. 78, comma 3 c.c., il cui testo risale al 1942, e così di equiparare le due distinte fattispecie della nullità e del divorzio anche ai fini dell'estinzione dell'affinità, e, quindi, oltre l'ambito in cui il legislatore l'ha espressamente disposta".

¹⁰ Riportano le diverse opinioni ed i rispettivi argomenti a sostegno, tra altri, FIGONE, *Parentela e affinità*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, II° ed., Milano, 2011, a cura di FERRANDO, 234; SALITO, *Parentela e affinità*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico* diretto da AUTORINO STANZIONE, Torino, 2011, 30.

zonte che si riferisce agli effetti dello scioglimento del vincolo matrimoniale, in relazione ai coniugi.

A questo proposito, si osserva come appaia costante la tendenza del legislatore, dopo l'introduzione del divorzio, a relegare in ambiti specifici ed espressamente individuati la persistenza degli effetti del rapporto matrimoniale oltre il suo scioglimento.

Recenti interventi normativi che hanno investito questioni relative all'ambito familiare, e, specificamente, aspetti nei quali poteva assumere rilevanza la persistenza degli effetti di un pregresso rapporto matrimoniale evidenziano la volontà di considerare esauriti gli effetti del vincolo, se non per quanto espressamente previsto.

In questo senso, interessante risulta il mancato riferimento al *divorziato* – che viene così equiparato ad ogni altro estraneo – come potenziale autore di azioni lesive, idonee a comportare la sospensione dalla successione e quindi possibile destinatario degli effetti dell'art. 463 *bis*, introdotto dalla legge n. 4 del 2018.

Né la normativa sull'indegnità, pur oggetto di modifica nel 2005¹¹, nella individuazione delle diverse ipotesi, considerate tassative e insuscettibili di interpretazione analogica¹², prende in alcuna considerazione l'ex-coniuge come possibile vittima della condotta, penalmente rilevante, posta in essere da chi può essere escluso dalla successione.

Anche l'analisi di queste disposizioni normative costituisce significativa conferma di una evoluzione tesa ad escludere l'esistenza di ulteriori ipotesi di sopravvivenza degli effetti dello *status* di coniuge, che vadano ad aggiungersi ai casi già accennati in apertura di queste riflessioni e ad altre specifiche indicazioni normative che pure hanno preso in considerazione la persona del "divorziato", anche in ambito penalistico e processualpenalistico¹³.

In altri termini, risulta evidente nell'attuale realtà normativa come lo scioglimento del vincolo coniugale, reso legittimo dalla legge del 1970, porti con sé, per l'ex-marito e l'ex-moglie, non soltanto il riacquisto della libertà di *status*, ma anche un sostanziale ritorno alla posizione di estraneità precedente alla celebrazione del matrimonio.

In questa prospettiva meritano senz'altro di essere valorizzate le riflessioni della Corte di Cassazione che, con specifico riferimento alla fattispecie relativa alla incompa-

¹¹ L'art. 1, comma 1, lett. c) della legge 8 luglio 2005, n. 137 ha introdotto il n. 3-*bis* all'art. 463 c.c.

¹² Sul carattere di tassatività delle ipotesi di indegnità la dottrina, più classica e più recente, è pressoché unanime: cfr. in proposito, anche per gli ampi riferimenti dottrinali, PIERAZZI, voce *Indegnità a succedere*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, agg. 2016, Torino, 338 e OMODEI SALE', voce *Indegnità a succedere*, in *Dig. It. Sez. Civ.*, agg. III, Torino, 2007, 683, con gli ampi riferimenti dottrinali. *Contra* ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, Torino, 2019, 127.

¹³ A seguito della legge n. 4 del 2018 l'art. 577 c.p. riferisce anche al divorziato l'aggravante del reato di omicidio; l'art. 316-*bis* c.p.p. n. 1-*bis* prevede il riferimento al divorziato nell'indicazione dei possibili presupposti del sequestro conservativo, a garanzia del risarcimento dei danni civili subiti dai figli delle vittime. Per i richiami (e mancati richiami) al divorziato introdotti dalla citata legge del 2018, anche in relazione alla possibile sospensione del trattamento pensionistico, si rinvia a CRISTIANI, *Divorzio, indegnità e sospensione dalla successione*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 477 ss.

tibilità che ha dato origine al giudizio, pongono in evidenza la irragionevolezza di una opzione interpretativa che consentirebbe all'ex coniuge di essere immune da incompatibilità, ravvisando invece quest'ultima in riferimento ai parenti dell'ex-coniuge stesso, perché "si può parlare di ex-moglie, e non di ex cognato".

In questo modo si finirebbe per sostenere che il divorzio comporta il venir meno del rapporto coniugale fra i suoi protagonisti, ma lascia inalterato il suo riflesso sui rispettivi parenti (o se si preferisce, che permane un vincolo quando è ormai definitivamente cessato il rapporto matrimoniale che vi ha dato causa), con la conseguenza che tutti gli effetti (sia attributivi che preclusivi) che gli affini condividono con gli sposi restano per i parenti del coniuge, pur venendo meno per quest'ultimo. Cosicché, nel caso di specie, al sindaco sarebbe stato possibile nominare in giunta la propria ex moglie, con la quale il rapporto di coniugio era definitivamente cessato, ma, paradossalmente, non il di lei fratello.

In conclusione, apparirebbe in controtendenza e non sembrerebbe sorretta da obiettive giustificazioni una soluzione interpretativa che portasse a valorizzare la progressiva esistenza della relazione di affinità, che in realtà non costituisce niente altro che il riflesso nei confronti della cerchia familiare del vincolo matrimoniale tra i due coniugi, ormai venuto meno.

In quest'ottica, la ricostruzione del senso attuale del vincolo di affinità, nell'ambito della più generale evoluzione dei rapporti familiari, può costituire un ulteriore interessante punto di riflessione.

3. Il vincolo di affinità nel quadro dell'evoluzione della famiglia

L'affinità comporta la proiezione del rapporto di coniugio nei confronti dei parenti rispettivamente dell'uno e dell'altro coniuge.

Il vincolo attribuisce rilevanza al rapporto che viene ad instaurarsi, a seguito della celebrazione del matrimonio, tra il coniuge e coloro che sono uniti all'altro da un legame di sangue, attribuendo all'inserimento del marito o della moglie nella famiglia di sangue dell'altro¹⁴ conseguenze anche piuttosto rilevanti sul piano giuridico¹⁵.

¹⁴ Per quanto la categoria dogmatica dell'*adfnitas* abbia subito un'evoluzione nel corso del tempo fino ad essere assimilata alla *cognatio*, anche con riferimento alla suddivisione in gradi, fin dalla sua origine in diritto romano l'affinità è strettamente collegata al *matrimonium sine manu*, con il quale si instauravano rapporti tra un coniuge e i parenti dell'altro: così GALENO, voce *Parentela e Affinità (dir. romano e vigente)* in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965.

¹⁵ V. in proposito, anche per una ricostruzione storica dell'affinità, utile a giustificarne gli effetti, BARILLARO, *Della parentela e dell'affinità*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, 445 ss.; SALITO, *op. cit.*, 28 ss., parla di uno "status complesso" che discende dall'affinità.

Gli effetti dell'affinità si apprezzano specificamente in relazione agli impedimenti matrimoniali che ne scaturiscono, agli obblighi alimentari, alla legittimazione a proporre azioni in ambito di capacità, nonché in riferimento ad alcune incompatibilità che si riferiscono a rapporti di diritto pubblico ed alla idoneità del notaio a rogare atti, al riconoscimento della facoltà di astensione dal testimoniare ed alla previsione della non punibilità per alcuni reati.

Risulta dal complesso delle disposizioni normative che prendono in considerazione il rapporto di affinità come l'ordinamento ne configuri la rilevanza alla luce dell'accertato – e definito con il matrimonio – ingresso di un coniuge nella famiglia dell'altro, con gli obblighi e i diritti connessi alla solidarietà familiare che informa, dalla base, le relazioni che traggono origine dalla celebrazione del vincolo.

In altri termini, l'affinità costituisce il riflesso più immediato e diretto della concezione di famiglia originariamente centrata sul rapporto coniugale.

L'evoluzione di tale concezione di famiglia è stata oggetto di grande attenzione da parte della dottrina e non è certo questa la sede per riportarne gli orientamenti e gli esiti del dibattito.

Può però certamente essere rilevato, come dato inconfutabile, che “l'impianto famiglia” è oggi polarizzato sul rapporto di filiazione, che ne costituisce il cardine, rispetto al quale il vincolo matrimoniale tra i genitori rappresenta un elemento accidentale, ma non essenziale, né tantomeno imprescindibile¹⁶.

¹⁶ Cfr., tra altri, ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Lo status di figlio*, a cura di RESCIGNO, in *Giur. It.*, 2014, 1262 ss.; PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1309, rileva: “oggi, è lo status di figlio che per un verso instaura il vincolo di parentela e, per l'altro, prescinde dal rapporto esistente tra i genitori”; “è la famiglia che sopravvive alla crisi della coppia in funzione dei figli”; “l'indissolubilità della famiglia prende il posto di quella che si è voluta espungere dal matrimonio”; GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli, 2016, 15 ss.; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 9, il quale sottolinea come “il matrimonio non si configuri più quale presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo e, più recentemente, in *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, cit., II, rileva come il rapporto genitori figli, sia quello “sul quale sembra debba essere ricostruito l'intero diritto di famiglia”, al centro del quale – rileva ancora lo stesso Autore, in *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *N.L.C.C.*, 2023, 1056, “ci sono i figli minori i loro legami, i loro interessi e che l'ordinamento lascia liberi gli adulti in ordine ai loro rapporti, tanto che non più di famiglia si parla quanto piuttosto di famiglie”. Sottolinea la centralità del figlio anche in relazione alla crisi della famiglia “come società naturale che il venir meno di un matrimonio non cancella” GIARDINA, in *Ruolo e diritti dei figli nella crisi e nella ricostituzione dell'ordine familiare*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021, a cura di CAMARDI, Padova, 2022, 193. Parla di “diritti riconosciuti al minore in qualsiasi contesto, a prescindere dal modello o dai modelli familiari in cui si trovino inseriti ed espressamente riaffermati in qualsiasi vicenda che possa comportare la disgregazione dell'originario nucleo familiare” ASTONE, voce *MINORE (relazioni con la comunità familiare)*, in *Enc.*

Paradigma esemplare di questa linea di tendenza è rappresentato dalla evoluzione della parentela, i cui effetti sono per espressa disposizione normativa, a seguito della novella del 2012, del tutto indifferenti all'esistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori¹⁷.

Pur tuttavia l'affinità resta imprescindibilmente connessa al matrimonio, il quale non è più, però, l'esclusivo fondamento della formazione familiare e, in particolare, ormai da oltre cinquanta anni ha perso il suo carattere di indissolubilità.

Queste sintetiche considerazioni sembrano indirizzare l'interprete verso una duplice direzione, che non si pone in alternativa, ma porta al raggiungimento di un medesimo risultato.

La prima strada percorre il cammino che muove dalla considerazione della affinità come effetto del vincolo matrimoniale, dissolto il quale sembrerebbe logico desumere che la dissoluzione si trasmetta automaticamente all'affinità, tranne per quanto espressamente previsto in contrario. Se il coniuge non è più tale a seguito del divorzio, quale può essere la ragione che giustifica la persistenza di un vincolo che si basava proprio sullo *status* di coniuge, ormai venuto meno?

La seconda via si inserisce in un itinerario caratterizzato da una sempre minore rilevanza attribuita al matrimonio come cardine della formazione famiglia, anche per la constatazione della sua sempre più frequente caducità¹⁸, con la conseguenza inevitabile

Dir., I Tematici, IV - Famiglia, cit., 804.

¹⁷ V., tra altri, VELLETTI, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1 della L. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di BIANCA, Padova, 2015, 179. LUPO, *La parentela e i suoi effetti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da BONILINI, cit., vol. I, 48, CAMPIONE, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA, III ed., Milano, 2015, sub art. 74, 281 ss.; PATTI, *Riflessioni conclusive*, in *La riforma della filiazione*, cit., 1212; CRISTIANI, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, 2019, 13.

¹⁸ La mobilità e indeterminazione dei legami familiari fondati sul vincolo coniugale nella società contemporanea è stata posta in luce da autorevole dottrina: cfr., tra altri, BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1105 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; PARADISO, *op. cit.*, 1306 ss. Prende in esame i diversi modelli familiari originati dal divorzio AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam e dir.*, 2021, 23 ss. Più recentemente si vedano, in tema, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano, Atti del Convegno cit.*, BUSNELLI, *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la "resilienza" di una istituzionalizzazione familiare*, 9 ss.; DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legami di coppia*, 81 ss.; FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari*, 37 ss.; S. PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, 67 ss. Rileva come si possano cogliere anche nel diritto di famiglia alcune tendenze proprie del moderno diritto delle società complesse, dove anche le organizzazioni deputate ai rapporti strettamente personali e genitoriali sono chiamate ad assecondare quei processi di mobilità e di continua ricomposizione sollecitati dal contesto tecnico, sociale ed economico (globale per un verso, precario per l'altro), nel quale le relazioni interpersonali prendono forma CAMARDI, *ivi, Presentazione*, 5.

di una corrispondente perdita di peso dei rapporti familiari che costituiscano “emanazione” del vincolo coniugale.

In questo percorso si inserisce anche la discussa questione del vincolo di affinità come conseguenza dell'unione civile. Com'è noto, tra le norme del codice civile espressamente dichiarate applicabili anche ai soggetti uniti civilmente, la legge n. 76 del 2016 non richiama l'art. 78, con la conseguenza che tra un membro dell'unione civile ed i parenti dell'altro non si costituisce alcun rapporto. Tale conclusione, incontestabile alla luce della lettera della legge, è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina. Si è posto l'accento sul fatto che la previsione risulta pienamente coerente con la volontà del legislatore di escludere che all'unione civile sia attribuita la stessa capacità espansiva del matrimonio, evitando che chi contragga un'unione civile possa aspirare alla qualificazione di famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost.¹⁹.

La scelta legislativa è stata peraltro pressoché unanimemente criticata in quanto si pone in contrasto con la coscienza sociale che determina, con il formarsi della coppia, un ingresso a pieno titolo di ciascun membro nella famiglia dell'altro²⁰. Cosicché, come il coniuge diviene affine dei parenti dell'altro, non sembra ci sia obiettiva giustificazione per precludere analogo effetto riguardo ai parenti del *partner* dell'unione civile, principio ormai espresso dall'art. 74 c.c. a proposito della parentela naturale²¹.

Peraltro, si è ritenuto di non dover sopravvalutare, per la disciplina dell'unione civile, il mancato richiamo all'art. 78 cod. civ., e quindi al vincolo di affinità tra un *partner* ed i parenti dell'altro al fine di escludere che tale unione determini uno *status* familiare, originando un rapporto che esplica la sua “rilevanza nei confronti di terzi e della collettività”²², proprio ponendo l'accento sul fatto che il significato dell'affinità tende ad essere colto essenzialmente in quella prospettiva, ormai superata, che identificava il matrimonio come *alleanza tra famiglie*²³. In altri termini, il peso della scelta legislativa – che

¹⁹ Cfr. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 885; FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1387; DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *L.N.L.C.C.*, 2017, I, 101 ss.

²⁰ V. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016 n. 76)*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, I, 370.

²¹ Rileva AZZARRI, voce *Unioni civili (diritto civile)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, cit., 1340, che la scelta del legislatore appare incoerente col valore assegnato alla parentela naturale dalla riforma della filiazione del 2012 ed anche con il rinvio della stessa legge ad alcune disposizioni la cui piena efficacia postula l'esistenza del rapporto di affinità.

²² Cfr. FERRANDO, *Conclusioni*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1777.

²³ V., in proposito, QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, II, 1694, il quale si domanda “se la scelta – anche se probabilmente senza averne una precisa intenzione – non abbia fatto qui emergere, nel regolamentare la valenza sociale dell'unione affettiva tra due persone, una possibile linea di tendenza evolutiva dell'ordinamento conforme alle dinamiche esistenziali in atto”.

rappresenta sicuramente un elemento di vistoso discrimine rispetto al rapporto di coniugio, determinando la mancanza di una precisa veste giuridica (e dunque di rilevanza, su questo piano) del rapporto tra parte dell'unione civile e parenti dall'altro – è stata ridimensionato dagli interpreti, proprio alla luce della constatazione di una sempre minore pregnanza del rapporto di affinità nella società odierna.

In relazione all'ordinanza in commento, tuttavia, l'esclusione dell'affinità per quanto si riferisce ai soggetti uniti civilmente sembra costituire ulteriore argomento a sostegno della cessazione dell'affinità a seguito del divorzio. La sopravvivenza del vincolo farebbe infatti persistere per i coniugi, nonostante l'intervenuto scioglimento del matrimonio, una posizione di irragionevole disparità rispetto agli uniti civilmente di fronte a situazione di incompatibilità neppure prospettabili per questi ultimi.

Il risultato dei due spunti interpretativi appena accennati va letto dunque nell'unica direzione di una progressiva svalutazione, recepita dalla normativa in quanto immanente nella coscienza sociale, della forza pervasiva e della efficacia permeante del vincolo matrimoniale, al di fuori dei suoi due protagonisti, che ne detengono non solo le chiavi di accesso, ma anche quelle della porta di uscita.

4. Conclusioni

La pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione appare destinata a colmare una lacuna che si è creata nell'ordinamento a seguito dell'introduzione del principio della dissolubilità del vincolo matrimoniale, lacuna, come rileva la Corte di Cassazione, non risolvibile in via interpretativa, attraverso il ricorso all'analogia²⁴, poiché, nel caso di specie, si ha

come riferimento il testo di una norma scritta quando l'ipotesi non regolata non esisteva e lasciata inalterata a seguito dell'introduzione della legge sul divorzio. Si tratterebbe, così di intervenire, attraverso un ragionamento analogico, per aggiornare una norma piuttosto che per stabilire, sulla base delle sue regole (pensate rispetto a un qua-

²⁴ Come è stato precisato dalla stessa Cassazione Civile, a Sezioni Unite, “La regola, secondo cui l'applicazione analogica presuppone la carenza di una norma nella indispensabile disciplina di una materia o di un caso (cfr. art. 14 preleggi), discende dal rilievo per cui, altrimenti, la scelta di riempire un preteso vuoto normativo sarebbe rimessa all'esclusivo arbitrio giurisdizionale, con conseguente compromissione delle prerogative riservate al potere legislativo e del principio di divisione dei poteri dello Stato. Onde non semplicemente perché una disposizione normativa non preveda una certa disciplina, in altre invece contemplata, costituisce ex se una lacuna normativa, da colmare facendo ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12 preleggi. Ciò tanto più quando si tratti di estendere l'applicazione di una disposizione specifica oltre l'ambito di applicazione delineato dal legislatore, ovvero di applicarla “analogicamente” a vicenda concreta da questi non contemplata ed in presenza di diversi presupposti integrativi della fattispecie”: in questo senso Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 dicembre 2021, n. 38596, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 10 dicembre.

dro normativo del tutto diverso), quale sia la disciplina per la fattispecie non prevista. Un simile intervento avrebbe perciò natura non tanto interpretativa, ma integrativa della lacuna normativa (o creativa) ed essa non rientra nella funzione che l'art. 65 r.d. 12/1941 attribuisce a questa Corte.

Alla luce delle considerazioni svolte, nonché delle convincenti argomentazioni della Corte di Cassazione – che evidenziano i risultati anche paradossali, in concreto, di una soluzione che confermi la persistenza del vincolo di affinità, in relazione a prospettate incompatibilità previste dalla legge, non più sussistenti neppure tra i coniugi – sembra difficile ipotizzare una decisione che possa prescindere dall'inquadramento della relazione di affinità nell'ambito dei rapporti familiari nella società contemporanea.

Rapporti nei quali, alla centralità dell'interesse del figlio ed alla preminenza dell'indissolubile vincolo genitoriale, indipendentemente dalla qualificazione della relazione tra i genitori, fa da parallelo la constatazione di una sempre maggiore caducità di quest'ultima e, conseguentemente, di tutti gli effetti alla stessa riconnessi.

Una soluzione che propendesse per una permanenza del vincolo di affinità, al di là ed oltre le ipotesi previste, da ritenere, a questo punto, tassative, sembrerebbe non solo in contrasto con l'evoluzione della coscienza sociale in relazione al modo di intendere i rapporti familiari, ma anche in controtendenza rispetto a scelte legislative, anche recenti, che ne appaiono invece consapevoli. Diverse valutazioni di merito e considerazioni, magari in astratto anche condivisibili, non possono che assumere un aspetto vagamente nostalgico che non può costituire fondamento di una corretta scelta interpretativa né tantomeno legislativa.

ABSTRACT

La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con l'ordinanza in commento ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 78 del codice civile, in relazione agli artt. 2, 3 e 51 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che l'affinità cessa con l'annullamento del matrimonio, mentre sopravvive alla morte di uno dei coniugi, lasciando irrisolta la sorte del vincolo a seguito di divorzio. Il contributo si propone di analizzare le questioni sottese al problema, alla luce del significato che il rapporto di affinità assume oggi nel quadro più generale dell'evoluzione dei rapporti familiari.

The First Civil Section of the Court of Cassation has raised the issue of the constitutional legitimacy of Article 78 of the Civil Code, in relation to Articles 2, 3, and 51 of the Constitution. This pertains to the provision stating that in-law relationships terminate with the annulment of marriage, while they persist in the event of one of the spouses' death. The destiny of in-law relationships after divorce remains unresolved. This paper aims to analyze the underlying concerns related to the issue, considering the significance that in-law relationships assume today within the broader context of the evolution of family relationships.

