

## I MODELLI DI FAMIGLIA NEL CONTESTO EUROPEO E NAZIONALE: FAMIGLIA LEGITTIMA, FAMIGLIA DI FATTO, MATRIMONIO OMOSESSUALE<sup>1</sup>

---

**Gabriella de Strobel**

*Avvocato del Foro di Verona, componente della Giunta esecutiva nazionale AIAF*

---

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Famiglia e diritto. – 3. Famiglia e Costituzione. – 4. Famiglia e prospettiva europea. – 5. Famiglia ed interventi legislativi dagli anni '70 fino ad oggi. – 6. Convivenza *more uxorio* e famiglia di fatto. – 7. Le coppie formate da persone dello stesso sesso. – 8. Punti critici di discussione. – 9. Cenni alla situazione europea. – 10. Proposta emersa dal gruppo di lavoro, di regolamentazione delle unioni di fatto.

### 1. Premessa

Il gruppo di lavoro sui modelli di famiglia ha preso le mosse da un'analisi – sia pure sintetica – del concetto di famiglia e della sua evoluzione storico-culturale.

È stato poi preso in esame l'istituto della famiglia così come delineata nella Costituzione italiana e nella legislazione europea.

Ci si è, quindi, soffermati ad analizzare la situazione legislativa italiana rispetto alla famiglia e gli interventi legislativi attuati dagli anni '70 ad oggi, individuando quelli che hanno via via modificato il quadro della famiglia c.d. tradizionale.

All'interno di tale quadro normativo abbiamo individuato gli interventi legislativi più significativi che di fatto hanno portato ad un qualche riconoscimento di diritti relativi alle unioni di fatto, sebbene in assenza di qualsiasi intervento legislativo sia in campo civile che in campo penale.

Abbiamo, quindi, rilevato le situazioni critiche ed evidenziato la carenza di legislazione sia per quanto riguarda le unioni civili, che per quanto riguarda il riconoscimento alle unioni omosessuali, ma anche del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Infatti, in ambito europeo, l'Italia è una delle ultime nazioni a non avere alcuna regolamentazione.

Da ultimo, abbiamo redatto, con il contributo del dott. Piero De Marzo, Consigliere della Corte di Cassazione, una ipotesi di proposta legislativa per la regolamentazione delle unioni civili.

### 2. Famiglia e diritto

Il fondamento dell'esigenza di costituire una famiglia, o comunque, nuclei sociali di tipo fami-

---

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

liare risiede, di fatto, nella necessità di unirsi in ragione della solidarietà affettiva, sessuale e riproduttiva, di collaborazione e accudimento dei figli.

Esistono **vari tipi di famiglie**, anche se si può ragionevolmente sostenere che le caratteristiche fondamentali delle famiglie siano rimaste sostanzialmente analoghe nel corso dei secoli, avendo come elemento essenziale **l'unione più o meno stabile di un uomo e di una donna**, quasi sempre legati da un vincolo chiamato matrimonio, essenzialmente in funzione della maternità. Non necessariamente la famiglia di oggi si forma con la costituzione di un vincolo matrimoniale. All'inizio del Novecento si sosteneva che la famiglia era «*un'isola che il diritto poteva solo lambire*» (Jemolo). Secondo tale teoria, la vita che si svolgeva all'interno della famiglia era caratterizzata da situazioni che normalmente non coinvolgono il diritto.

La famiglia è, invero, condizionata da fattori sociali, psicologici, religiosi e dalle continue evoluzioni del sistema sociale, che non possono sempre essere espresse in termini di diritto da un lato, e dall'altro non sempre e prontamente vengono recepite nel sistema regolatore dei diritti.

Nell'evoluzione storico-giuridica della famiglia, va ricordato il Concilio di Trento che per la prima volta ha codificato nel diritto canonico il matrimonio, fondato su due principi essenziali: il matrimonio come sacramento da un lato e dall'altro la sua indissolubilità.

La rivoluzione francese, invece, ha imposto una visione matrimoniale contrattualistica, fondata sul consenso degli sposi e sulla loro volontà, che poteva anche portare alla sua dissoluzione: si affermava, quindi, una visione contrattualistica e privatistica, basata sull'autonomia e libertà delle parti.

Altri, invece, hanno sostenuto che la famiglia non sia una società privata, ma un'istituzione, espressione di interessi superiori, che va mantenuta insieme, anche contro la volontà dei suoi membri (Hegel).

Lo Stato, anche quello moderno, non rinuncia alla regolamentazione del sistema famiglia: dal momento della sua costituzione, dalla regolazione della vita interna delle famiglie nel momento positivo, fino alla regolazione degli aspetti disgregatori e patologici, sia per quanto riguarda i soggetti coniugi, sia con riferimento alla prole.

Prima della riforma del 1975, in Italia vigeva una visione della famiglia gerarchicamente organizzata con un capo, che in qualità di marito, controllava la vita della moglie che gli era assoggettata, e in qualità di padre esercitava in via esclusiva la potestà sui figli.

La riforma del 1975 ha capovolto tale impostazione e in linea con i principi (artt. 2, 3, 29, 30) enunciati nella Costituzione repubblicana, è stata riconosciuta la parità tra marito e moglie sia nei rapporti personali che nelle relazioni con i figli.

Nel 1970 con l'approvazione della l. n. 398 che ha introdotto l'istituto del divorzio ovvero della cessazione degli effetti civili del matrimonio, era, del resto, già stato demolito un altro principio tradizionale: quello dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Da questi brevi cenni storici è agevole rilevare che i punti critici di discussione sull'istituto familiare riguardano in primo luogo i rapporti tra l'istituzione famiglia e il diritto; in secondo luogo, il tipo di intervento legislativo da attuare rispetto alla famiglia, se si debba cioè intervenire sul nucleo familiare come istituzione ovvero sui singoli componenti e se si debba riconoscere effettiva autonomia ai suoi componenti, ovvero ci si debba limitare a legiferare solo nei momenti più importanti e significativi (ad esempio nel momento della sua costituzione, nel momento della crisi e della sua disgregazione). Infine, in relazione all'attuale legislazione, si è anche segnalata l'urgenza e la necessità di rendere più attuali le norme che riguardano la separazione, il divorzio, il regime patrimoniale della famiglia, la filiazione.

### 3. Famiglia e Costituzione

La Costituzione nel suo riferimento alla famiglia (artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost.) riconosce solennemente i diritti della famiglia, «*quale società naturale fondata sul matrimonio*» (art. 29 Cost.) e affida allo stato il compito di agevolare la formazione e di favorire l'adempimento delle sue attribuzioni (art. 31 Cost.).

La Costituzione consacra due principi fondamentali: l'uguaglianza dell'uomo e della donna nel matrimonio, sia nei rapporti personali che nell'esercizio della potestà sui figli, e la rilevanza dell'interesse dei figli nella vita familiare.

Gli artt. 29, 30 e 31 Cost. nel riconoscere i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, individuata dal legislatore come oggetto di primaria tutela, non escludono, almeno secondo le interpretazioni più avanzate, la tutela di "altri tipi di famiglie".

Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 2 Cost., volto a tutelare le formazioni sociali idonee a consentire lo sviluppo della personalità umana, all'art. 3 Cost. che si riferisce al compito dello stato di rimuovere ogni ostacolo che limiti la libertà delle persone e all'art. 30 Cost. che tutela tutti i figli, anche quelli nati fuori dal matrimonio.

È indubbio che la Costituzione privilegia la famiglia legittima nei confronti della famiglia di fatto e di altre famiglie, ma ciò non significa che un consolidato rapporto, ancorché di fatto, sia costituzionalmente irrilevante<sup>2</sup>.

L'**art. 2 Cost.** è stato definito da autorevole dottrina<sup>3</sup> come "matrice di tutte le libertà civili". La famiglia rientra tra le formazioni sociali<sup>4</sup> all'interno delle quali devono essere rispettati i diritti inviolabili dell'uomo.

Con specifico riferimento alla famiglia, è pacifico l'inquadramento della famiglia legittima come "formazione sociale primaria"<sup>5</sup>. Nella famiglia ottocentesca di stampo liberale, si riconosceva nel gruppo stesso il titolare di interessi superiori; con l'entrata in vigore della Costituzione viene posto un limite di sacrificabilità delle esigenze individuali, che coincide con il nucleo essenziale dei diritti della persona. La Corte costituzionale, con riferimento alla famiglia di fatto, ha affermato che l'art. 2 Cost. è riferibile anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un certo grado di stabilità<sup>6</sup>.

Facendo leva sull'**art. 3 Cost.**, la Corte costituzionale ha utilizzato il principio di eguaglianza per equiparare situazioni familiari simili. Ad esempio, la Corte costituzionale con la sent. 31 maggio 1993, n. 144 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. dell'art. 156, 6° comma, c.c. nella parte in cui non prevede che le disposizioni ivi contenute si applichino a favore dei figli di coniugi consensualmente separati.

L'**art. 29 Cost.** garantisce letteralmente la sola famiglia legittima, non avendo in questa sede rilievo la famiglia di fatto ricondotta dalla stessa Corte costituzionale nell'ambito di tutela pre-

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., 13-18 novembre 1986, n. 237: «Un consolidato rapporto (come la convivenza *more uxorio*), ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante se si abbia riguardo al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.) e ciò tanto più se vi sia presenza di prole».

<sup>3</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 56; P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2007, p. 311.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138: «Per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 183.

<sup>6</sup> Cfr. nota *sub* 1.

visto dall'art. 2 Cost. quale particolare tipologia di formazione sociale in cui si esplica la personalità degli individui<sup>7</sup>.

La Corte costituzionale ha espressamente associato il diritto di contrarre matrimonio desunto dagli artt. 2 e 29 Cost. al diritto enunciato dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dall'art. 12 della CEDU e ora dall'art. 9 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>8</sup>.

La logica sottesa all'**art. 30 Cost.** è quella del predominante interesse del minore; tale articolo è, infatti, punto di appoggio per la costruzione di un sistema di garanzie costituzionali in favore dei minori. La Corte costituzionale, a titolo esemplificativo, estende il diritto di istruzione, mantenimento ed educazione anche ai figli naturali, cassando l'art. 270 c.c. nella parte in cui, nei casi previsti dall'art. 278 e in ogni altro caso in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, non riconosce al figlio naturale il diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione<sup>9</sup>. La Corte ha poi affermato che non esiste nell'ordinamento una norma che all'accertamento formale della filiazione naturale colleghi l'effetto di far entrare il figlio nella famiglia d'origine del genitore, in guisa da attribuirgli uno *status* familiare rapportato non solo ad un padre o ad una madre, ma anche a nonni, zii e cugini, ponendosi pertanto il problema della parentela naturale<sup>10</sup>.

Con riferimento all'**art. 31 Cost.** avendo lo stesso natura programmatica, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che la realizzazione dei principi etico-sociali affermati nell'articolo «*può assumere modalità e misure in ordine alle quali il legislatore ha un'ampia e libera facoltà di scelta*»<sup>11</sup>.

Ciò posto, la Corte costituzionale con la sent. 27 luglio 2000, n. 376 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, 2° comma, lett. d) del d.lgs. n. 286/1998 nella parte in cui non estendeva il rilascio del permesso di soggiorno e il divieto di espulsione anche al padre straniero del nascituro, purché coniugato e convivente della donna in gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

<sup>7</sup> Cfr. nota sub 1.

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost. n. 445/2002: «Sono costituzionalmente illegittimi gli articoli 7, numero 3, della legge 29 gennaio 1942, n. 64 e 2, comma 2, del decreto legislativo 31 gennaio 2000, n. 24 i quali, stabilendo il celibato o nubilato o la vedovanza come requisiti per il reclutamento o l'ammissione ai corsi regolari di accademie, istituti e scuole della Guardia di finanza, violano il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza agli uffici pubblici (art. 51, terzo comma, della Costituzione), incidendo altresì indebitamente, in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio (di cui agli articoli 2 e 29 della Costituzione ed, espressamente, articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; nonché, oggi, anche articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000) o sul diritto a non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato nell'articolo 12 della Dichiarazione universale e nell'articolo 12 della Convenzione europea; e vedi, oggi, anche l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) (...)».

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost. n. 121/1974: «Dall'intima complementarietà e coerenza che si riscontra nella normativa dell'art. 30 Cost. – espressa nei suoi commi maggiormente significativi – si desume che il costituente ha voluto attribuire il diritto al mantenimento, alla educazione e alla istruzione ai figli naturali che (non riconosciuti o non legittimati) possono, secondo la legislazione vigente, giuridicamente ed a tutti i consentiti fini provare la paternità o la maternità. Pertanto l'art. 279 cod. civ. è illegittimo nella parte in cui al figlio adulterino, nelle tre ipotesi dello stesso articolo, non riconosce, in aggiunta al diritto agli alimenti, quello al mantenimento, alla istruzione ed educazione. Al tempo stesso, tuttavia, proprio per l'esigenza di armonico coordinamento tra loro dei vari commi dell'art. 30 della Costituzione, in concreto non può non rilevare la tutela degli interessi facenti capo ai membri della famiglia legittima e costituzionalmente tutelati, tra i quali quello inerente al rispetto della personalità (art. 30, comma terzo, e art. 2 della Costituzione). Cfr.: sent. n. 118 del 1973».

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost. n. 363/1988: «La tutela garantita ai figli naturali dall'art. 30, comma terzo, Cost., è circoscritta al rapporto con il genitore la cui paternità o maternità è stata riconosciuta o dichiarata, salvo riflettersi sui rapporti tra i più figli naturali del medesimo genitore, in guisa da qualificarli giuridicamente fratelli. L'ingresso del figlio naturale nella famiglia di origine del genitore, per effetto del riconoscimento, non è invece assicurato dalla suddetta norma costituzionale, costituendo, bensì, questione di politica legislativa rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore».

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost. n. 81/1966.

#### 4. Famiglia e prospettiva europea

Ci è parso di fondamentale importanza esaminare la normativa europea, al fine di individuare all'interno di tale legislazione le norme che possono essere fatte valere ai fini di un riconoscimento della famiglia di fatto, ovvero delle unioni civili.

La **Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU)**, firmata a Roma il 4 novembre del 1950 e ratificata in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848, è la fonte internazionale di maggior impatto sul diritto di famiglia italiano. In particolare, si rivela di fondamentale importanza l'**art. 8 della CEDU**<sup>12</sup> che garantisce il rispetto della vita privata e familiare. Gli organi di Strasburgo riconoscono la possibilità per gli Stati contraenti di accordare una tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale; pertanto, sinora, non sono mai state reputate contrarie agli artt. 8 e 14 CEDU<sup>13</sup> le normative nazionali che non equiparassero alle coppie coniugate le coppie eterosessuali di fatto per il godimento di benefici previdenziali<sup>14</sup>, del diritto di abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia<sup>15</sup> e della pensione di reversibilità<sup>16</sup>.

In riferimento al "diritto di formare una famiglia" previsto dall'**art. 12 della CEDU**<sup>17</sup>, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – che si rifà esclusivamente all'esistenza di un vincolo coniugale regolato dalle norme interne di ciascuno Stato membro (in ossequio al «*principio di nazionalità del diritto familiare e matrimoniale*», art. 9 CEDU) – è apparsa invece statica con la conseguenza che tale diritto non ha un rilievo autonomo e non è quindi riconosciuto ai membri di unioni non matrimoniali. L'art. 12 della CEDU copre azioni puntuali: l'atto di sposarsi; l'atto di avere o di adottare un figlio. L'art. 8 della CEDU copre, invece, uno stato continuativo inglobando i legami relazionali che risultano da queste azioni puntuali. L'art. 12 si applica alla famiglia legittima fondata sul matrimonio; non tutela perciò le relazioni extracongiugali, non estende gli effetti del matrimonio alle coppie non sposate, non protegge il diritto di avere figli al di fuori del matrimonio. Queste tipologie di relazione ricadono nella protezione della vita familiare di cui all'art. 8. Il diritto di ogni persona di contrarre matrimonio sancito dal succitato art. 12 della CEDU è proclamato anche dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948<sup>18</sup> sancisce il diritto e dall'art. 9 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. art. 8 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>13</sup> Cfr. art. 14 CEDU: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

<sup>14</sup> Cfr. CEDU, G.A.B. c. Spagna, 30 agosto 1993; 4 marzo 1998, *Quintina Zapata*.

<sup>15</sup> CEDU, *Saucedo Gómez c. Spagna*, 26 gennaio 1999.

<sup>16</sup> CEDU, GC, *Serife Yigit c. Turchia*, 2 novembre 2010.

<sup>17</sup> Cfr. art. 12 CEDU: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

<sup>18</sup> Cfr. art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948 «1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento.

2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.

3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato».

<sup>19</sup> Cfr. art. 9 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

Il **Reg. comunitario n. 2201, 27 novembre 2003** non intende entrare nelle discipline dei diversi Stati sul divorzio, sulla separazione e l'annullamento del matrimonio ma solo evitare i conflitti di competenza fra gli Stati in queste materie. Tuttora, infatti, il diritto comunitario continua a considerare la materia familiare riservata di competenza degli Stati membri e ci si limita ad auspicare una progressiva armonizzazione delle diverse legislazioni. Il diritto di famiglia non è stato direttamente toccato dal generale processo di c.d. "comunitarizzazione" del diritto privato, tuttavia interventi diretti, in settori di competenza comunitaria formalmente estranei al diritto di famiglia, contribuiscono a plasmare un diritto comunitario della famiglia, che va tenuto in considerazione sia *de iure condito* dagli Stati membri, sia *de iure condendo* dal legislatore comunitario.

Il 21 giugno 2012 è entrato in vigore il nuovo Regolamento, **Reg. CE n. 1259/2010**, il quale ha provveduto all'istituzione di un quadro giuridico in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale negli Stati membri partecipanti il cui obiettivo è garantire ai cittadini soluzioni adeguate per quanto concerne la certezza del diritto, la prevedibilità e la flessibilità e impedire le situazioni in cui un coniuge domanda il divorzio prima dell'altro per assicurarsi che il procedimento sia regolato da una legge che ritiene più favorevole alla tutela dei suoi interessi. Il Regolamento si applica, in presenza di un conflitto di leggi, al divorzio e alla separazione personale. Non si applica, tuttavia, alle materie della capacità giuridica delle persone fisiche; l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio; l'annullamento di un matrimonio; il nome dei coniugi; gli effetti patrimoniali del matrimonio; la responsabilità genitoriale; le obbligazioni alimentari; i trust o le successioni, anche laddove esse si presentano come questioni preliminari nell'ambito di un procedimento di divorzio o separazione personale.

La **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** (approvata a Nizza nel dicembre 2000) sancisce il diritto al rispetto della vita familiare e privata all'art. 7, il diritto di contrarre matrimonio e fondare una famiglia all'art. 9<sup>20</sup>, il divieto di discriminazioni anche in riferimento alle tendenze sessuali all'art. 21, i diritti del bambino all'art. 24, il diritto dei genitori di educare i figli secondo i propri convincimenti religiosi e i diritti degli anziani all'art. 25, mentre all'art. 33 si garantisce la protezione delle famiglie sul piano giuridico, economico e sociale. Pur essendo per larghi tratti modellata sulle corrispondenti disposizioni della CEDU, la Carta di Nizza ha comunque introdotto alcune innovazioni che la distinguono anche dai più importanti documenti internazionali precedenti: nell'art. 9<sup>21</sup> è scomparso il riferimento (previsto dall'art. 12 CEDU) a "uomini e donne" così da coprire i casi nei quali le legislazioni nazionali riconoscono vie diverse del matrimonio per fondare una famiglia. Il **Trattato di Lisbona** firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009 ha attribuito personalità giuridica alla Carta dei Diritti fondamentali e l'ha inclusa al Trattato sotto forma di allegato conferendole carattere giuridicamente vincolante all'interno dell'UE<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. nota *sub* 23.

<sup>21</sup> Cfr. nota *sub* 23.

<sup>22</sup> Un altro documento sovranazionale è il Reg. UE n. 1347/2000, entrato in vigore il 1° marzo 2001, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli, che completa le norme previste dalla l. n. 218/1995 sul diritto internazionale privato e processuale.

Nel quadro della normativa comunitaria vi sono diverse Raccomandazioni e Risoluzioni: quella sui diritti del minore (8 luglio 1992), sulla sottrazione dei figli (9 marzo 1993), sulla corresponsabilità dei genitori (29 ottobre 1993), sulla tutela dei minori (12 dicembre 1996), sulla mediazione familiare (21 gennaio 1998), sulla protezione della famiglia e dell'infanzia (n. 4/1999).

Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra uomini e donne.

## 5. Famiglia ed interventi legislativi dagli anni '70 fino ad oggi

Dagli anni '70 ad oggi si sono susseguiti numerosi interventi legislativi, che si sono affiancati alla disciplina della famiglia nella Costituzione e nel codice civile e che hanno contribuito a trasformare gli istituti della famiglia legittima tradizionale<sup>23</sup>.

Con tali interventi è evidente il lento ma progressivo passaggio da una visione della famiglia istituzione ad una visione meno istituzionalizzata, come una comunità di persone singole portatrici di singole posizioni di diritto.

## 6. Convivenza *more uxorio* e famiglia di fatto

Negli ultimi anni a fianco della famiglia legittima, si è sempre di più imposto un tipo di famiglia non legata dal vincolo matrimoniale ma organizzata sul modello tradizionale, all'interno della quale vigono gli stessi principi di stabilità e solidarietà che si ritrovano nella famiglia legittima<sup>24</sup>. Attualmente nessun riconoscimento giuridico vi è della famiglia di fatto e/o della convivenza *more uxorio*, ma esistono numerosi interventi legislativi in cui sono le sono attribuiti effetti giuridici alla convivenza.

Di seguito un elenco dei più significativi in **ambito civile**:

1. d.l. 27 ottobre 1918, n. 1726: è possibile ottenere la corresponsione della pensione di guerra, in presenza di specifici requisiti, per la vedova, la promessa sposa, la convivente *more uxorio*;
2. art. 6, l. 13 marzo 1958, n. 356: è riconosciuta assistenza, per i figli naturali non riconosciuti dal padre caduto in guerra, quando questo e la madre abbiano convissuto "more uxorio" nel periodo del concepimento;
3. art. 2, d.p.r. 31 gennaio 1958, n. 136: considera famiglia anagrafica non solo quella fondata sul matrimonio e legata da rapporti di parentela, affinità, affiliazione ed adozione ma, ogni altro nucleo che si fonda su legami affettivi, caratterizzato dalla convivenza e dalla comunione di tutto o parte del reddito dei componenti per soddisfare le esigenze comuni;
4. art. 1, l. n. 405/1975 (istitutiva dei consultori familiari): ricomprende tra gli aventi diritto alle prestazioni assistenziali anche le "coppie";
5. art. 30, l. n. 354/1975 (Riforma dell'ordinamento penitenziario): attribuisce un permesso al condannato, in caso di imminente pericolo di vita di un familiare, indicando anche il convivente;
6. art. 5, l. n. 194/1978 (interruzione di gravidanza); permette la partecipazione al procedimento di chi è indicato "padre del concepito";
7. art. 44, l. n. 184/1983; permette in alcuni casi, l'adozione a chi non è coniugato;
8. art. 17, l. n. 179/1992; permette la sostituzione al socio assegnatario defunto del convivente, purché documenti lo stato di convivenza da almeno due anni prima del decesso;
9. in materia di donazione di organi (art. 6, 4° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184, sostituito 28 marzo 2001, n. 149);

---

<sup>23</sup> Si pensi alla legge sui consultori familiari n. 405/1974, alla l. divorzio n. 898/1970, alla legge di riforma del diritto di famiglia n. 151/1975, alla legge sull'affidamento condiviso n. 54/2006.

<sup>24</sup> La convivenza *more uxorio* può altresì essere definita come un'unione fondata sulla comunione di vita spirituale e materiale fra due persone, non fondata sul matrimonio caratterizzata dalla stabilità della convivenza che trova riconoscimento negli artt. 2 e 3 della Cost.

10. requisito per l'adozione: 3 anni di convivenza (consente l'adozione ai coniugi che abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di 3 anni);
11. artt. 342 *bis*-342 *ter* c.c. sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari;
12. l. 9 gennaio 2004, n. 6 sull'amministrazione di sostegno;
13. artt. 417 c.c. e 408 c.c. in cui è stata introdotta la "persona stabilmente convivente" accanto al coniuge, tra i soggetti legittimati a proporre istanza di interdizione e inabilitazione e amministrazione di sostegno, e ciò riguarda anche la "scelta" della persona che può ricoprire tale incarico;
14. possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi.

Anche in **ambito penale** vi sono alcune situazioni giuridiche significative che riconoscono effetti giuridici importanti anche al convivente. Di seguito l'elencazione delle più significative:

1. art. 572 c.p.: maltrattamenti in famiglia, applicabile alla persona che tenga una tale condotta anche nei confronti della convivente, mentre tra i conviventi non è previsto il reato di violazione degli obblighi familiari;
2. art. 61 e 11 c.p.: aggravante del reato per aver commesso il fatto con l'"abuso di relazione domestica" (Cass. pen., 26 giugno 1961; Cass. pen., 20 febbraio 1986);
3. artt. 199 e 681 c.p.p. e 249 c.p.c. che estendono la facoltà di astenersi dal deporre come testimone anche per chi convive o abbia convissuto con il medesimo e la facoltà in capo al convivente di domandare la grazia al Presidente della Repubblica;
4. l. n. 66/1966 sulla violenza sessuale: attribuisce rilevanza alle relazioni di convivenza sia al fine di qualificare come "presunta" la violenza compiuta ai danni di un minore (art. 609 *quater* c.p.), sia al fine della procedibilità d'ufficio (art. 609 *septies* c.p.);
5. astensione dalla testimonianza per chi «*pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso*» (art. 199, 3° comma, lett. A), c.p.p.);
6. riferibilità anche al convivente dell'esimente riconosciuta ai prossimi congiunti dagli artt. 307 e 384, 1° comma, c.p. quando abbiano compiuto alcuni reati, tra cui il favoreggiamento personale costretti dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento della libertà e dell'onore.

## 7. Le coppie formate da persone dello stesso sesso<sup>25</sup>

Un profilo particolare della problematica relativa alle coppie di fatto è quello delle unioni omosessuali. La Corte costituzionale ha chiarito che nella formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso e che le persone omosessuali godono del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i diritti e doveri; tale compito spetta al Parlamento<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sull'argomento si segnala un'importante ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 che ha accolto il ricorso di un cittadino uruguayano contro il provvedimento dell'amministrazione italiana con cui si nega il riconoscimento del diritto di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007; il cittadino uruguayano ha contratto matrimonio in Spagna con un cittadino italiano stesso e, ai soli fini del diritto di libera circolazione di cui alla Direttiva 2004/38/CE è stato considerato coniuge.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost. n. 138/2010 secondo cui: «È inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., impugnati, in relazione agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. I rimettenti



Ed ancora, la Corte di Cassazione, nel giudicare un ricorso presentato da una coppia omosessuale italiana sposatasi in Olanda ha stabilito con la sent. n. 4184/2012 che il matrimonio tra persone dello stesso sesso, contratto in un Paese estero non è valido in Italia; tali soggetti non possono far valere il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio celebrato all'estero. Ma si ribadisce, tuttavia, che le coppie omosessuali, come quelle eterosessuali, hanno il diritto alla vita alla vita familiare e a vivere liberamente una condizione di coppia e ad avere un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata. Sussiste, infatti, in Italia un problema di trascrivibilità del matrimonio omosessuale regolarmente celebrato all'estero: in un recente caso, l'Ufficiale di Stato Civile del Comune competente ha ritenuto l'annotazione contraria all'ordine pubblico internazionale, rifiutando pertanto di procedere. La decisione è stata confermata dalla giurisprudenza<sup>27</sup> (App. Roma 13 luglio 2007). A norma dell'art. 8 della CEDU la relazione di fatto tra partner dello stesso sesso era qualificabile come "vita privata"; recentemente la Corte di Strasburgo, invece, ha ritenuto che la relazione di fatto tra omosessuali conviventi costituisca "vita familiare"<sup>28</sup>.

## 8. Punti critici di discussione

La discussione nel gruppo si è incentrata sulle problematiche della famiglia di fatto e del matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte cost. n. 138/2010 e Cass. n. 4184/2012. Ci si è interrogati sulla necessità o meno di introdurre i diritti-doveri del matrimonio (artt. 143-146 c.c.) anche nelle unioni di fatto: se vi debbano essere delle differenze o meno tra i due istituti.

Si è anche detto che i progetti attualmente proposti in Parlamento presentano il rischio di riconoscere un tipo di famiglia di serie B.

L'assenza di norme sulle unioni di fatto nasce – secondo alcuni – dal rischio di riconoscere le unioni omosessuali; in altre parole, disciplinare le unioni di fatto significherebbe aprire l'ordinamento al riconoscimento delle coppie omosessuali e questo tema in Italia è ancora un tabù.

Si è detto che in Italia il problema è essenzialmente politico e quindi per arrivare a legiferare in questa materia, sarebbe più opportuno partire non dal riconoscimento astratto delle unioni di fatto, ma dal più semplice principio di uguaglianza: la famiglia, comunque costituita, è un valore e se è un valore non vi devono essere discriminazioni riguardo a situazioni essenzialmente identiche.

Del resto, come abbiamo visto, l'art. 9 della Carta di Nizza riconosce il diritto a tutti i cittadini europei di sposarsi e di formare una famiglia, nessuna legislazione nazionale deve frapporre

---

*hanno, infatti, richiesto una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata, poiché l'art. 2 Cost. non impone di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata, estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile per colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale. Sebbene nella nozione di formazione sociale di cui al menzionato parametro sia da annoverare anche l'unione omosessuale, spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, restando riservata alla Corte, attraverso il controllo di ragionevolezza, la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni, per le quali può riscontrarsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., vengono in rilievo, quali norme interposte, per il principio di specialità, gli artt. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali non impongono la piena equiparazione delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali tra uomo e donna, poiché il rinvio alle leggi nazionali conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».*

<sup>27</sup> Cfr. App. Roma 13 luglio 2007.

<sup>28</sup> Cfr. CEDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

ostacoli a ciò che è già stato riconosciuto nello spazio giuridico Europa, avendo l'Italia ratificato il Trattato di Lisbona.

Attualmente, considerato che non vi è una legge che regola le unioni di fatto, le persone possono stipulare delle convenzioni patrimoniali.

Si è anche sottolineato che esistono in vari Comuni italiani le cc.dd. unioni registrate (il nome è poi diverso da Comune a Comune) che evidentemente sono istituti diversi dai patti di convivenza sull'esempio francese, ma che attualmente sembrano essere l'unica via per il riconoscimento di alcuni diritti delle singole persone, perlomeno rispetto ai servizi messi a disposizione dai Comuni alle famiglie, e quindi anche alle unioni registrate.

Si è anche detto che oggi in Italia vi è un'urgente esigenza di tutelare le unioni omosessuali, posto che le persone eterosessuali possono scegliere di sposarsi o meno, accettando o rifiutando il quadro di tutela offerto dal codice civile alle coppie coniugate.

È stato anche evidenziato che una delle problematiche maggiori che blocca il riconoscimento delle unioni di fatto è legato al problema successorio e che è, quindi, urgente modificare sul punto il codice civile.

Si è inoltre evidenziata la necessità che una legge organica sulle unioni di fatto tuteli la parte debole del rapporto, che ancora oggi – a dispetto della parità proclamata – è ancora la donna.

Infine, una sola voce si è espressa contro la presentazione di una legge organica sulle unioni di fatto argomentando che già la Costituzione e il codice civile comprendono la tutela dei diritti delle persone e che è necessario di volta in volta interpretare le norme, adeguandole alla mutata realtà sociale.

## 9. Cenni alla situazione europea

La necessità di provvedere ad una legge organica in materia di unioni civili nasce dall'esigenza di rimuovere ogni ostacolo al riconoscimento anche in Italia del diritto delle singole persone a vedere riconosciuto il diritto fondamentale al "rispetto della vita privata e familiare" ratificato nel Trattato di Lisbona che ha recepito la Carta di Nizza.

L'Italia, rispetto alla maggioranza dei Paesi europei, non ha alcuna regolamentazione delle unioni di fatto, né ovviamente – perché materia ancora sensibilissima – alcun riconoscimento dei "matrimoni" tra persone dello stesso sesso.

In alcuni Paesi europei, la situazione è la seguente:

- la *Francia* fin dal 1999 ha approvato la legge sui Pacs (Patto Civile di Solidarietà)<sup>29</sup>;
- la *Germania* dal 2001 riconosce l'unione di fatto anche tra omosessuali, con una dichiarazione davanti all'Ufficiale di Stato del Comune<sup>30</sup>;
- l'*Olanda* dal 1998 ha riconosciuto le unioni di fatto<sup>31</sup> e dal 2001 il matrimonio tra omosessuali<sup>32</sup>;
- in *Belgio* dal 2003 esiste un'unica legge sui matrimoni etero e omosessuali<sup>33</sup>;
- in *Spagna* dal 2005 è stata approvata la legge sui matrimoni omosessuali<sup>34</sup>;

<sup>29</sup> L. 15 novembre 1999, n. 99-944.

<sup>30</sup> L. del 16 febbraio 2001, in vigore dal 1° agosto successivo.

<sup>31</sup> L. 5 luglio 1997, in vigore dal 1° gennaio 1998.

<sup>32</sup> L. 21 dicembre 2000, in vigore dal 10 giugno 2001.

<sup>33</sup> L. 13 febbraio 2003 in vigore dal 10 giugno successivo.

<sup>34</sup> L. 1° luglio 2005, n. 13 entrata in vigore il 3 luglio.

- in *Portogallo* il matrimonio omosessuale è entrato in vigore nel 2010<sup>35</sup>;
- in *Islanda* dal 2010 è stato riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio anche per gli omosessuali<sup>36</sup>;
- in *Gran Bretagna* nel dicembre del 2005 è entrato in vigore il “Civil Partnership Act”.

Dall’analisi della situazione europea si può concludere che in quei Paesi dove esiste una legge che regolamenta le unioni civili è sentita meno l’esigenza di un riconoscimento del matrimonio omosessuale, mentre viceversa dove vi è stato direttamente il riconoscimento del matrimonio omosessuale, è sentita meno l’esigenza di proporre una legge sulle unioni di fatto.

Oggi in Italia sembra percorribile l’approvazione di una normativa sulle unioni civili e l’AIAF ha cercato con la proposta che segue di portare il proprio contributo.

## 10. Proposta emersa dal gruppo di lavoro, di regolamentazione delle unioni di fatto

A conclusione dei lavori, in collaborazione con il Cons. Dott. Piero De Marzo, abbiamo rielaborato una proposta di regolamentazione delle unioni di fatto predisposta dall’AIAF Veneto nel 2010<sup>37</sup>.

La proposta, che modifica il codice civile introducendo un nuovo Titolo – il VI *bis* e quindi nuovi artt. dal 230 *ter* al 230 *decies* –, parte dal riconoscimento che l’unione di fatto è già riconosciuta nella Costituzione e si rivolge a due persone indipendentemente dal sesso.

La procedura è molto semplificata, poiché l’unione civile viene registrata presso un registro istituito in ogni Comune, con una dichiarazione congiunta davanti all’Ufficiale di Stato civile che provvede alle annotazioni.

Si prevede anche opportunamente la possibilità di proporre reclamo all’autorità giudiziaria in caso di grave e fondato dubbio sull’opera dell’Ufficiale di Stato civile.

Il contenuto dei diritti dell’unione civile è regolato nell’art. 230 *septies* c.c.

Dall’unione civile così contratta le parti “acquistano gli stessi diritti e gli stessi doveri” e dall’unione deriva l’obbligo di assistenza e collaborazione spirituale e materiale.

È regolato il diritto alla contribuzione economica da parte di entrambi e il diritto di accesso, visita e cura nelle strutture mediche pubbliche e private.

Gli artt. 230 *novies* e *decies* disciplinano i vari casi della cessazione dell’unione civile sia in caso di accordo sia in caso di disaccordo.

In tale ultimo caso è il giudice che provvede su istanza di una delle parti.

Infine, sono indicate le altre modifiche necessarie al codice di procedura civile e al codice civile.

---

<sup>35</sup> In data 8 gennaio 2010 è stata approvata la proposta di legge, firmata dal Presidente della Repubblica in data 17 maggio 2010.

<sup>36</sup> L. 27 giugno 2010.

<sup>37</sup> Si segnalano le altre proposte di legge più significative in materia di unioni di fatto: la proposta sui “DICO” (“Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”), sui “CUS” (“Contratti di unione solidale”) e sui “DIDORE” (“Diritti e doveri di reciprocità dei conviventi”). Recentemente, è stata elaborata dalla Commissione per i diritti civili del PD, guidata da Rosy Bindi, una proposta che propone di regolamentare le unioni civili, sia omo che etero, escludendo però l’estensione del matrimonio a coppie formate da persone dello stesso sesso. La deputata del Pd Paola Concia ha depositato presso la Camera tre proposte di legge per disciplinare, con diversi istituti giuridici, le unioni tra persone dello stesso sesso, una sul modello dei Pacs francesi, un’altra sul modello della *partnership* registrata sul modello inglese ed un’altra che estende il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso (Proposta di l. n. 1630 presentata l’8 agosto 2008 sulle “Modifiche al codice di procedura civile in materia di eguaglianza nell’accesso al matrimonio”).

## I REGIMI PATRIMONIALI E GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI E MATRIMONIALI, NEL CONTESTO EUROPEO E NAZIONALE<sup>1</sup>

**Milena Pini**

*Avvocato del Foro di Milano, Presidente AIAF*

**Marina Blasi**

*Avvocato del Foro di Roma, componente del Direttivo nazionale AIAF*

Il gruppo di lavoro sul tema degli accordi prematrimoniali e sui regimi patrimoniali dei coniugi ha lavorato a lungo, nei mesi precedenti l'Assemblea, esaminando sia la legislazione di altri Paesi europei<sup>2</sup>, che le proposte di Regolamento UE<sup>3</sup> e le proposte di legge nazionale sinora presentate<sup>4</sup>. Il dibattito su tali argomenti si è sviluppato sia nel gruppo di lavoro che in sede plenaria, con il contributo del Cons. Dott. Giacinto Bisogni, giudice della Corte di Cassazione, del Cons. Dott. Giacomo Oberto, giudice del Tribunale di Torino e del Prof. Avv. Enrico Al Mureden, Professore associato di Diritto privato presso l'Università di Bologna.

Sulla scelta del regime patrimoniale si sono ravvisati i noti elementi di insuccesso della comunione legale, con particolare riferimento alla comunione de residuo, sottolineandosi la necessità di una rigorosa indagine tra ciò che è residuo e ciò che non è residuo in quanto consumato, o anche non consumato ma trasferito.

La scelta maggioritaria della separazione dei beni rende peraltro problematico effettuare una

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

<sup>2</sup> V. M. BLASI, *Il regime patrimoniale dei coniugi in Europa. Verso un regolamento europeo*, in *Rivista AIAF*, n. 2, 2011; v. anche G. OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, pp. 367-400 e in *La Voce del Foro*, n. 1-2, 2010, pp. 7-42; G. OBERTO, *Il futuro europeo del diritto patrimoniale della famiglia*, 2012, e *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, 2011, in <http://giacomooberto.com/>; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 543 ss.; E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007; E. AL MUREDEN, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 211-232, e *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse della famiglia tra legge e autonomia privata*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 983-1030.

<sup>3</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (16 marzo 2011-COM(2011) 126 final 2011/0059 (CNS); Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships (16 marzo 2011-COM(2011) 127 final-2011/0060 (CNS); Accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquets, firmato il 4 febbraio 2010.

<sup>4</sup> DDL S 2629 "Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali", d'iniziativa dei Senatori Filippi, Garavaglia, Mazzatorta (18 marzo 2011); proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nell'ottobre 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino; proposta sugli accordi matrimoniali e prematrimoniali elaborata dall'Associazione A.M.I.

pari divisione dei beni acquistati e dei risparmi accumulati durante il matrimonio, con l'apporto, anche se effettuato con modalità diverse, di entrambi i coniugi.

È stato messo in luce che «nel nostro Paese all'affermata parità formale tra i coniugi, sul piano giuridico, ed all'accesso delle donne al mercato del lavoro, non corrisponde il raggiungimento di un'effettiva parità all'interno della famiglia. Così i "costi" che la cura della famiglia comporta, soprattutto in termini di perdita di energie dedicate all'attività professionale o formativa gravano ancora per la maggior parte sulle donne, tanto che si riscontra un rapporto di proporzionalità inversa tra il numero di figli e il tasso di occupazione femminile a tempo pieno o di lavoro part-time. Ne deriva l'esigenza che le norme che disciplinano gli effetti patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio costituiscano un efficace contrappeso rispetto alle conseguenze negative che si ricollegano ad una divisione asimmetrica del lavoro domestico nella famiglia e che proprio nel momento della rottura del matrimonio possono manifestarsi in senso negativo. Se così non fosse, l'attuazione del principio costituzionale dell'eguaglianza tra i coniugi risulterebbe gravemente compromessa e si darebbe vita ad una situazione quasi paradossale in quanto gli strumenti che dovrebbero controbilanciare una divisione asimmetrica dei pesi della famiglia assisterebbero il coniuge debole in un momento (la fase fisiologica) nel quale normalmente la comunione di vita rende l'esigenza di tutela superflua, per poi abbandonarlo proprio quando gli effetti negativi connessi alla prolungata dedizione alla cura della famiglia si possono manifestare – e generalmente si manifestano – con maggiore asprezza. Ne consegue la necessità di operare una equa divisione delle risorse ed eliminare o quantomeno ridurre le più forti disuguaglianze tra i coniugi, nella consapevolezza della necessità di organizzare la vita della famiglia dopo la cessazione della convivenza matrimoniale»<sup>5</sup>.

La legislazione del Belgio, della Germania e della Francia e l'Accordo franco-tedesco (firmato il 4 febbraio 2010), che prevedono un regime matrimoniale di partecipazione agli acquisti, anche nel caso di separazione dei beni, sembra condivisibile e consentirebbe di garantire ai coniugi una effettiva parità patrimoniale.

Secondo il regime della "partecipazione agli acquisti", i beni personali di ciascun coniuge sono costituiti da:

- i beni acquistati o ricevuti in donazione e per successione prima del matrimonio;
- i beni ricevuti in donazione e per successione durante il matrimonio;
- i beni acquistati "in proprio" durante il matrimonio.

Durante il matrimonio, questo regime è simile a quello della separazione dei beni. La differenza risiede nella ripartizione del patrimonio al momento della separazione, del divorzio o della morte di un coniuge.

La divisione avviene calcolando in primo luogo la differenza tra il valore dei beni propri al momento del matrimonio e quello al momento della separazione, del divorzio o della morte di un coniuge. Questa differenza di valore costituisce "l'acquisto". Si sommano quindi gli "acquisti" dei due coniugi per calcolare l'accrescimento della ricchezza della coppia durante il matrimonio e si divide al 50% tra i due coniugi questo "accrescimento di ricchezza".

In Svizzera il regime di "partecipazione agli acquisti" è il regime patrimoniale legale (artt. 196-220 c.c. Si tratta, in sostanza, di un regime di separazione dei beni con una divisione finale degli utili netti con riguardo ai beni acquisiti. La divisione degli utili viene effettuata al momento dello scioglimento del regime attraverso una serie di operazioni contabili, valutazioni, compensazioni (ad esempio vi rientrano anche i beni alienati con atti di liberalità nei cinque anni prima

---

<sup>5</sup> E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., p. 16 ss.

della cessazione della comunione), ecc. che determinano il sorgere di un diritto di credito a favore di uno dei coniugi (artt. 204-219 c.c.). Tale ripartizione avviene in parti uguali salvo diversa pattuizione. Sia gli acquisti che le rendite dei beni personali vanno divisi. Non vanno divisi gli incrementi normali di valore dei beni personali che, pertanto, vanno a profitto degli stessi.

Vanno, invece, divisi gli incrementi straordinari derivanti dalla attività svolta da uno dei coniugi.

È importante rilevare che tale regime è caratterizzato dal fatto che tra i coniugi non si crea una comunione reale dei beni acquistati (nel senso che gli acquisti non cadono in comproprietà) ma, più semplicemente, sorge a favore dei coniugi un diritto di credito al momento dello scioglimento del regime, che non incide minimamente sulla proprietà dei beni.

Il gruppo di lavoro ha anche sottolineato l'esigenza di prevedere una maggiore protezione della casa familiare, come oggi già avviene in Belgio (art. 215 c.c.) e in Svizzera (art. 169 c.c.). Un coniuge da solo non può risolvere il contratto di affitto o alienare o ipotecare la casa o l'appartamento destinato a residenza familiare, né limitare con altri atti i diritti sulla casa familiare, ma è necessario il consenso di entrambi. In caso di impossibilità ad ottenere il consenso dell'altro coniuge o di suo rifiuto, si potrà chiedere l'autorizzazione del giudice.

Quanto agli accordi prematrimoniali, si è rilevata l'esigenza che si pervenga al più presto ad una normativa che consenta la più ampia libertà negoziale ai coniugi per quanto riguarda i loro rapporti patrimoniali ed economici, sia durante il matrimonio che in vista della loro separazione o divorzio.

Esaminate anche le proposte di legge sinora avanzate, il gruppo di lavoro ha ritenuto che la proposta del Notariato corrisponda maggiormente alle esigenze di integrazioni codicistiche e normative.

Si è però posta la questione relativa alla necessità di un vaglio da parte del giudice (vaglio del giudice che è invece indicato nella proposta dell'AMI, in cui addirittura si indica il termine di "ratifica"! ) che si presterebbe ad interventi anche incisivi da parte dello stesso sull'accordo prematrimoniale, e dovrebbe pertanto in qualche modo essere limitato.

È comunque emersa l'esigenza di conferire efficacia esecutiva a detti accordi, ed in tal senso ammettendosi il vaglio del Giudice si perderebbe l'effetto deflattivo. Bisogna quindi prendere in considerazione lo strumento della scrittura privata e/o dell'atto pubblico. Nell'ottica delle proposte AIAF, che mirano ad una liberalizzazione della professione dell'avvocato specializzato, dovrebbe farsi rientrare la possibilità per l'avvocato specializzato (in luogo del notaio con l'atto pubblico) di partecipare alla formazione di una scrittura privata autenticata. Dovrebbe trattarsi di un avvocato che abbia determinati requisiti, ad esempio 6 anni di iscrizione all'albo, e la specializzazione.

I punti di criticità sollevati a tal proposito riguardano la terzietà del notaio, quale pubblico ufficiale contrapposto alla natura di difensore di una parte dell'avvocato. Questi problemi possono essere superati prevedendo che ciascun coniuge sia assistito da un suo legale di fiducia.

Il progetto notarile prevede la trascrizione ed in tal senso non sussisterebbe ostacolo alcuno alla trascrizione della scrittura privata, redatta con l'assistenza di due legali, in luogo dell'atto pubblico.

Quanto al contenuto degli accordi prematrimoniali si è posta la questione della molteplicità di variabili che possono influire sulla vita della famiglia, non tutte prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto prematrimoniale, e che quindi ne impedirebbero la formazione. La previsione dell'assistenza dei due legali consentirebbe tuttavia di inserire nel contratto le clausole necessarie nel caso di sopravvenienza di tali variabili.

**Accordi prematrimoniali e matrimoniali. La proposta dell'AIAF (che recepisce parzialmente la proposta del Notariato). Le integrazioni alle norme sono indicate in corsivo e neretto.**

**Codice Civile**  
**Libro Primo**  
**Delle persone e della famiglia**

**Art. 156. – Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi**

Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.

***Il giudice deve comunque tenere conto dell'eventuale accordo prematrimoniale di natura patrimoniale redatto ai sensi dell'art. 162-bis, e darne esecuzione.***

Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti.

Il giudice che pronuncia la separazione, ***in mancanza di un accordo prematrimoniale redatto ai sensi dell'art. 162 bis***, può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'articolo 155.

La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818.

In caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto.

Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti

**Capo VI**  
**Del regime patrimoniale della famiglia**  
**Sezione I**  
**Disposizioni generali**

**Art. 162. – Forma delle convenzioni matrimoniali**

Le convenzioni matrimoniali debbono essere ***redatte, sotto pena di nullità, per atto pubblico o per scrittura privata la cui sottoscrizione è autenticata da notaio o da avvocato abilitato al patrocinio da almeno sei anni e iscritto all'elenco degli avvocati specializzati in diritto di famiglia, dei minori e delle persone.***

La scelta del regime patrimoniale può anche essere dichiarata ***in un accordo prematrimoniale*** o nell'atto di celebrazione del matrimonio.

Le convenzioni matrimoniali non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto, il notaio rogante ***o l'avvocato che ha autenticato la sottoscrizione della scrittura privata*** e le generalità dei contraenti, ovvero la scelta di cui al secondo comma.

**Art. 162 bis – Accordi prematrimoniali**

***I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare, con la stessa forma prevista nell'art. 162, convenzioni volte a disciplinare i loro rapporti patrimoniali durante il matrimonio, o quelli dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.***

***Le convenzioni riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere preventivamente autorizzate dal Giudice.***

***In tali convenzioni un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 ter, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi.***

*Tali convenzioni possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, salvo il diritto agli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c. e segg. e salvo il disposto di cui all'art. 143 c.c. Nelle convenzioni un coniuge può anche trasferire all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'handicap.*

*Le parti possono stabilire un criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con la convenzione.*

*In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari.*

*Alla modificazione delle convenzioni di cui ai commi precedenti si procede con la stessa forma prevista al primo comma.*

*Le convenzioni di cui innanzi possono essere stipulate dai coniugi anche durante il matrimonio sino alla presentazione del ricorso di separazione personale.*

*Per l'opponibilità ai terzi delle convenzioni di cui sopra si applica l'ultimo comma dell'art. 162.*

#### **Art. 191. – Scioglimento della comunione**

*Nel caso di separazione personale, la comunione tra coniugi si scioglie nel momento in cui, in sede giudiziale il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, o alla data dell'emissione del decreto di omologazione dell'accordo di separazione consensuale.*

#### **Art. 194. – Divisione dei beni della comunione**

*La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo, salva diversa disposizione contenuta nell'accordo redatto ai sensi dell'art. 162 bis*

#### **L. 898/1970, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio**

##### **Art. 5, comma 6**

6. Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

*A tal fine il giudice deve tenere conto dei patti prematrimoniali eventualmente stipulati ai sensi dell'articolo 162-bis del codice civile e darne esecuzione.*

#### **Legge n. 74/1987**

##### **Art. 19**

1. Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti, **ivi comprese le convenzioni di cui all'art. 162 bis c.c.**, relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli articoli 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa.



## RESPONSABILITÀ GENITORIALE E CUSTODIA DEI FIGLI MINORI, NEI REGOLAMENTI UE E NELLA LEGGE NAZIONALE<sup>1</sup>

---

**Manuela Cecchi**

*Avvocato del Foro di Firenze, componente della Giunta esecutiva nazionale AIAF e Presidente AIAF Toscana*

**con il contributo degli Avv.ti Enrico Bet**

*(Foro di Genova)*

**Lorenza Cracco**

*(Foro di Padova),*

*componente del Direttivo nazionale AIAF*

---

**Sommario:** 1. Responsabilità genitoriale e bigenitorialità. – 2. Le norme comunitarie e il diritto europeo. – 3. L'affidamento dei figli. – 4. Il collocamento del minore nell'affido bigenitoriale.

Dalla riunione del gruppo in sede plenaria sono emerse sull'argomento le seguenti posizioni in merito ai temi della responsabilità genitoriale, dell'affidamento e del collocamento.

### 1. Responsabilità genitoriale e bigenitorialità

La prima riflessione emersa nel gruppo si è incentrata sulla famiglia, che è stata, con il trascorrere del tempo, oggetto di continui cambiamenti dovuti alle trasformazioni sociali e culturali susseguitesisi storicamente. La grande famiglia patriarcale ha lasciato il posto ad *un'altra famiglia* più contenuta, più basata sugli affetti, che è diventata per molti un'istituzione primaria e naturale: la famiglia nucleare, intendendosi come tale quella formata da una coppia eterosessuale, coniugata o convivente e con figli biologici.

Dalla metà degli anni '60 si sono poi verificate ulteriori trasformazioni, fino ad arrivare ai giorni nostri dove forme familiari non tradizionali arricchiscono la realtà sociale per la loro variabilità e complessità. Oggi la genitorialità sempre più spesso può non convergere con la coniugalità, la genitorialità biologica non necessariamente si riallaccia a quella socio-affettiva e i ruoli familiari non sono sempre determinati dai ruoli di genere.

---

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

Si è ribadita l'importanza della **nascita di un figlio**, che rappresenta un evento fondamentale per la vita di ogni essere umano; **diventare genitori** è, infatti, una tappa considerata fondamentale nell'acquisizione dello **status di adulto**, che implica una ridefinizione totale dell'identità personale. Giova ricordare che il termine **genitore** deriva dalla lingua latina (*gigno*, part. pass. *genitus*) ed è colui che è *stato generato e che a sua volta genera, e si fa dunque portatore di una trasmissione generazionale di umanità*.

I componenti del gruppo di lavoro hanno evidenziato e convenuto che, nella moderna evoluzione della cultura occidentale, il concetto di genitorialità si è modificato, ritenendosi "genitore" colui che esercita il **parenting**, cioè quell'insieme di comportamenti che attengono alle capacità di proteggere un figlio e sostenerne lo sviluppo. La **genitorialità**, pertanto, si identifica come capacità di espletare il ruolo di genitore, attraverso l'adozione di un comportamento finalizzato a nutrire, accudire, proteggere, dare affetto e sostegno, educare, promuovere l'autonomia e l'indipendenza della prole.

Si è messo poi in luce che diventare genitore non significa soltanto il concepimento di un bambino, ma la realizzare di un processo complesso che si sviluppa nel tempo. La nascita di un figlio non innesca automaticamente l'assunzione della responsabilità genitoriale, ma essa è il traguardo di un cammino non sempre semplice e lineare. Si è condivisa la concezione della genitorialità, così come riportata da un componente del gruppo, che la stessa è ben esplicitata nell'espressione inglese "*transition to parenthood*", che rappresenta, nella sua complessità, la transizione che i coniugi-compagni attuano nell'acquisizione dello *status* genitoriale. Diventare genitori implica un processo di riconoscimento del figlio come "*altro essere*" che va al di là delle attese narcisistiche che i genitori inevitabilmente proiettano sui figli: «*Voi (genitori) siete gli archi da cui i figli, come frecce vive, sono scoccate in avanti*»<sup>2</sup>.

Ciascun genitore, infatti, è tenuto a legittimare non solo sé stesso nel ruolo genitoriale, ma a riconoscere il proprio partner in quanto padre o madre dei propri figli. Questo processo è alla base della costituzione dell'alleanza che i genitori devono avere nei confronti dei figli e che dovrebbe essere mantenuta anche nel processo separativo dei genitori.

È stato evidenziato che due sono gli aspetti fondamentali nella cura responsabile della genitorialità: da una parte elementi di vicinanza, affetto, cura, tipici della funzione materna che garantisce al figlio *l'esserci* e, dall'altra, l'aspetto normativo, legato alla legge, al senso di giustizia e di equità riferibile alla funzione paterna che garantisce al figlio *il divenire*, aiutandolo anche, talune volte, a staccarsi dalla madre. Inoltre è fondamentale che nella coppia genitoriale siano presenti entrambe le risorse della cura (affetto e legge), poiché l'impovertimento dell'uno o dell'altra portano inevitabilmente a situazioni disfunzionali.

Rispetto al passato, nella società attuale la divisione dei ruoli genitoriali è molto meno rigida ed entrambe le funzioni risultano svolte, con modulazioni diverse, da entrambi i genitori. I ruoli non sono rigidamente connessi ai due sessi, ma si completano con interscambiabilità e complementarità facendo comunque attenzione al processo di identificazione e alla chiarezza dei confini e delle regole concordate tra i due genitori, tanto da affermare che si è passati dall'ormai desueto concetto di potestà genitoriale, legato ad una condizione più formale che di vita quotidiana, al più realistico concetto di *pari responsabilità dei genitori*, concentrando quindi l'attenzione più sui figli che sui poteri dei genitori.

La pari responsabilità genitoriale è un concetto, e ovviamente un modo di comportarsi, che non decade con la crisi della famiglia, in quanto è necessario mantenere e condividere tale responsabilità anche quando la famiglia unita va in crisi, non mutando la gestione delle funzioni

<sup>2</sup> K. GIBRAN, *Il Profeta: I figli*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2005.

paterna e materna, salvo la necessaria riorganizzazione, riscrittura della famiglia dopo la separazione.

Nel dibattito è stato inoltre evidenziato come, con il passare degli anni, sia cambiato il concetto di genitorialità – e di potestà –, mutamenti determinati dalla riforma del diritto di famiglia nazionale del 1975, con il passaggio dalla patria potestà alla potestà genitoriale, e dai Regolamenti UE, dove il concetto di potestà è stato sostituito con quello di responsabilità parentale o genitoriale. Così il *dovere di essere genitore* ha sostituito il *potere dei genitori* sui figli.

Nel confronto all'interno del gruppo di lavoro si è sostenuto da parte di alcuni che il termine potestà sia contenuto in quello di responsabilità, ma infine si è convenuto che responsabilità parentale e potestà genitoriale sono concetti diversi e che la responsabilità parentale significhi che «*i genitori sono chiamati ad essere adulti e a valere come esempi positivi e propositivi, di identificazione, per i propri figli. Si tratta quindi di abbandonare comportamenti arbitrari e dittatoriali, espressioni della mentalità secondo cui il figlio è mero prolungamento del genitore. Al contrario, bisogna adottare l'autorevolezza necessaria per instaurare relazioni autentiche di fiducia e di stima e non di semplicistica esecutività e subordinazione. Il figlio, infatti, non è più da considerare un piccolo adulto, ma un soggetto che ha diritto a cure affettive, ad attenzioni utili per la sua crescita e ad una formazione globale atta a consentirgli l'individuazione e la conseguente autoregolamentazione per l'inserimento nella società complessa*»<sup>3</sup>.

## 2. Le norme comunitarie e il diritto europeo

Il gruppo di lavoro ha preso poi in esame le norme comunitarie e il diritto europeo, la cui applicazione al diritto nazionale è oggi imprescindibile.

Si è posto l'accento sull'abrogato Reg. CE n. 1347/2000, che non conteneva una definizione di responsabilità genitoriale e riteneva che essa dovesse essere determinata con riferimento alla *lex fori*, con il rischio di pregiudicare l'interpretazione uniforme del campo applicativo del Regolamento.

L'entrata in vigore il 1° marzo 2005 del Reg. CE n. 2201/2003 *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, ha abrogato il Reg. CE n. 1347/2000 e all'art. 2 n. 7 definisce la responsabilità genitoriale come «*i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore*». Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita. Si è preso in considerazione, inoltre sotto il profilo del diritto europeo, il lavoro della Commission on European Family Law (CELF) del 2007 che ha presentato i principi di diritto europeo della famiglia sulla responsabilità genitoriale, volti a favorire il processo di armonizzazione in tale materia. Anch'essi contengono una definizione di responsabilità genitoriale, intesa come «*l'insieme di diritti e doveri finalizzati a soddisfare e garantire l'interesse del minore. Essa comprende in particolar modo: a) la cura, la tutela e l'educazione; b) la conservazione dei rapporti personali; c) la fissazione della residenza; d) l'amministrazione del patrimonio; e) la rappresentanza legale*».

Il Reg. CE n. 2201/2003 ha introdotto una disciplina sul piano della responsabilità genitoriale precisando e ribadendo che i diritti dei figli minori debbono essere garantiti a prescindere dalla relazione di coniugio o meno dei loro genitori; principio espresso anche dalla nostra Costitu-

<sup>3</sup> A. D'ANDRETTA, *L'albero della genitorialità*, in <http://web.tiscalinet.it/mediazionepedagogica>.

zione e dalla Corte costituzionale, secondo cui «*la condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli*»<sup>4</sup>. Si è anche ricordato che la Corte di Strasburgo ha condannato quegli Stati che, in violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre 1950), hanno impedito che si formasse un legame familiare in contesti diversi dalla famiglia intesa in senso stretto e tradizionale, e ciò nel superiore interesse del minore<sup>5</sup>.

### 3. L'affidamento dei figli

Dopo aver affrontato il tema della genitorialità, e alla luce del predetto concetto così come interpretato, il gruppo di lavoro ha sottolineato l'importanza che la responsabilità genitoriale non muti nei confronti dei figli minori al momento e dopo il processo separativo, ritenendo necessario che i nostri clienti/genitori distinguano il rapporto con i figli da quello di coppia entrato in crisi, e mantengano la condivisione delle responsabilità genitoriali.

Resta anzitutto fermo il fondamentale obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole; ciò che muta a seguito della disgregazione della famiglia in conseguenza della mutata situazione di fatto sono i criteri di attuazione delle diverse posizioni soggettive, tanto che i compiti di cura e di educazione possono essere svolti con soddisfazione dai genitori separati che intelligentemente sfumano le loro rabbie e ridimensionano i conflitti, a favore degli interessi e del benessere dei figli.

Ovviamente, non è sufficiente un buon accordo di separazione, o divorzio, o cessazione della convivenza o un provvedimento del giudice, per far funzionare ciò che forse anche prima non funzionava. Si è riflettuto e sostenuto che non si deve pensare ad un passaggio da una famiglia unita dove vi era un idillio anche sulla gestione dei figli ad una nuova famiglia in cui non ci si accorda su niente. Accade spesso che all'interno della famiglia unita vi siano divergenze e scontri tra i genitori sulla gestione, educazione, istruzione dei figli, ed allora è pura utopia poter immaginare che al momento della separazione funzioni il processo di intesa genitoriale.

È invece un dato di fatto, che abbiamo definito positivo, che nel mutamento dei rapporti personali spesso accade che in alcuni genitori, che in precedenza delegavano spesso all'altro genitore la cura e la responsabilità verso i figli, vi sia una maturazione, una maggiore presa di coscienza e di assunzione di responsabilità.

Sottolineata l'importanza del concetto di bigenitorialità e di affidamento condiviso, nell'interesse del minore, si è ritenuto che la mera conflittualità esistente tra i genitori non possa precludere il ricorso a tale regime preferenziale, ovviamente solo se si mantenga nei limiti di un «*tollerabile disagio per la prole*». L'affidamento esclusivo può essere giustificato solo laddove la conflittualità tra i genitori alteri o ponga in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e dunque pregiudichi il loro interesse<sup>6</sup>.

Nel dibattito del gruppo è anche emersa l'esigenza di approfondire le problematiche conseguenti alla costituzione di nuove famiglie, e dunque alle relazioni nelle famiglie allargate e al ruolo del c.d. *terzo genitore*.

<sup>4</sup> Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166.

<sup>5</sup> CEDU, 18 agosto 2006, n. 55339/00, *Ròzaanski c. Polonia*.

<sup>6</sup> Cass. n. 5108/2012.

#### 4. Il collocamento del minore nell'affido bigenitoriale

Sul questo tema vi è stata unanimità di opinioni. Si è partiti dalla novellazione operata dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, che ha inteso valorizzare l'esigenza del figlio minore di continuare a godere, anche nelle ipotesi di crisi tra i genitori, di un intenso rapporto con entrambe le figure genitoriali. L'art. 155 c.c. riconosce il diritto del figlio «*di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*». Si è detto che tale disposto è esplicazione della *ratio* sottesa al regime dell'affido condiviso, che si propone come nuovo modello di assunzione di responsabilità e di esercizio congiunto della potestà da parte di entrambi i genitori, che non contempla valutazioni e contenuti quantitativi relativi al tempo di permanenza della prole presso ciascun genitore, o di misura e modo della contribuzione genitoriale.

Si è affermato, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'affidamento condiviso non consiste nella pari suddivisione fra i genitori del tempo di permanenza con i figli, bensì, in primo luogo, nell'assunzione condivisa della responsabilità e delle scelte genitoriali (almeno quelle più importanti) e nel mantenimento di un costante rapporto di frequentazione e cura della prole<sup>7</sup>.

Unico criterio fornitoci dalla Novella del 2006 in grado di orientare le parti e il Giudice nell'individuazione dell'assetto abitativo dei figli minori, il gruppo lo ha rinvenuto nella disciplina dell'assegnazione dell'abitazione familiare contenuta all'art. 155 *quater* c.c., dall'elaborazione della quale è originato nella prassi il concetto di "genitore collocatario".

L'art. 155 *quater* c.c. prevede che il principale criterio da seguire nell'assegnazione dell'abitazione familiare è costituito dal "prioritario interesse dei figli" individuato, in dottrina e giurisprudenza, nell'interesse della prole *di continuare, senza traumi, ad usufruire dello standard di vita realizzati in costanza di convivenza dei genitori e di mantenere inalterati i rapporti con l'ambiente in cui sono vissuti*.

L'esigenza di garantire al minore una residenza anagrafica ed un contesto abitativo prevalente, implica la necessità concreta di una sua collocazione preferenziale presso l'uno o l'altro genitore, che gli consenta di conservare, anche a seguito della disgregazione dell'unità familiare, sia un ambiente domestico che una figura genitoriale principale di riferimento.

Il dibattito si è incentrato anche sulla proposta di legge DDL 957 "Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso", attualmente in esame alla Commissione Giustizia del Senato, comunemente indicato come "condiviso bis", che prevede l'abolizione del collocamento del figlio presso un genitore, con la previsione che il domicilio dello stesso debba essere fissato presso entrambi, e che il tempo della sua permanenza presso ciascun genitore debba avvenire in maniera effettivamente "paritetica".

Sono state quindi prese in esame le legislazioni di alcuni Paesi Europei, dove è stato introdotto il regime del domicilio alternato. In **Francia**, la normativa, oltre a prevedere la custodia condivisa, ha introdotto con la l. 2 marzo 2002, n. 305, il principio del *domicilie alterné* con l'obiettivo di garantire una maggiore uguaglianza tra i genitori nella custodia dei minori, rendendo possibile fissare la residenza del bambino anche in alternanza al domicilio di entrambi i genitori o presso il domicilio di uno di essi. In **Belgio**, la l. 18 luglio 2006 ha disposto che il giudice su richiesta o meno dei genitori possa, in caso di autorità parentale condivisa, fissare il domicilio del minore in modo egualitario tra i genitori, se ciò riflette l'interesse del bambino. In **Inghilterra**

<sup>7</sup> Cfr. A. FEDE, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 649 ss.; M. PALADINI, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 329; App. Milano, decreto 30 marzo 2006, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 781; Trib. Salerno 30 giugno 200, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 693.

l'applicazione del principio della residenza alternata (*shared residency*) sta diventando sempre più frequente. Il *Shared Residence Order* (2001) ha in effetti stabilito la possibilità di consentire al minore di vivere in modo alternato nel domicilio di entrambi i genitori. In **Svezia**, infine, la legge prevede che in caso di affidamento condiviso, la Corte possa decidere se stabilire la residenza del minore presso uno o entrambi i genitori, a seconda di quale sia la migliore soluzione per il bambino. L'accordo dei genitori in ordine alla fissazione della residenza del figlio, dopo l'approvazione da parte del *Social Welfare Committee*, diventa vincolante.

Secondo il gruppo di lavoro, con l'applicazione rigorosa del principio del "doppio domicilio" avremmo dei "figli divisi", privati di uno stabile assetto abitativo, ed esposti al rischio di una scissione esistenziale, nociva alla loro crescita. Verrebbe così disattesa la *ratio* della l. n. 54/2006, la cui tutela dell'interesse superiore del minore passa solo attraverso la collaborazione dei genitori nella cura, crescita ed educazione dei figli. Il vuoto normativo in ordine alle modalità di visita e al collocamento dei figli, risponde all'esigenza di una diretta responsabilizzazione dei genitori nel farsi carico dei bisogni dei figli, che non può in alcun modo essere normata, ma deve rispondere alla specificità di ogni vicenda familiare.

Quindi anche la proposta del DDL 957, che prevede una divisione del tempo dei figli minori in misura eguale presso ogni genitore, senza alcuna distinzione in merito all'età dei figli e senza alcuna considerazione delle loro esigenze di vita sia sotto il profilo materiale che psicologico, ha trovato nel gruppo una posizione critica condivisa. Tale proposta non consente la tutela dei "tempi di vita dei minori", e le loro diverse necessità a seconda che si tratti di un bambino di pochi mesi, o di un minore in età preadolescenziale, o un adolescente o una persona pressoché adulta. La paritetica suddivisione dei tempi con entrambi i genitori, e il doppio domicilio, potrebbe essere causa di problemi non solo di tipo anagrafico, ma relativi anche alla cura della salute (a quale ASL dovrebbe fare riferimento?) ed alla frequentazione della scuola.

Si è ribadito che l'affido condiviso, come oggi disciplinato, benché intenda assicurare ai minori la possibilità di mantenere con entrambi i genitori legami il più possibile simili a quelli propri del rapporto genitori figli nella fisiologia della convivenza familiare, non ha il significato di prosecuzione della convivenza dei figli con entrambi i genitori. Persiste infatti l'esigenza di individuare presso quale dei genitori il minore deve essere collocato, quantomeno in via preferenziale.

L'affido bigenitoriale ed il collocamento della prole presso uno dei due genitori, sono due istituti che si collocano su piani distinti ed esprimono valori ed esigenze non comparabili. L'affidamento condiviso ha quale obiettivo quello di consentire ad entrambi i genitori di conservare, anche successivamente alla separazione coniugale, un'analogha responsabilità e compartecipazione alla quotidianità dei figli, mentre la collocazione della prole presso l'uno o l'altro genitore, rappresenta il mero riflesso di una esigenza pratica discendente dalla separazione dei due genitori.

La sistemazione turnaria della collocazione del minore presso l'uno o l'altro genitore non solo appare di difficile attuazione pratica, ma non risulta nemmeno rispondente all'interesse dei figli, i quali finirebbero per essere privati di una figura genitoriale e di un ambiente domestico stabile che, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, rappresentano un punto di riferimento necessario per lo sviluppo della loro personalità e per la cura dei propri interessi personali e sociali.

Sui criteri alla base della scelta del genitore collocatario, si è sottolineato che Giudice, ai sensi dell'art. 155 c.c., deve prioritariamente tener conto dell'accordo dei genitori, fatta salva la verifica della conformità dello stesso all'"*interesse dei figli*".

L'accordo non potrà quindi di fatto prescindere dall'individuazione di un "genitore di preferenza collocatario", ancorché rimanga nella facoltà delle parti la scelta di un ampio regime di visita in favore del "genitore non collocatario", che in ipotesi può concretarsi finanche nella

previsione di un'alternanza paritaria dei tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore, purché essa risulti di fatto agevolmente realizzabile e non contraria agli interessi dei figli.

In assenza di un accordo delle parti sarà il Giudice a dover procedere alla scelta del genitore collocatario, per l'individuazione del quale dovrà tener conto, principalmente: 1) dell'età del minore; 2) della necessità di preservare allo stesso la continuità con la figura genitoriale di maggiore riferimento in termini di presenza e quotidiano accudimento; 3) ma anche dello spirito di collaborazione e disponibilità di ciascun genitore al riconoscimento dell'importanza della figura dell'altro genitore nella vita del minore<sup>8</sup>.

L'individuazione del "genitore collocatario" nella prassi coincide, nella maggior parte dei casi, con l'individuazione del "genitore assegnatario della casa coniugale".

La disciplina *ante* riforma 2006, prevedeva una sorta di automatismo tra affidamento dei figli ad uno dei coniugi ed assegnazione allo stesso della casa familiare, la quale spettava "di preferenza", appunto, al genitore cui venivano affidati i figli.

La l. n. 54/2006, coerentemente con l'esigenza di favorire, in caso di disgregazione della comunità familiare, l'affidamento dei figli ad entrambi i genitori, ha introdotto la nuova regola generale secondo la quale «*il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*».

In vista della realizzazione di tale interesse, il giudice dovrà quindi decidere dell'assegnazione della casa familiare coerentemente con le determinazioni assunte circa i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore. In via di principio, la scelta dovrebbe privilegiare il genitore con il quale i figli vivono prevalentemente, ovvero, in primo luogo, il criterio della "prevalente localizzazione" o "collocazione privilegiata" della prole presso l'uno o l'altro genitore.

Nell'ipotesi in cui i tempi della presenza dei figli presso ciascun genitore dovessero risultare tendenzialmente uguali, ai fini della scelta, nella prassi si è avuto riguardo alla vicinanza dell'abitazione alla scuola dei figli, all'individuazione del coniuge economicamente più debole, ovvero alla divisibilità della casa familiare in due unità abitative autonome.

Si ritiene, infatti, che anche a seguito della disgregazione dell'unità familiare corrisponda al superiore interesse del minore mantenere sia un *habitat* domestico che un genitore principale di riferimento.

Non si è escluso che nella prassi, con la collaborazione di entrambi i genitori, si possa attuare un regime di tempi e permanenza del figlio presso ciascuno di essi, che consenta un'armonica e serena compresenza di entrambi i genitori nella quotidianità di vita del figlio ed una concreta compartecipazione alle scelte che lo riguardano.

---

<sup>8</sup> Cass. 10 ottobre 2008, n. 24907, Trib. Pisa 24 gennaio 2008, in *Famiglia e minori*, 2008, 6, p. 78.

## LA FILIAZIONE. VERSO LO STATUS UNICO DI FIGLIO<sup>1</sup>

**Luisella Fanni**

*Avvocato del Foro di Cagliari, vicepresidente nazionale AIAF, Presidente AIAF Sardegna*

**Sommario:** 1. Ieri e oggi: le buone ragioni dei nostri lavori. – 2. Le attuali più rilevanti differenze normative tra figli legittimi e figli naturali. – 3. I lavori del gruppo. – 4. Le proposte normative in corso di esame e approvazione. Il DDL 2805. I capisaldi della riforma e le valutazioni e osservazioni propositive dell'AIAF.

### 1. Ieri e oggi: le buone ragioni dei nostri lavori

Questo era il tema del convegno che l'AIAF ha tenuto a Como nel giugno 2006. Abbiamo ritenuto di riproporlo per i lavori di questa sessione dell'assemblea generale dei delegati regionali dell'AIAF, dedicata alla filiazione, che voglio aprire con le parole che ne introducevano gli atti, pubblicati nel Quaderno AIAF n. 2/2006.

*«Il convegno è nato dall'esigenza di approfondire le questioni attinenti la filiazione legittima e la filiazione naturale, in riferimento all'attribuzione dello stato, al rapporto che si instaura tra genitori e figli, ai profili sostanziali e processuali delle azioni di stato, in un momento in cui risulta sempre più evidente lo scollamento tra le scelte operate dalle persone all'interno della famiglia e delle relazioni interpersonali, e la normativa vigente che disciplina i rapporti familiari.*

*I numerosi interventi della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale su diverse questioni attinenti la filiazione, corrispondono a una domanda che emerge da un disagio che sale dalla società e che cerca "giustizia" e nuovi percorsi giurisprudenziali e legislativi, più consoni alle esigenze reali delle persone.*

*Strade peraltro che altri paesi europei hanno già da tempo intrapreso, mentre il nostro paese è ancora pervicacemente teso alla difesa della famiglia legittima, come unico modello riconosciuto, impedendo così, anche sul piano culturale oltre che giuridico, la totale rimozione di qualsivoglia residua differenza tra prole legittima e prole naturale»<sup>2</sup>.*

Dal 2006 ad oggi la situazione non è molto cambiata ed ancora scontiamo un grande ritardo rispetto a quasi tutti i paesi europei (tra cui Francia, Spagna e Germania) che negli anni '90 hanno vissuto invece la seconda stagione di riforme elaborando la necessità culturale, sociologica e normativa di un *unico stato per i figli* e che in tal senso hanno legiferato.

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

<sup>2</sup> Milena Pini, Avvocato in Milano, attuale Presidente Nazionale AIAF, *Quaderno*, n. 2, 2006, p. 9.



Anche se la l. n. 54/2006, sull'affido condiviso, ha cercato di introdurre norme uguali per tutti i figli<sup>3</sup> e la Corte costituzionale<sup>4</sup> è più volte intervenuta con l'eliminazione di molte delle differenze derivanti dall'essere figli legittimi o naturali, nati cioè dentro o fuori dal matrimonio, residuano ancora trattamenti normativi diversi.

## 2. Le attuali più rilevanti differenze normative tra figli legittimi e figli naturali

In particolare: per la parentela naturale che determina prevalentemente un vincolo fattuale di consanguineità e non giuridico, che si riverbera nel regime delle successioni (artt. 537 u.c., 573, 578 e 580 c.c.) e delle relazioni familiari («*il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto, salvo i casi previsti dalla legge*» art. 258 c.c., 1° comma); per la costituzione e l'accertamento della filiazione: per i figli nati dal matrimonio avviene secondo automatismi normativi («*il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio*» art. 231 c.c.), mentre per quelli nati fuori dipende da un atto volontario della madre e del padre («*il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto Pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo*» art. 254, 1° comma, c.c.); per l'impugnazione della genitura che ha modi e tempi differenti per i figli legittimi (termini brevi di decadenza, art. 244 c.c. e legittimazione ristretta alla famiglia nucleare art. 235 c.c.) e per i figli naturali (imprescrittibilità dell'azione e legittimazione estesa a chiunque vi abbia interesse art. 263 c.c.); per le diverse sedi giurisdizionali, per i figli naturali, il Tribunale per i Minorenni (art. 38 disp. att. c.c. e, a seguito dell'ordinanza della Cassazione n. 8362/2007, anche l'affidamento dei figli nella crisi familiare), per i figli legittimi, il Tribunale Ordinario.

Queste le differenze normative più rilevanti.

Non va invece dimenticato che «*agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione illegittima (naturale ex l. 151/1975) è equiparata alla filiazione legittima*» art. 540 c.p.

Altri relatori, la prof.ssa Gilda Ferrando<sup>5</sup> e l'Avv. Alberto Figone<sup>6</sup> in particolare, hanno illustrato – si vedano i loro lavori – gli aspetti più importanti e delicati delle trasformazioni sociali in atto, dell'impatto che hanno sulle relazioni familiari e sulla filiazione e della necessità di eliminare queste differenze sia per le norme sostanziali che per quelle processuali; temi e problemi emersi anche negli incontri dei gruppi su filiazione e azioni sugli *status*, di cui si dà brevemente conto, anche perché da questi confronti sono emerse alcune osservazioni che sono state trasferite nel documento, che chiude questa relazione, e che è stato depositato alla commissione Bianca<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Art. 4, 2° comma «*le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*».

<sup>4</sup> Corte cost.: 26 giugno 1997, n. 203; 24 luglio 2000, n. 332; 3 luglio 2000, n. 250; 28 novembre 2002, n. 494; 20 luglio 2004, n. 245; 10 febbraio 2006, n. 50; 6 luglio 2006, n. 266.

<sup>5</sup> Gilda Ferrando, Ordinario di Diritto Privato, Università di Genova.

<sup>6</sup> Alberto Figone, Avvocato in Genova, Componente Direttivo Nazionale AIAF, docente di Diritto Privato nella Scuola di specializzazione per le professioni legali, Università di Genova.

<sup>7</sup> Cesare Massimo Bianca, già Ordinario di Diritto Privato, Università La Sapienza Roma. La Commissione Bianca, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche della famiglia – per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia, è presieduta dal prof. Cesare Massimo Bianca, ha tra i suoi componenti rappresen-

### 3. I lavori del gruppo

In particolare, il gruppo di lavoro sulla filiazione e le azioni di stato ha affrontato i temi, tra gli altri, delle diversità nei sistemi di accertamento della paternità e maternità, ipotizzando per la maternità una regola unitaria, consistente – come in tutti gli altri stati d'Europa<sup>8</sup> – nell'accertamento automatico, conservando alla madre la facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita, senza però attribuire al giudice il potere di consentire o meno il riconoscimento. Si darebbe al figlio la certezza della maternità in ogni caso, anche quando la madre non può effettuare il riconoscimento.

In questa ottica è stato richiamato il caso di una donna non coniugata a cui il padre del bambino avrebbe sottratto la certificazione di nascita del figlio utilizzandola per andare all'ufficio dello stato civile e riconoscerlo per primo; sottraendo così alla madre il diritto di riconoscerlo, come è per le norme vigenti, senza il suo consenso (*ex art. 250 c.c.*); la vicenda è ancora sub-iudice a seguito di ricorso della madre che avrebbe chiesto la revoca di quel riconoscimento.

È stato sollevato il problema dei figli frutto di inganno o di un rapporto del tutto occasionale, per valutare se ci sia un interesse del figlio ad essere riconosciuto da un padre che non lo vuole e non sarà mai tale, evidenziando come la madre possa abortire, dichiarare di non volere essere nominata e quindi rinunciare sia al concepito che al nato, mentre il padre non può sottrarsi al riconoscimento se richiesto giudizialmente; tanto meno oggi con i progressi della scienza sulle ricerche genetiche.

È stata ipotizzata, anche in questi casi, la possibilità di un'azione solo per il mantenimento; evidenziando comunque il diritto dei figli all'identità e alla conoscenza delle loro origini e il fatto che la responsabilità genitoriale dovrebbe essere il frutto di una educazione adeguata. Condizione indispensabile per l'attuazione dei principi sulla bigenitorialità posti dalla l. n. 54/2006 sull'affido condiviso.

Sul punto è stata affermata l'importanza del ruolo degli avvocati che devono rendere consapevoli i genitori non solo dei loro diritti ma anche dei loro doveri, soprattutto verso i figli.

È stato sollevato il caso dell'"utero in affitto", da noi non consentito; mentre in Inghilterra la maternità per sostituzione è possibile ma solo per solidarietà; sul tema è stata richiamata la vicenda di una coppia con doppia nazionalità, italiana e straniera, che aveva legittimamente realizzato all'estero una maternità per sostituzione; intervenuta in Italia la crisi separativa il marito ha contestato alla moglie di non essere la madre; i giudici italiani hanno riconosciuto la validità ed efficacia delle norme straniere e ordinato la relativa trascrizione in favore della moglie quale madre del minore;

Il caso rimanda ai principi della nostra l. n. 40 sulla procreazione assistita, recentemente oggetto di censura in un provvedimento della Corte Europea di Strasburgo. Legge che comunque, anche in caso di filiazione avvenuta in violazione delle sue norme, fa salvi i diritti dei figli alla conservazione del loro *status*.

Si è anche affrontato il tema se ancora debba prevalere l'attribuzione del cognome paterno, che attualmente avviene sempre per i figli nati nel matrimonio ed anche per quelli naturali se il riconoscimento dei due genitori è contestuale. È emersa l'opinione di dovere rispettare la volontà comune dei genitori e che sarebbe giusta l'adozione di entrambi i cognomi con successiva

---

tanti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri dell'Interno e della Giustizia. Tra i suoi compiti vi è fornire supporto tecnico e scientifico ai fini della conclusione dell'iter di approvazione del DDL AS 2805 ed elaborare gli schemi dei decreti legislativi delegati, previsti dall'art. 2 del DDL 2805, approvato dal Senato il 16 maggio 2012.

<sup>8</sup> Ultima la Francia ad avere legiferato in tal senso.

possibilità di scelta per il figlio; focalizzando l'attenzione sul bisogno dei figli a conoscere le proprie origini e sul loro diritto a preservare la propria identità, di cui il cognome costituisce pilastro essenziale; come d'altronde è stato riconosciuto anche dalla nostra giurisprudenza che ha consentito la conservazione del cognome ad un figlio disconosciuto da adulto.

Quanto alle azioni di accertamento sullo *status* è emersa la necessità, di superare le attuali discriminazioni derivanti dall'essere nati dentro o fuori il matrimonio, come prevedono i progetti di legge in parlamento, ipotizzando solo azioni di impugnazione della paternità e maternità e azioni di reclamo, equiparando i termini e i soggetti legittimati alle azioni.

È stata anche rilevata la necessità di attribuire a un unico giudice, il Tribunale Ordinario, la competenza giurisdizionale, e per quanto attiene all'ipotesi prevista dall'art. 252 c.c. l'opportunità di eliminarla.

#### 4. Le proposte normative in corso di esame e approvazione. Il DDL 2805. I capisaldi della riforma e le valutazioni e osservazioni propositive dell'AIAF

##### *Il DDL n. 2085/2011 Camera*

Il DDL n. 2085/2011, già approvato dalla Camera dei Deputati nel luglio del 2011, ed ora all'esame del Senato, si muove nella nostra ottica e cioè per la definizione di **un unico stato di figlio**, originale e non dipendente dalle relazioni e situazioni che ne hanno determinato e consentito la nascita; a tal fine opera una rinominazione essenzialmente formale degli articoli del codice civile, lasciando solo la parola figlio o figli, eliminando i termini legittimo o naturale, apportando le conseguenti variazioni sia nella individuazione dei rapporti di parentela che soprattutto in materia successoria, pur se con un inadeguato inquadramento sistematico generale.

Non poche sono le riserve sulla delega, molto ampia e generica, contenuta nel disegno di legge, e soprattutto sulla competenza per i figli naturali riservata al Tribunale per i Minorenni, sulla scia dell'ordinanza della Cassazione 3 aprile 2007, n. 8362 che ha troncato la possibilità di dare ai figli un trattamento giurisdizionale unico davanti al Giudice ordinario, che era apparsa realizzabile sulla base della l. n. 54/2006. È certo però, anche volendo prescindere dalle considerazioni critiche sul rito camerale (previsto dal DDL 2085 e utilizzato dalla giustizia minorile) e i suoi limiti, in particolare rispetto a principi dell'art. 111 Cost., che questa competenza ripropone il dualismo tra figli naturali e legittimi che si voleva eliminare; e lo fa in uno dei momenti più importanti per la realizzazione del principio di eguaglianza, quello della tutela giurisdizionale dei diritti; nel nostro caso i diritti relazionali della persona che tutelano i rapporti fondamentali delle relazioni umane, e tra questi quelli tra genitori e figli.

In coincidenza con i lavori della nostra assemblea, il 16 maggio 2012, il Senato ha approvato con modifiche il progetto di riforma della Camera, che abbiamo sinteticamente illustrato, *attribuendo finalmente, sul punto, la competenza al Giudice ordinario*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Successivamente, il testo è stato approvato anche dalla Camera ed è divenuto legge (l. 10 dicembre 2012, n. 219, "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali").

## FILIAZIONE LEGITTIMA E NATURALE: LA SITUAZIONE ATTUALE E IL PROGETTO DI RIFORMA<sup>1</sup>

**Gilda Ferrando**

*Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Genova*

**Sommario:** 1. Filiazione legittima e naturale: la situazione attuale. – 2. Il progetto di riforma della filiazione. – 3. Automatismi e volontà nell'accertamento della filiazione. – 4. La filiazione tra verità genetica e accoglienza. – 5. Nuove figure e antichi paradigmi.

### 1. Filiazione legittima e naturale: la situazione attuale

Sono davvero grata agli organizzatori di avermi invitato a partecipare a questo importante convegno con una relazione su un tema di così grande rilievo.

Le questioni relative allo stato dei figli ed alle relazioni tra genitori e figli si collocano, infatti, oggi più che mai, al centro delle problematiche familiari. È significativo il fatto che le innovazioni più significative del diritto di famiglia introdotte dopo la riforma del 1975 (la l. n. 40/2004 sulla procreazione assistita e la l. n. 54/2006 sull'affido condiviso) hanno riguardato proprio i rapporti tra genitori e figli, segno che l'attenzione si è spostata dal matrimonio alla filiazione. Nella fragilità della relazione di coppia, il rapporto tra genitori e figli sembra l'unico legame davvero indissolubile. Va poi notato che né l'una né l'altra legge distinguono tra coppie sposate e non sposate<sup>2</sup>, segno questo che gli schemi tradizionali, rispecchiati dal testo della riforma del 1975, non corrispondono più alla realtà attuale.

Il codice civile, tuttavia, conserva formalmente distinte le condizioni dei figli legittimi e naturali, ed anche se nella sostanza ad essi spettano diritti quasi eguali, permangono differenze residuali oggi non più tollerabili. L'Italia non ha seguito gli altri Paesi europei a noi vicini, la gran parte dei quali – tra cui Francia, Spagna e Germania – a partire dagli anni '90 del secolo scorso

<sup>1</sup> Testo dell'intervento all'Assemblea nazionale dell'AlAF, tenutasi a Milano il 17-19 maggio 2012.

<sup>2</sup> L'art. 5 della l. n. 40/2004 prevede che possano usufruire delle tecniche non solo i coniugi, ma anche i conviventi («*possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*»). A sua volta, l'art. 4, 2° comma, della l. n. 54/2006 prevede che la nuova disciplina si applichi in caso di rottura non solo della vita coniugale, ma anche della convivenza non coniugale («*Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*»).

hanno rinnovato il diritto della filiazione nel segno della indifferenza dello *status* di figlio rispetto al matrimonio dei genitori<sup>3</sup>.

Da noi sono stati principalmente i giudici a rimuovere talune delle differenze ancora previste dalla legge, realizzando in tal modo un parziale adeguamento delle disposizioni di legge ordinaria ai principi costituzionali ed europei. Dopo la riforma del 1975 la Corte costituzionale è intervenuta ripetutamente sulla filiazione: ha rimosso residue disparità di trattamento presenti nel codice o nella legislazione speciale<sup>4</sup>, ha ampliato le possibilità di accertare la filiazione naturale<sup>5</sup>, ha riscritto la disciplina della prova nel disconoscimento di paternità<sup>6</sup>.

Su alcune questioni appare tuttavia irremovibile. Il rapporto tra parenti naturali viene riguardato come mera relazione fattuale di consanguineità e non come vincolo giuridico di parentela<sup>7</sup>. Il diritto di commutazione (art. 537 c.c.) viene ritenuto legittimo in relazione al 3° comma dell'art. 30<sup>8</sup>. Viene infine confermata l'imprescrittibilità dell'impugnazione del riconoscimento (art. 263 c.c.), a fronte del termine di prescrizione annuale previsto dall'art. 244 per il disconoscimento di paternità<sup>9</sup>. In questi ambiti la Corte ha riconosciuto al legislatore spazi di discrezionalità sulle cui modalità di esercizio non ritiene di poter esercitare controlli.

È questa una ragione in più per sollecitare una riforma legislativa. Ma ve ne sono altre (almeno tre) sulle quali riflettere. 1) Si è verificata una mutazione profonda dell'idea di famiglia ed una trasformazione dei suoi modi concreti di essere nella società attuale. Le forme dello stare insieme, del fare famiglia si sono moltiplicate. I figli sempre più spesso nascono nell'ambito di famiglie non tradizionali o hanno genitori che non vivono (più) insieme. 2) È mutato il quadro delle conoscenze scientifiche e delle risorse tecnologiche: grazie alle nuove tecnologie della riproduzione oggi sono possibili nuove forme di paternità e maternità dove generazione ed accoglienza si coniugano secondo schemi variabili che non hanno riscontro nelle regole del codice civile. Nello stesso tempo le conoscenze in campo genetico svelano i segreti della generazione, ridimensionando il valore degli strumenti giuridici da sempre intesi a superare l'incertezza delle origini. 3) Va infine considerato il mutato quadro istituzionale – in seguito al Trattato di Lisbona, alla nascita dell'Europa dei diritti – all'interno del quale non possiamo non confrontarci con i principi del diritto europeo e con l'interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Nello stesso tempo dobbiamo aver riguardo ai modelli presenti in altre esperienze, se non altro perché gli *status* circolano con le persone ed il paese di accoglienza non può non tenerne conto.

<sup>3</sup> V. artt. 310 ss. del Code civil; art. 108 ss. Código civil; §1591 BGB; Al riguardo, v. A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, vol. III, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 41 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost. 3 luglio 2000, n. 250, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1100, relativa all'art. 803 c.c.; Corte cost. 20 luglio 2004, n. 245, relativa all'art. 291 c.c.; Corte cost. 26 giugno 1997, n. 203, in *Giur. it.*, 1998, p. 206, con nota di L. PASOTTI, relativa al ricongiungimento familiare; Corte cost. 24 luglio 2000, n. 332, relativa ai requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza. E v. anche Corte cost. 11 marzo 2009, n. 86, a proposito della rendita INAIL a favore dei figli del lavoratore deceduto.

<sup>5</sup> V. Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494 (che ammette la dichiarazione giudiziale di paternità dei figli incestuosi); Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50 (che ha abrogato la fase preliminare di ammissibilità nella dichiarazione giudiziale).

<sup>6</sup> V. Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266.

<sup>7</sup> Di conseguenza il figlio naturale non ha diritti successori nei confronti dei collaterali, salvo che nei confronti dei fratelli naturali, ma solo quando manchino altri parenti legittimi entro il sesto grado (art. 565 c.c.). Cfr. Corte cost. 4 luglio 1979, n. 55, in *Giur. it.*, 1980, I, c. 1222, con nota di G. FERRANDO; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 363, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1500; Corte cost. 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. civ.*, 1991, I, p. 422 con nota di F. PROSPERI; Corte cost. 7 novembre 1994, n. 377, *ivi*, 1995, I, p. 84; Corte cost. 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, p. 591, con nota di M.C. BIANCA.

<sup>8</sup> Corte cost. 14 dicembre 2009, n. 335.

<sup>9</sup> Corte cost., ord. 9 gennaio 2012, n. 7.

## 2. Il progetto di riforma della filiazione

Il progetto di riforma approvato dalla Camera (il 30 giugno 2011), presentato in Senato col numero 2805, approvato poi con modifiche il 16 maggio 2012 ed ora nuovamente all'esame della Camera affronta alcuni di questi temi. Sotto un titolo non pienamente indicativo ("Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali") il progetto intende in realtà unificare la condizione dei figli. Viene cancellata dal linguaggio normativo la "terminologia della diversità" sostituendo alle espressioni "figli legittimi" e "figli naturali" l'unico riferimento ai "figli" e mantenendo la dizione di figli "nati nel matrimonio" o "figli nati fuori del matrimonio" nelle norme che riguardano specificamente le due fattispecie<sup>10</sup>. Si afferma il legame di parentela tra le persone che discendono da uno stesso stipite in ogni ipotesi di filiazione nata nel e fuori del matrimonio. Viene esplicitata (nel nuovo art. 315) l'unificazione degli *status* e conseguentemente vengono disciplinati in modo unitario diritti e doveri tra genitori e figli (nuovo art. 315 *bis*), ed anche per quel che riguarda i diritti successori, la delega al Governo è per la scrittura di regole coerenti con il principio di unicità degli *status*.

Potrebbe essere questa l'occasione per una revisione più a fondo, da tempo sollecitata, del nostro diritto successorio, specie per quel che riguarda la tutela dei legittimari – che appare ormai eccessiva – ed il ruolo dell'autonomia privata nel definire gli assetti patrimoniali *post mortem* – che, al contrario, appare troppo modesto –. Le trasformazioni sociali della famiglia, i cambiamenti demografici, l'aumento delle aspettative di vita, fanno sembrare la nostra disciplina sotto molti aspetti non più adeguata alla presente situazione. Il progetto, tuttavia, circoscrive i propri orizzonti alla modifica della normativa sulla filiazione, scelta probabilmente saggia, dato che un ulteriore ampliamento dell'ambito della discussione, non consentirebbe di giungere all'approvazione della legge in tempi ragionevoli. Ciò non significa che la riforma delle successioni non sia necessaria e possibile – lo testimoniano i progetti presentati dal Notariato –, ma ad essa bisognerà lavorare separatamente.

Quanto all'accertamento di *status*, il progetto recepisce e razionalizza le principali innovazioni che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha in questi anni apportato alla disciplina del codice, attenuando alcune delle differenze tutt'ora esistenti (si pensi alle diverse regole per l'impugnazione della paternità nel e fuori del matrimonio).

Il progetto merita approvazione. L'unificazione dello *status* di figlio si colloca certamente nella linea indicata dalla nostra Costituzione e dai principi europei, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Europea di Strasburgo<sup>11</sup>. In tal modo non si intende svalutare il matrimonio, ma considerare il rapporto di filiazione come valore "originale e non dipendente", si intende attuare pienamente il principio di eguaglianza di tutti i figli, senza distinzione di nascita (art. 21, Carta di Nizza), dare tutela al preminente interesse del minore, realizzare il principio di responsabilità per la procreazione.

La piena condivisione delle ragioni che ispirano il progetto non impedisce di formulare alcune riserve, sulle quali avremo modo di riflettere nel corso della discussione. In questa sede vorrei limitarmi a due considerazioni. La prima è di tipo sistematico. Se il principio che la riforma intende attuare è quello della irrilevanza del matrimonio nella definizione dello stato giuridico di figlio, allora viene da chiedersi se siano appropriate le modalità tecniche con le quali lo scopo

<sup>10</sup> V. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato Zatti, I, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello, II ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 51.

<sup>11</sup> Sul principio di eguaglianza tra figli legittimi e naturali, tra le altre, cfr. *Markx c. Belgio*, 13 giugno 1979 (anche in *Foro it.*, 1979, IV, c. 342); *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986; *Inze c. Austria*, 28 ottobre 1987; *Vermeire c. Belgio*, 29 novembre 1991; *Mazureck c. Francia*, 1° febbraio 2000.

viene perseguito. Consideriamo come è formulata la delega al Governo: essa prevede una rinominazione del Titolo VII (Dello stato di figlio), e dei capi che lo compongono, senza tuttavia ridistribuire in modo sistematico tra i diversi capi il contenuto della disciplina. In buona sostanza viene conservato uno statuto differenziato dell'accertamento della filiazione matrimoniale e non e delle rispettive azioni giudiziali. Rispettato alla lettera, questo schema potrebbe dar luogo ad incongruenze, specie per quel che riguarda le azioni di stato. Se infatti il matrimonio non dovrà costituire più in futuro elemento qualificante dello *status*, potrebbe essere più opportuno distinguere tra azioni di impugnazione e di reclamo e nell'ambito delle impugnazioni disciplinare separatamente l'impugnazione della paternità e della maternità. A questi problemi si dovrà ovviare nell'attuazione della delega, anche eventualmente confrontandosi con i modelli adottati in altri Paesi a noi vicini.

In secondo luogo, dal punto di vista dei contenuti, può apparire singolare che un disegno di legge teso a garantire l'eguaglianza di tutti i figli si contraddica sulla questione del giudice competente a decidere le controversie relative ai figli in occasione della crisi della coppia. Un emendamento introdotto alla Camera sanciva infatti la competenza del Tribunale ordinario per le controversie relative ai figli di genitori coniugati e del Tribunale per i minorenni per quelle relative ai figli di genitori non coniugati, quasi che il segno della diversità si ripresenti con forme sempre rinnovate per quanti tentativi si facciano di cancellarlo. A questa anomalia ha posto rimedio il Senato in seconda lettura. Il testo approvato il 16 luglio elimina l'emendamento introdotto dalla Camera e riformula l'art. 38 disp. att. c.c. in modo da attribuire al giudice ordinario la competenza nell'uno e nell'altro caso. Si superano in tal modo le difficoltà che erano emerse nella prassi per via della controversa applicazione dell'art. 4 della l. n. 54/2006<sup>12</sup>.

### 3. Automatismi e volontà nell'accertamento della filiazione

Il progetto tende ad una razionalizzazione dell'esistente, recepisce molte delle innovazioni introdotte in questi anni dalla giurisprudenza in via interpretativa e le completa nell'ambito di un complessivo disegno di riforma. Nello stesso tempo si può tuttavia osservare come esso rifletta in modo parziale i temi e le questioni che sbocciano attorno ai modi di essere genitori e figli. Se volgiamo lo sguardo a quelle che sono le dinamiche attuali delle relazioni familiari ci rendiamo conto che non sempre disponiamo degli strumenti adeguati per dare risposte alle esigenze che si dispiegano nella realtà.

La filiazione, è un dato di fatto, ha a che fare con la generazione. L'accertamento di *status*, d'altra parte, si basa su meccanismi automatici e su dichiarazioni, manifestazioni di volontà. Nel caso di filiazione matrimoniale prevalgono gli automatismi: la madre è tale per via del parto, il padre è tale in forza di presunzioni. Fuori del matrimonio, invece, lo *status* deriva da un atto volontario: il riconoscimento, sia nei confronti del padre, sia nei confronti della madre.

Ci si potrebbe chiedere se non sia giunto il tempo di unificare il modo di **accertamento della maternità** nel e fuori del matrimonio. Anche la Francia, ultima in Europa, a parte noi, ha accolto il metodo automatico, sia pur riservando alla donna (coniugata o no) la possibilità di partorire in anonimato. Anche l'Italia, pur conservando la facoltà della donna di non essere nomina-

<sup>12</sup> Cass. 3 aprile 2007, n. 8362, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 446, con nota di F. TOMMASEO; Cass. 25 agosto 2008, n. 21754, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3110; Id., 24 marzo 2009, n. 7070; Id., 18 marzo 2010, n. 6641 e n. 6654. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Ravenna 23 maggio 2007, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 753 (m.), con osservazioni di A. COSTANZO; Cass. 7 maggio 2009, n. 10569, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 992, con nota di E. VULLO; Cass. 27 ottobre 2010, Sez. I, n. 22001. Su questi temi rinvio al mio *L'affidamento condiviso*, in G. FERRANDO-L. LENTI (a cura di), *La separazione personale*, in *Trattato teorico pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa-S. Patti, Cadam, Padova, 2011, p. 299 ss.

ta, potrebbe far proprio questo sistema che rende madre la partoriente senza bisogno di un atto di riconoscimento. La facoltà di partorire in anonimato costituisce una garanzia che credo conservi ancora un suo significato e che perciò ritengo opportuno conservare<sup>13</sup>. Fuori dei casi eccezionali in cui la donna intenda avvalersene, tuttavia, l'accertamento automatico è una garanzia per la donna e per il nato al quale è assicurata la certezza dello *status* nei confronti della madre anche nelle ipotesi minoritarie ma non marginali in cui il riconoscimento non sia possibile (si pensi, tra l'altro, al caso di morte della madre durante il parto o di nascita da donna in coma, in morte cerebrale).

Quanto alla **paternità**, si diceva, nel matrimonio prevalgono gli automatismi. Il padre è tale in quanto marito della madre. E tuttavia la madre può escludere la paternità del marito: può farlo dichiarando di non voler essere nominata nell'atto di nascita, può farlo dichiarando che il figlio è stato generato fuori del matrimonio. Fuori del matrimonio, la madre che ha riconosciuto per prima può opporsi al riconoscimento paterno. Riguardo alla formazione dello *status* di figlio si è parlato di un "privilegio della maternità" di una sorta di "signoria femminile sullo *status*", che ha preso il posto del privilegio maschile, ancora riflesso nel codice civile del 1942, in forza del quale arbitro dello *status* era il marito<sup>14</sup>.

La presunzione di paternità conserva il suo valore. Ed a mio parere è giusto che lo conservi come espressione del riconoscimento che l'art. 29 Cost. garantisce alla famiglia fondata sul matrimonio e come riflesso dell'impegno assunto con il matrimonio, impegno che vincola i coniugi tra loro e si proietta anche verso i figli che nasceranno.

Tuttavia la presunzione è attualmente ridimensionata rispetto al passato. Lo è di diritto (art. 232, 2° comma; art. 250, 1° comma), e lo è di fatto per via della possibilità di "sapere" offerte dalla scienza, dalla genetica. Ci si potrebbe chiedere se la "signoria" oggi riconosciuta alla madre non possa per così dire essere riequilibrata attribuendo al marito un potere in qualche modo speculare, ad esempio, riconoscendogli il potere di opporsi alla dichiarazione della moglie che attribuisce la paternità ad un terzo. Si potrebbe pensare, in caso di nascita da coniugi separati, ad una dichiarazione (eventualmente congiunta) che attribuisca al marito separato la paternità<sup>15</sup>.

Il rapporto tra genitori e figli, si notava, sembra oggi costituire il baricentro della disciplina della famiglia. Sono oggi i padri a rivendicare il diritto alla relazione con i figli, contendendo il primato che la natura e la tradizione sembravano aver assegnato alla donna. La disciplina dell'affido condiviso vuole far sì che entrambi i genitori, nonostante la separazione, conservino la possibilità di seguire i figli, accompagnarli nel loro percorso di crescita, guidarli e indirizzarli nelle scelte esistenziali. I modi in cui la pari responsabilità può essere concretamente attuata variano inevitabilmente da caso a caso, cosicché non pare opportuno proporre un irrigidimento delle regole, come alcuni progetti intendono invece fare<sup>16</sup>. I diritti dei padri (e delle madri) sono pur sempre in funzione del preminente interesse del figlio cosicché è a questo che deve rivolgersi la preminente considerazione del giudice per renderne possibile l'attuazione nella varietà dei contesti e delle situazioni familiari.

Il riconoscimento del ruolo paterno, in realtà, dovrebbe essere promosso non a partire dalla crisi del rapporto di coppia, ma molto prima, nel corso della vita comune. Il tema della conciliazione tra compiti di cura e lavoro professionale non dovrebbe essere un tema al femminile, co-

<sup>13</sup> Al riguardo v. CEDU, *Odievre c. Francia*, 13 marzo 2003, in tema di parto anonimo. Interessante il confronto tra la giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo e quella della nostra Corte costituzionale (25 novembre 2005, n. 425, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 545, con nota di J. LONG).

<sup>14</sup> Ancora P. ZATTI, *op. cit.*, p. 55.

<sup>15</sup> Il code civil (art. 315) ammette in questo caso il riconoscimento del figlio da parte del marito.

<sup>16</sup> Mi riferisco, in particolare, ai DDL Senato n. 957 (29 luglio 2008) e n. 2454 (16 novembre 2010).



me fino ad ora è stato, ma riguardare ogni lavoratore che ha figli da accudire. Il riconoscimento al padre di permessi obbligatori in occasione della nascita e poi in seguito, non dovrebbe essere riguardato come eccezionale o penalizzato dal punto di vista economico, ma inteso come aspetto del diritto alla relazione con i propri figli.

Se dunque la tendenza è quella ad una bigenitorialità piena, dovremmo considerare con rinnovata attenzione il tema del cognome, segno esteriore della relazione e nello stesso tempo espressione per eccellenza dell'identità. Dovremo rendere la sua disciplina indifferente rispetto alla condizione di coniugi dei genitori e, nello stesso tempo capace di riflettere la duplice ascendenza, paterna e materna della prole. Ragioni di opportunità hanno suggerito alla Camera di lasciar cadere la modifica dell'art. 262 e di accantonare la riforma del cognome. Si auspica che si tratti di un rinvio a breve termine.

#### 4. La filiazione tra verità genetica e accoglienza

La filiazione, dicevamo, ha a che fare con la biologia. La riforma del 1975 riflette il *favor veritatis*. Eppure non conta soltanto la discendenza biologica. Non sempre *status* e biologia coincidono. L'interesse del figlio può impedire l'accertamento di uno *status* sia pur biologicamente fondato, ad esempio, quando vi sia opposizione al riconoscimento o alla dichiarazione giudiziale di paternità. Viceversa, può restare definitivamente accertato uno *status* non corrispondente al vero. Il marito è padre dei figli generati dalla moglie anche se non sono i suoi, se non ne viene chiesto il disconoscimento nei termini di legge. Il marito è padre dei figli nati con il seme di un donatore se ha dato il consenso alla procreazione assistita (art. 9, l. n. 40/2004). Il fatto che in Italia la donazione di gameti sia vietata è indifferente. La legge stabilisce una regola che garantisce l'interesse del figlio e nello stesso tempo fonda la paternità su elementi psico-sociali di responsabilità diversi dalla generazione. Una regola corrispondente non è dettata per la maternità quando la concezione assistita ricorra all'apporto di una donatrice o di una madre sostituta<sup>17</sup>. Anche in questo caso, il fatto che la legge italiana vieti il ricorso a tecniche di questo tipo, non dovrebbe essere di ostacolo alla previsione di regole sull'attribuzione della maternità. In mancanza di regole legislative, sono i giudici a doversi pronunciare<sup>18</sup>.

Si profilano così ipotesi in cui lo *status* non è fondato sulla generazione, ma sull'accoglienza. L'adozione ne costituisce il prototipo, ma non ne ha il monopolio. Possiamo chiederci quanto questa modalità dell'essere genitori e figli possa essere estesa per abbracciare altre situazioni che ricorrono nell'esperienza delle famiglie.

Nelle **coppie omosessuali** la nascita di un figlio è frutto di un progetto comune, anche se uno solo è il genitore biologico<sup>19</sup>. Il partner accudisce il bambino come genitore, ma senza acquisire alcuna veste giuridica che lo legittimi nei confronti delle istituzioni sanitarie, scolastiche, che ne riconosca il ruolo educativo in seguito ad una eventuale crisi della coppia. Nelle aule giudiziarie

<sup>17</sup> CEDU, *S. H. and Others c. Austria*, 1° aprile 2010; *Grande Chambre S. H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011. E v. Corte cost., ord. 22 maggio 2012, n. 150.

<sup>18</sup> V. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. int. dir. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss. E ivi il commento di CAMPIGLIO, *Lo stato del figlio nato da contratto internazionale di maternità*, p. 589.

<sup>19</sup> Da A. SHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Milano-Udine, 2011. V. inoltre J. LONG, *Omogenitorialità e principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale*, in *Bioetica*, 2011, 2, p. 211 ss.; D. AMRAM, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale: spunti di comparazione*, in D. AMRAM-ANG. D'ANGELO, *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione Europea*, in *Quaderni della Riv. dir. civ.*, 2011, p. 91 ss.

cominciano ad affacciarsi situazioni e controversie che denotano come l'interesse del bambino deponga nel senso del riconoscimento del rapporto<sup>20</sup>.

Si consideri, poi, come la presenza di un **“terzo genitore”** (vale a dire il nuovo coniuge o il partner del genitore) nell'esperienza di tante famiglie nate sulle ceneri di precedenti unioni presenta problemi non dissimili<sup>21</sup>. La relazione con il figlio dell'altro stabilita dal genitore di fatto non può essere considerata irrilevante. Essa costituisce un aspetto di quella vita familiare che l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta di Nizza riconoscono e garantiscono. La Corte Europea ha mostrato a quale ampio spettro di situazioni possa essere riferita tale tutela<sup>22</sup>. In un caso recente è giunta a comprendere in essa anche la “vita familiare potenziale”, intendendo come tale quella che il vero padre potrebbe aspirare a stabilire col figlio avuto da una relazione con una donna sposata e la cui condizione di figlio legittimo del marito è, secondo la legge nazionale, non più contestabile<sup>23</sup>.

## 5. Nuove figure e antichi paradigmi

Il moltiplicarsi dei modi della filiazione e delle figure della maternità e della paternità ci deve far riflettere su alcuni paradigmi su cui si fonda il nostro diritto della filiazione: intanto quello della **esclusività dello status** (si è figli di un genitore e di uno soltanto)<sup>24</sup>. In diversi contesti l'esperienza prospetta situazioni in cui sono presenti figure diverse di genitori, tali a vario titolo. Si pensi intanto alla figura del terzo genitore. Si pensi poi ai casi di figli con uno stato certo, legittimo o naturale, che tuttavia non corrisponde al vero e che hanno relazioni con il padre biologico, relazioni che alle volte danno luogo a diritti alimentari o successori rivendicati *ex artt.* 279 o 580 c.c.<sup>25</sup>.

Nel campo dell'adozione si assiste al ricorso all'adozione in casi particolari (art. 44 l. adoz.) sia per legittimare il rapporto con il terzo genitore<sup>26</sup>, sia per soddisfare il bisogno di genitorialità da parte di una persona single<sup>27</sup>, talvolta omosessuale<sup>28</sup>, sia per costituire rapporti adottivi “miti”,

<sup>20</sup> Trib. min. Milano 2 novembre 2007, in *Famiglia e minori*, 2008, 3, p. 86.

<sup>21</sup> Al riguardo, v. ANG. D'ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. AMRAM-ANG. D'ANGELO, *La famiglia e il diritto*, cit., 13 ss.; Per qualche spunto rinvio al mio, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in T. AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2007, 285 ss.

<sup>22</sup> Moretti e Benedetti c. Italia, 27 aprile 2010; Wagner c. Lussemburgo, 28 giugno 2007.

<sup>23</sup> Questa circostanza non appare alla Corte decisiva essendo mancata da parte del giudice la considerazione della situazione concreta e dell'eventuale interesse del minore a stabilire una qualche relazione con il padre naturale: v. *Schneider c. Germania*, 15 settembre 2011.

<sup>24</sup> Stigmatizza il “dogma” dell'unicità dello stato di figlio legittimo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori. Presupposti ed effetti*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., III, p. 643 ss., 655.

<sup>25</sup> Nel senso che il figlio legittimo possa esperire l'azione *ex art.* 580 c.c. nei confronti del padre naturale, v. Cass. 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 138 con nota di M. SESTA.

<sup>26</sup> Purtroppo l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 46 l. adoz. e 317 *bis* c.c. di recente offerta dalla Suprema Corte (Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corr. giur.*, 2012, con mia nota critica), in forza della quale non è possibile superare il mancato consenso del genitore naturale, trattandosi di genitore “esercitante la potestà”, rende assai problematico il ricorso all'adozione in casi particolari del figlio del coniuge.

<sup>27</sup> In un recente caso, una cittadina italiana chiedeva il riconoscimento dell'adozione di una minore avvenuta in Russia nella forma dell'adozione piena. In Italia l'adottante ha ottenuto il riconoscimento del provvedimento straniero non come adozione piena, ma come adozione in casi particolari *ex art.* 44 l. adoz. A sentire la Corte «a proposito dell'adozione legittimante l'art. 6, l. n. 184 pone il principio conformatore dell'istituto secondo il quale tale adozione è consentita solo “a coniugi uniti in matrimonio” deve quindi escludersi che i soggetti singoli possano ottenere il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti anziché ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 44, l. n. 184 del 1983»: Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro it.*, 2011, I, 728, con nota di G. DE MARZO, in *Famiglia e diritto*, 2011, 697, con nota di M.A. ASTONE.

<sup>28</sup> Nella sentenza *E. B. c. Francia*, 22 gennaio 2008, la CEDU condanna lo Stato convenuto per violazione dell'art. 14 CEDU in

che non escludono i genitori di origine, ma che li includono in una relazione multipla<sup>29</sup>. Anche il ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità, in diverso contesto, prospetta ipotesi di “maternità una e trina” non gestibili solo attraverso la tecnica (giuridica) del divieto<sup>30</sup>. Riconoscere diverse figure genitoriali non significa attribuire al figlio nei confronti di ciascuna di queste figure il medesimo *status*, la pienezza dello *status filiationis*. Può significare, invece, garantire una tutela limitata a determinati aspetti della relazione, di volta in volta rilevanti. Questa considerazione ci porta a mettere a fuoco un altro aspetto del problema. Nel nostro sistema, quando si è genitori, lo si è a tutto tondo. Lo *status* determina una **globalità** di effetti che si producono per così dire in blocco. Ma proprio la casistica che si è prospettata ci interroga se le figure della genitorialità non possano in qualche modo essere scomposte, limitando ad alcuni effetti soltanto le conseguenze del riconoscimento giuridico. Ad esempio, si potrebbe pensare, in casi specifici, ad un accertamento giudiziale che determini soltanto effetti patrimoniali o successori. Al partner del genitore, poi, potrebbero venire delegati alcuni compiti, ma non tutti, e solo per un periodo di tempo limitato<sup>31</sup>. L’adozione in casi particolari da parte del coniuge dovrebbe rispettare alcune prerogative del primo genitore, senza cancellarne completamente la figura<sup>32</sup>. L’interesse del bambino alla salvaguardia delle relazioni per lui significative dovrebbe portarci a guardare oltre la fissità degli *status*, oltre gli aut aut inesorabili di fronte ai quali ci pone. Dovrebbe dunque portarci a tener conto della ricchezza di una vita familiare che va rispettata e promossa, come ci ricorda la Corte Europea, nella varietà delle sue forme ed espressioni<sup>33</sup>.

---

combinato disposto con l’art. 8 per aver considerato una persona *single* inidonea all’adozione in ragione della sua omosessualità, operando così un sostanziale *revirement* rispetto a quanto affermato sei anni prima nella sentenza *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002. V. inoltre CEDU *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010.

<sup>29</sup> Al riguardo v. App. Genova 1° dicembre 1995, in *Famiglia e diritto*, 1996, 147, con nota di A. FIGONE e v. la casistica illustrata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione “plena, minus plena” e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 683.

<sup>30</sup> Si veda il ricorso all’adozione in casi particolari per legittimare la relazione tra la “madre d’intenzione” e il nato dalla sostituta: Trib. min. Roma 31 marzo 1992, in *Dir. famiglia*, 1993, p. 188; App. Salerno 15 novembre 1991, *ivi*, 1992, p. 1052 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, con nota di R. BITETTI.

<sup>31</sup> In Francia è prevista la *délégation-partage* (un sorta di delega con condivisione) dell’autorità parentale che consente ai genitori deleganti ed al delegatario una condivisione dell’autorità parentale (v. art. 377-1 code civil). sull’esperienza francese, v. M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 201 ss.

<sup>32</sup> È quanto osservo a margine di Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corr. giur.*, 2012, p. 91.

<sup>33</sup> Da ultimo, cfr. *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007; *E. B. c. Francia*, 22 gennaio 2008; *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010; *Schneider v. Germania*, 15 settembre 2011.

## LE AZIONI DI STATUS E IL DDL 2805

---

### **Alberto Figone**

*Avvocato del Foro di Genova, componente del Direttivo nazionale AIAF*

*Docente di diritto privato nella Scuola di specializzazione per le professioni legali, Università di Genova.*

Le relazioni della Prof. Ferrando e dell'Avv. Fanni hanno evidenziato l'importanza della ratio sottesa al DDL 2805, verso la creazione di uno *status* unico della filiazione. Pur non potendosi non apprezzare le finalità perseguite dal legislatore (da tempo auspicate dalla dottrina e condivise in primis proprio dall'AIAF, che, come ricordava l'Avv. Fanni, sull'argomento ha dedicato al tema un convegno a Como nel 2006), pare utile evidenziare alcune criticità; ciò con l'auspicio che in prosieguo esse possano essere emendate nel testo definitivo della riforma.

Come è noto, il DDL 2805 prevede, da un lato, una serie di norme, che ove approvare dal Parlamento, diverrebbero immediatamente operative, innovando, in particolare al regime giuridico della parentela, del riconoscimento dei figli nati e dei procedimenti di affidamento dei figli di genitori non coniugati. Dall'altro, all'art. 2, sotto forma di disegno di legge delega, intende autorizzare il Governo ad adottare «*uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi*». Il disegno di legge necessariamente viene a circoscrivere la discrezionalità governativa, ponendo una serie di limiti e di principi direttivi inderogabili.

Più in dettaglio per quanto attiene allo *status filiationis*, tra le previsioni normative, oggetto di riforma diretta, vi è l'art. 250 c.c., in tema di riconoscimento della prole nata fuori del matrimonio (oggi, prole naturale). Se da un lato, si richiede che il riconoscimento abbia a presupporre l'assenso del figlio, se quattordicenne (in oggi sedicenne), con correlativa incidenza per quanto attiene l'ambito del consenso del genitore che, per primo, ebbe ad effettuare il riconoscimento, dall'altro è prevista una revisione della disciplina di cui al 4° comma. Attualmente, quando il genitore, che per primo ebbe ad effettuare il riconoscimento del figlio naturale, abbia a denegare il suo consenso al riconoscimento da parte dell'altro genitore, questi può adire il tribunale minorile, il quale, sulla base della valutazione dell'interesse del minore, all'esito di un procedimento in contraddittorio, pronuncia sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, «*tiene luogo del consenso mancante*». La riforma prevede invece che l'instaurazione di un procedimento in contraddittorio possa essere solo eventuale; il genitore, che intende riconoscere il figlio naturale, ricorre al «*giudice competente*» (da individuarsi, fino all'auspicata generale revisione delle competenze giudiziali in materia minorile, ancora nel tribunale per i minorenni), il quale fissa un termine per la notifica all'altro. Questi può presentare opposizione nel termine di trenta giorni dalla notifica stessa; in difetto il tribunale decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; malgrado la scarsa chiarezza della previsione, è da ritenere che il tribunale, pur in difetto di opposizione, ben possa respingere la domanda, avuto riguardo all'interesse del minore. Se invece viene interposta opposizione, si aprirà il contraddittorio, il giudice potrà assumere ogni opportuna informazione e disporre l'ascolto del minore, se dodicenne, ovvero capace di discernimento, se di età inferiore.

Uno degli aspetti ad oggi più problematici nel settore della filiazione riguarda le azioni volte alla declaratoria di inesistenza dello *status*, nelle quali si riscontra una profonda differenza tra filiazione legittima e naturale, a scapito di quest'ultima. Il DDL, nella parte relativa alla delega al Governo per l'emanazione di decreti legislativi in materia, purtroppo non pare offrire, almeno sul piano formale, punto risposte adeguate in funzione dell'unificazione dello *status*.

L'art. 244 c.c., come noto, configura l'azione di disconoscimento della paternità quale strumento per superare la presunzione di paternità del marito della donna coniugata. È risaputo che la norma limita la legittimazione attiva ai soli soggetti direttamente interessati all'accertamento dello *status* (padre, madre e figlio), contemplando precisi e rigorosi termini decadenziali, differenziati tra i vari soggetti attivi. È vero che la Corte costituzionale, chiamata più volte a scrutinare la legittimità della norma in questione, ha attutito la rigidità della stessa, in particolare prevedendo che il termine (annuale) per il presunto padre prenda a decorrere non già necessariamente dalla nascita del figlio, ma dal momento della conoscenza dell'adulterio della moglie (cfr. Corte cost. 6 maggio 1985, n. 134); sta di fatto peraltro che l'art. 244 c.c. denota un netto *favor legitimitatis* rispetto al *favor veritatis*. Proprio la previsione di rigorosi termini decadenziali tende infatti a consolidare il mantenimento dello *status* di figlio legittimo, pur quando il concepimento sia avvenuto da parte di uomo diverso dal marito della madre. Ciò ben si poteva giustificare prima della riforma del diritto di famiglia, che attribuiva ai figli "illegittimi" (quelli nati fuori dal matrimonio) uno *status* inferiore rispetto a quelli legittimi: "blindando" l'azione di disconoscimento della paternità, si intendeva così perseguire il miglior interesse del figlio, anche a scapito della verità biologica. Tale impostazione ha perso sostanzialmente di significato dopo il 1975, e non avrebbe più giustificazione alcuna ove venisse attuata la totale equiparazione fra gli *status*.

Assai diverso è invece il regime dell'azione per l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale (ammissibile, oltre che nel caso, di difetto di veridicità, anche quando sia frutto di violenza, per quanto questa fattispecie risulti pressoché sconosciuta nella pratica). Per il caso di difetto di veridicità, la legittimazione *ex art. 263 c.c.* infatti compete a colui che ha fatto il riconoscimento, al figlio e «a chiunque vi abbia interesse». Si tratta di una legittimazione diffusa, che la giurisprudenza riconosce non solo a chi sia portatore di un ovvio interesse di natura patrimoniale (gli altri chiamati alla successione di colui la cui genitorialità si contesta) ma pure di natura morale (a che altri non porti il proprio cognome o si identifichi come componente di una cerchia familiare: cfr. in termini Trib. Bologna 23 aprile 2007, ined.); del resto, proprio la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. in esame, nella parte in cui estende a chiunque vi abbia interesse la titolarità dell'azione (Cass. 15 aprile 2005, n. 7924). Malgrado contrasti in dottrina, si esclude invece in giurisprudenza la legittimazione del PM (Cass. 16 marzo 1994, n. 2515; Cass. 18 ottobre 1989, n. 4201). Sta di fatto che la legittimazione compete anche a colui che ebbe ad effettuare il riconoscimento, magari proprio con la consapevolezza della non conformità al vero dello stesso (frequenti nella prassi sono i riconoscimenti per compiacenza, molto spesso destinati ad essere dichiarati inefficaci a fronte della crisi, anche coniugale, che può coinvolgere il nucleo familiare; cfr. in termini Cass. 24 maggio 1991, n. 5885), come pure a colui che assuma (e riesca a provare) di essere il vero padre del figlio (che eventualmente potrà riconoscere con atto separato), così dimostrando nello stesso tempo sia la propria legittimazione che la fondatezza della domanda (Cass. 22 novembre 1995, n. 12805).

L'azione di impugnazione del riconoscimento è poi imprescrittibile. Ciò significa che lo *status* di figlio naturale può in ogni momento essere rimesso in discussione, non solo dalle parti direttamente interessate (genitore e figlio), ma anche dai loro eredi. La Corte costituzionale, investita della questione, ha, ancora di recente, respinto la questione di legittimità dell'art. 263 ult. comma,

c.p.c., appellandosi alla discrezionalità del legislatore; ciò nel presupposto della non comparabilità (sotto il profilo ontologico e teleologico) delle situazioni poste a raffronto in rapporto ai limiti temporali di proponibilità dell'impugnazione *ex art. 263 c.c.* e dell'azione di cui all'art. 244 (Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 7; ma v. già in termini Cass. 15 aprile 2005, n. 7924).

Come si è visto, proprio nel momento della contestazione dello *status*, l'attuale disciplina introduce e mantiene una vistosa discrasia, che indubbiamente privilegia la filiazione legittima. Ci si sarebbe francamente aspettati che, all'individuazione di un unitario *status filiationis*, corrispondesse anche il superamento di ogni disparità di trattamento sul punto fra "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori del matrimonio". Così purtroppo non pare essere.

Il DDL 2805 all'art. 2, lett. d) individua quale oggetto della delega «*la ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'art. 235 primo comma, numeri 1), 2) e 3) del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali, con rispetto dei principi costituzionali con identità di legittimati attivi, di termini e di rito*». Ad una prima lettura sembrerebbe che la delega riguardi solo l'aspetto "interno" dell'azione di disconoscimento di paternità, con una revisione delle fattispecie che la legittimano e che necessariamente trovano il loro comune denominatore in un "adulterio" posto in essere dalla moglie del presunto padre. Il richiamo all'identità di legittimati attivi, di termini e di rito non viene esteso alla diversa azione di impugnazione del riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio, presa in considerazione dal DDL in altra e diversa previsione (lett. g dell'art. 2). In altri termini il DDL non pone esplicitamente come criterio direttivo per l'emanazione di futuri decreti legislativi quello dell'unificazione dell'azione di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento, anche se una lettura logico-sistematica del testo legislativo, valutato alla luce della finalità della riforma, dovrebbe necessariamente condurre alla soluzione opposta.

Sta di fatto che, come anticipato, la lett. g) dell'art. 2 del DDL 2805 riguarda specificamente l'azione di impugnazione del riconoscimento, di cui è prevista la modifica, sotto due profili: a) imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio; b) introduzione di un termine decadenziale per gli altri legittimati. Il legislatore delegante pertanto dimostra di non voler modificare il novero dei soggetti legittimati all'azione (a meno di non voler optare per l'auspicata lettura sistematica della previsione con quella della lett. d), ma solo di rivedere la regola assoluta dell'imprescrittibilità. L'azione sarebbe sempre imprescrittibile per il solo figlio (e, quindi, nemmeno per i suoi eredi), ma non per gli altri legittimati. Se la previsione di un termine decadenziale è certamente positiva (proprio per far cessare quella perdurante incertezza dello *status* di cui si è detto), spiace constatare come il legislatore delegante non abbia espressamente previsto l'esclusione della legittimazione all'azione da parte di colui che ebbe a procedere al riconoscimento, ben sapendo della non rispondenza al vero dello stesso. È auspicabile che, sempre interpretando in maniera sistematica l'ambito della futura delega, il governo disponga in tal senso, al massimo prevedendo un termine breve (e comunque inferiore agli altri che dovessero essere previsti) per l'impugnazione del riconoscimento in questa ipotesi. Ciò al fine di assicurare la stabilità dello *status*, attribuendo giuridica rilevanza ad un rapporto di filiazione sorto in difetto del corrispondente legame di discendenza biologica.

Del resto, proprio lo stesso legislatore ha espressamente dimostrato la propensione per la tutela dello *status filiationis* pur quando, pur quando il vincolo di genitorialità prescindere dal profilo biologico, per trovare causa in una manifestazione di volontà cosciente. D'obbligo il riferimento alla l. n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita; come è noto l'art. 9 esclude la possibilità di proporre azione di disconoscimento di paternità, ovvero di impugnazione del riconoscimento, quando la fecondazione eterologa, ancorché effettuata in contrasto con le previsioni normative che la vietano, sia avvenuta con il consenso del marito (o del partner) del-

la madre, anche desumibile da atti concludenti. La tanto auspicata creazione dello *status* unico non può dunque operare solo sul piano sostanziale dei diritti e dei doveri dei figli verso i genitori e del comune esercizio della potestà, dovendo riguardare, in via preliminare, il mantenimento dello *status*, fatta salva la doverosa differente disciplina afferente la costituzione dello *status* stesso, a seconda che la nascita avvenga in costanza di matrimonio o meno.

A conclusione delle presenti osservazioni, va qui evidenziato come la lett. f) dell'art. 2 del DDL preveda un abbassamento dell'età per procedere al riconoscimento di figlio naturale (da 16 a 14 anni); ciò in coerenza con l'abbassamento dell'età, che si vorrebbe introdurre in ordine all'assenso al riconoscimento da parte del figlio, come già si è visto. Al di là della possibile rilevanza pratica della previsione, essa è sintomatica della tendenza all'ampliamento della sfera di autonomia negoziale del minore. Quanto poi all'azione per la dichiarazione di maternità e paternità, la lett. h), prevede espressamente, ad integrazione dell'art. 276 c.c., che, in mancanza di eredi del presunto genitore, la stessa sia proponibile nei confronti degli eredi dello stesso, così regolarizzando una situazione assai dubbia, venutasi a creare a seguito di alcune decisioni della Consulta, che avevano dichiarato inammissibile la questione di legittimità della norma in esame, nella parte in cui non prevede la nomina di un curatore speciale, per instaurare il giudizio, in difetto dei soggetti espressamente contemplati (Corte cost. 21 dicembre 2007, n. 450; Corte cost. 20 novembre 2011, n. 379; Corte cost. 20 marzo 2009, n. 80). Nel contempo si prevede un ampliamento della titolarità dell'azione, estesa verosimilmente pure agli ascendenti, al di fuori dei limiti di cui all'art. 270 c.c.

## PROCEDIMENTI DE POTESTATE E ADOZIONE<sup>1</sup>

---

### **Remigia D'Agata**

*Avvocato del Foro di Catania, componente della Giunta esecutiva nazionale AIAF, Presidente AIAF Sicilia*

Nel prendere in considerazione una proposta di revisione del sistema delle adozioni nel nostro ordinamento giuridico, il gruppo di lavoro ha discusso sulla possibilità di ampliare la categoria dei soggetti che possono adottare, riconoscendo l'esigenza che sia consentita l'adozione di minori anche da parte di persone single. Tuttavia, tenendo presente la casistica, si è precisato che andrebbe data la preferenza a coppie, coniugate o meno. La maggioranza dei presenti ha anche escluso la possibilità di adozione da parte di coppie omosessuali. Detto orientamento è emerso nell'ottica di dare al minore adottato delle figure genitoriali diversificate, così da poter avere una crescita quanto più equilibrata possibile.

Si è inoltre discusso sui frequenti casi di adozioni fallite e sull'opportunità di mantenere, anche in tali ipotesi, gli obblighi degli adottanti relativamente al mantenimento, agli aspetti successori ed al mantenimento del cognome.

Quanto agli aspetti processuali, si è convenuto sull'opportunità di mantenere il procedimento di volontaria giurisdizione, pur con gli adeguamenti necessari per il rispetto dei principi del giusto processo, così da garantire una migliore difesa alle parti interessate specie nella fase che richiede l'intervento ed utilizzo da parte del G.D. dei Servizi Territoriali. In particolare si ritiene necessario che, negli incontri con i Servizi, le parti siano assistite da un avvocato o da consulenti di fiducia.

È pure stata criticata la prassi di delega dell'istruzione dei procedimenti de potestate e di dichiarazione di adottabilità ai G.O., cui dovrebbe essere demandato solo l'ascolto dei minori e delle persone coinvolte nel procedimento, che deve comunque avvenire in presenza di consulenti di parte o in modalità video registrata.

Relativamente ai giudizi di idoneità si è rilevata l'opportunità che venga emesso un decreto sia nei casi di adozione internazionale che nazionale, così da rendere edotti gli aspiranti adottanti del loro inserimento o meno nella banca dati, per l'abbinamento con i minori, e in caso contrario consentire loro di promuovere il giudizio di appello.

Unanimemente si è convenuto sulle carenze, organizzative e di preparazione professionale, dei Servizi Territoriali che spesso non svolgono una attività di sostegno alle famiglie, quanto invece un'attività di controllo che non consente l'instaurarsi di un proficuo rapporto di fiducia e collaborazione.

Infine, in merito alla competenza giurisdizionale, si è aperta una riflessione su quale sia il giudice più idoneo a trattare i procedimenti relativi alla potestà dei genitori, alla dichiarazione di adottabilità dei minori, e alla valutazione delle coppie che richiedono l'idoneità ad adottare, e, tenuto conto dei frequenti aspetti penalistici di questi casi, si è convenuto sull'esigenza della specifica specializzazione del giudice, non escludendo, da parte di alcuni, il mantenimento della competenza al tribunale per i minorenni.

---

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.



## LA VIOLAZIONE DEI DOVERI RELAZIONALI E LE LORO CONSEGUENZE<sup>1</sup>

---

**Antonina Scolaro**

*Avvocato del Foro di Torino, componente della Giunta esecutiva nazionale AIAF, Presidente AIAF Piemonte*

Il lavoro del gruppo è stato incentrato sul rilievo da dare alle violazioni dei doveri matrimoniali e genitoriali sulla base delle seguenti considerazioni:

- l'avanzamento di una visione privatistica delle relazioni di coppia e la svalutazione del matrimonio, quale conseguenza della progressiva degiuridificazione dei doveri nascenti dal matrimonio connessa all'idea che la relazione di coppia sia un fatto meramente privato;
- la rivalutazione delle relazioni affettive rispetto ai vincoli formali con un rafforzamento dei vincoli di solidarietà e di responsabilità;
- l'orientamento della Suprema Corte che fin dalla sent. n. 9801/2005 sostiene che la centralità della persona contraddistingue oggi la disciplina giuridica dei rapporti familiari, cosicché, venuto meno il profilo istituzionale che vedeva gli interessi dei singoli subordinati a quelli superiori dell'istituzione famiglia, muta l'intera prospettiva in cui si collocano le situazioni attinenti la responsabilità: «nel sistema delineato dal legislatore del 1975 il modello di famiglia – istituzione, al quale il codice del 1942 era rimasto ancorato, è stato superato da quello di famiglia – comunità, i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti»;
- il venire meno della correlazione tra la pronuncia di addebito e il risarcimento del danno: con la sent. n. 18853/2011 la Corte di Cassazione ha affermato il principio che pur in mancanza di addebito della separazione non vi è preclusione di *separata azione per il risarcimento dei danni prodotti dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e riguardanti diritti costituzionalmente protetti*.

La discussione, ribaditi e discussi i suddetti punti, contenuti nella relazione introduttiva del Prof. Leonardo Lenti, si è quindi sviluppata attraverso i seguenti interventi.

Il Cons. Dott. Piero De Marzo, ribadito che la giuridicità è nella legge, la quale fa conseguire al matrimonio precisi obblighi, ai quali non possono che conseguire delle sanzioni, e che non può esservi premessa di natura "religiosa", nonostante quando si parli di convivenza si metta come contrappunto il valore istituzionale del matrimonio, ha sottolineato la necessità di una precisa individuazione dei pregiudizi che possono essere ammessi al risarcimento del danno.

L'Avv. Gabriella de Strobel, considerato come sia sempre più difficile identificare e provare i comportamenti che costituiscano fondamento della domanda di addebito, ne ha proposto, de jure condendo, l'eliminazione ed una precisa normazione del risarcimento del danno conse-

---

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

guente al pregiudizio patito per i comportamenti *contra legem* messi in atto: pertanto la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio si configurerebbe come funzionale a caratterizzare esclusivamente una mera responsabilità a fini civilistici.

È evidente come da tale proposta scaturisca l'ulteriore problematica di quale normativa proporre per la configurazione della "riparazione del torto subito" che passa così da una configurazione di natura prettamente moralistica ad altra prettamente civilistica.

L'Avv. Maria Carla Serafini ha poi affrontato il problema della deresponsabilizzazione nella relazione coniugale mettendo in evidenza come sia grandemente scemata la consapevolezza della reciprocità dei doveri che si assumono con il matrimonio ed ancora più in generale nelle relazioni sociali: il problema pertanto oltre che giuridico è chiaramente anche problema di rilevanza sociale-culturale, essendosi spostato l'interesse da un piano etico (individuazione del colpevole, marchiato con l'attribuzione della colpa per il fallimento del matrimonio), ad un piano prettamente patrimoniale (quale valore attribuire alla colpa).

Sarebbe pertanto opportuno che il legislatore prendesse atto di come in realtà siano già stati modificati nella loro concreta attuazione i doveri sanciti nell'art. 143 c.c. e che provvedesse a riscrivere tale norma: al riguardo basti osservare l'evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione in ordine alla natura giuridica da riconoscere ai doveri interconiugali.

Si è infatti passati da una impronta più tradizionale e propensa a ravvisare in tali doveri una esclusiva funzione di salvaguardia dell'unità e della stabilità della famiglia ad una interpretazione dei doveri coniugali sanciti dall'art. 143 c.c. come vere e proprie "regole di condotta imperative".

Un primo punto di rottura rispetto alla concezione precedente si è verificato nel 1995, quando con la sent. 26 maggio 1995, n. 5866, la Corte di Cassazione ha sancito per la prima volta, seppur limitandosi ad una affermazione di principio, un obbligo risarcitorio in favore del coniuge danneggiato, così disponendo: «*l'addebito della separazione, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando nel corso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento. Pertanto, la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata*».

Un ulteriore passaggio fondamentale nel percorso evolutivo compiuto dalla Corte di Cassazione è costituito dalla sent. 9 giugno 2000, n. 7859 che ha meglio delineato e motivato il contenuto dell'obbligo risarcitorio previsto, disponendo che: «*in linea di principio deve ritenersi comportamento contrario ai doveri nascenti dal matrimonio la violazione, in assenza di una consolidata separazione di fatto, dell'obbligo della fedeltà coniugale, che costituisce una regola di condotta imperativa (art. 143, 2° co. c.c.), oltre che una direttiva morale di particolare valore sociale, e che assume una gravità ancora maggiore allorché venga attuata in maniera reiterata od, addirittura, attraverso una stabile relazione extraconiugale*».

A coronamento del percorso intrapreso è poi intervenuta la nota pronuncia di legittimità del 10 maggio 2005, n. 9801 con la quale la Corte di Cassazione ha affermato il principio in base al quale i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 143 c.c., alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto e dall'esplicito riconoscimento nell'art. 160 c.c., della loro inderogabilità, nonché dalle conseguenze di ordine giuridico che l'ordinamento fa derivare dalla loro violazione.

Ne deriva, quindi, che la violazione di quei doveri non trova necessariamente la propria sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quali la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza fami-

liare ai sensi dell'art. 146 c.c., l'addebito della separazione con le sue conseguenze in tema di perdita del diritto all'assegno e dei diritti successori, il divorzio e il relativo assegno, con gli istituti ad esso connessi. Discende infatti dalla natura giuridica degli obblighi derivanti dal matrimonio che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio ma può anche, ove ne sussistano i presupposti previsti dalle regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile.

La conclusione del percorso di evoluzione interpretativa compiuto dalla Corte di Cassazione è indubbiamente costituito dalla sent. 15 settembre 2011, n. 18853 dalla quale si traggono importanti riflessioni per il nostro obiettivo: quali prassi, quali riforme sul tema dell'addebito e della responsabilità endofamiliare?

Il caso oggetto di tale pronuncia riguarda un'azione autonoma della moglie volta ad ottenere il risarcimento del danno, in seguito alla lesione dei suoi diritti fondamentali a causa della notorietà della relazione extraconiugale instaurata dal marito, nonostante la separazione si fosse conclusa senza richiesta di addebito.

Con tale sentenza viene, in particolare, denunciata la violazione o falsa applicazione degli artt. 2043, 2059 e 151 c.c., ritenendo che la Corte d'Appello avesse errato nel ritenere non risarcibile il danno in difetto di pronuncia di addebito in sede di separazione.

La Corte di Cassazione ha sancito il principio di diritto in base al quale *«i doveri che derivano dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. senza che la mancata pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva di risarcimento relativa a detti danni»*.

Al riguardo con tale sentenza, la Corte di Cassazione ha stabilito, in conformità con i principi affermati dalla sent. 11 novembre 2008, n. 26972 delle Sezioni Unite, che l'art. 2059 c.c. non prevede un'autonoma fattispecie di illecito, distinta da quella di cui all'art. 2043 c.c., ma si limita a disciplinare i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali di ogni tipo, sul presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito richiesti dall'art. 2043 c.c., quali: condotta illecita, ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, nesso causale e concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso.

Alla luce di tale interpretazione, pertanto, l'unica differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale consiste nel fatto che quest'ultimo è risarcibile in tutti i casi in cui ricorrano gli elementi di un fatto illecito, mentre il primo è risarcibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

In particolare, quanto alla responsabilità per danni non patrimoniali, ai quali attiene il caso oggetto della sent. n. 18853/2011, la Corte di Cassazione ha ritenuto che perché possa sussistere una responsabilità risarcitoria, accertata la violazione del dovere di fedeltà, al di fuori dell'ipotesi di illecito dovrà accertarsi anche la lesione, in conseguenza di tale violazione, di un diritto costituzionalmente protetto e la prova della sussistenza del nesso di causalità tra la violazione e il danno.

L'Avv. Alessandro Sartori ha ricordato come il legislatore abbia previsto attraverso l'art. 709 *ter* c.p.c. (soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni) forme di risarcimento specifiche, con riferimento alla responsabilità genitoriale auspicando quindi che anche in ordine ai doveri coniugali il legislatore intervenga prevedendo specifiche sanzioni. Al riguardo va tuttavia messo in evidenza come la norma in esame non sia scevra da rilievi critici di natura processualistica circa la competenza (Giudice Istruttore o Collegio? Procedimento autonomo o sub-procedimento?) ad emettere il provvedimento e la natura dei provvedimenti stessi.

Il Prof. Leonardo Lenti è intervenuto sul punto affermando l'inutilità di una sanzione specifica

ampliando il tema con riferimento al carattere negoziale degli accordi tra i coniugi, dalla cui violazione consegue specifica responsabilità contrattuale.

Il Cons. Dott. Piero De Marzo ha messo in luce come l'art. 709 *ter* c.p.c., collegato all'ipotesi di modifica delle condizioni di separazione e divorzio abbia comportato una riduzione delle competenze del Giudice Tutelare. Tale norma prevede, infatti, che in caso di disaccordo tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Pertanto, se il disaccordo insorge tra genitori separati (o divorziati) «*la decisione è rimessa al giudice*» (art. 155, 3° comma, c.c.), al quale spetta il compito di risolvere le controversie tra i genitori (art. 709 *ter* c.p.c.). La competenza non è pertanto del Giudice Tutelare ma del giudice della separazione o del divorzio, sia o meno pendente una causa tra le parti: nella seconda ipotesi, occorrerà presentare un ricorso *ad hoc* nelle forme previste dall'art. 710 c.p.c. o dall'art. 9, l. n. 898/1970.

Inoltre, sia l'art. 337 c.c. che l'art. 6, 10° comma, l. n. 898/1970 regolano un residuo ruolo “di vigilanza” del Giudice Tutelare in sede esecutiva, essendo chiamato a controllare l'osservanza delle condizioni che il Tribunale ha stabilito senza alcuna specifica previsione nell'art. 709 *ter* c.p.c.

Quella che quindi viene riconosciuta al Giudice Tutelare è solo una funzione accessoria che non gli consente di intervenire sui contenuti dei provvedimenti attuativi o sanzionatori, svolgendo egli soltanto un'iniziativa di controllo ed impulso affinché i contenuti determinati aliunde dal giudice del processo pendente o dal giudice della revoca e modifica siano effettivamente attuati; in difetto egli potrà farsi promotore delle necessarie iniziative del Tribunale *ex art. 709 ter* c.p.c., che possono essere promosse d'ufficio, vista la peculiarità della materia.

Occorrerebbe infatti riflettere sulla funzione del Giudice Tutelare al quale è di fatto sottratta tutta la materia del controllo e della vigilanza sull'adempimento delle disposizioni contenute nelle sentenze di separazione e di divorzio. Al riguardo si deve segnalare l'opinione contraria di Tommaseo il quale ritiene tuttora in vita l'art. 337 c.c., ritenendo che compito ben diverso è quello del Giudice Tutelare rispetto a quello del Tribunale in un ricorso *ex art. 709 ter* c.p.c. dato che questo potere di vigilanza non ha necessità di ricorso da parte di alcuno, mentre il Tribunale potrà intervenire *ex art. 709 ter* c.p.c. solo a seguito di una specifica richiesta di parte.

In sintesi, quindi, dall'ampia discussione svoltasi nel gruppo, l'ipotesi di riforma ordinamentale che ne sortisce è di una legge che:

- tenga conto della libertà personale nelle relazioni affettive, compresa la libertà di porre fine all'unione coniugale, con contestuale tutela della persona contro le lesioni di interessi di rango costituzionale come i diritti della personalità;
- preveda l'abolizione dell'addebito, con le conseguenze che ad esso sono connesse in quanto eccessivamente penalizzanti e non eque, e soprattutto in ragione della difficoltà di identificare e provare quel nesso di causalità in ordine alla crisi del matrimonio che la costante e recente giurisprudenza della Cassazione ha posto come condicio sine qua non per la sua configurabilità;
- preveda una rigorosa individuazione dei casi dai quali può scaturire la responsabilità civile (comportamenti di straordinaria gravità morale, lesivi di diritti fondamentali della persona);
- individui quali siano le norme di riferimento in tema di responsabilità civile applicabili alla commissione di fatto illecito in ambito familiare (art. 2043 c.c., art. 2059 c.c.);
- riconosca e disciplini espressamente la ricorrenza di un danno ingiusto risarcibile in esito alla violazione di un dovere coniugale.

## LA RESPONSABILITÀ ENDOFAMILIARE VERSO IL CONIUGE E VERSO I FIGLI. ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE E RESPONSABILITÀ DA FATTO ILLECITO<sup>1</sup>

---

**Leonardo Lenti**

*Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Torino*

---

**Sommario:** 1. Quale rilievo sanzionatorio per le violazioni dei doveri matrimoniali? – 2. La crisi dell'addebito. – 3. La via d'uscita: la responsabilità civile. – 4. I valori sottesi all'impiego della responsabilità civile. – 5. I problemi. – 6. I precedenti della Corte di Cassazione. – 6.1. La sent. n. 9801/2005 (est. Luccioli). – 6.2. La sent. n. 18853/2011 (est. Felicetti). – 6.3. La sent. n. 8862/2012 (est. Dogliotti). – 7. Quali potrebbero essere dei limiti ragionevoli? – 8. Un commento finale.

### 1. Quale rilievo sanzionatorio per le violazioni dei doveri matrimoniali?

Il problema del rilievo sanzionatorio da dare alle violazioni dei doveri matrimoniali si pone sul piano della politica del diritto e riguarda allo stesso modo tanto il divorzio quanto la separazione (nei pochi paesi in cui esiste ancora, fra i quali l'Italia è l'unico in cui costituisce il valico sostanzialmente necessitato per giungere a sciogliere il matrimonio).

Nei paesi europei, e più in generale in quelli ove la matrice culturale europea è largamente egemone, come le Americhe, è stato variamente risolto; ma in ogni luogo emerge con estrema evidenza ormai da decenni la tendenza generale a ridurre o addirittura a cancellare del tutto l'accertamento delle responsabilità nella rottura, tranne che per le conseguenze patrimoniali, riguardo alle quali interagisce comunque con altri criteri, aventi fondamento del tutto diverso.

Questa evoluzione esprime con chiarezza la tendenza verso una progressiva, strisciante degiuridificazione dei doveri nascenti dal matrimonio imposti dalla legge a tutti i coniugi, legata al crescere – che sembra inarrestabile secondo i valori più comunemente accolti nelle nostre società – dell'idea secondo la quale la relazione stabile che unisce i componenti di una coppia convivente è un fatto privato, governato secondo regole sui doveri reciproci dei coniugi stabilite autonomamente da loro stessi, molte volte ignorando in modo più o meno accentuato il codice dell'etica matrimoniale ereditato dalla tradizione; un codice che in Italia risale anzitutto al Concilio di Trento e poi al modello politico e culturale della codificazione napoleonica. In sintesi estrema, il matrimonio appare oggi per lo più come una semplice modalità di organizzazio-

---

<sup>1</sup> Testo dell'intervento all'Assemblea nazionale dell'AIAF, tenutasi a Milano il 17-19 maggio 2012.

ne delle relazioni interpersonali intime, a connotato sessuale ed eventualmente riproduttivo: ormai si può dunque dire che secondo una larga parte delle nostre società *matrimonium non interest rei publicae*; non è più un fatto di rilievo Pubblico.

Ciononostante almeno in Italia resta sullo sfondo, sottotraccia, poco visibile e per lo più poco confessata, l'idea che occorra in qualche modo scovare una *sanzione* efficace contro il “colpevole”, magari avvolta nei panni giustificativi di sanzione per la sua immoralità o di premio per la moralità dell'altro. Così se ne mistifica la reale natura, che mi sembra invece quella di inutile rivalsa psicologica o, peggio, di vendetta. Sotto quest'idea, mi sembra aleggi uno strano ectoplasma (o in linguaggio più forbito: un crittótipo): il principio di indissolubilità del matrimonio, che nonostante abbia formalmente cessato di vivere nel 1970, continua purtroppo a innervare molti aspetti del diritto di famiglia, sia sul piano del formante legislativo sia sul piano del formante giurisprudenziale.

## 2. La crisi dell'addebito

Nel nostro diritto la sanzione per la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio esiste da lungo tempo: è l'addebito della separazione, evoluzione modernizzata della tradizionale “colpa”, introdotta dalla riforma generale del diritto di famiglia.

Il portato delle novità legislative del 1975 in tema di separazione è stato oggetto di una curiosa vicenda di politica del diritto. È stato surrettiziamente rifiutato dalla Corte di Cassazione, la quale ha continuato fino al 1994-1995 ad applicare, in buona sostanza, la casistica sulla colpa elaborata prima della riforma e ha per lo più indicato come unico elemento di novità la sopravvenuta ammissibilità della separazione anche in mancanza di una colpa. Pertanto ha continuato a ritenere che esistessero due specie di separazione, una per colpa (eufemisticamente rinominata dal legislatore con “addebito”, ma sostanzialmente analoga a quella previgente) e una senza colpa; che la separazione fosse uno stato provvisorio, un periodo di ripensamento in vista dell'auspicata riconciliazione; con la conseguenza, tra l'altro, che sopravvivessero i doveri personali fra coniugi non incompatibili con la vita separata. Il principale fra questi, la fedeltà, era stato però nel frattempo rinominato con la formula anodina di “dovere di particolare rispetto” (che colpiva pressoché soltanto le “infedeltà” non segrete), visto che la sent. n. 99/1974 della Corte costituzionale aveva giudicato illegittimo che il dovere di fedeltà sopravvivesse alla separazione.

Nel 1994-1995, con una serie di sentenze la cui capostipite è la n. 10512/1994, la Corte di Cassazione ha finalmente accolto, in armonia con la dottrina più attenta all'evoluzione della cultura e dei costumi, una lettura dell'art. 151 c.c. al tempo stesso più aderente al testo normativo e più consona ai modi di sentire ormai diffusi nella nostra società: ha riconosciuto che la legge prevede un unico tipo di separazione, fondato sull'intollerabilità della prosecuzione della convivenza (art. 151, 1° comma). Un'intollerabilità che la giurisprudenza ha sempre inteso, giustamente, in termini soggettivi: lo sanno benissimo tutti gli operatori, da decenni, nonostante le frequenti declamazioni moralistiche sulla sua oggettività, ma la Corte di Cassazione lo ha scritto in modo aperto ed esplicito solo nel 2007, nella sent. n. 21099.

Sulla separazione per intollerabilità si può inserire l'addebito, come connotazione particolare, ma solo se i comportamenti contrari ai doveri nascenti dal matrimonio sono stati la *causa effettiva* dell'intollerabilità, cioè della rottura della relazione di coppia<sup>2</sup>. Con la stessa sent. n. 10512/1994

<sup>2</sup> Sull'addebito mi permetto di rinviare, da ultimo e per tutti, a L. LENTI, *La separazione giudiziale*, in G. FERRANDO-L. LENTI (a

la Corte ha inoltre riconosciuto che nessun dovere di carattere personale sopravvive alla separazione, la quale deve quindi essere intesa – come tutti sanno – come la prima tappa dell'interminabile procedura giudiziaria a tappe che porta al divorzio. La separazione, dunque, non è più solo un *allentamento* del vincolo, ma ne cancella tutto il contenuto allo stesso modo del divorzio, tranne per il divieto di contrarre un nuovo matrimonio.

Non mi soffermo a esporre considerazioni sull'assurdità di un simile sistema: è cosa ormai quasi unanimemente condivisa dagli operatori del diritto, anche se il mondo della politica non sembra altrettanto orientato nella stessa direzione, subendo i *dictat* della gerarchia ecclesiastica. Questi cambiamenti della prassi giurisprudenziale hanno portato anche a una modifica del modo in cui il giudice indaga sul conflitto coniugale: l'accertamento dei comportamenti contrari ai doveri matrimoniali non è più di per sé sufficiente per pronunciare l'addebito, ma occorre che vi sia un nesso causale *dimostrato*, anche ricorrendo a presunzioni, fra tali comportamenti e l'intollerabilità della convivenza, altrimenti, non potendo essere pronunciato l'addebito, le violazioni restano prive di sanzione. Il giudice è quindi chiamato a un'indagine interna sulla dinamica della relazione coniugale, per determinare il punto di rottura della relazione di coppia, nel tentativo di identificare una condotta contraria ai doveri coniugali che non sia giustificata come reazione a condotte precedenti dell'altro, ma che segni una soluzione di continuità nella vicenda della coppia e meriti quindi la qualifica di *causa* della rottura; è un compito – mi sembra – più adatto alla professionalità di uno psicologo della coppia che a quella di un giudice. Imboccata questa strada, è inevitabile che l'addebito sia condannato a deperire. Da un lato perché nel gioco di azione e reazione di cui è formata la vita di coppia, è molto difficile isolare un singolo comportamento causativo dell'intollerabilità e darne la prova in modo davvero persuasivo, nonostante la possibilità di ricorrere a presunzioni. Dall'altro lato perché sempre più emerge che lo strumento dell'addebito è inefficiente e ingiusto, dato che le sue conseguenze sanzionatorie colpiscono in modo non equo: se la perdita della qualità di successore legittimo e di legittimario colpisce entrambi allo stesso modo (ma la morte di uno dei due prima della pronuncia di divorzio è per lo più percepita sul piano psicologico come inattuale, avvolta nelle imperscrutabili nebbie del futuro), la perdita del diritto all'assegno di mantenimento colpisce invece solo la moglie, tranne rari casi, per ragioni economiche ben radicate e note a tutti.

Davanti al deperimento dell'addebito, ormai evidentissimo nella giurisprudenza dell'ultimo decennio, le reazioni possono essere due diverse, opposte: di *sollievo*, sia perché si rimuove una fonte di litigiosità molto forte, sia perché la privatizzazione e la soggettivizzazione del matrimonio e del relativo rapporto mal tollerano giudizi giuridico-morali dati dall'esterno e a posteriori sui comportamenti reciproci dei coniugi; oppure di *preoccupazione*, per lo svigorirsi dell'unico strumento che permette di sanzionare i comportamenti che violano il codice etico matrimoniale ereditato dalla tradizione, il quale è incurante delle scelte esistenziali eventualmente diverse che hanno connotato la vita coniugale.

### 3. La via d'uscita: la responsabilità civile

Così compare la *novità*, in coincidenza cronologica non casuale con la svolta interpretativa degli anni 1994-1995 cui ho fatto cenno sopra: viene scovata la nuova sanzione, il risarcimento del danno per fatto illecito. Non è certo una novità che la disciplina dei fatti illeciti sia utilizzata

---

cura di), *La separazione personale dei coniugi*, volume del *Trattato diritto civile*, diretto da G. Alpa-S. Patti, Cedam, Padova, 2011, p. 167 ss.

per supplire a inefficienze o a lacune nella tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali. Oggi è ovvio che non ha senso immaginare, quanto alla responsabilità civile, un'immunità di principio tra i componenti della famiglia, per il solo fatto di essere tali. Ma è bene sottolineare – benché non venga spesso ricordato – che anche ieri era lo stesso: basti pensare al risarcimento del danno morale derivante dall'adulterio della moglie, che in passato poteva accompagnare la sua condanna penale, finché l'adulterio era stato reato, cioè fino al 1968. In queste circostanze non si era mai sentita menzionare l'immunità, sicché la sua ovvia inconcepibilità odierna non offre alcun argomento serio a favore dell'impiego della responsabilità civile per sanzionare la violazione dei doveri coniugali, nonostante le frequenti declamazioni in senso opposto di una parte della dottrina.

L'introduzione attuale della responsabilità civile nelle relazioni matrimoniali ha avuto il suo stimolo iniziale, molto forte, dalla cresciuta attenzione all'esigenza, fondata su motivi di equità e di giustizia, di risarcire le lesioni dei diritti fondamentali della persona produttive di danni, per lo più soltanto non patrimoniali, in qualunque modo e circostanza si siano verificate. Riguardo a questi danni, mi permetto di osservare, di passaggio, che nonostante i continui proclami della giurisprudenza (e della dottrina) sull'inammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento, non è sempre ben chiaro se il risarcimento del danno alla persona, determinato nel suo ammontare in via equitativa, sia davvero compensativo o se invece sia piuttosto un danno sostanzialmente punitivo, benché mascherato.

Per quanto in questi anni è apparso alla superficie, la responsabilità civile ha iniziato a penetrare nelle relazioni coniugali proprio a partire da questa attenzione alla tutela dei diritti fondamentali della persona, con lo scopo di sanzionare i comportamenti gravemente illeciti. In linguaggio traslato, il suo ingresso è stato molto favorito dal fatto che il territorio delle tecniche per sanzionare le violazioni dei doveri coniugali si presentava non più efficacemente presidiato da un sistema sanzionatorio specifico proprio, grazie al deperimento dell'addebito, più che meritato, senza però che fosse completamente superata l'idea che dovesse per forza esistere un qualche sistema sanzionatorio.

Così abbiamo assistito a una curiosa invasione culturale e concettuale: gli studiosi della responsabilità civile hanno scoperto un nuovo territorio da occupare, che però conoscevano poco, e gli studiosi del diritto di famiglia per alcuni anni non si sono avveduti di quanto stava accadendo. Solo tardi, quando la giurisprudenza lo aveva già legittimato, hanno percepito i pericoli insiti nell'uso del nuovo strumento sanzionatorio; un uso che può degenerare con grande facilità nell'abuso.

A determinare l'esito vittorioso di questa invasione ha avuto un ruolo propulsivo fondamentale la formidabile macchina mediatica costruita da Paolo Cendon: con le sue collane e con il suo sito «*personaedanno*» l'ha fortissimamente promossa, come una modalità per accrescere la tutela della persona, anche ricorrendo alla tecnica di sottolineare la pubblicazione, fra le sentenze di merito, di quelle favorevoli al suo orientamento, lasciando invece nell'anonimato le altre, e invadendo il mercato librario di opere "militanti" a favore dell'uso della responsabilità civile nelle relazioni coniugali. A questo modo ha fatto sorgere l'impressione che si fosse di fronte a una tendenza inarrestabile, anche quando inarrestabile non era ancora<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Due segnalazioni bibliografiche sono opportune: la ricognizione più ampia e affidabile di tutti gli aspetti della materia della responsabilità civile all'interno della famiglia è il volume *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, in *Giurisprudenza Bigiavi*, Utet, Torino, 2008; lo studio (monografico) più serio, equilibrato e completo in materia di responsabilità civile fra coniugi (e fra genitori in quanto tali) è quello di G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, II ed., Ipsoa, Milano, 2009.



Oggi invece la lettura dell'ultima sentenza della Corte di Cassazione in proposito (n. 8862/2012), ove si fa riferimento a un "orientamento costante" (eppure il numero dei giudicati di legittimità in materia non esaurisce le dita di una mano), mi fa temere che ormai la tendenza sia davvero diventata inarrestabile. Dunque, l'applicazione delle regole della responsabilità civile nel diritto delle relazioni coniugali, che piaccia o no, è entrata a far parte del *diritto vivente*. Ma quali esattamente siano tali regole non è ancora ben definito: si può dire che non esiste a tutt'oggi una giurisprudenza consolidata che detti regole chiare, uniformi e univoche sull'applicazione dell'art. 2043 alle relazioni di coppia.

#### 4. I valori sottesi all'impiego della responsabilità civile

L'attuale diffusione dell'impiego della responsabilità civile generale per sanzionare i comportamenti di un coniuge verso l'altro – che di solito consistono in primo luogo violazioni dei doveri coniugali – nasce da una vicenda paradossale: dall'*oggettiva confluenza* fra due linee di politica del diritto ispirate a principi e visioni del diritto e delle regole di coesistenza nella società che sono non soltanto profondamente diverse fra loro, ma addirittura in aperta *contraddizione* l'una con l'altra.

Da un lato vi è chi tende a questo modo a rafforzare la tutela della persona, con la finalità ideale di porre al centro la tutela della personalità *individuale* di ogni donna e di ogni uomo, di valorizzare così al massimo le loro soggettività, le peculiarità idiosincratiche del loro modo di essere.

Dall'altro lato vi è chi ha intendimenti ideali opposti e nutre un dissenso più o meno sotterraneo verso il progressivo deperimento delle sanzioni per il coniuge che ha violato i suoi doveri. Questo atteggiamento serpeggia fra i nostalgici dell'etica matrimoniale ottocentesca o di quella tridentina, ma forse non soltanto fra loro. Per costoro la diffusione del ricorso alla responsabilità civile a scopo sanzionatorio costituisce un'efficace strumento per difendere non certo la soggettività della persona, ma al contrario il sistema etico tradizionale del matrimonio (sottinteso: non più seriamente difendibile con il vetusto strumento dell'addebito), con i suoi caratteristici obblighi (art. 143 c.c.) che il sistema legislativo ha per lungo tempo imposto ai coniugi, senza curarsi delle loro scelte eventualmente diverse. Non solo, ma anche per difendere il gruppo "famiglia", quale espressione tangibile di un progetto originario comune della coppia: alla famiglia mi sembra si finisca così per riconoscere, in nome del principio di responsabilità per le proprie azioni e dell'affidamento creato nell'altro coniuge, qualcosa che sembra abbastanza simile a un *interesse suo proprio, sovraordinato* rispetto a quello degli individui che ne fanno parte e potenzialmente confliggente con la loro libertà; un interesse, questo, la cui esistenza però, come tutti sanno, è abitualmente negata a livello di proclami di principio in modo pressoché unanimemente tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza.

La saldatura fra queste due linee di tendenza esprime dunque – ribadisco – un *paradosso*.

#### 5. I problemi

Se si vuole evitare che la responsabilità civile svolga una funzione restauratrice delle regole del passato, come mi sembra doveroso e come anche la dottrina più "militante" afferma di ritenere opportuno, se si vuole davvero rafforzare la tutela dei diritti fondamentali della persona, allora occorre disegnare dei confini molto precisi al suo impiego, limitandolo ai casi in cui è presente una lesione dei diritti fondamentali della persona estremamente grave, ma soprattutto sorretta da una volontà fortemente e coscientemente determinata a fare il male dell'altro, a farlo soffri-

re, quasi con spirito da atto emulativo. Non è proprio il caso di impiegarlo, invece, per sanzionare comportamenti magari anche gravemente scorretti e causa di sofferenza per l'altro, ma il fine dei quali è soltanto quello di esercitare la propria libertà di porre fine al rapporto con l'altro e non quello di infliggergli sofferenze maggiori di quelle connesse inevitabilmente con l'andarsene. Ogniquale volta una coppia si rompe, si lascia, vi è sofferenza: sempre per uno dei due, molte volte per entrambi.

Questa sofferenza, a sua volta, può generare un danno alla persona: un danno però che non può essere considerato risarcibile, salvo i casi fuori dal comune in cui genera una vera e propria patologia psichica di rilievo medico-legale. Altrimenti ne deriverebbe una lesione gravissima del principio di *libertà personale nelle relazioni affettive*, tanto nell'inziarle quanto nel terminarle.

È una cosa ovvia e banale, ma forse è bene ricordarlo: sia secondo i principi morali comunemente accettati, sia secondo gli atteggiamenti psicologici socialmente più diffusi, il rapporto coniugale d'oggi è fondato sull'amore reciproco. Quando questo finisce o non è più reciproco restano travolte la ragion d'essere e, in fondo, la moralità stessa del rapporto di coppia sul quale il matrimonio è fondato. Ciò significa che ciascuno dei due coniugi ha la *libertà* di andarsene, di porre fine al rapporto, magari anche con l'intenzione di avviarne un altro o di lasciargli libero spazio, se già avviato: divorziare fa ormai parte, incontestabilmente, dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni essere umano, come più volte confermato sia dalla nostra Corte di Cassazione, sia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Come emerge da questi pochi e banali cenni, l'impiego della responsabilità civile apre problemi rilevanti, per il conflitto fra principi che innesca. Occorre quindi cercar di definirne le regole in modo ragionevole ed equilibrato, evitando anche, se possibile, di stimolare una crescita eccessiva del contenzioso motivato dalla ripicca o dal cercare comunque di "afferrare qualcosa" nel corso della lite giudiziaria. Non si può entusiasticamente affermare – come invece fa la più volte citata dottrina "militante" – che si tratti di una conquista di civiltà; è soltanto uno strumento, potente, alquanto pericoloso perché difficilmente controllabile, fonte quindi di *incertezza* del diritto. Potrebbe a volte tutelare con una qualche efficacia la vittima di comportamenti gravemente scorretti che violano i suoi diritti fondamentali, ma non dovrebbe proprio mai essere usato come se fosse una nuova versione dell'addebito.

In sintesi schematica, i principali problemi che si pongono sono i seguenti.

- a) Quanto appena scritto mette in evidenza un conflitto di principi fra la *libertà personale nelle relazioni affettive* e la *tutela della persona contro la lesione dei suoi diritti fondamentali*: alla libertà di andarsene dal rapporto matrimoniale fa da contrappeso il dovere di non infliggere sofferenze maggiori di quelle inevitabilmente connesse con tale gesto. Una traccia di questo conflitto si rinviene già da tempo nella giurisprudenza sui comportamenti tenuti da un coniuge in situazioni di difficoltà di convivenza dovuta a comportamenti (colpevoli o no poco importa) dell'altro: sono tranquillamente ammessi quelli omissivi, fino al massimo dell'allontanamento, mentre sono in linea di principio vietati quelli commissivi dotati di una certa capacità offensiva.
- b) In che cosa consiste l'*ingiustizia del danno*? La giurisprudenza di legittimità cerca di elaborare una distinzione fra la lesione dei diritti fondamentali della persona, oggetto di garanzia costituzionale, e la violazione dei doveri matrimoniali previsti dal codice civile, cioè di norme aventi soltanto forza di legge ordinaria. Si tratta di una distinzione chiara in astratto, ma inadeguata in concreto, per le gravissime difficoltà che si incontrano quando si cerca di applicarla. Un chiarimento decisivo potrebbe venire dal riconoscimento di una lesione dei diritti fondamentali della persona (che chiunque deve rispettare) fra conviventi non sposati. Tuttavia finora non ve n'è traccia alcuna nella giurisprudenza; anzi, è frequente trovare spe-

cifica menzione dei doveri nascenti dal matrimonio come oggetto della violazione, che si estende poi ai diritti fondamentali della persona. La chiarezza sul punto, come si vede, non alberga proprio nella nostra giurisprudenza.

- c) Qual è la posizione del *terzo seduttore o seduttrice*? Sul punto la giurisprudenza sembra ormai orientata, per fortuna, a considerare che il fattore di per sé sempre prevalente è il principio di *libertà personale nelle relazioni affettive*, senza che possa neppure porsi la questione dell'autolimitazione di questa libertà dovuta al fatto di aver contratto matrimonio. La conseguenza inevitabile è che il danno derivante dal successo dell'azione seduttiva del terzo, cioè l'avvio di una relazione d'amore con una persona sposata, non può mai essere qualificato come *ingiusto*. Né si può applicare la figura dell'induzione all'inadempimento, perché la scelta di avviare e coltivare una relazione extraconiugale non può che farsi risalire alla volontà di entrambi, salvo considerare la donna come *oggetto passivo* dei Corteggiamenti maschili, come pure qualche volta la giurisprudenza ha avuto l'ardire di scrivere<sup>4</sup>.
- d) L'esistenza di norme dettate specificamente per regolare la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio *esclude in linea di principio* l'impiego di altri strumenti, quali la responsabilità civile? La risposta comunemente data è negativa, ma non si fa mai carico di scernere con adeguata precisione la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio dalla lesione dei diritti fondamentali della persona. Anche su questo punto, dunque, la chiarezza non alberga affatto nella nostra giurisprudenza.
- e) Qual è il *danno risarcibile*? Non credo che la Corte di Cassazione, con le celebri sentenze a Sezioni Unite del 2008, abbia effettivamente risolto alcunché sul piano delle regole operative (salvo che a proposito dei danni bagatellari), mentre ha ben chiarito alcuni aspetti di questa sfuggentissima materia sul piano delle categorie concettuali ordinarie. L'unica cosa certa al momento mi sembra la risarcibilità del danno alla salute di un coniuge, causatogli da comportamenti scorretti dell'altro purché sia suscettibile di accertamento medico-legale (sono pochissime le sentenze di merito, a quanto mi consta, che hanno compiuto tale accertamento). Ma a questo punto bisogna farsi una domanda, cui né la giurisprudenza né la dottrina "militante" rispondono: perché mai sarebbe necessario il rapporto coniugale affinché un tale danno sia risarcibile? Per il resto, a tutt'oggi l'incertezza del diritto regna sovrana: e non è questione di poco conto, dal momento che è decisiva per quantificare il danno, soprattutto per evitare che sia quantificato in modo cervellotico.
- f) È necessario *distinguere radicalmente* fra la relazione di coppia e la relazione genitore-figlio. La prima non è una relazione necessitata: l'uscita da essa costituisce – come già accennato – un diritto fondamentale della persona. La seconda, al contrario, è una relazione necessitata, dalla quale per il genitore non c'è via d'uscita, salvo il caso della dichiarazione di adottabilità seguita dalla pronuncia dell'adozione. Riguardo alla relazione genitore-figlio la giurisprudenza riconosce da tempo, molto opportunamente, che l'inadempimento volontario della funzione genitoriale, consistente nel non curarsi in modo adeguato o, peggio in alcun modo, dell'esistenza del figlio e dei suoi bisogni affettivi e materiali è produttivo di un danno ingiusto (il caso capostipite, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, è quello deciso con la sent. n. 7713/2000). Analogamente ha qualificato anche il danno derivante dalla denigrazione della figura di un genitore presso il figlio comune, condotta dall'altro genitore in modo sistematico.

---

<sup>4</sup> Per esempio nel celebre caso *Spadavecchia c. Santolamazza*, gustosamente commentato da P. CENDON, *Non desiderare la donna d'altri*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 607 ss.

## 6. I precedenti della Corte di Cassazione

Negli ultimi 15 anni, cioè da quando il problema è diventato attuale e discusso, i precedenti di legittimità che ammettono la risarcibilità del danno fra i coniugi sono al momento solo 3, mentre molto maggiore è il numero delle sentenze di merito che seguono tale orientamento<sup>5</sup>.

Un dato che merita di essere sottolineato è che in due dei tre precedenti di legittimità il procedimento giudiziario per il risarcimento del danno è stato iniziato in modo autonomo, dopo la conclusione dei procedimenti per giungere alla rottura della convivenza e poi del matrimonio (separazione, annullamento, divorzio). Invece nella gran parte dei precedenti di merito pubblicati la richiesta di risarcimento è formulata e decisa nel corso del procedimento di separazione giudiziale. È ovviamente incomprensibile, purtroppo, se le sentenze pubblicate siano rappresentative dell'universo delle sentenze in materia. Mi permetto comunque di dubitare: anche indipendentemente dagli orientamenti promozionali della macchina mediatica cendoniana, ciò che fa notizia è il nuovo, cioè l'ammissione del risarcimento, mentre non la fa l'ennesima ripetizione di quanto è stato per lungo tempo consueto, cioè il suo rifiuto.

### 6.1. La sent. n. 9801/2005 (est. Luccioli)

Il caso non è dei più consueti: la moglie, ottenuti sia la dispensa ecclesiastica per il matrimonio rato non consumato (provvedimento non delibabile) sia il divorzio per inconsumazione, agisce successivamente in giudizio per ottenere il risarcimento del danno per la lesione di un diritto fondamentale della persona, quello di avere una normale vita sessuale nel matrimonio ed eventualmente di realizzarsi nella maternità; il marito infatti, benché consapevole di essere affetto da impotenza al coito, non glielo aveva rivelato prima delle nozze.

La moglie fa valere una lesione dei diritti fondamentali della persona, e precisamente del diritto a una normale vita sessuale nel matrimonio; è una lesione *dolosa*, poiché consiste in un deliberato inganno, ed è di *straordinaria gravità* quanto al contenuto: secondo il comune modo di sentire, infatti, una simile malformazione fisica è incompatibile con una normale relazione coniugale.

La moglie non fa dunque valere una violazione dei doveri nascenti dal matrimonio. Eppure nel caso sarebbe stata presente secondo la giurisprudenza in tema di addebito, poiché il marito aveva gravemente mancato di sincerità verso la moglie, con il suo deliberato silenzio sulla propria impotenza. Sul punto la Corte precisa «che è appunto l'omessa informazione che integra l'illecito», in quanto viola l'obbligo «di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto»; un obbligo esistente anche prima del matrimonio, nella prospettiva di contrarlo.

In questo suo primo precedente la Corte pone in evidenza che l'illiceità consiste nella violazione di un diritto fondamentale della persona, la quale contiene in sé anche una violazione dei doveri nascenti dal matrimonio. La distinzione tra violazione dei diritti fondamentali della persona e violazione dei doveri nascenti dal matrimonio è proclamata a gran voce, ma tutt'altro che chiara e netta; non a caso.

---

<sup>5</sup> Su questa materia, per una più ampia riflessione critica e per una disamina analitica della giurisprudenza (aggiornata alla fine del 2010), mi permetto di rinviare, da ultimo e per tutti, a L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in G. FERRANDO-L. LENTI (a cura di), *op. cit.*, p. 571 ss.

### 6.2. La sent. n. 18853/2011 (est. Felicetti)

Il caso: la moglie, già separata consensualmente, agisce successivamente in modo autonomo per il risarcimento del danno dovuto alla lesione dei suoi diritti fondamentali: come motivo di questa lesione adduce la notorietà della relazione extraconiugale del marito che, a quanto sembra di capire, era precedente alla separazione.

La sentenza d'appello aveva respinto la richiesta della moglie osservando che questa non aveva fatto valere l'infedeltà ai fini dell'addebito. È evidente, mi sembra, un grave errore motivazionale dell'appello; siccome questa era stata l'impostazione della causa, neppure era stato compiuto un accertamento sulla fondatezza delle pretese della moglie. A quanto sembra in primo grado vi era stata una consulenza tecnica d'ufficio, ma non se ne conoscono gli esiti.

I giudici, dopo aver ribadito che la violazione dei doveri matrimoniali e la lesione dei diritti costituzionalmente garantiti della persona non si identificano, precisano che la violazione dei primi non è di per sé fonte di danno non patrimoniale risarcibile, trattandosi di un «pregiudizio derivante da violazione di legge ordinaria» e non della «compromissione di un interesse costituzionalmente protetto», come invece richiesto dalla giurisprudenza di legittimità in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona.

I giudici sottolineano poi con attento puntiglio i limiti entro i quali si può riconoscere la risarcibilità del danno: vi dev'essere un preciso *nesso di causalità* fra la condotta dell'un coniuge e il danno subito dall'altro; «la rilevanza e le caratteristiche fattuali» della violazione della fedeltà sono diverse ai fini dell'addebito e del risarcimento (è qui evidente l'allusione alla questione del nesso causale con l'intollerabilità ai fini dell'addebito); il danno, infine, «non può sussistere nella sola sofferenza psichica», ma deve consistere nella lesione della salute o in «atti specificamente lesivi della dignità della persona».

Da tutto ciò il principio di diritto, che merita di essere riportato integralmente: «*i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi su detti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni*».

Dato il tenore della sentenza d'appello, la *ratio decidendi* è centrata sul fatto che non vi è alcuna pregiudizialità fra la domanda di addebito e la domanda di risarcimento del danno.

### 6.3. La sent. n. 8862/2012 (est. Dogliotti)

Il caso: la moglie chiede in sede di separazione giudiziale, fra l'altro, l'addebito al marito per violazione del dovere di fedeltà e il risarcimento del danno per la stessa ragione. I giudici di merito avevano accolto la richiesta di addebito e respinto invece quella di risarcimento del danno. Subito all'inizio della sentenza vi è un'affermazione apparentemente piana, ma che risulta poi determinante e contraddice in modo aperto, forse senza avvedersene, l'affermazione delle due sentenze precedenti (ben esplicitata soprattutto nella seconda), le quali escludono che la violazione dei doveri matrimoniali e la lesione dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti si identifichino: «per ragioni sistematiche – si legge – va esaminato dapprima il ricorso incidentale: si censura l'addebito per violazione dell'obbligo di fedeltà a carico del marito e, se tale censura fosse accolta, rimarrebbe assorbito il motivo del ricorso principale cir-

ca il risarcimento del danno per tale violazione». La differenza attentamente indicata nelle sentenze precedenti è dunque sparita e le cause che possono produrre il risarcimento del danno sembrano identificarsi con quelle che possono produrre l'addebito.

La motivazione è molto frettolosa: si limita a richiamare il «nuovo orientamento», affermando che «rileva proprio la qualità di coniuge e la violazione di obblighi nascenti dal matrimonio che, da un lato è causa di intollerabilità della convivenza, giustificando la pronuncia di addebito, con gravi conseguenze, com'è noto, anche di natura patrimoniale, dall'altro, si configura come comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile». Poste le cose in questi termini, mi sembra che il risarcimento del danno altro non sia se non una nuova versione dell'addebito, che vorrebbe essere aggiornata ai tempi; della lesione dei diritti fondamentali della persona, oggetto di garanzia costituzionale, non vi è più traccia.

## 7. Quali potrebbero essere dei limiti ragionevoli?

Questo è lo stato attuale della giurisprudenza di legittimità; per mancanza di tempo e di spazio non posso analizzare la giurisprudenza di merito.

In ogni caso, davanti a questa deriva, che ritengo estremamente pericolosa tanto sul piano culturale quanto sul piano sociale e della pratica forense, credo – come già detto in precedenza – che sia necessario identificare dei limiti ragionevoli.

L'impiego della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. dovrebbe essere *rigorosamente circoscritto* ai casi in cui un coniuge ha tenuto nei confronti dell'altro condotte di *straordinaria gravità morale*, che vadano ben al di là dell'inadempimento dei doveri assunti con il matrimonio (un caso emblematico è quello deciso dalla nota sentenza del Trib. Firenze 13 giugno 2000) e che:

- giungano fino a integrare fattispecie di reato; oppure
- siano lesive dei diritti fondamentali della persona, *indipendentemente* – questo va sottolineato con forza! – dal fatto che gli interessati siano o non siano legati fra loro dal matrimonio, sicché potrebbe verificarsi anche all'interno di una coppia non sposata; oppure
- esprimano un vero e proprio *stravolgimento* del significato stesso del rapporto coniugale, con una *dolosità* specifica particolarmente intensa: vale a dire rendano manifesto che un coniuge ha *strumentalizzato* il matrimonio per fini che il sentire comune d'oggi ritiene che non gli si confacciano e che ne siano un tradimento ideale (questo potrebbe essere il caso della sent. n. 9801/2005, mentre non sembra proprio essere quello della sent. n. 18853/2011, né tanto meno quello della sent. n. 8862/2012).

Con riguardo specifico a quest'ultima ipotesi, mi sembra indispensabile ai fini della risarcibilità del danno che il rapporto di convivenza non si protragga per un periodo di tempo significativo *dopo* che la vittima ha avuto la *consapevolezza* dei suddetti stravolgimenti, strumentalizzazioni, lesioni subite: in caso contrario il suo comportamento manifesta una sorta di *acquiescenza*, che vale a interrompere il nesso causale fra la condotta lesiva e il danno. Tale interruzione del nesso di causalità presenta una sostanziale somiglianza funzionale (e morale) con l'effetto sanante, ai fini della validità del matrimonio civile, che gli artt. 120, 2° comma e 122, 4° comma, c.c. attribuiscono al protrarsi della convivenza per un anno, dopo cessata l'incapacità o scoperto l'errore (così per esempio, a proposito del risarcimento del danno, Trib. Milano 10 febbraio 1999). L'importanza di questo effetto sanante è stata sottolineata di recente dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 1343/2011, che ai fini della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità ma-

trimoniale ha attribuito valore di *ordine pubblico* al principio espresso in modo puntuale dalle regole sulla sanatoria dovuta al successivo protrarsi della convivenza.

## 8. Un commento finale

Che dire, che commento finale proporre? Credo che con la responsabilità civile fra coniugi per la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, così come si va delineando nella giurisprudenza, si sia generato un mostro: una sorta di mina vagante che impedirà di chiudere in modo definitivo la controversia coniugale con la separazione legale (salvo la tappa successiva, di solito non più drammatica, del divorzio), restando sempre aperta la possibilità di un'azione in giudizio per il risarcimento del danno secondo l'art. 2043 c.c., entro il termine di prescrizione di 5 anni. In questa situazione qual mai avvocato potrà consigliare con serena tranquillità di accettare una separazione consensuale, sapendo che il cliente è a rischio di una successiva azione per il risarcimento del danno? Certo, si potrebbe pensare di inserire nell'accordo consensuale una clausola di rinuncia ad agire per il risarcimento del danno; ma forse qualcuno potrebbe obiettare – credo a torto – che vi osterebbe la qualifica di indisponibilità che connota i diritti fondamentali della persona.

Questa deriva ha già avuto e sempre di più avrà l'effetto di moltiplicare le occasioni di conflitto, perché promuove la litigiosità delle parti, esito di cui non si sente proprio l'esigenza, offrendo ottime possibilità di sviluppo per l'attività di quegli avvocati – di certo non gli avvocati iscritti all'AIAF! – che praticano il diritto di famiglia con lo stesso atteggiamento con cui è giusto praticare il diritto contrattuale, cioè con il fine di ottenere la vittoria per il cliente. Correlativamente, credo che aumenterà invece le difficoltà d'azione per quegli avvocati che invece – correttamente – ritengono che nelle cause di diritto familiare la vittoria consista piuttosto nel raggiungimento di una soluzione che sia accettabile per entrambe le parti anzitutto sul piano emotivo, e che proprio per questo sia tale da sedare gli animi e quindi da reggere nel tempo, senza generare conflitti ulteriori.

Inoltre mi sembra difficilmente evitabile che questa deriva nuoccia fortemente alla certezza del diritto, vale a dire alla prevedibilità delle decisioni giudiziali: quando invece una giurisprudenza saggia, insieme con un saggio modo di svolgere la professione, dovrebbero cercar di ridurre al massimo l'incertezza del diritto.

## I RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO<sup>1</sup>

---

**Eugenia Serrao**

*Giudice del Tribunale di Roma*

---

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Criteri di determinazione dell’assegno di mantenimento. – 3. Accordi a latere della separazione consensuale. – 4. Contenuto dell’ordinanza presidenziale nel giudizio di divorzio. – 5. Differenze tra assegno di mantenimento e assegno divorzile. – 6. La realtà socio economica attuale. – 7. Conclusioni.

### 1. Premessa

La giurisprudenza della Corte costituzionale rappresenta, nella materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi, un fondamentale punto d’osservazione per chi voglia esaminare l’evoluzione dei relativi istituti in rapporto al mutare del costume sociale, sia che si voglia ravvisare nel diritto uno specchio del costume sociale, sia che si voglia, invece, sottolineare la funzione propulsiva del diritto rispetto al costume sociale.

In una dotta pronuncia del 1995<sup>2</sup> la Consulta affermava che tra le linee fondamentali della riforma del diritto di famiglia va ravvisata una logica paritaria nella posizione di entrambi i coniugi, principio estensibile agli aspetti del lavoro e delle sfere patrimoniali. Ciò in maggiore aderenza all’odierna realtà sociale delle famiglie, ed alla moderna concezione che valorizza l’attività di ciascuno dei coniugi, escludendo la subordinazione economica di uno all’altro. Questa linea tendenziale si manifesta in diverse norme vigenti, tra le quali il nuovo testo dell’art. 143

---

<sup>1</sup> Relazione tenuta all’Assemblea nazionale dell’AIAF, Milano 17-19 maggio 2012.

<sup>2</sup> Corte cost. sent. n. 286/1995: Le disarmonie e le incongruenze, denunciate dal giudice ‘a quo’ sotto il profilo della “irragionevolezza sopravvenuta” – e che indubbiamente sussistono – tra la “presunzione muciana”, in quanto tuttora operante, nei confronti del coniuge del fallito, in forza dell’impugnato art. 70 della legge fallimentare, in regime di separazione convenzionale dei beni, e le linee fondamentali della riforma del diritto di famiglia (ex l. 19 maggio 1975, n. 151) in quanto ispirata al principio della parità dei coniugi anche riguardo agli aspetti del lavoro e delle sfere patrimoniali, con maggiore aderenza all’odierna realtà sociale delle famiglie – che esclude la sudditanza economica del coniuge dell’imprenditore presupposta dalla presunzione ‘de qua’ e in cui la effettività degli acquisti personali dei coniugi è “normale ricorrenza” – si risolvono prevalentemente in contrasti tra la norma censurata (come interpretata dal giudice rimettente) ed altre norme dello stesso rango, le quali, pur configurandosi come corretta attuazione dei principi della Costituzione, non partecipano tuttavia della forza di questi. Pertanto, trattandosi di aspetti irragionevoli ma che non attengono all’ambito costituzionale, la loro soluzione – in modo ad esempio analogo a quanto avvenuto per l’ipotesi di comunione legale – resta affidata all’attività ermeneutica di competenza dell’autorità giudiziaria. (Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all’art. 3 Cost. – sotto gli anzidetti profili – dell’art. 70, r.d. 16 marzo 1942, n. 267).



c.c., l'abolizione dell'antico istituto della dote, l'introduzione del regime legale della comunione dei beni, nonché il passaggio della separazione dei beni all'ambito dei regimi convenzionali, in cui i coniugi optano espressamente per un regime volontario che implica l'esclusione di interferenze fra i loro patrimoni, specie nell'ipotesi in cui questi siano frutto delle rispettive attività.

Il primo elemento che gioca un ruolo fondamentale nel mutamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi è il superamento del principio di indissolubilità del matrimonio che, nel 1970, avvia il lungo ed inarrestabile cammino che rivoluzionerà il significato della norma costituzionale in cui si afferma il principio dell'unità familiare (art. 29 Cost.).

Nel 1966 la Corte costituzionale<sup>3</sup>, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 156 c.c., perché in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto poneva una diversità di tutela basata su differenze di genere, affermava che «*L'assoluto divieto fatto al legislatore dall'art. 3 di disporre qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso, incontra, per quanto riguarda i rapporti familiari, un solo e tassativo limite, qual'è posto dall'art. 29, 2° co., della Costituzione a garanzia dell'unità della famiglia: limite che, rivestendo carattere di eccezione al principio generale che l'articolo stesso formula, della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, dev'essere interpretato restrittivamente, ... comunque si debba intendere l'unità voluta tutelare dall'art. 29, si deve ritenere che essa non sia invocabile di fronte a coniugi rispetto ai quali, pel fatto stesso della separazione, sono venuti a mancare i presupposti dell'unità, sia che di questa si consideri l'aspetto materiale o fisico, essendo cessata la convivenza, e con essa la collaborazione della moglie alla gestione domestica, sia quello spirituale, essendosi resa manifesta un'incompatibilità fra i due tale da rendere non più possibile la vita in comune. Deve pertanto ritenersi contrastante con l'art. 29 il disposto dell'art. 156, nella parte in cui, prevedendo la separazione senza colpa di nessuno dei due coniugi, impone al marito di provvedere a tutto quanto si rende necessario ai bisogni di vita della moglie senza alcuna considerazione dei mezzi di cui questa per avventura disponga. A tali mezzi si deve invece avere riguardo per stabilire quale parte debba essere impiegata per consentire alla moglie separata, non già di sottrarsi allo stato di bisogno, che potrebbe anche non sussistere, bensì di mantenere quello stesso tenore di vita che avrebbe goduto se non fosse intervenuta la separazione, in concorso con le somministrazioni rivolte allo stesso scopo, che devono rimanere a carico del marito, in proporzione alle sue sostanze*».

Anche con la sent. n. 143/1967, in cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 622 c.p.c. (c.d. presunzione muciana) perché in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto poneva una diversità di tutela in ragione della differenza di genere, veniva già in evidenza la necessità di considerare la più moderna posizione economica e sociale della donna nella famiglia e fuori di essa. «*Questa nuova posizione è riconosciuta nell'art. 70 della legge fallimentare, che applica la c.d. presunzione muciana alla moglie nel fallimento del marito e al marito nel fallimento della moglie, e presupposta nell'art. 207 del testo unico delle leggi sulle imposte dirette, che limita la proponibilità delle istanze in separazione, sia alla moglie nell'esecuzione esattoriale contro il marito, sia al marito nell'esecuzione esattoriale contro la moglie. Non si spiega che, nell'esecuzione forzata ordinaria, soltanto la moglie subisce restrizioni nella tutela del suo diritto di proprietà, quando oggi la moglie, non di rado, ha una propria posizione professionale e quindi ha la possibilità di acquisire beni suoi con danaro non proveniente dal marito. Non si spiega nemmeno il perché la moglie deve provare con atto di data certa l'appartenenza dei beni acquistati prima del matrimonio, mentre al marito la giurisprudenza ordinaria suole applicare lo art. 621 del Codice di procedura civile che consente al riguardo maggiore libertà di prova: oggi anche la donna nubile riesce ad inserirsi nella vita produttiva, e, quando ciò accade, diviene verosimile che essa, anteriormente alle sue nozze, possa essersi formato un suo patrimonio attivo. La norma impugnata ferisce il principio di eguaglianza anche perché pone*

<sup>3</sup> Corte cost. n. 46/1996.

*una diversità di tutela in ragione di una situazione dipendente dal sesso. Non vale il richiamo all'art. 29 della Costituzione, perché la norma impugnata non è a protezione della unità della famiglia, ma vuole evitare una frode ai creditori, e perché l'unità familiare non esclude la protezione integrale dei diritti patrimoniali della moglie: essa anzi risulta rafforzata da questa protezione, che contribuisce ad evitare o a ridurre il pericolo di incoraggiare le separazioni personali, come rimedio diretto ad evitare che la moglie veda coinvolti i suoi beni nell'esecuzione forzata contro il marito, essendo la convivenza coniugale il presupposto dell'applicazione della norma denunciata».*

Si vuol dire che, prima dell'emanazione della legge sul divorzio, le pronunce della Corte costituzionale in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi tradivano il disagio dell'interprete nell'affermare che il principio dell'unità familiare costituisse una plausibile eccezione al principio di eguaglianza tra i coniugi. In alcuni casi, quindi, si sosteneva che il principio di cui all'art. 29, 2° comma, Cost. cedesse il passo al principio di eguaglianza nell'interpretazione delle norme regolatrici della separazione sul presupposto che, in tal caso, non vi fosse unità familiare da tutelare. Per altro verso, dove possibile, il principio di eguaglianza tra i coniugi e l'esigenza di tutelare i diritti patrimoniali di entrambi andava acquistando una propria autonomia rispetto all'unità familiare per tutte quelle ipotesi normative in cui, si diceva, l'unità familiare non potesse essere messa a repentaglio dall'affermazione dell'eguaglianza tra coniugi.

Il definitivo superamento di tale impostazione si deve alla sent. n. 133/1970 che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 145, 1° comma, c.c., nella parte in cui non subordinava alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita (In forza di quanto dispone l'art. 145 c.c. mentre il marito ha il dovere di somministrare alla moglie, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita (1° comma), la moglie è tenuta a contribuire al mantenimento del marito (solo) se questi non ha mezzi sufficienti), ebbe espressamente ad affermare *«La Corte ritiene che siffatta disparità di trattamento non trovi giustificazione in funzione dell'unità familiare. Si può, anzi, affermare che, quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo».*

Per altro verso, l'eliminazione del divieto di donazioni (art. 781 c.c.) tra coniugi<sup>4</sup> (1973), poneva in luce l'esigenza di non porre i coniugi in una posizione di diseguaglianza rispetto ai cittadini non coniugati e rispetto a coloro che vivevano relazioni affettive non correlate al rapporto di coniugio e di non limitare ingiustificatamente la loro capacità contrattuale, ritenendo la norma un retaggio culturale secondo il quale il matrimonio legittimo creasse fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l'uno potesse sempre essere circuito o costretto dall'altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni.

L'elenco delle pronunce costituzionali che si sono occupate, più o meno direttamente, dell'argomento è veramente consistente. Basta, tuttavia, aver citato alcune di esse per comprendere che il percorso della giurisprudenza costituzionale è univoco nel senso di affermare nei più diversi settori la sempre maggiore rilevanza del lavoro femminile<sup>5</sup> quale elemento imprescindibi-

<sup>4</sup> Corte cost. sent. n. 91/1973.

<sup>5</sup> Mentre nel 1972 la Corte aveva dichiarato infondata la questione, con sent. n. 6/1980 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636 (Modificazioni delle disposizioni sulle assicurazioni obbligatorie per l'invalidità e la vecchiaia, per la tubercolosi e per la disoccupazione involontaria), convertito nella l. 6 luglio 1939, n. 1272, sostituito con l'art. 2 della l. 4 aprile 1952, n. 218 (riordinamento delle pensioni sul l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti), e con l'art. 22 della l. 21 luglio 1965, n. 903 (Avviamento alla riforma e miglioramento dei trattamenti di pensione della previdenza sociale), nella parte in cui (5° comma) stabilisce che se superstite è il marito la pensione è corrisposta solo nel caso che esso sia riconosciuto invalido al lavoro ai sensi del 1° comma dell'art. 10: *«La*

le per l'affermazione dell'eguaglianza senza distinzione di genere; la giurisprudenza di legittimità e delle corti di merito, tuttavia, si esprime sulla base delle istanze provenienti dal contesto sociale nel suo divenire o, per meglio dire, nel suo lento divenire.

## 2. Criteri di determinazione dell'assegno di mantenimento

*«Al coniuge al quale non sia addebitabile la separazione spetta, oggi, ai sensi dell'art. 156 c.c., un assegno tendenzialmente idoneo ad assicurargli un tenore di vita analogo a quello che aveva prima della separazione, sempre che non fruisca di redditi propri tali da fargli mantenere una simile condizione e che sussista una differenza di reddito tra i coniugi. La quantificazione dell'assegno deve tener conto delle circostanze (art. 156, 2° co., c.c.) consistenti in quegli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito dell'onerato, suscettibili di incidere sulle condizioni economiche delle parti»<sup>6</sup>.*

*«Nel giudizio di separazione personale la verifica della ricorrenza dei presupposti per l'attribuzione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge più debole e la relativa quantificazione non presuppongono di necessità l'accertamento da parte del giudice del titolo di proprietà delle sostanze economiche di pertinenza di ciascun coniuge, essendo sufficiente ai fini di tale accertamento un'attendibile ricostruzione delle complessive situazioni patrimoniali e reddituali delle parti, tratta dagli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, suscettibili di incidere sulle condizioni economiche delle parti, e, quindi, nel caso d'immobili anche desunta dalla disponibilità concreta di essi e dal vantaggio economico connesso alla possibilità di fruirne»<sup>7</sup>.*

Nel determinare se ed in che misura possa riconoscersi ad uno dei coniugi il diritto all'assegno di mantenimento occorre, dunque stabilire:

- a) se vi sia disparità di reddito tra i coniugi;
- b) quale fosse il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio;
- c) gli elementi di fatto di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito, che incidono sulle condizioni economiche delle parti.

In merito al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, si tratta di un parametro funzionale a regolare i casi in cui vi sia notevole disparità di reddito tra i coniugi ed i casi in cui uno dei coniugi non abbia redditi ed è spesso, ma erroneamente<sup>8</sup>, correlato alla valutazione del fat-

---

*realtà del lavoro femminile nell'odierno assetto socio-economico del Paese e la nuova configurazione legislativa dei rapporti patrimoniali tra i coniugi (introdotta con legge n. 151 del 1975 di riforma del diritto di famiglia) non autorizzerebbero più una tale presunzione di dipendenza economica della moglie dal marito. Ritiene la Corte, superando i propri ricordati precedenti, che la questione oggi nuovamente sollevata sia fondata, a prescindere da un esame comparativo delle posizioni dell'uomo e della donna quanto alle possibilità di accesso al lavoro e al dato statistico della sua prestazione. Infatti ciò che unicamente rileva è che, rispetto al profilo delle finalità di tutela perseguite dal legislatore con l'estensione del trattamento di pensione al coniuge superstite, la situazione si presenta con connotati assolutamente identici di fronte al decesso del lavoratore assicurato o pensionato, sia questi il marito ovvero la moglie ...».*

<sup>6</sup> Cass. 27 giugno 2006, n. 14840.

<sup>7</sup> Cass. 21 ottobre 2010, n. 21649.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. sent. n. 20638/2004: *«... La sentenza stessa ha inoltre richiamato ed applicato, nell'escludere la spettanza dell'assegno, i parametri della durata del matrimonio e del contributo prestato dal richiedente alla formazione del patrimonio del coniuge o di quello comune, che – come è noto – costituiscono criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio, ma che in sede di separazione non possono valere – pur integrando circostanze valutabili ai sensi del comma 2 dell'art. 156 c.c. ai fini della determinazione dell'entità dell'assegno – ad escludere la spettanza del contributo. Ed ancora la Corte di merito, affermando che la disponibilità da parte della moglie, preesistente al matrimonio, di un reddito più che sufficiente alle sue esigenze personali ostava al riconoscimento dell'assegno, ha ancora una volta ignorato che funzione propria di detto emolumento è quella di garantire, ove consentito dalle capacità economiche dell'altro coniuge, la continuazione del precedente tenore di vita ed ha finito con il ripristinare, piuttosto che detto standard, quello goduto dalla donna anteriormente alle nozze».*

to che l'attuale condizione economica di una delle parti possa considerarsi o meno conseguenza dell'apporto di lavoro casalingo dell'altra.

Nella giurisprudenza di legittimità il parametro del tenore di vita si identifica con «*lo standard reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi*».

Occorre, in proposito, evidenziare come il legislatore abbia inteso attribuire nella materia della separazione e del divorzio una rilevanza economica al lavoro casalingo che, invece, non ha riconosciuto nell'ambito degli altri settori in cui possono assumere rilievo i rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>9</sup>.

Ciò nonostante, il tenore di vita sembra un parametro di incerta applicazione, sia per l'ovvia considerazione per cui la separazione comporta un impoverimento dei componenti il nucleo familiare<sup>10</sup>, secondo un fenomeno inverso a quello per cui la convivenza comporta una ripartizione degli oneri<sup>11</sup>, sia per le difficoltà che si rilevano nel fornire ed acquisire adeguata prova del tenore di vita. Vale la pena, inoltre, evidenziare che è molto frequente l'ipotesi in cui, godendo il nucleo familiare di un solo reddito di poco superiore alla soglia di povertà<sup>12</sup>, la linea di confine tra assegno di mantenimento ed assegno alimentare tende a scomparire.

In questo senso si può sostenere che dovrebbe esservi una soglia al di sotto della quale non si possa scendere nella determinazione dell'assegno di mantenimento, ancorché in tal caso lo stesso venga ad identificarsi con l'assegno alimentare (art. 156, 3° comma, c.c.), né il concetto di tenore di vita può essere astratto dalla realtà economica in cui i componenti del nucleo familiare verranno a trovarsi dopo la separazione, la decisione essendo sempre legata ai redditi dell'obligato (art. 156, 2° comma, c.c.).

<sup>9</sup> La Corte cost. n. 187/1974 dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 215 c.c. nella parte in cui non prevede la presunzione di comunione degli acquisti dei coniugi indipendentemente dalla stipula dell'atto pubblico: «*Il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dall'art. 29 della Costituzione, esige certamente che ad esso si adegui ed informi anche il regime positivo dei rapporti patrimoniali; ed è incontestabile che la vigente disciplina legislativa di questi rapporti può dar luogo a situazioni di inadeguata tutela giuridica, tra le quali appare particolarmente grave e meritevole di protezione, specie nel caso di separazione personale, quella della donna priva di un proprio lavoro professionale autonomo, che abbia dedicato la sua attività all'adempimento dei doveri di moglie e di madre, occupandosi assiduamente delle cure e faccende domestiche. In regime di separazione dei beni, il contributo recato dall'operosità e dall'abnegazione della casalinga all'economia familiare e al risparmio dell'azienda domestica, molto spesso ragguardevole anche se difficilmente valutabile in denaro, rimane privo di efficace tutela, specie quando il marito abbia investito i risparmi, frutto delle comuni fatiche e rinunzie, nell'acquisto a nome proprio di beni immobili o mobili. Se, sotto questo profilo, si deve riconoscere che il vigente ordinamento italiano presenta una vera lacuna, occorre tuttavia dichiarare, con eguale chiarezza, che il potere di colmare tale lacuna compete esclusivamente al legislatore*».

<sup>10</sup> Ma vedi Cass. sent. n. 20638/2004: «*... è indubbiamente vero che la separazione può determinare e normalmente determina la cessazione di una serie di benefici e di consuetudini di vita, così come di rapporti personali e sociali che in qualche misura segnano la quotidianità della coppia, strettamente collegati alla posizione patrimoniale, reddituale, professionale e sociale dell'uno o dell'altro coniuge, che non sono riproducibili durante la separazione, ed è pertanto sotto questa prospettiva corretta l'affermazione della Corte di merito che nella specie la cessazione del diretto godimento da parte della moglie di beni di straordinario valore non è di per sé suscettibile di monetizzazione. L'errore della Corte territoriale consiste nell'aver fatto riferimento, ai fini della spettanza dell'assegno, ad un concetto di stile di vita ancorato alla concreta fruizione di un patrimonio prestigioso, e quindi nell'aver ommesso di considerare, come una corretta lettura dell'art. 156 c.c. imponeva, tutte le potenzialità derivanti dalla titolarità di detto patrimonio in termini di redditività, di capacità di spesa, di garanzia di elevato benessere, di fondate aspettative per il futuro ...*».

<sup>11</sup> Cass. n. 17195/2011: «*In tema di diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio in caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei coniugi viene meno di fronte alla instaurazione, da parte di questi, di una famiglia, ancorché di fatto; la conseguente cessazione del diritto all'assegno divorzile, a carico dell'altro coniuge, non è però definitiva, potendo la nuova convivenza – nella specie, uno stabile modello di vita in comune, con la nascita di due figli ed il trasferimento del nuovo nucleo in una abitazione messa a disposizione dal convivente – anche interrompersi, con reviviscenza del diritto all'assegno divorzile, nel frattempo rimasto in uno stato di quiescenza*».

<sup>12</sup> La soglia di povertà relativa per una famiglia di due componenti è pari alla spesa media mensile per persona nel Paese: nel 2010 è risultata pari a 992,46 euro (+ 1% rispetto al valore della soglia nel 2009). Pertanto, le famiglie di due persone che hanno una spesa mensile pari o inferiore a tale valore vengono classificate come povere. Per famiglie di ampiezza diversa il valore della linea si ottiene applicando un'opportuna scala di equivalenza che tiene conto delle economie di scala realizzabili all'aumentare del numero di componenti.

Bisogna intendersi sulla portata di quell'orientamento giurisprudenziale che indica come primario elemento di valutazione il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio dai coniugi<sup>13</sup>. Innanzitutto, va detto che la norma chiave in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi è l'art. 143, 3° comma, c.c., da cui si desume che i doveri di ordine patrimoniale non sono suscettibili di adempimento coattivo finché dura l'unione e tuttavia pone un principio generale (c.d. principio contributivo, introdotto nel 1975)<sup>14</sup>, che ha carattere inderogabile ai sensi dell'art. 160 c.c. Tale principio non può essere ignorato nella valutazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, posto che la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che il parametro di riferimento, ai fini della valutazione di adeguatezza dei redditi del soggetto che invoca l'assegno, è dato dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio, quale elemento condizionante la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del medesimo richiedente, non avendo rilievo il più modesto livello di vita eventualmente subito o tollerato<sup>15</sup>. Né può essere preso come parametro di riferimento un tenore di vita basato sulla contribuzione di un solo coniuge a fronte di ampie disponibilità dell'altro che nel corso del matrimonio non siano state destinate alla famiglia.

Sembra, infatti, che la disciplina dell'art. 143 c.c., interpretata alla luce dell'art. 29, 2° comma, della Costituzione, laddove pone l'esigenza di contemperare libertà del singolo e unità familiare, imponga di anteporre il valore dell'unità familiare alla libertà del singolo di disporre dei propri beni, in virtù dell'inderogabilità del principio contributivo.

Alla luce di tale principio, d'altro canto, va preso in considerazione il contributo fornito mediante il lavoro casalingo, forse a torto considerato nella sua valenza economica solo a favore di chi lo ha prestato e non anche a favore di chi ne ha tratto benefici economici, destinati a venir meno con la separazione. Intendo dire che l'apporto di lavoro casalingo, ove sia reale e non celi una mera inoccupazione del coniuge, venuto meno con la separazione, comporterà nuovi oneri economici per il coniuge che ne beneficiava (minori economie nella spesa alimentare, colf, spese di lavanderia e di sartoria, baby-sitter).

Concludendo in merito all'asserita priorità del parametro del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ritengo che tale orientamento giurisprudenziale meriti una rivisitazione e che il tenore di vita sia elemento significativo solo qualora non sia in contestazione, o solo dopo che sia accertato, che entrambi i coniugi hanno tenuto un comportamento rispettoso dei doveri di contribuzione di cui all'art. 143, 3° comma, c.c.

Mentre risponde ad una corretta applicazione del principio di eguaglianza tra i coniugi negare la sussistenza dell'obbligo di mantenimento quando, a parità di disponibilità patrimoniali, la previsione di un assegno costringerebbe l'obbligato ad alienare il proprio patrimonio<sup>16</sup>, si rivelano più efficaci quei parametri obiettivi che possono più agevolmente essere introdotti nel giudizio attraverso l'istruttoria, come la proprietà della casa familiare, l'entità del patrimonio di

<sup>13</sup> Cass. n. 9915/2007.

<sup>14</sup> I doveri di contribuzione materiale non possono applicarsi nel periodo antecedente il matrimonio, come si desume dalla disciplina delle restituzioni e del risarcimento prevista a proposito della promessa di matrimonio dall'art. 81 c.c., a differenza di quanto capita per i doveri di lealtà e correttezza e solidarietà che secondo Cass. n. 9801/2005 preesistono al matrimonio.

<sup>15</sup> Cass. n. 13747/2003; n. 18327/2002; n. 4800/2002; n. 3974/2002; n. 10465/1996; n. 7437/1994.

<sup>16</sup> Sia pure in tema di assegno divorzile, Cass. n. 8051/2011: «In tema di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nel caso in cui il patrimonio immobiliare del coniuge che chiede l'attribuzione dell'assegno divorzile e gli eventuali altri suoi redditi, non siano in grado di assicurargli il mantenimento del pregresso tenore di vita senza dover ricorrere alla, sia pure parziale, alienazione del detto patrimonio, prima di potergli negare il diritto all'assegno il giudice deve esaminare quale sia la posizione economica complessiva del coniuge nei cui confronti l'assegno sia richiesto, per verificare se sia tale da consentire (nel bilanciamento dei rispettivi interessi), attraverso la corresponsione di un assegno divorzile, di conservare ad entrambi i coniugi il pregresso tenore di vita, senza intaccare il patrimonio di nessuno di loro».

cui i coniugi hanno la titolarità o di cui possono a vario titolo fruire (es. casa per le vacanze della famiglia di origine), i loro redditi.

Più recentemente, la Corte di legittimità<sup>17</sup> ha delimitato ulteriormente la portata del parametro del tenore di vita sia affermando che «*nella determinazione dell'assegno di mantenimento, deve tenersi conto del tenore di vita "normalmente" godibile in base ai redditi percepiti dalla coppia, e, pertanto, colui al quale è riconosciuto il diritto a tale assegno, potrà chiedere, per tale titolo, le somme necessarie ad integrare entrate sufficienti a soddisfare le sue esigenze di vita personale ed in relazione al medesimo livello già raggiunto nel corso del matrimonio, non dovendosi nell'assegno comprendere, di regola, somme che consentano atti di spreco o di inutile prodigalità del suo destinatario; ne discende che non rilevano eventuali atti di liberalità eccezionali o straordinari dell'obbligato durante la vita coniugale, non qualificabili come esborsi destinati ordinariamente alla vita anche sociale o di relazione dei coniugi o dell'avente diritto; né il mantenimento è destinato allo svolgimento di attività diverse da quelle strettamente inerenti allo sviluppo della vita personale, fisica, culturale e di relazione del coniuge che lo riceve, e, quindi, non serve per gli investimenti o per consentire una eventuale attività imprenditoriale di chi ne beneficia*», sia indicando la necessità di valutare le capacità economiche dell'obbligato sul reddito netto<sup>18</sup>, così in parte discostandosi da quell'orientamento per cui la valutazione delle condizioni economiche delle parti non richiederebbe la determinazione dell'esatto importo dei redditi posseduti attraverso l'acquisizione di dati numerici o rigorose analisi contabili e finanziarie<sup>19</sup>.

Si può concludere affermando che, a meno che non vi sia una sproporzione patrimoniale, che concorre nel giudizio sul tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, tale parametro verrà per lo più a coincidere con il raffronto tra le condizioni reddituali dei coniugi, potendosi presumere che, a prescindere da quel che si sia verificato in concreto e che potrà formare oggetto di prova contraria, ciascuno dei coniugi abbia contribuito ai bisogni familiari, in ossequio al disposto di cui all'art. 143, 3° comma, c.c., in proporzione alle proprie sostanze ed alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo.

Quanto al reddito, a mio sommesso avviso dovrebbe essere accertato nel suo esatto ammontare e significativi mutamenti della situazione reddituale dovrebbero sempre incidere in senso modificativo sull'ammontare dell'assegno di mantenimento. Sembra, tuttavia, più frequente l'ipotesi in cui la giurisprudenza tenda ad attribuire maggior rilievo ai mutamenti reddituali in senso migliorativo<sup>20</sup>.

### 3. Accordi a latere della separazione consensuale

Si noti che l'apporto di lavoro domestico, ma anche in generale i doveri di solidarietà familiare, non hanno rilevanza nei giudizi diversi dalla separazione e dal divorzio.

<sup>17</sup> Cass. n. 18613/2008.

<sup>18</sup> Cass. n. 9719/2010: In tema di separazione fra i coniugi, la valutazione in ordine alle capacità economiche del coniuge obbligato ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno di mantenimento a favore dell'altro coniuge non può che essere operata sul reddito netto e non già su quello lordo, poiché in costanza di matrimonio, la famiglia fa affidamento sul reddito netto ed ad esso rapporta ogni possibilità di spesa.

<sup>19</sup> Cass. n. 23051/2007.

<sup>20</sup> Cass. n. 785/2012: «*Nella determinazione dell'assegno di mantenimento, occorre tenere conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiedi l'assegno, qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio (Nella specie, la S.C. ha ritenuto rappresentare il prevedibile sviluppo della carriera notarile l'incremento di reddito collegato all'esperienza acquisita, all'aumento dei clienti, allo spostamento da una piccola località ad una città più grande)*».

Ad esempio, la costruzione di un immobile su suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi è di proprietà di quest'ultimo secondo i principi dell'accessione, a nulla rilevando l'apporto costituito dall'assistenza e dal sostegno morale, affettivo e manageriale che l'altro coniuge assume d'aver fornito alla famiglia<sup>21</sup>.

Il principio viene ripetuto in tema di comunione legale<sup>22</sup>, nonostante lo stretto nesso esistente tra la separazione personale e lo scioglimento della comunione legale<sup>23</sup>.

Con specifico riguardo, poi, alle convenzioni che i coniugi sottoscrivono in occasione della crisi coniugale, nonostante il legislatore abbia evitato di utilizzare il termine "contratto" nella materia della famiglia (che compare solo negli artt. 162, 4° comma, c.c. e 166 c.c.), è ormai un dato acquisito che vi sia piena compatibilità tra contratto e famiglia, secondo quanto già limpidamente espresso dalla Corte di legittimità nel 1993<sup>24</sup>, e che siano pertanto pienamente validi gli accordi di natura prettamente patrimoniale che valgono a definire l'assetto patrimoniale conseguente alla separazione. Tali accordi sono stati definiti con una felice espressione i "contratti della crisi coniugale"<sup>25</sup>, proprio per esprimere il passaggio dalla concezione istituzionale della famiglia alla concezione costituzionale, improntata al principio di eguaglianza e pari dignità dei coniugi<sup>26</sup>.

Le già richiamate pronunce della Consulta, a partire dalla dichiarazione d'incostituzionalità del divieto di donazioni tra coniugi<sup>27</sup>, hanno avuto un ruolo molto incisivo nell'ambito della contrattazione familiare, sempre più modificata nel senso dell'autonomia contrattuale dei coniugi dopo l'introduzione, nel 1987, del divorzio su domanda congiunta.

La separazione consensuale (ancor più dell'accordo sul versamento una tantum dell'assegno divorzile e del ricorso per divorzio congiunto), in ragione della collocazione cronologica a ridosso della crisi coniugale, rappresenta lo strumento privilegiato di emersione dei contratti della crisi coniugale, fermo restando che eventuali controversie insorte con riguardo a tali contratti dovranno essere portate all'esame del giudice nelle forme del processo ordinario<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Cass. n. 20508/2010.

<sup>22</sup> Cass. n. 4523/2010: La Corte di merito, seppur con qualche incertezza nell'esposizione, afferma che il Tribunale, non avendo ricavato dalla prova testimoniale elementi decisivi, avrebbe potuto presumere come uguali le quote incrementate dai conviventi, ma che questo ha richiamato i doveri di solidarietà familiare ex art. 143 c.c., per giustificare la parità dell'impegno dei coniugi. È evidente che l'impiego di somme prelevate dal patrimonio personale in spese ed interventi sul patrimonio comune, ai sensi dell'art. 192 c.c., 3° comma, nulla ha che vedere con i doveri di solidarietà familiare (che hanno carattere generale, e prescindono, tra l'altro, dal tipo di regime familiare scelto dai coniugi).

<sup>23</sup> Cass. n. 4757/2010, con un revirement, afferma che la domanda di scioglimento della comunione si può proporre anche quando è ancora pendente il giudizio di separazione personale, purché nelle more del primo giudizio intervenga il giudicato sulla domanda di separazione.

<sup>24</sup> Cass. n. 2270/1993: «In realtà il controllo del tribunale in sede di omologazione, pur trovando il suo momento più specifico, esteso anche alla possibilità di indicazioni correttive, nell'area dell'affidamento e del mantenimento dei figli, nondimeno involge anche le altre parti dell'accordo di separazione, come verifica del non travalicamento del canone di inderogabilità posto dall'art. 160 c.c. D'altra parte, l'accordo di separazione non si scinde in una duplice tipologia di clausole strutturalmente differenziate (processuali o extraprocessuali, secondo la terminologia della sentenza citata), ma è atto unitario ed essenzialmente negoziale, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia e in tale prospettiva si è collocata anche la giurisprudenza di questa Corte con alcune recenti sentenze, come la n. 2788-1991, la quale ha dato notevole rilievo all'autonomia dei coniugi, affermando il diritto di ciascuno di essi di "condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto generale dei propri interessi economici, sempreché con tale composizione non si realizzi una lesione di interessi inderogabili"».

<sup>25</sup> G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>26</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, I, 1961.

<sup>27</sup> Corte cost. sent. n. 91/1973.

<sup>28</sup> Cass. n. 3149/2001: «... va considerato che, in caso di separazione personale fra i coniugi, le condizioni della separazione giudiziale, ai sensi dell'art. 156, comma 7, cod. civ., possono essere modificate "qualora sopravvengano giustificati motivi", attraverso

La prima pronuncia della Cassazione in tema di trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione tra coniugi è del 1972<sup>29</sup>; segue l'importante pronuncia del 1984, in cui si affronta il tema della causa di tali accordi<sup>30</sup>.

Le conseguenze dell'accentuazione del carattere contrattuale degli accordi maturati per risolvere i conflitti sorti, a vario titolo, nel momento della crisi coniugale sono: la modificabilità di tali accordi indipendentemente dall'intervento giudiziale, il pieno dispiegarsi della disciplina del contratto (accordo, interpretazione, simulazione, vizi del consenso, ecc.<sup>31</sup>, l'affermazione della disponibilità dell'assegno divorzile, sostenuta in dottrina e da accorta giurisprudenza di merito<sup>32</sup>, ma negata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>33</sup>.

#### 4. Contenuto dell'ordinanza presidenziale nel giudizio di divorzio

La Suprema Corte<sup>34</sup> pur affermando che «solo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio fa venir meno il vincolo matrimoniale e lo stato di separati, che costituisce il presupposto dell'obbligo di mantenimento del coniuge, un obbligo che contestualmente cessa ed è eventualmente sostituito da quello di corrispondere l'assegno divorzile» e che pertanto «la sentenza di divorzio non necessa-

---

il ricorso alla procedura camerale prevista dagli artt. 710 e 711 c.p.c. Questa disciplina è applicabile analogicamente anche alla separazione consensuale. La citata normativa va interpretata nel senso che la sentenza di separazione dà luogo a un giudicato "rebus sic stantibus", non modificabile in relazione ai fatti che avrebbero potuto essere dedotti nel relativo giudizio; così come gli accordi negoziali sottoscritti in sede di separazione consensuale omologata non sono modificabili in relazione a fatti dei quali le parti avrebbero dovuto tenere conto al momento della conclusione degli accordi di separazione. La sentenza e l'atto di separazione consensuale omologata sono invece modificabili in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi, che abbiano alterato la situazione preesistente, mutando i presupposti in base ai quali il giudice o le parti avevano stabilito le condizioni della separazione. Oggetto della procedura camerale, pertanto, è l'accertamento della esistenza dei "giustificati motivi" che autorizzano la modificazione delle condizioni della separazione, intesi quali fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale la sentenza era stata emessa o gli accordi erano stati stipulati. Del tutto estranei a tale oggetto sono i vizi della sentenza di separazione, o dell'accordo posto a base della separazione consensuale, così come l'intento simulatorio delle parti, sottostante a tale accordo. ...».

<sup>29</sup> Cass. n. 3299/1972.

<sup>30</sup> Cass. n. 3940/1984: «Poiché ciascuno dei coniugi ha il diritto di condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, sempre che in tal modo non si realizzi una lesione di diritti inderogabili, è valido un contratto preliminare con il quale uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, promette di trasferire all'altro la proprietà di un immobile, anche se tale sistemazione dei rapporti patrimoniali avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice che provvede alla omologazione della separazione, purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento ed agli alimenti e ciò a prescindere dalle condizioni economiche del coniuge beneficiario, una volta che il diritto al mantenimento di questo ultimo sia stato così riconosciuto dal coniuge obbligato» e, più recentemente, Cass. n. 9863/2007.

<sup>31</sup> Cass. n. 2948/1993; Cass. n. 3149/2001; Cass. n. 10978/2003; Cass. n. 23801/2006; Cass. n. 7450/2008; Cass. n. 10932/2008; Cass. n. 2997/2009.

<sup>32</sup> Trib. Messina 27 agosto 2002, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it).

<sup>33</sup> Cass. n. 22505/2010; Cass. n. 5302/2006: «Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 – a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico –, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio».

<sup>34</sup> Cass. n. 28990/2008: «In tema di assegno di mantenimento, deve ritenersi ammissibile, stante l'opportunità del "simultaneus processus" innanzi allo stesso giudice per la definizione delle questioni patrimoniali connesse, la proposizione della domanda di adeguamento dell'assegno di separazione nel corso del giudizio di divorzio, poiché questo è dovuto fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce detto giudizio; con la conseguenza che può convertirsi il contributo al mantenimento del coniuge separato in assegno provvisorio ai sensi dell'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e con l'ulteriore conseguenza che, in pendenza del giudizio di divorzio, deve ritenersi preclusa dal divieto del "ne bis in idem" la medesima richiesta proposta in sede di modifica dei patti della separazione».



riamente comporta la cessazione della materia del contendere nella controversia sulle richieste di modificare le condizioni accessorie della separazione, qualora permanga un interesse delle parti alla definizione di tale ultimo giudizio, che ha ad oggetto l'assegno dovuto al coniuge sino al passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia il divorzio» ha ritenuto inammissibile la domanda *ex art. 710 c.p.c.* proposta dalla medesima parte che già abbia instaurato il giudizio di divorzio, per violazione del principio del *ne bis in idem*.

La Corte ha, in particolare, osservato che, «*pur nella diversità del titolo dell'attribuzione in sede di separazione e in quella di divorzio, dev'esser dato rilievo al fatto che il risultato economico cui si tende è lo stesso*» e ancora, che «*la legge costruisce un sistema di garanzie poiché la parte può dolersi dei contenuti dell'ordinanza presidenziale non soltanto con il reclamo alla Corte d'appello, ma anche con la richiesta di modifica dell'ordinanza presidenziale al giudice istruttore ai sensi dell'art. 4, 8° co., l. 898/70*».

Ma anche se il giudizio di divorzio sia stato introdotto dal coniuge beneficiario dell'assegno, mentre quello *ex art. 710 c.p.c.* è stato invece instaurato dal coniuge obbligato, è, comunque, da accogliere la soluzione dell'inammissibilità prospettata dalla Corte.

I provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal Presidente ai sensi dell'art. 4, 8° comma, l. n. 898/1970, in quanto evidentemente antecedenti la sentenza di divorzio, possono definire le questioni relative all'assegno di mantenimento sulla base di fatti sopravvenuti nel periodo intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza di separazione o l'omologazione della separazione consensuale e la sentenza di divorzio: può, dunque, inferirsi la competenza funzionale del Presidente del tribunale e, nella fase istruttoria, del giudice istruttore, a provvedere sulle domande di modifica delle condizioni della separazione proposte successivamente al deposito del ricorso ai sensi dell'art. 4, 1° comma, l. n. 898/1970.

La pendenza del giudizio di divorzio rende quindi possibile, ed anzi probabile, che in tale sede – con i provvedimenti presidenziali ovvero con un successivo provvedimento di modifica richiesto al giudice istruttore – si arrivi ad una determinazione circa i rapporti patrimoniali tra i coniugi che sia efficace prima della domanda di modifica, rendendo inutile il successivo provvedimento con quest'ultima richiesto e assicurando così alle parti le utilità conseguibili altrimenti attraverso il giudizio di cui all'art. 710 c.p.c. Salvo che non si tratti di statuire per il tempo anteriore alla domanda di divorzio, e dunque in ipotesi diversa dal caso in cui la domanda *ex art. 710 c.p.c.* sia stata proposta in data successiva al deposito del ricorso per cessazione degli effetti civili del matrimonio ed alla pronuncia dell'ordinanza presidenziale (i provvedimenti richiesti non potrebbero retroagire a data anteriore al deposito del ricorso), il Collegio adito ai sensi dell'art. 710 c.p.c. per la modifica delle condizioni della separazione non potrà che rilevare l'inammissibilità della domanda in quanto si tratta di domanda già proposta dinanzi ad altro giudice.

## 5. Differenze tra assegno di mantenimento e assegno divorzile

Presupposti comuni dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile sono il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio ed il confronto tra la condizione reddituale e patrimoniale delle parti, nell'ottica di salvaguardare il principio di parità dei coniugi.

Orientamenti della giurisprudenza tendenti ad esercitare con sempre maggiore incisività i poteri officiosi finalizzati a conoscere quale sia la complessiva e reale situazione reddituale e patrimoniale dei coniugi trovano un adeguato principio ispiratore nell'art. 8 della CEDU<sup>35</sup>, che af-

<sup>35</sup> Art. 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e fami-

ferma il principio per cui l'autorità pubblica non può ingerirsi nella vita privata e familiare a meno che ciò non sia necessario alla protezione dei diritti e delle libertà altrui<sup>36</sup>.

In relazione alla tendenza a 'privatizzare' i rapporti economici tra coniugi separati e/o divorziati, va però evidenziato come limite comune alla rilevanza di tali accordi, tale da giustificare l'intervento giudiziale, l'incidenza di circostanze sopravvenute all'assetto economico concordato.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile, per cui la sua attribuzione è determinata dall'impossibilità del coniuge richiedente di procurarsi adeguati mezzi "per ragioni obiettive" da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre l'istante, a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del matrimonio<sup>37</sup>.

Il riferimento alla natura assistenziale<sup>38</sup> dell'assegno divorzile costituisce il primo elemento di diversificazione di tale assegno rispetto all'assegno di mantenimento, nel quale prevale la funzione solidaristica legata alla persistenza del vincolo matrimoniale.

La diversità di presupposti e di criteri esclude che, in linea teorica, l'assegno di divorzio possa considerarsi la continuazione di quello di separazione: quest'ultimo si estingue inesorabilmente con il divorzio, indipendentemente dalla richiesta e dall'attribuzione dell'assegno post matrimoniale, e non sortisce alcun effetto giuridico vincolante in sede di determinazione del secondo. Non v'è dubbio, però, che proprio l'affermazione del criterio assistenziale come unico criterio fondativo del diritto all'assegno di divorzio finisce con l'accostare quest'ultimo, almeno sul piano pratico, a quello di mantenimento in favore del coniuge separato, con la sola differenza che, mentre con la separazione il rapporto coniugale prosegue, il divorzio estingue il vincolo matrimoniale.

Peraltro la determinazione dell'assegno di divorzio è indipendente dalle statuizioni patrimoniali operanti, per accordo tra le parti e in virtù di decisione giudiziale, in vigenza di separazione dei coniugi, poiché data la diversità delle discipline sostanziali, della natura, struttura e finalità dei relativi trattamenti, correlate a diversificate situazioni ed alle rispettive decisioni giudiziali, l'assegno divorzile, presupponendo lo scioglimento del matrimonio, prescinde dagli obblighi di mantenimento e di alimenti, operanti nel regime di convivenza e di separazione, e costituisce effetto diretto della pronuncia di divorzio, con la conseguenza che l'assetto economico relativo alla separazione può rappresentare mero indice di riferimento nella misura in cui appaia idoneo a fornire utili elementi di valutazione<sup>39</sup>, ad esempio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

---

liare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>36</sup> Cass. 28 gennaio 2011, n. 2098: «In tema di determinazione dell'assegno di mantenimento in sede di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, l'esercizio del potere del giudice che, ai sensi dell'art. 5, comma 9, della legge n. 898 del 1970, può disporre – d'ufficio o su istanza di parte – indagini patrimoniali avvalendosi della polizia tributaria, costituisce una deroga alle regole generali sull'onere della prova; l'esercizio di tale potere discrezionale non può sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, ma vale ad assumere, attraverso uno strumento a questa non consentito, informazioni integrative del "bagaglio istruttorio" già fornito, incompleto o non completabile attraverso gli ordinari mezzi di prova; tale potere non può essere attivato a fini meramente esplorativi, sicché la relativa istanza e la contestazione di parte dei fatti incidenti sulla posizione reddituale del coniuge tenuto al predetto mantenimento devono basarsi su fatti specifici e circostanziati» (Affermando il principio, la Suprema Corte ha ritenuto correttamente motivata la decisione di merito che aveva negato ingresso alle indagini richieste dalla parte, la quale si era limitata a prospettare un'astratta potenzialità lavorativa del coniuge tenuto al mantenimento, collegandola genericamente alla possibilità del medesimo, dipendente pubblico, a svolgere un secondo lavoro).

<sup>37</sup> Cass. n. 3101/2000; n. 432/2002.

<sup>38</sup> Cass., SS.UU., nn. 11490 e 11492/1990.

<sup>39</sup> Cass. n. 15722/2005; n. 25010/2007; n. 15610/2007.

Tanto è vero che la rinuncia all'assegno di mantenimento in sede di separazione non comporta, per ciò stesso, il diniego del diritto all'assegno divorzile<sup>40</sup>.

In merito al presupposto del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, comune ai due giudizi, fatti salvi i limiti di tale criterio già indicati, il Collegio può rilevare nel processo di divorzio il giudicato esterno formatosi nel giudizio di separazione con riguardo al tenore di vita.

La giurisprudenza della Corte di legittimità è costante, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 1990, nel ritenere che «*L'accertamento del diritto all'assegno di divorzio si articola in due fasi. Nella prima delle quali il giudice è chiamato a verificare l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi o all'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio o che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio. Nella seconda fase, il giudice deve, poi, procedere alla determinazione in concreto dell'assegno in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri indicati nella L. n. 898 del 1970, art. 5, che quindi agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerabile in astratto, e possono in ipotesi estreme valere anche ad azzerarla, quando la conservazione del tenore di vita assicurato dal matrimonio finisca per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione*»<sup>41</sup>.

Altrettanto granitica è la giurisprudenza di legittimità nel negare validità, nel senso di escludere il diritto all'assegno divorzile, agli accordi economici assunti in sede di separazione, sul presupposto che si tratti di diritto indisponibile<sup>42</sup>.

Se si vogliono, dunque, in aggiunta alla diversa funzione, individuare i diversi criteri che concorrono alla determinazione dei due assegni, è bene fare riferimento alla durata del matrimonio ed al contributo prestato dal richiedente alla formazione del patrimonio del coniuge o di quello comune, che costituiscono criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio<sup>43</sup>.

Il dovere di assistenza materiale di cui all'art. 143, 3° comma, c.c. è clausola generale che si rivolge esclusivamente ai coniugi ed è fondamentale individuarne il contenuto (collaborare all'attività lavorativa del coniuge-ripartire gli oneri familiari – fornire un aiuto economico) perché sulla base di come era organizzata l'assistenza materiale in costanza di matrimonio sarà possibile dare contenuto alla clausola, ossia all'art. 5, 6° comma, della legge sul divorzio che impone di tenere conto, nella determinazione dell'ammontare dell'assegno divorzile «*del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune*».

Altra differenza tra i due assegni si rinviene nella disciplina della decorrenza. Avendo la sentenza di separazione natura determinativa, qualora nella sentenza non sia fissata una diversa data, l'assegno di mantenimento decorre dalla domanda<sup>44</sup>, mentre la pronuncia di divorzio ha natura costitutiva e l'assegno divorzile decorre dal passaggio in giudicato della pronuncia di divorzio o,

<sup>40</sup> Cass. n. 1758/2008: «*La determinazione dell'assegno divorzile, alla stregua dell'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, è indipendente dalle statuizioni patrimoniali operanti in vigenza di separazione dei coniugi, con la conseguenza che il diniego dell'assegno divorzile non può fondarsi sul rilievo che negli accordi di separazione i coniugi pattuirono che nessun assegno fosse versato dal marito per il mantenimento della moglie, dovendo comunque il giudice procedere alla verifica del rapporto delle attuali condizioni economiche delle parti con il pregresso tenore di vita coniugale*».

<sup>41</sup> Cass. n. 15610/2007; n. 18241/2006; n. 4040/2003.

<sup>42</sup> Cass. n. 23908/2009: «*Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici anche in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa*»; v. Cass. n. 22505/2010; Cass. n. 5302/2006.

<sup>43</sup> Ma vedi Cass. 7 dicembre 2007, n. 25618: «*La durata del matrimonio ed il contributo apportato da un coniuge alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge sono elementi valutabili al fine di stabilire l'importo dell'assegno di mantenimento*».

<sup>44</sup> Cass. n. 24932/2007.

ai sensi dell'art. 4, 13° comma, l. n. 898/1970, dal momento della domanda ove il giudice eserciti in tal senso il potere discrezionale conferitogli dalla norma<sup>45</sup>.

Nell'ottica di valorizzare la prospettiva in cui si è posto il legislatore del 1987, tendente a promuovere l'autonomia economica dei coniugi, gioverà attribuire massimo rilievo alla durata del matrimonio, valutare nel rispetto della libertà delle scelte personali i decrementi reddituali dell'obbligato che abbia optato per un'attività meno redditizia ma più rispondente alle proprie aspirazioni o meno usurante, valutare la capacità lavorativa del coniuge richiedente in relazione al contesto sociale del momento, per cui, ad esempio, attività saltuarie che in un determinato contesto non possono costituire valido presupposto del giudizio di adeguatezza dei mezzi, in congiunture economiche come quella attuale possono diventarlo.

Merita un accenno la recente giurisprudenza della Corte di legittimità, secondo la quale «*Il diritto all'assegno divorzile non è dovuto per il tempo in cui l'avente diritto instauri con altra persona una convivenza avente caratteri di stabilità e continuità, perché fondata su un progetto di vita comune analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio*»<sup>46</sup>.

La scelta della Suprema Corte di svincolare l'effetto di quiescenza dell'assegno divorzile da un'indagine sull'incidenza economica della convivenza instaurata dall'avente diritto riposa, come sottolineato da un precedente del 2003 e dalla sent. n. 17195/2011, sul fatto che la creazione di un nuovo nucleo familiare rescinde ogni connessione con il progetto di vita (e, quindi, con il modello di vita) realizzato con il matrimonio ormai sciolto.

Posto, peraltro, che la conclusione non scaturisce da un'applicazione dell'art. 5, penultimo comma, l. divorzio, ossia da una piena equiparazione tra matrimonio e famiglia di fatto, ci si può chiedere se essa sia esportabile anche con riferimento alla materia dell'assegno di mantenimento di separazione, che pure trae giuridico fondamento dall'inadeguatezza dei redditi del richiedente.

Dal momento che la convivenza assume rilievo non per gli effetti giuridici che essa provoca tra i suoi protagonisti, ma come situazione di fatto che sospende la pretesa dell'avente diritto a conservare il medesimo tenore di vita che aveva caratterizzato la precedente relazione, non sembrano esservi ragioni per non applicare il medesimo principio anche alla materia della separazione.

Se, poi, l'orientamento giurisprudenziale di cui si tratta trae fondamento dal ritenere rilevante l'esistenza di una formazione sociale in cui l'individuo realizza la sua personalità, non dovrebbero esservi particolari difficoltà a ritenere rilevante anche la convivenza omosessuale dell'avente diritto all'assegno<sup>47</sup>.

## 6. La realtà socio economica attuale

I rapporti patrimoniali tra coniugi seguono, necessariamente, un diverso andamento se la coppia ha figli o meno in ragione dell'incidenza che, a norma dell'art. 155 *quater* c.c., ha l'assegnazione della casa familiare.

Avremo un maggior numero di decisioni in cui l'eventuale assegno di mantenimento a favore del coniuge debole sarà verosimilmente d'importo ridotto rispetto al numero di decisioni in cui, in assenza di figli, non si darà luogo all'assegnazione della casa familiare ed i criteri di determinazione dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile opereranno pienamente.

<sup>45</sup> Cass. n. 7117/2006.

<sup>46</sup> Cass. n. 1789/2012; Cass. n. 17195/2011.

<sup>47</sup> Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138; Cass. n. 4189/2012.

Infatti, dal “Rapporto sulla coesione sociale per l’anno 2011 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali” emerge quanto segue:

- le famiglie presentano una prevalenza della tipologia coppie con figli, pari al 55,3%, mentre le coppie senza figli hanno un’incidenza del 31,4% e i mono genitori del 13,3% sul totale dei nuclei;
- l’incidenza delle coppie con figli subisce una flessione, passando dal 62,4% del 1995 al 55,3% del 2010 a cui corrisponde un andamento crescente dell’incidenza delle coppie senza figli e dei mono genitori;
- nel 2010 sono circa 5 milioni e 800 mila le coppie con figli minori. Nel 53,1% dei casi è ravvisabile un solo figlio, nel 38,8% due e nell’8,1% tre e più;
- nel 2010 ci sono in Italia 6 milioni e 800 mila persone di età compresa tra i 18 e i 34 anni celibi e nubili che vivono con almeno un genitore e rappresentano il 58,6% della popolazione di riferimento.

Si può quindi dire che una buona maggioranza di separazioni e divorzi, data la presenza di figli conviventi anche oltre la maggiore età con uno dei genitori, vedrà ridotta dall’assegnazione della casa familiare la misura dell’eventuale assegno di mantenimento e divorzile in favore del coniuge. Ancora oggi, dall’analisi dei dati statistici relativi al livello di occupazione, in base al genere, si evidenzia il significativo ritardo delle donne nel raggiungimento di un livello di occupazione pari a quello degli uomini.

Nel 2010 la popolazione italiana conta poco più di 60 milioni di individui residenti sul territorio nazionale. Di questi 30.871 sono donne e 29.181 uomini. Circa il 42% della popolazione (quasi 25 milioni di individui) rappresenta la forza lavoro nazionale divisa in 22.872 mila occupati e 2.102 mila disoccupati.

Sono invece 35 milioni circa gli individui cosiddetti inattivi o “non forza lavoro” che per età anagrafica, scelta di vita o impossibilità restano fuori dal mondo del lavoro.

La composizione per genere mostra una maggiore concentrazione di inattivi tra le donne (20.644 mila contro 14.433 mila uomini).

I dati relativi al tipo di contratto di assunzione, evidenziano come i contratti a termine, pur costituendo una percentuale minoritaria, riguardino maggiormente le donne<sup>48</sup>.

Anche i dati relativi al contratto con assunzione a tempo parziale, evidenziano come percentualmente coinvolgano un numero di gran lunga maggiore di donne<sup>49</sup>.

Il dato descrittivo la composizione della popolazione inattiva, ancora una volta evidenzia come le donne, specialmente nella fascia di età di maggior occupazione, siano in misura più che doppia rispetto agli uomini, al di fuori del mercato del lavoro.

Il tasso di inattività, ovvero la quota di non forza lavoro in età attiva sul totale della popolazione 15-64 anni, è pari a 37,8%. Il dato è fortemente influenzato dai valori femminili; le donne inattive infatti rappresentano circa il 49% del totale contro il 26,7% degli uomini. Al netto dei valori relativi alle classi di età più giovani (15-24 anni) e più anziane (55 anni e oltre) in cui presumibilmente l’inattività si giustifica nella condizione di studente e di pensionato, è nell’età 25-34

---

<sup>48</sup> Sono più di 2.182 mila gli occupati in Italia con un contratto a termine, il 12,8% dei lavoratori dipendenti. Le evidenze mostrano che questa tipologia di rapporto di lavoro dipendente è maggiormente utilizzata per lavoratori di età compresa tra i 15 ed i 34 anni e rivolto prevalentemente alle donne (14,5% contro l’11,4% degli uomini).

<sup>49</sup> I lavoratori dipendenti a tempo parziale rappresentano il 15% del totale occupati. I numeri suggeriscono come questo tipo di contratto rappresenti una specificità quasi tutta femminile (29,5% contro il 5,5% degli uomini) con differenze minime per classe di età.

anni che si concentra la maggior parte di inattivi (25,7%) dato fortemente condizionato dalla situazione femminile (35,6% contro il 15,8% degli uomini).

Riguardo al livello di reddito della popolazione attiva si evidenziano differenziali retributivi significativi a sfavore delle donne. Maggiormente nel settore privato<sup>50</sup>.

Sebbene la componente femminile si confermi decisamente più scolarizzata di quella maschile e nonostante il tasso di occupazione sia proporzionalmente più elevato con il crescere del titolo di studio, rimane alto il divario tra il tasso di occupazione femminile e quello maschile<sup>51</sup>.

Con riguardo al tema della distribuzione del tempo di lavoro e del tempo di cura della famiglia, il problema della conciliazione tra tempi diversi esiste in tutti i paesi sviluppati e coinvolge tutti i lavoratori, indipendentemente dal genere e dall'età; tuttavia, la difficoltà di conciliare è avvertita soprattutto dalle donne, in particolare nella fase del ciclo di vita immediatamente successiva alla nascita dei figli.

L'indagine campionaria sull'uso del tempo rappresenta una fonte informativa fondamentale ai fini dell'analisi della conciliazione lavoro-famiglia ed in particolare della divisione del lavoro tra uomini e donne. L'analisi riguarda la divisione giornaliera dei carichi di lavoro domestico e di cura condotto su un campione di coppie in cui la donna ha tra i 25 ed i 44 anni, cioè si trova in quella fase di vita contraddistinta sovente dalla partecipazione al mercato del lavoro e dalla presenza di figli conviventi.

Nel periodo 1988-2009 la durata del lavoro familiare a carico delle donne diminuisce; la riduzione riguarda soprattutto le madri lavoratrici per le quali il tempo di lavoro familiare passa da 5 ore e 23 minuti a 5 ore e 10 minuti e si associa ad una redistribuzione delle attività che compongono il lavoro familiare. Il tempo dedicato al lavoro domestico si riduce, negli ultimi sei anni, di 14 minuti per le donne con figli e di 17 minuti per le madri lavoratrici, mentre sale il tempo per la cura dei bambini fino a 13 anni.

Per entrambi i componenti della coppia aumenta il tempo dedicato al lavoro retribuito, in particolare per gli uomini che convivono con una donna occupata, per i quali l'impegno arriva a 6 ore e 12 minuti nel 2008-2009, con un aumento di 24 minuti rispetto al 1988. Per contro si riduce il tempo libero, in particolare per gli uomini (si passa da 3 ore e 55 minuti del 1988 a 3 ore e 36 minuti nel 2009); la riduzione appare più contenuta per le donne, in particolare per le madri lavoratrici.

In generale il tempo di lavoro totale (somma del lavoro retribuito e del lavoro familiare) è più elevato per le donne lavoratrici rispetto ai loro partner (9 ore e 10 minuti rispetto a 8 ore e 10 minuti degli uomini), divario che cresce in presenza di figli.

Il confronto con i dati Europei circa l'accudimento (informale/formale), indica che in Italia, i bambini vengono maggiormente assistiti in maniera informale nella fascia di età fra gli zero ed i

<sup>50</sup> Nel 2008, ultimo anno in cui è stata effettuata l'indagine europea, il differenziale salariale uomo/donna non corretto per le caratteristiche individuali, è pari a 4,9%. Tale indicatore prende in considerazione la misura oraria (e non per dipendente) della retribuzione lorda, perché in questa maniera si neutralizzano, nei confronti tra i settori e tra i paesi, le differenze imputabili alla durata del lavoro e ai diversi regimi fiscali e previdenziali. Il differenziale retributivo di genere risulta particolarmente cospicuo nel settore privato: 16,7% a fronte del 7,5% del settore pubblico. In termini di distribuzione per classe di età, il differenziale uomo/donna risulta più elevato per la classe 35-44 anni mentre inverte il segno a favore delle donne (-0,5) nella classe d'età successiva (45-54 anni).

<sup>51</sup> Il divario, a sfavore delle donne, nel 2010 è stato pari a -21,6 punti percentuali, il doppio rispetto alla media europea (-11,9 punti percentuali). Il tasso di disoccupazione femminile è in aumento: nel secondo trimestre 2011 si sono conclusi 2.483.920 rapporti di lavoro, 1.294.201 hanno riguardato lavoratrici femmine e 1.189.719 hanno riguardato lavoratori maschi. Rispetto al secondo trimestre 2010, il numero delle cessazioni risulta in crescita con valori maggiori per la componente femminile (+67.328 unità).

tre anni, mentre, nella fascia d'età fra i tre anni e la scuola dell'obbligo<sup>52</sup>, vengono maggiormente assistiti in maniera formale, ossia da educatori.

## 7. Conclusioni

Nel 1970 la Corte costituzionale affermava: «La Corte ritiene che siffatta disparità di trattamento non trovi giustificazione in funzione dell'unità familiare. Si può, anzi, affermare che, quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo».

La norma chiave in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi è l'art. 143, 3° comma, c.c., con cui è stato introdotto dalla riforma del diritto di famiglia nel 1975 il principio contributivo, con carattere inderogabile ai sensi dell'art. 160 c.c.

L'apporto di lavoro casalingo può avere un rilievo solo ove sia reale e non celi una mera inoccupazione del coniuge, e deve essere tenuto in considerazione anche nel senso che, venuto meno con la separazione, comporterà nuovi oneri economici per il coniuge che ne beneficiava (minori economie nella spesa alimentare, colf, spese di lavanderia e di sartoria, baby-sitter).

Le conseguenze dell'accentuazione del carattere contrattuale degli accordi maturati per risolvere i conflitti sorti, a vario titolo, nel momento della crisi coniugale sono: la modificabilità di tali accordi indipendentemente dall'intervento giudiziale, il pieno dispiegarsi della disciplina del contratto (accordo, interpretazione, simulazione, vizi del consenso, ecc.), l'affermazione della disponibilità dell'assegno divorzile, sostenuta in dottrina e da accorta giurisprudenza di merito, ma negata dalla giurisprudenza di legittimità.

Ancora oggi, dall'analisi dei dati statistici relativi al livello di occupazione, in base al genere, si evidenzia il significativo ritardo delle donne nel raggiungimento di un livello di occupazione pari a quello degli uomini.

Nel 2010 la popolazione italiana conta poco più di 60 milioni di individui residenti sul territorio nazionale. Di questi 30.871 sono donne e 29.181 uomini. Circa il 42% della popolazione (quasi 25 milioni di individui) rappresenta la forza lavoro nazionale divisa in 22.872 mila occupati e 2.102 mila disoccupati.

Sono invece 35 milioni circa gli individui cosiddetti inattivi o "non forza lavoro" che per età anagrafica, scelta di vita o impossibilità restano fuori dal mondo del lavoro.

La composizione per genere mostra una maggiore concentrazione di inattivi tra le donne (20.644 mila contro 14.433 mila uomini).

Il dato descrittivo la composizione della popolazione inattiva, ancora una volta evidenzia come le donne, specialmente nella fascia di età di maggior occupazione, siano in misura più che doppia rispetto agli uomini, al di fuori del mercato del lavoro.

---

<sup>52</sup> Complessivamente l'indicatore di presa in carico, dato dalla quota di bambini che si sono avvalsi di un servizio socio educativo pubblico (asilo nido o servizio integrativo), risulta pari al 13,6%. Un confronto internazionale è disponibile sulla base degli indicatori strutturali forniti dall'Eurostat per i paesi dell'Unione europea. Nel 2009 in media nella UE il 72% dei bambini in età 0-3 anni è accudito in maniera informale, il 14% riceve assistenza formale per meno di 30 ore settimanali ed il 13% per più di 30 ore settimanali. Il dato italiano si discosta dalla media UE per una maggiore percentuale di bambini 0-3 anni accuditi in modo informale (75%), una minore partecipazione all'assistenza formale ma limitata al di sotto delle 30 ore settimanali (9%) ma una maggiore presenza di assistenza formale superiore alle 30 ore settimanali (16%). Nella fascia di età compresa tra i 3 anni e l'età dell'obbligo scolastico il dato italiano si allontana decisamente dalla media UE: la percentuale di bambini che è accudito in modo informale è dell'8% (media UE 17%), quella che ha una assistenza formale inferiore alle 30 ore settimanali è pari al 20%, (media UE 40%) ed infine ben il 73% dei bambini riceve un'assistenza formale superiore alle 30 ore settimanali, contro una media UE del 44%.

Il tasso di inattività, ovvero la quota di non forza lavoro in età attiva sul totale della popolazione 15-64 anni, è pari a 37,8%. Il dato è fortemente influenzato dai valori femminili; le donne inattive infatti rappresentano circa il 49% del totale contro il 26,7% degli uomini. Al netto dei valori relativi alle classi di età più giovani (15-24 anni) e più anziane (55 anni e oltre) in cui presumibilmente l'inattività si giustifica nella condizione di studente e di pensionato, è nell'età 25-34 anni che si concentra la maggior parte di inattivi (25,7%) dato fortemente condizionato dalla situazione femminile (35,6% contro il 15,8% degli uomini).

Sebbene la componente femminile si confermi decisamente più scolarizzata di quella maschile e nonostante il tasso di occupazione sia proporzionalmente più elevato con il crescere del titolo di studio, rimane alto il divario tra il tasso di occupazione femminile e quello maschile.

Il tempo dedicato al lavoro domestico, pari a circa 5 ore al giorno tra lavoro domestico e di cura dei figli, si riduce, negli ultimi sei anni, di 14 minuti per le donne con figli e di 17 minuti per le madri lavoratrici, mentre sale il tempo per la cura dei bambini fino a 13 anni.

Il confronto con i dati Europei circa l'accudimento (informale/formale), indica che in Italia, i bambini vengono maggiormente assistiti in maniera informale, ossia in ambiente domestico, nella fascia di età fra gli zero ed i tre anni

Nella fascia di età compresa tra i 3 anni e l'età dell'obbligo scolastico il dato italiano si allontana decisamente dalla media UE: la percentuale di bambini che è accudito in modo informale è dell'8% (media UE 17%), quella che ha una assistenza formale inferiore alle 30 ore settimanali è pari al 20%, (media UE 40%) ed, infine, ben il 73% dei bambini riceve un'assistenza formale superiore alle 30 ore settimanali, contro una media UE del 44%.

Se, dunque, il mondo del diritto ha messo a disposizione dei coniugi gli strumenti per realizzare la piena parità economica e se è vero che i figli di età compresa tra i 3 ed i 13 anni sono nella percentuale del 73%, ben superiore alla media europea, assistiti da educatori per più di 30 ore settimanali; se il livello di scolarizzazione delle donne è mediamente superiore a quello degli uomini ed il tasso di disoccupazione decresce con il crescere del livello di studio; se il tempo in media dedicato al lavoro domestico e di cura dei figli va riducendosi e non supera le 5 ore giornaliere, potrebbe trarsi la sconcertante conclusione per cui l'inattività femminile sembrerebbe il frutto, oggi, solo di un retaggio culturale che non ha segnato ancora il passo.

In questa contraddizione tra moderne pronunce della Consulta, da un lato, e resistenze del costume sociale, dall'altro, si muove il giudice della famiglia, non senza uno sguardo perplessso e dubbioso verso la popolazione femminile, che nel passato ha rivendicato la tanto agognata parità per poi esitare a viverla realmente.

Ma, se i fenomeni sociali hanno un senso in quanto esprimono anche bisogni profondi dell'individuo, occorre chiedersi se questo atteggiamento conservatore della coppia, in una società industriale che «*ha distrutto progressivamente gli scambi non mercantili anche all'interno dei nuclei comunitari più forti, quelli fondati sui vincoli del sangue*»<sup>53</sup>, non esprima piuttosto l'esigenza di contrastare il progressivo venir meno, anche nei legami familiari, dei servizi alla persona fondati sul dono e sulla reciprocità, in particolare nella cura dei piccoli e se non valga la pena di riflettere sull'immagine della coppia moderna, che sembra voler custodire un focolare domestico che la società industriale tende a privare delle relazioni affettive, che costituiscono un punto di forza nello sviluppo dell'autonomia della persona, ma che la stessa CEDU indica come nucleo da tutelare.

---

<sup>53</sup> M. PALLANTE, *La decrescita felice*, MDF, Roma, 2011.



## RIFORMA ORDINAMENTALE E DEI PROCEDIMENTI FAMILIARI: UN UNICO GIUDICE, TOGATO E SPECIALIZZATO.

Il rito nei procedimenti di separazione, divorzio, modifica delle condizioni,  
annullamento del matrimonio, 317 bis/155 c.c.<sup>1</sup>

---

### **Daniela Abram**

*Avvocato del Foro di Bologna, componente della Giunta esecutiva nazionale AIAF, Presidente AIAF Emilia Romagna*

### **Giulia Sarnari**

*Avvocato del Foro di Roma, componente del Direttivo nazionale AIAF*

All'inizio di questo anno 2012, l'AIAF ha avvertito nuovamente l'esigenza di riunirsi in assemblea nazionale per confrontarsi al proprio interno sul piano ideologico e culturale sui grandi temi che muovono il diritto di famiglia, inteso questo, come diritto delle e alle relazioni, *latu sensu*, familiari.

All'esito dell'Assemblea dei delegati tenutasi a Milano il 17-18-19 maggio 2012, l'AIAF in maniera netta e forte ha ribadito posizioni già assunte da tempo che riguardano essenzialmente in primo luogo la concentrazione degli affari in materia familiare avanti un giudice in composizione monocratica, specializzato, presso il Tribunale ordinario con ricongiungimento di tutti gli affari civili già di competenza del Tribunale per i minorenni e ciò anche in applicazione del principio di prossimità, ciò perché si ritiene con estrema convinzione che i diritti che scaturiscono dalle relazioni familiari, siano essi personali che patrimoniali siano diritti soggettivi di elevatissimo rango costituzionale da non sottrarre alla giurisdizione.

In secondo luogo, deve essere assicurata l'applicazione al processo familiare delle regole costituzionali del giusto processo con la previsione di un modello processuale a cognizione piena, con forme e termini predeterminati e poteri delle parti e del Giudice predeterminati dal legislatore.

Condizione imprescindibile è che si definisca un Giudice effettivamente terzo nella sua capacità specialistica di assumere la decisione, con valorizzazione del ruolo del Pubblico Ministero che agisce all'interno di un regolare contraddittorio come garante dei soggetti deboli, e che la decisione assunta sia celere in una materia in cui l'urgenza non è un'eventualità ma la essenza stessa della attività di giurisdizione.

Quelli che vengono definiti i "saperi diversi" che devono necessariamente entrare nell'attività di giurisdizione del processo familiare, sono in primo luogo la preparazione specialistica del Giudice togato, dell'Avvocato, del Pubblico Ministero, che è diventata esigenza moderna ormai ineludibile, e le attività ausiliarie da svolgersi sempre con la massima garanzia di tutela del principio del diritto al contraddittorio.

L'AIAF va affermando da tempo l'esigenza che nella materia dei diritti relazionali siano dati primari spazi alle forme extraprocessuali di soluzione dei conflitti, forme che mirano al raggiungimento di soluzioni condivise dagli attori della relazione compromessa e/o in conflitto, ma al contempo, in un sistema di diritto solido, è anche necessario affermare che se si giunge alla giurisdizione dello Stato, questa debba attuarsi attraverso i principi di un processo adeguato, giusto e non sbilanciato.

---

<sup>1</sup> Report del gruppo di lavoro in assemblea plenaria.

Sulla scorta di queste considerazioni, con spirito costruttivo, rafforzato dall'esigenza di concretezza che ha sempre mosso l'agire della nostra Associazione, l'AIAF da diversi anni va proponendo un modello processuale che superi l'attuale schema del giudizio di separazione e di divorzio, ancorato alla struttura bifasica, presidenziale e poi di cognizione, che non ha più ragion d'essere, «*un procedimento con rito unico, snello e veloce*», come già venne auspicato in occasione del VI Congresso Nazionale AIAF del maggio 2010, che sia idoneo ad assicurare l'intervento fattivo della giurisdizione, invocata dal cittadino, coinvolto in un conflitto sorto in conseguenza di una relazione familiare: **un modello processuale unico, che si svolga dinanzi ad un giudice ordinario specializzato**, e che sia volto a disciplinare l'urgenza, che non costituisce una eventualità in questo tipo di conflitti, bensì la peculiarità in sé del diritto da tutelare.

L'AIAF negli ultimi anni, in più occasioni, e da ultimo anche nel corso di questa nostra Assemblea nazionale, ha proposto all'attenzione di chi è chiamato in questo momento a riformare la materia processuale del diritto di famiglia, un rito nuovo che deve riguardare la trattazione del maggior numero possibile di controversie c.d. familiari, tenendo fuori soltanto la materia della tutela e dell'emancipazione di cui al Titolo X del codice civile, quella relativa all'amministrazione di sostegno oltre agli ordini di protezione e la normativa adozionale.

In tal senso è necessario innanzitutto una norma che enunci nel dettaglio tutte le controversie c.d. familiari che devono essere introdotte e trattate con esso, al pari dell'art. 409 c.p.c.; un rito a cognizione piena che sia introdotto nel Libro II del processo di cognizione, da cui mutuerà tutti i principi fondamentali posti a garanzia del giusto processo; non già, dunque, una mera correzione del rito della separazione esistente previsto dagli art. 706 ss. c.p.c., e da sempre relegato nel IV Libro dedicato ai procedimenti speciali, la cui formula "speciali" non ha un accezione positiva, ma significa deviazione dallo schema tipico del processo contenzioso ordinario, con attenuazione del principio del contraddittorio, «*autentici modi di risolvere le liti più con la forza che con il diritto, strumenti d'imperio più che di giustizia*», come autorevolmente li definì Satta.

Tenendo ferma tale premessa il rito dovrà essere idoneo a trattare non solo le cause di separazione e di divorzio, errore che si riscontra leggendo alcune ipotesi di riforma allo stato formulate, le quali nonostante si prefiggano di individuare un rito unico per la trattazione di tutte le controversie familiari, in definitiva, negli articolati proposti, tradiscono il limitato obiettivo di muoversi per una riforma, articolo per articolo, dell'attuale processo di separazione di cui agli artt. 706 ss. c.p.c.

Riteniamo, infatti, che debba essere individuata la competenza funzionale in capo ad un Giudice specializzato di tutte le controversie familiari, attraverso la costituzione di sezioni specializzate istituite presso ogni Tribunale, sul modello delle sezioni specializzate in materia di diritto del lavoro.

Le materie da introdurre e da trattare con tale rito sono quelle relative:

- a) alla separazione giudiziale ex art. 151, 1° e 2° comma, c.c. e alla cessazione degli effetti civili del matrimonio/scioglimento del matrimonio ex l. n. 898/1970, alle domande relative alle statuizioni in ordine al regime di affidamento dei figli minori, alla loro collocazione ed alle modalità relative alla frequentazione dei minori con ciascuno dei genitori, l'assegnazione della casa familiare, alla determinazione del contributo al mantenimento dei figli minori o maggiori di età, conviventi con un genitore e non economicamente autosufficienti, alla determinazione del contributo al mantenimento a norma dell'art. 156, 1° comma, c.c. e a norma dell'art. 5, 6° comma, ex l. n. 898/1970;
- b) alla determinazione del regime di affidamento dei figli naturali, alla loro collocazione ed alle modalità di frequentazione con ciascuno dei genitori, alla assegnazione della casa familiare e alla determinazione del contributo al mantenimento dei figli minori o maggiori di età, conviventi con un genitore e non economicamente autosufficienti;
- c) alla determinazione del contributo economico al mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente non convivente con il genitore;

- d) all'annullamento del matrimonio *ex artt.* 117 c.c. ss.;
- e) alla separazione giudiziale dei beni *ex art.* 193 c.c.;
- f) alla divisione dei beni della comunione *ex art.* 194 c.c. ss. nonché alla amministrazione dei beni della comunione *ex artt.* 181 c.c. ss.;
- g) al regime della separazione dei beni *ex art.* 215 c.c. ss.;
- h) al regime dell'impresa familiare *ex art.* 230 *bis* c.c.;
- i) all'applicazione dell'art. 9 e dell'art. 12 della l. n. 898/1970;
- j) alla modificazione delle clausole separative *ex art.* 710 c.p.c.;
- k) ai procedimenti di interdizione ed inabilitazione;
- l) ai procedimenti di opposizione all'esecuzione aventi ad oggetto crediti di mantenimento ovvero alimentari e comunque oneri economici derivanti da provvedimenti resi nei procedimenti di competenza della sezione specializzata.

Le norme sulla competenza territoriale saranno quelle ordinarie del luogo in cui il convenuto ha la residenza, o il domicilio abituale, a meno che la controversia non abbia anche riguardo alla determinazione del regime di affidamento dei figli e del contributo al loro mantenimento: in tal caso la competenza territoriale sarà di quel Tribunale in cui questi ultimi hanno la residenza abituale.

La peculiarità della urgenza impone che la domanda sia introdotta con ricorso da presentare al Presidente della sezione specializzata il quale designerà il Giudice unico cui affidare la trattazione.

Rilevante che le modifiche ordinamentali, che devono precedere e introdurre la riforma processuale dei conflitti relativi alle relazioni familiari, diano sicura e chiara valorizzazione al ruolo del Pubblico Ministero, a garanzia e tutela dei soggetti deboli (non solo minori), ma anche a tutela della terzietà dell'agire processuale e del decidere del Giudice. Non vi è dubbio che il ruolo del Pubblico Ministero debba essere normativamente ridefinito, sia che esso sia agente o mero interveniente.

È ben vero che nell'attuale sistema la presenza nel processo civile del Pubblico Ministero comporta la collegialità dell'organo giudicante come prevede l'art. 50 *bis* c.p.c., ma, a ben vedere, come autorevoli processualisti hanno evidenziato, non vi è alcuna causa ostativa alla sua abrogazione.

Il Giudice unico designato dovrà fissare con decreto l'udienza di comparizione delle parti in un termine predefinito per legge, unitamente al termine per la comparizione del resistente, un termine idoneo ad assicurare sia la celerità della fissazione dell'udienza, ma anche la pienezza del diritto di difesa del resistente. Appare congruo che si stabilisca il termine di novanta giorni per la fissazione dell'udienza e il termine di sessanta giorni prima dell'udienza per la notifica al resistente del ricorso e del decreto di fissazione, nonché il termine di venti giorni prima dell'udienza per la costituzione del resistente in giudizio.

Il ricorso con il decreto di fissazione di udienza deve essere comunicato al Pubblico Ministero, così come la costituzione del resistente, ciò a cura del cancelliere, per tutti quei procedimenti in cui la legge preveda il suo intervento, il quale cinque giorni prima dell'udienza depositerà le proprie richieste.

Poiché l'esigenza primaria è che alla prima udienza il Giudice possa adottare provvedimenti atti a disciplinare nell'immediato il conflitto di quella determinata relazione familiare che gli viene sottoposta, è fondamentale che si preveda che entrambe le parti con gli atti introduttivi postulino tutte le domande, non solo quelle che vogliono siano accolte in via immediata e urgente, e pongano a fondamento delle stesse tutte le istanze istruttorie che ritengono rilevanti, allegando tutta la documentazione utile.

Questo sistema, che senz'altro costituisce un aggravio per l'attività di difesa che sarà concentrata tutta in questa fase senza alcuna possibilità di dilazione, consentirà al Giudice, previa una discussione orale da parte dei difensori e del Pubblico Ministero, di assumere all'esito dell'udienza o una decisione complessiva o una decisione parziale, con l'adozione di provvedimenti provvisori e urgenti se necessari e richiesti, con contestuale definizione delle modalità di proseguimento della istruttoria, tramite anche la fissazione di un preciso calendario delle udienze per l'espletamento della stessa, specie laddove vi sono da assumere prove testimoniali o disporre CTU.

Con tale provvedimento il Giudice dovrà anche decidere sulle istanze delle parti o officiose a norma degli artt. 210 e 213 c.p.c.

Qualora il Giudice disponga l'audizione di un minore per l'adozione del provvedimento, dovrà fissare una udienza finalizzata alla sola audizione che si svolgerà entro sette giorni, alla presenza dei difensori delle parti, secondo modalità prestabilite per legge e della quale dovrà essere senz'altro redatto processo verbale.

In caso di procedimento di separazione e di divorzio (quest'ultimo in assenza di una eccezione di riconciliazione supportata da precise istanze di prova ritenute ammissibili), nell'eventualità in cui il Giudice alla prima udienza non ritenga matura la causa per la decisione definitiva, nel mentre adotta i provvedimenti provvisori e urgenti e il provvedimento di indirizzo dell'attività istruttoria, dovrà anche pronunciare sentenza di separazione e sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio/scioglimento del matrimonio.

Un sistema processuale siffatto impone a tutti, Avvocati, Giudici e Pubblico Ministero di giungere preparati alla prima udienza, onde si possa svolgere un contraddittorio consapevole e proficuo e il Giudice sia messo nella condizione di assumere decisioni immediate e il più possibile esaustive, siano esse conclusive del procedimento, ovvero volte a disciplinare l'urgenza e a dare profilo alla imminente fase istruttoria.

Tuttavia non va dimenticato che le controversie familiari che giungono nelle aule di Tribunale sono quelle più aspre, per le quali non è stato possibile ricorrere alla negoziazione, alla mediazione, alla procedura collaborativa, e difficilmente vedono la contrapposizione di un soggetto – ricorrente che agisce ad un soggetto – resistente che si limita a resistere.

Diversamente colui che è chiamato in causa è spesso portatore a sua volta di proprie domande, anche se non classificabili come riconvenzionali nel senso tecnico del termine; in tal caso, per assicurare un esauriente diritto alla difesa, ma, nel contempo, non appesantire e allungare la prima udienza con possibilità di rinvii *ad libitum*, dovrà essere previsto, solo su richiesta del ricorrente che dovesse ritenere di contraddire alla comparsa di costituzione del convenuto, che il Giudice alla prima udienza conceda un ulteriore termine a difesa non superiore a dieci giorni e conseguentemente un ulteriore termine di dieci giorni al resistente per replicare. In tal caso il Giudice si riserverà di decidere entro un termine non superiore a trenta giorni dalla udienza.

Il ripensamento del processo familiare deve prendere le mosse dalla presa d'atto che se le persone giungono dinanzi al Tribunale è perché altri sistemi di risoluzione del conflitto coniugale sono falliti o non vogliono essere perseguiti e che quindi questi soggetti hanno aspettativa di giustizia, in altri termini pretendono che l'ordinamento applichi la giurisdizione per la tutela dei loro diritti personali e patrimoniali, scaturiti dalla crisi familiare.

Senz'altro il Giudice in forza della sua autorità giurisdizionale deve invitare le parti a trovare una soluzione concordata e, in tal senso, deve adoperarsi a sollecitare la conciliazione della lite, favorita dal fatto che anche il Giudice, e non soltanto i difensori, è conoscenza di tutti gli elementi principali e fondanti le rispettive ragioni.

Alla prima udienza il Giudice interroga liberamente le parti con l'assistenza del difensore, ma non separatamente come avviene ora nella fase presidenziale, bensì nel contraddittorio; qualora il Giudice ritenga di disporre audizione separata, anche il difensore dell'altra parte deve essere presente e libero di esercitare il diritto di difesa del proprio assistito.

Nel caso in cui alla prima udienza le parti concordino per avviare un percorso di mediazione familiare, il Giudice non deve sospendere il processo, ma rinviare ad una successiva udienza, fissata non oltre il termine di tre mesi e deve essere normativamente sancito che in nessuna ipotesi potrà essere acquisito al procedimento l'esito della mediazione familiare, né alcuna documentazione formatasi o acquisita in occasione dell'esperimento della mediazione familiare.

In definitiva, questo sistema è finalizzato alla pronuncia di provvedimenti nel termine di tre/quattro mesi dalla domanda, fatta sempre salva la possibilità, in presenza di motivazioni particolari e comprovate di rilevante gravità, di chiedere, con la presentazione del ricorso, la fissazione di termini brevi.

È rilevante prevedere che la domanda giudiziale possa essere oggetto di trascrizione, se contenente richieste attinenti a diritti su immobili (si pensi ad esempio la domanda di assegnazione della casa coniugale) e che anche il provvedimento provvisorio di prima udienza, contenente statuizioni economiche, oltre ad essere immediatamente esecutivo, possa essere titolo per la iscrizione di ipoteca giudiziale, *ex art. 2818, 2° comma*, nonché titolo per la trascrizione del diritto di assegnazione della casa familiare, ove disposta *ex art. 155 quater c.c.* Tale provvedimento deve disporre anche lo scioglimento della comunione legale dei beni.

I provvedimenti provvisori e urgenti possono essere reclamati al collegio della sezione specializzata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 669 *ter ss. c.p.c.* e, anche se non reclamati, possono essere sempre modificati e/o revocati, sino all'esito del giudizio, qualora si verificano mutamenti delle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento.

È auspicabile che si preveda espressamente che detto provvedimento di modifica non sia reclamabile dinanzi al collegio, ma solo modificabile/revocabile in presenza di ulteriori fatti nuovi o per la conoscenza di circostanze di cui non si aveva notizia prima della sua assunzione, ciò al fine di limitare la possibilità di parcellizzare il procedimento di cognizione in infiniti sub procedimenti.

In ogni caso, è bene mantenere la previsione di poter chiedere in ogni momento del processo misure a garanzia e coercitive in caso di gravi inadempienze dei provvedimenti in corso e in caso di atti che pregiudichino il minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento anche con riferimento alle statuizioni economiche, con istanza da depositare nella cancelleria del Giudice, il quale dovrà, con decreto, fissare udienza ad hoc per la trattazione, con la fissazione di termini a difesa.

Esaurita l'attività istruttoria, il Giudice dovrà fissare un'udienza per la discussione orale nel termine non superiore a trenta giorni, mandando gli atti anche al Pubblico Ministero nei procedimenti che prevedono la sua partecipazione, il quale dovrà depositare le proprie conclusioni scritte, fissando anche un termine entro il quale le parti possano depositare note difensive e successive eventuali repliche.

Questo in breve lo schema processuale ipotizzato, sul quale l'AIAF si pone in maniera aperta al confronto, frutto del contributo di chi quotidianamente verifica le tante criticità di un modello ormai desueto.

L'AIAF intende proporre un dibattito aperto con tutti gli operatori del circuito giudiziario e con gli altri interlocutori istituzionali e ritiene, comunque, che per assicurare una effettività della tutela giurisdizionale dei diritti nelle relazioni familiari, sia essenziale condividere alcuni postulati di principio, al di là delle soluzioni sul modello processuale proposto che, sono, in sintesi i seguenti:

1. concentrazione degli affari in materia familiare avanti un giudice in composizione monocratica specializzato presso il tribunale ordinario con conseguente ricongiungimento di tutti gli affari civili già di competenza del tribunale minorile, anche in applicazione del principio di prossimità;
2. applicazione delle regole costituzionali del giusto processo con la previsione di un modello processuale caratterizzato da forme e termini predeterminati, poteri delle parti e del giudice previsti dal legislatore e l'attuazione del principio della ragionevole durata del processo;
3. ottimizzazione delle risorse e delle competenze professionali da realizzare anche attraverso l'abolizione della fase presidenziale, e la previsione della conversione della separazione personale in divorzio;
4. realizzazione della terzietà del giudice attraverso il ruolo attivo del PM;
5. effettività delle statuizioni giudiziarie da realizzare attraverso la tutela di condanna;
6. disincentivazione dell'abuso del processo attraverso il rigoroso rispetto delle regole sulla condanna alle spese.

## PER UNA RIFORMA DEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO, E DEI PROCESSI MINORILI<sup>1</sup>

**Andrea Proto Pisani**

*Professore Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Firenze*

**1. Separazione e divorzio.** Indipendentemente dal diverso valore che ciascuno può attribuire alla famiglia fondata sul matrimonio, mi sembra che oggi sia indiscutibile (nonostante le diverse interpretazioni che sarebbero state possibili alla stregua della lettera dell'art. 151, 1° comma, c.c. e dell'art. 1, l. n. 898/1970):

- a) che ciascun coniuge abbia il potere unilaterale, il diritto potestativo di provocare la separazione giudiziale; tale potere rinviene la sua fattispecie costitutiva unicamente nella volontà del coniuge, posto che ciascun coniuge è arbitro insindacabile di valutare l'essersi verificata (per colpa sua, dell'altro coniuge, per colpa di entrambi o indipendentemente dalla colpa di alcuno) la situazione descritta dall'art. 151, 1° comma, c.c.: fatti tali da rendere intollerabile la convivenza;
- b) che ciascun coniuge separato, una volta decorsi tre anni «*a far tempo dalla avvenuta comparizione davanti al (presidente del) tribunale nella procedura di separazione*», abbia analogo potere unilaterale, il diritto potestativo di provocare il divorzio, con possibilità dell'altro coniuge solo di eccepire e provare la interruzione della separazione;
- c) che il consenso di entrambi i coniugi sia sufficiente a provocare la separazione consensuale o il divorzio congiunto.

**2. Per quanto concerne i provvedimenti sullo status,** limitando l'esame alle sole due prime ipotesi, mi sembra sia da dire che si è alla presenza di situazioni soggettive caratterizzate dalla estrema semplicità della loro fattispecie costitutiva.

Una volta ritenuto (come ritiene la legislazione vigente) che sia opportuno che l'esercizio di questi poteri unilaterali, di questi diritti potestativi, avvenga davanti al giudice, (e non, come pure sarebbe astrattamente pensabile, davanti a un notaio o all'ufficiale di stato civile), nel contraddittorio dell'altra parte (e previa previsione di un tempo ragionevole per lo svolgimento dell'udienza davanti al giudice), l'unica attività che è da richiedere al giudice (al giudice *monocratico* di tribunale, senza che sia necessario, come già spesso avviene, scomodare il presidente) è data non tanto – o, quanto meno, non solo dal tentativo di conciliazione, quanto – specie ove

---

<sup>1</sup> Schema della relazione tenuta dal Prof. Proto Pisani all'Assemblea generale AIAF, Milano 17-19 maggio 2012. Presupposti della relazione sono stati: a) la concentrazione delle controversie in materia familiare avanti un giudice in composizione monocratica, specializzato, presso il tribunale ordinario con conseguente ricongiungimento di tutte le controversie civili già di competenza del tribunale minorile, anche in applicazione del principio di prossimità; b) la creazione di un ufficio del pubblico ministero specializzato in materia di diritto delle persone, della famiglia e dei minori, anche allo scopo di assicurare la terzietà del giudice.

vi siano figli – dal fare applicazione del 2° comma dell'art. 155 *sexies*, 2° comma, c.c.

Ove la conciliazione non sia raggiunta (anche a causa della mancata comparizione dell'altro coniuge) o i coniugi comparsi rifiutino il tentativo di conciliazione facilitativa, non resta che prendere atto della spendita del potere unilaterale, del diritto potestativo, e emettere nella stessa udienza sentenza immediata (in forma *semplificata stesa in calce al ricorso*, o in altro modo egualmente semplificato) di separazione giudiziale o di divorzio. A fini garantisti prevederei che la sentenza sia (solo immediatamente) impugnabile (anche se motivi di impugnazione e interesse dell'impugnazione si avranno solo in casi eccezionalissimi).

**3. Quanto ai provvedimenti anche patrimoniali nell'interesse dei figli, e/o di eventuale mantenimento o alimenti a favore dell'altro coniuge** (che ben potrebbe essere anche il coniuge attore), occorre dire che questi provvedimenti (come anche l'accertamento dell'eventuale addebito, fino a che questo istituto non sarà soppresso) *esulano* dai provvedimenti sullo *status* e come tali vanno tenuti nettamente *separati* da questi.

In caso di domande proposte congiuntamente dovrebbe essere previsto il *dovere* del giudice di disporre la separazione della causa di *status* e pronunciarsi immediatamente su di essa. (v. *supra* 2).

A mio avviso sarebbe da prevedere che:

- a) queste controversie siano *necessariamente* (almeno in prima battuta) trattate secondo le forme del procedimento *sommario anticipatorio* previste dagli art. 669 *sexies*, 1° comma, relativo al procedimento, 669 *octies*, 6°, 7° e 8° comma, relativi alla conservazione dell'efficacia del provvedimento sommario anche in caso di mancata instaurazione o estinzione del processo a cognizione piena, 669 *decies*, relativo alla modifica e alla revoca, 669 *duodecies*, relativo all'attuazione e 669 *terdecies*, relativo al reclamo, c.p.c.;
- b) deve essere fatta salva la possibilità, per ciascun coniuge, una volta conclusosi il procedimento sommario, di adire il giudice nelle forme del processo ordinario di cognizione: ciò per la garanzia costituzionale del diritto di azione e di difesa;
- c) quanto ora detto sub a e sub b dovrebbe valere anche per il riesame di tali provvedimenti per fatti sopravvenuti, o in caso di rottura di famiglie di fatto.

L'opzione valutativa che mi spinge a questa proposta è data:

- a) dal carattere necessariamente urgente di questi provvedimenti;
- b) dalla ragionevole speranza che in tal modo il ricorso al processo a cognizione piena, già così divenuto residuale, divenga anche tendenzialmente eccezionale nei fatti.

**4. Quanto alle controversie sui ricorsi ex art. 330 a 336 c.c.**, mi sembra sia da prevedere in via legislativa la stessa sequenza:

- a) *prima fase* necessariamente *sommatoria* secondo gli stessi richiami normativi ricordati sopra, ivi compreso il reclamo;
- b) seconda fase eventuale secondo la forma del rito ordinario.

Sarebbe però esplicitamente da prevedere (oltre alla soppressione dell'incivile potere di procedere d'ufficio e alla competenza del giudice monocratico), sia per il processo sommario sia per quello a cognizione piena:

- aa) il divieto, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, di produzione o utilizzazione sotto qualsiasi specie come prova (sia pur superficiale, sommaria, come argomento di prova, ecc.) delle relazioni dei servizi sociali: destinatario delle relazioni, assunte e redatte in assenza di contraddittorio, dovrebbe essere solo il Pubblico Ministero (specializzato) il quale da esse potrebbe trarre fonti di prova da riversare nel processo nel contraddittorio delle parti;

- bb) il divieto di affidamento familiare a coniugi che abbiano presentato domanda di adozione;
- cc) la difesa d'ufficio dei genitori privi di difensori di fiducia;
- dd) risolvere il problema della rappresentanza e della difesa tecnica del minore.

5. **Quanto ai giudizi di accertamento dello stato di abbandono del minore**, occorrerebbe fare il *maquillage* agli artt. 8 ss., l. n. 184/1983, nel senso di trasformarli in norme processuali speciali del processo ordinario di cognizione.

In ogni caso si dovrebbe esplicitamente disporre che, ove sorga necessità di provvedimenti d'urgenza a favore del minore, si debba provvedere nelle forme indicate *supra* sub 4, nonché l'esplicito divieto, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio di produzione o utilizzazione, sotto qualsiasi specie come prova delle relazioni dei servizi sociali.

6. Ultimo problema, sul quale, per difetto di competenza, non mi pronuncio, è quello **dell'ascolto del minore ultradodicesimo**; ascolto che per rispetto del principio del contraddittorio dovrebbe avvenire in forme protette sì, ma tali da consentire l'audizione a distanza da parte dei difensori, e possibilmente in locali diversi da quelli degli uffici giudiziari (ma non nei locali dei servizi sociali).



## OSSERVAZIONI SUL GIUDICE UNICO PER LA PERSONA E LE RELAZIONI FAMILIARI<sup>1</sup>

---

**Gustavo Sergio**

*Presidente del Tribunale per i minorenni di Napoli*

---

**Sommario:** 1. Specializzazione del Giudice unico per la persona e le relazioni familiari. – 2. Utilizzazione dei saperi extra giuridici e ruoli processuali. – 3. La specializzazione del PM e dell'Avvocatura: nuove prospettive. – 4. Nuovo ruolo del PM di interfaccia tra sistema dei servizi e giustizia, e proposta di istituzione di una commissione tecnica consultiva presso il gruppo di lavoro specializzato per la famiglia e le persone presso la Procura della Repubblica.

### 1. Specializzazione del Giudice unico per la persona e le relazioni familiari

Secondo l'art. 102 Cost. *non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.*

Attualmente la specializzazione degli organi giudicanti minorili di merito è realizzata dalla presenza nel collegio di "esperti," e cioè di soggetti scelti per la loro cultura ed esperienza professionale nelle materie extra giuridiche previste dalla legge.

È altresì assicurata anche la comune formazione e l'aggiornamento professionale nelle materie attinenti al diritto ed alle problematiche della famiglia e dell'età evolutiva sia dei giudici del tribunale ordinario interessati agli affari di diritto di famiglia che di quelli minorili.

I caratteri che contraddistinguono la figura professionale e le funzioni dell'esperto componente privato del tribunale per i minorenni differiscono notevolmente da quelli di analoghe figure giudiziarie non togate presenti nelle corti giovanili dei principali paesi dell'Unione europea.

Queste infatti sono presenti solo presso organi giudiziari competenti in materia penale e/o rieducativa e mai nei collegi giudiziari civili. In effetti il contributo "tecnico" di un esperto nei col-

---

<sup>1</sup> Le osservazioni di carattere discorsivo ed illustrativo qui pubblicate, con l'autorizzazione dell'Autore, Dott. GUSTAVO SERGIO, sono tratte da *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, lavoro pubblicato in *Trattato Zatti*, vol. VI, *La tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, Giuffrè, Milano, 2012. Esse in particolare affrontano le questioni:

a) della *specializzazione del giudice e degli altri soggetti del processo*; b) dell'*utilizzazione del sapere extra giuridico e dei ruoli processuali*; c) della *specializzazione del PM e dell'avvocatura*; d) del *nuovo ruolo del PM di interfaccia tra il sistema dei servizi e la giustizia, e la proposta di istituzione di una commissione tecnica consultiva presso il gruppo di lavoro specializzato per la famiglia e le persone presso la procura della Repubblica.*

Su tali questioni si è incentrato il contributo del Dott. Gustavo Sergio ai lavori dell'Assemblea nazionale dell'AIAF, tenutasi a Milano il 17-19 maggio 2012.

leggi penali/rieducativi è di carattere trattamentale, in funzione della scelta della misura più adeguata alla condizione del ragazzo ed alle sue esigenze.

Va tuttavia sottolineato che la scelta dei componenti non togati che partecipano ai giudizi penali nei confronti dei minorenni nei maggiori paesi d'Europa di *common law* e di *civil law* è fondata su criteri prevalentemente sociali, e cioè sulla cittadinanza qualificata da un particolare interesse per le questioni giovanili, e non necessariamente come in Italia dalla conoscenza di discipline specialistiche relative al comportamento umano e da corrispondenti esperienze professionali.

Nel Regno Unito (Inghilterra e Galles) infatti le *Youth Courts* sono composte da laici formati dalla comunità locale. Si tratta di *magistrates* volontari che prestano un servizio *part time*, dotati di conoscenze approfondite della realtà sociale e dei servizi sociali del territorio di appartenenza, che hanno ricevuto una formazione specifica in procedura penale<sup>2</sup>. In Francia, il collegio giudicante penale è formato da un giudice minorile togato specializzato presso la *Ecole nationale de la magistrature* che lo presiede, e da due assessori laici, cittadini nominati dal Ministro Guardasigilli e *choisis en fonction de l'intérêt qu'ils portent à la cause de l'enfance*. Recentemente la l. 10 agosto 2011, n. 939 *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs* ha in via sperimentale istituito il *tribunal correctionnel pour mineurs*, la cui composizione è caratterizzata dalla partecipazione al collegio, di regola formato da tre togati e da *deux citoyens assesseurs*, di un giudice minorile togato che lo presiede. Dunque è la specializzazione di quest'ultimo quella che caratterizza la formazione del tribunale correzionale per minorenni<sup>3</sup>.

La giurisdizione civile in materia di famiglia e delle persone invece non ha carattere trattamentale perché assicura la tutela giurisdizionale dei diritti relazionali e degli *status*.

I diritti relazionali positivamente individuati dal legislatore italiano che coinvolgono anche i soggetti in età evolutiva, riguardano il rapporto tra genitori e prole (art. 8 CEDU, artt. 5, 7, 8, 1° comma, 9, 10 Conv. di N.Y., art. 30 Cost., 147 c.c., art. 1, l. n. 183/1984 come modificata dalla l. n. 149/2001) e si realizzano nella cura materiale e morale dei primi con i figli, che a loro volta hanno il diritto di sviluppare la loro personalità, e dunque di crescere ed essere educati nell'ambito della propria famiglia.

Perciò il versante doveroso che l'art. 30 Cost. mette in rilievo con riguardo ai compiti di mantenere, istruire, educare i figli non costituisce tanto un'opzione del legislatore per il minore in quanto soggetto debole, quanto il riconoscimento del rapporto che prima che etico sociale è naturale, poiché i piccoli dell'uomo progressivamente raggiungono l'autonomia che consente loro di sopravvivere molto più tardi rispetto ai cuccioli del regno animale.

«La potestà dei genitori nei confronti del bambino è infatti riconosciuta dall'art. 30, comma 1° e 2° della Costituzione non come loro libertà personale ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale»<sup>4</sup>.

Dunque la categoria *dovere – diritto* adoperata nella Costituzione esprime perfettamente il contenuto del diritto alla maternità (o paternità) dal punto di vista del genitore. La tensione tra questi termini costituisce la dialettica insopprimibile del rapporto naturale ed etico sociale tra genitori e figli. Proprio per questo ad esso corrisponde il *diritto del figlio di crescere ed essere edu-*

<sup>2</sup> Cfr. G. RINALDI, *Il sistema della giustizia minorile in Inghilterra e Galles*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, n. 2, 2010, p. 17.

<sup>3</sup> J. PRADEL *Le citoyen comme juge pénal. À propos de la loi du 10 août 2011*, in [http://www.facebook.com/note.php?note\\_id=229033257144569](http://www.facebook.com/note.php?note_id=229033257144569).

<sup>4</sup> Così Corte cost. sent. 27 marzo 1992, n. 132, in <http://www.giurCost.org/decisioni/index.html>.

cato nell'ambito della propria famiglia (specificamente riconosciuto dall'art. 1, l. n. 184/1983 come modificato dalla l. n. 149/2001), che ha un contenuto speculare.

La l. 8 febbraio 2006, n. 54 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli*) ha modificato il codice civile riconoscendo nell'art. 155 il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore anche in caso della loro separazione personale, di scioglimento, di annullamento, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché in caso di rottura dell'unità della famiglia di fatto (artt. 1 e 4).

La stessa l. n. 54 ha individuato con la nuova disposizione di cui all'art. 155 bis c.c. (evidentemente in relazione all'art. 9 della Convenzione di N.Y.) il diritto di ciascun genitore di non essere separato contro la sua volontà dal figlio minore a meno che il giudice non decida con provvedimento motivato che l'affido esclusivo del figlio ad uno solo dei genitori corrisponde all'interesse del minore.

In definitiva una relazione personale si configura come diritto relazionale biunivoco quando la legge la riconosce nell'ambito di uno schema tipico generale dei rapporti, funzionale al rispetto della dignità delle persone interessate ed al soddisfacimento delle loro esigenze fondamentali.

La corrispondenza biunivoca tra i diritti della personalità mette in rilievo la peculiarità della tutela giurisdizionale in materia di diritti relazionali in caso di conflitto in materia di affidamento di un minore. Non si tratta di attribuire la prevalenza di un soggetto nei confronti dell'altro, ma di accertare le dimensioni e la portata obbiettiva del conflitto, delle conseguenze prodotte sugli interessi dei soggetti coinvolti, e di verificare se la relazione soddisfi i diritti inviolabili delle persone coinvolte.

La Corte EDU ritiene che *in materia di affidamento di un minore figlio di genitori separati, va stabilito un giusto equilibrio tra l'interesse del figlio a vivere in un ambiente sereno e quello del genitore non affidatario a mantenere con lui rapporti frequenti* considerando in concreto il grave conflitto tra i due genitori. Perciò alla stregua di tale indirizzo i giudici di Strasburgo (sent B. contro Italia del 16 settembre 1999) ritennero insussistente la violazione dell'art. 8 CEDU lamentata dal padre a causa delle limitazioni imposte dai giudici nazionali all'esercizio del c.d. diritto di visita<sup>5</sup>.

La tutela effettiva e diretta dei diritti relazionali (impregiudicata quella indiretta per il risarcimento dei danni anche non patrimoniali) può essere assicurata dal giudice con la tutela inibitoria, che impedisce la ripetizione di condotte lesive dell'integrità fisica e morale del soggetto coinvolto (c.d. *ordini di protezione ex artt. 342 bis, 342 ter c.c.*), con l'applicazione del regime giuridico previsto dalla legge (tutela specifica) per una diversa regolazione dei rapporti (artt. 155 e 155 bis c.c.) e perfino con l'interruzione della relazione tra le persone interessate (art. 8, l. n. 184/1983).

In definitiva l'Italia è l'unico paese che attribuisce funzioni giudiziarie di "esperto" in materia civile ai cultori di scienze del comportamento, perché il complesso delle competenze attribuite nel 1934 al tribunale per i minorenni era funzionale alla regolazione e controllo autoritario di situazioni familiari un tempo considerate marginali, contigue ai fenomeni di devianza dei minorenni – sovente connesse a situazioni di fragilità sociale degli adulti – azione costituente la missione per la quale il tribunale stesso era stato istituito<sup>6</sup>.

Occorre perciò domandarsi se la composizione mista del collegio prevista nel 1934 sia adeguata alla funzione essenzialmente giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali delle persone che l'evoluzione generale degli ordinamenti giuridici – sia a livello europeo che nazionale – impone per la modernizzazione del servizio giustizia.

<sup>5</sup> Cfr. M.G. RUO, *Diritti umani, famiglia, minori: la giurisprudenza delle Corti Europee di Strasburgo e del Lussemburgo*, in *Legalità e giustizia*, n. 2-3, 2005, p. 139.

<sup>6</sup> Cfr. P. ZATTI, *Rapporto educativo e potere d'intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO-A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 308.

La specializzazione professionale e l'utilizzazione di moduli organizzativi flessibili, capaci di adeguarsi ai rapidi cambiamenti ed alle esigenze sempre nuove della vita sociale, costituiscono le risposte alla complessità crescente dei problemi anche per quel che riguarda la giustizia.

Il nuovo modello organizzativo del giudice unico di primo grado soddisfa l'esigenza di efficienza utilizzando lo strumento tabellare per la costituzione di sezioni che consentono una ripartizione coerente degli affari civili e penali e la specializzazione e rotazione dei magistrati addetti.

La circolare del Consiglio Superiore della Magistratura del 21 dicembre 2001 sull'organizzazione degli uffici giudiziari all'indomani dell'introduzione nell'ordinamento giudiziario del giudice unico di primo grado stabilisce infatti che *la ripartizione del lavoro tra le sezioni deve avvenire secondo un criterio di attribuzione degli affari in base a competenze specifiche per materie omogenee e preindividuate. La specializzazione, ove possibile, va realizzata eventualmente attraverso l'identificazione di aree di competenza che accorpino più sezioni, all'interno delle quali può operarsi un'ulteriore ripartizione. In particolare la costituzione di sezioni specializzate appare preferibile ... per le materie caratterizzate dalla necessità, per il giudicante, di acquisire conoscenze non strettamente giuridiche ma comunque rilevanti per la comprensione delle controversie quali, ad esempio, la materia della famiglia, del lavoro, delle procedure concorsuali, delle società, dei brevetti e delle successioni ...*

Tali previsioni sono state confermate anche dall'ultima circolare del CSM sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti del 27 luglio 2011 (§§ 21-25).

Secondo le ultime esperienze la specializzazione dunque è obbiettivo da raggiungere innanzi tutto attraverso la formazione e l'aggiornamento, per migliorare la professionalità *tout court* del magistrato adeguandola alle esigenze poste dalle materie trattate<sup>7</sup>. Non può ridursi ad una mera risposta organizzativa che conduce alla costituzione di *enclaves* separate, nelle quali il giudice può smarrire la visione complessiva dell'ordinamento, o può avvicinarsi eccessivamente agli interessi che deve tutelare, specialmente quando le norme da applicare sono caratterizzate da un'ampia discrezionalità<sup>8</sup>.

Certamente anche le soluzioni organizzative concorrono all'acquisizione di esperienze professionali specifiche, e per questo la circolare sulle tabelle di organizzazione prevede espressamente l'istituzione di apposite sezioni (per esempio quella del lavoro, o della famiglia e dei diritti della persona), ma al tempo stesso esse fanno sorgere la necessità di equilibrare la specializzazione con la rotazione, per evitare *il rischio in sé ineliminabile di diminuzione della terzietà ed imparzialità del giudice*.

A conforto di queste riflessioni va segnalato come l'art. 18 del d.lgs. n. 51/1998 sull'istituzione del giudice unico sostituisca nell'art. 54 dell'Ord. Giud. la denominazione «*magistratura del lavoro*», con quella di «*sezione incaricata esclusivamente della trattazione delle controversie in materia di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie*», confermando un approccio che realizza la specializzazione del giudice con strumenti organizzativi ordinari e con la formazione e l'aggiornamento della sua professionalità.

## 2. Utilizzazione dei saperi extra giuridici e ruoli processuali

La peculiarità del diritto di famiglia e delle persone non riguarda solo l'ambito sociale nel quale si svolgono i rapporti disciplinati dal diritto, come per la materia del lavoro, ma comprende anche l'utilizzazione di saperi e l'applicazione di tecniche estranee al diritto, indispensabili per la comprensione delle relazioni personali tutelate.

<sup>7</sup> Cfr. R. RORDORF, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 269 ss.

<sup>8</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. ed il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 248.

Com'è noto l'esigenza di una migliore conoscenza della controversia (*quaestio facti*) sottoposta al giudizio (*quaestio juris*) può far nascere la necessità di utilizzare anche i saperi extra giuridici nel processo. Talvolta tale esigenza riguarda il contenuto stesso della decisione, quando la disciplina di una determinata materia è assicurata da norme in bianco – le c.d. clausole generali – o a maglie larghe, la cui applicazione ed integrazione richiede per l'appunto conoscenze tecniche extra giuridiche.

Data la complessità delle questioni che il tema solleva, conviene esaminare separatamente i due profili.

Lo strumento processuale predisposto per la *quaestio facti* è la consulenza tecnica, ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche (art. 220 c.p.p.).

Le tecniche, le arti, le scienze non si risolvono in regole socialmente ed ufficialmente riconosciute, come quelle giuridiche, che proprio per questo rientrano nel sapere del giudice (*jura novit curia*) e nella funzione dello *jus dicere* che esclusivamente gli appartiene.

Esse invece costituiscono gli strumenti di conoscenza utilizzati in occasione e per i fini dell'agire dell'uomo, che non possono non essere sottoposti al contraddittorio per la loro valorizzazione nel processo. A tale principio giuridico corrisponde sul piano empirico il *principio di falsificazione* secondo cui un'ipotesi (o una teoria) ha carattere genuinamente scientifico solo quando è suscettibile di essere smentita dai fatti dell'esperienza<sup>9</sup>.

Il divieto per il giudice di far uso della sua scienza privata, salvo che a fondamento della decisione siano poste le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 c.p.c.), non è dunque soltanto espressione dei principi del giusto processo. La legge vieta il cumulo della funzione di teste e di giudicante, che non consentirebbe al magistrato di esercitare sulle proprie conoscenze non giuridiche – e dunque private – quel controllo che costituisce un momento essenziale della sua funzione<sup>10</sup>, e nello stesso tempo impedisce che le ipotesi scientifiche formulate dal giudice siano convalidate impropriamente dalla giurisdizione, la cui autorità non è fondata sulla scienza ma sul contratto sociale.

Dunque l'utilizzazione dei saperi extra giuridici non comporta solo la necessità di una professionalità specializzata dei soggetti del processo, ma investe il *ruolo* svolto da ciascuno in funzione del rispetto del principio del contraddittorio e della posizione di terzietà ed imparzialità del giudice.

Per queste ragioni la prassi, (in qualche modo consentita dalle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura sull'impiego dei componenti privati nel settore civile) dell'utilizzazione delle competenze professionali extra giuridiche dei giudici onorari per le c.d. *consulenze domestiche*, dirette ad acquisire valutazioni tecniche in occasione dell'audizione del minore o dei suoi parenti da sottoporre al collegio per la decisione, appare inconciliabile con i principi del giusto processo.

Quando l'utilizzazione dei saperi extra giuridici riguarda anche il contenuto del provvedimento, come avviene per le decisioni in tema di diritti della persona e relazionali, in occasione delle quali il giudice è tenuto a considerare l'interesse del bambino in modo preminente (art. 3, 1° comma Conv. N.Y.), emergono anche altri profili della questione.

Se la tutela giurisdizionale dei diritti relazionali della personalità del bambino – e di quello del genitore – si svolge sotto l'egida del principio di legalità, la considerazione preminente dell'interesse del minore evidentemente riguarda il suo benessere.

<sup>9</sup> Cfr. voce "Falsificazione, principio di", in *Filosofia*, Le Garzantine, Garzanti, Milano, 1999, p. 363. Il principio fu enunciato dal filosofo austriaco K. POPPER nella sua celebre opera *La logica della scoperta scientifica* (1934).

<sup>10</sup> S. PUGLIATTI, voce "Conoscenza", in *Enc. dir.*, IX, 1990, p. 98; M.G. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2000, pp. 621-624.

Tuttavia, come si è visto, la Convenzione di N.Y. non confonde le decisioni dei tribunali con quelle assistenziali, legislative ed amministrative. È la stessa Convenzione che richiama negli artt. 9, 1° e 2° comma e 16 la funzione di garanzia dal giudice nei confronti dei soggetti coinvolti dall'intervento di protezione svolto dai servizi – innanzi tutto il bambino – per realizzare la *protezione della legge contro interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata e familiare*.

Perciò ciascuna decisione mantiene la propria natura anche se nel merito considera l'interesse superiore del fanciullo.

Certamente le distinzioni teoriche sono più facili di quelle pratiche ma, si sa, la prudenza del giurista risiede anche nell'adeguatezza della decisione al caso concreto.

La questione che qui si vuol sollevare riguarda invece i rischi che nascono dal fatto che sia rivestito dell'autorità di giudicare chi, come gli "esperti" che compongono il collegio minorile, ha nel proprio bagaglio professionale non solo (e non tanto) le conoscenze tecniche, ma soprattutto gli obbiettivi, le finalità i metodi delle professioni di aiuto, e che questa investitura trovi la sua ragione non nella logica della giurisdizione ma della protezione di determinate categorie di soggetti. In questo modo il sostegno e la cura dei soggetti deboli rischia di tramutarsi nella barbarie delle terapia coatta. *Tradurre un diritto in soggezione avvalendosi del richiamo all'interesse generale significherebbe in realtà modificare il modello stesso*, trasformare il diritto alla salute, che l'art. 32 Cost. qualifica come *fondamentale diritto dell'individuo*, nel dovere di subire una normalizzazione, un'ingerenza autoritaria attivata nell'interesse di chi non ha richiesto alcun aiuto<sup>11</sup>.

Da una recente ricerca sull'identità ed il ruolo degli esperti componenti privati del tribunale per i minorenni è emerso la tendenza a privilegiare il reclutamento di psicologi, soprattutto di quelli che svolgono la professione di psico terapeuta. *«Il che sembra riconfermare quella tendenza esistente da sempre nella giustizia minorile, di considerare il minore come un disadattato, e, quindi bisognoso di un supporto terapeutico ... È un orientamento ideologico che sembra dovuto alla presenza di psicologi nei servizi sociali minorili che ha spostato gli interventi giudiziari sul versante terapeutico instaurando un'evidente ambiguità tra intervento giudiziario e psico terapeutico. Per altro verso la forte presenza di giudici onorari psicologi e psicoterapeuti potrebbe rafforzare tale orientamento aumentando anche i rischi di interventi inadeguati<sup>12</sup>»*.

La specializzazione del giudice chiamato ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti relazionali dunque non può contraddire il modello del giudice garante, che realizza una funzione di salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini. In questo senso la terzietà non corrisponde solo al modello di processo posto dall'art. 111, 2° comma, Cost., ma anche all'effettività della tutela dei diritti della persona.

Sono queste le ragioni dell'inattualità della composizione dell'organo giudiziario minorile in sede civile sperimentata dal 1934 fin quasi alla fine del secolo scorso in modo funzionale alla missione per cui il tribunale era stato istituito: il controllo sia delle condotte del minore che dell'esercizio della potestà da parte dei genitori, e la protezione tutelare del primo in quanto incapace.

Proprio la discrezionalità di compiti così "speciali" per un organo giurisdizionale – aveva richiesto la presenza nel collegio del tribunale per i minorenni di *benemeriti dell'assistenza sociale scelti tra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale pedagogia e psichiatria*, e cioè di per-

<sup>11</sup> D. VINCENZI AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 175.

<sup>12</sup> Cfr. A. MESTITZ, *Chi sono i giudici onorari minorili?*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2011, p. 298. La ricerca, condotta dall'Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari del Cnr (Irsig-Cnr di Bologna) in collaborazione con l'Associazione Italiana Magistrati per i Minorenni e la Famiglia (AIMMF), ha coinvolto tutti i giudici onorari minorili in servizio e si è conclusa nel giugno 2008. I dati raccolti e le analisi sono state pubblicate nel suddetto numero della rivista *Minorigiustizia*.

sone dotate dell'esperienza e delle conoscenze necessarie per le decisioni giudiziarie di protezione e trattamento.

Oggi invece il riconoscimento dei diritti del bambino e la loro giustiziabilità consente d'inquadrare in una luce nuova il diritto di famiglia, la cui collocazione risulta dislocata rispetto alla deriva pubblicistica sviluppatasi nel secolo scorso.

La costituzionalizzazione dei diritti umani configura infatti un nuovo tipo di rapporto tra i pubblici poteri ed i soggetti che a vario titolo entrano nel campo di azione dei primi.

Se è vero che anche l'azione di sostegno ed aiuto nei confronti dei soggetti deboli si svolge nel rispetto del principio del consenso informato, si può sostenere nel solco delle riflessioni di Bobbio che il nuovo secolo sembra registrare un'espansione del diritto privato rispetto a quello Pubblico sviluppando la corrispondente dicotomia *legge/contratto*<sup>13</sup>.

Il nuovo processo di privatizzazione dei rapporti personali e familiari naturalmente non ha nulla a che vedere con il mondo della vecchia famiglia patriarcale, società di disuguali posta sotto l'egida della potestà del padre e "*lambita soltanto dal diritto*". Il suo sviluppo, per essere compreso e regolato, richiederà l'utilizzazione di nuove categorie culturali, di forme giuridiche e sociali originali, come quelle di tutela dei diritti relazionali.

### 3. La specializzazione del PM e dell'Avvocatura: nuove prospettive

Il giudice della famiglia e della persona dunque dovrebbe essere capace di riconoscere i comportamenti che producono l'ingiusto sacrificio delle potenzialità psicofisiche, delle attività realizzatrice della persona, oltre che, eventualmente, laddove essi abbiano avuto un rilievo penale, anche il turbamento della sfera interiore della vittima, e di valutare le lesioni dei diritti fondamentali della persona. Le conoscenze tecniche e scientifiche possono così favorire l'elaborazione di una giurisprudenza più ricca sui diritti della persona per la soluzione di conflitti che spesso oggi sono affrontati soprattutto sotto il profilo bioetico<sup>14</sup>.

La specializzazione del magistrato in materia di diritto di famiglia e delle persone dunque non riguarderà, come in passato, prevalentemente gli interventi assistenziali e di sostegno terapeutico. Questi di regola si svolgono nel rispetto del principio del consenso informato ad opera dei servizi socio sanitari, cui sono attribuite anche rilevanti facoltà di iniziativa per la prevenzione del disagio e la protezione dei soggetti deboli, tra i quali in primo luogo quelli in età evolutiva.

Infatti il giudice deve oggi ascoltare i soggetti interessati – anche in età evolutiva – soprattutto se bisognosi di forme di protezione giuridica, modulare i contenuti della "tutela specifica" prevista dalla legge (artt. 155, 155 bis, 342 ter c.c., ecc.) in relazione alle peculiarità delle situazioni soggettive e relazionali sottoposte al suo esame, disegnare il regime giuridico delle responsabilità degli adulti nei confronti di un minore per la tutela dei diritti della personalità di quest'ultimo, vigilare sull'attuazione della decisione adottata<sup>15</sup>. Perciò è necessario che egli abbia conoscenze non approssimative delle esigenze psicofisiche dei soggetti interessati, (per esempio delle vittime), e dei processi educativi dei bambini e degli adolescenti.

Tale specializzazione è necessaria anche per i magistrati del Pubblico Ministero, soprattutto per il ruolo processuale che essi svolgono. Se si vuole salvaguardare la terzietà del giudice nei

<sup>13</sup> Sulla dicotomia *pubblico/privato* e sulla tensione dialettica che questa sviluppa con la dicotomia corrispondente *stato/famiglia* e *legge/contratto* si veda N. BOBBIO, voce "*Pubblico/privato*", in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1980, pp. 402-403.

<sup>14</sup> Cfr. E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2000, pp. 42-45.

<sup>15</sup> Si richiamano le decisioni della CEDU ricordate nel par. 15.e.

giudizi sui diritti inviolabili, occorre che l'esercizio dei poteri processuali attribuiti alla "parte" pubblica, – anche per sollecitare l'integrazione istruttoria che caratterizza tali procedimenti – sia sostenuto da conoscenze adeguate sui contenuti e sulle dinamiche dei conflitti<sup>16</sup>.

Di qui la necessità dell'istituzione di una *sezione specializzata presso la Procura della Repubblica* in materia di relazioni familiari e della persona,

È fondamentale dunque valorizzare il ruolo del Pubblico Ministero, sia che eserciti l'azione che intervenga a norma dell'art. 72 c.p.c., a seconda di ipotesi rigorosamente previste dalla legge, anche come garante della tutela dei minori e dei soggetti deboli, nel rispetto e nei limiti già dettati degli artt. 16 e 19 della Convenzione di New York, dell'art. 13 della Convenzione di Strasburgo, dell'art. 8 della CEDU.

Analogo discorso può farsi per l'avvocatura, ed è confortante che di recente il Consiglio Nazionale Forense abbia emanato un Regolamento (del 24 settembre 2010, in vigore dal 30 giugno 2011) per il riconoscimento del titolo di *avvocato specialista* in 11 materie tra le quali il *diritto di famiglia, dei minori, e delle persone*.

Fino ad oggi la professionalità specializzata degli avvocati, oltre che nella pratica forense, emergeva soprattutto a livello associativo senza alcun riflesso sul piano ordinamentale. Perciò il ricordato Regolamento riconosce le associazioni costituite tra avvocati specialisti prevedendo come unica finalità del loro statuto *la promozione del profilo professionale, la formazione e l'aggiornamento specialistico dei suoi iscritti*<sup>17</sup>.

Il nuovo modello processuale ha rafforzato il ruolo di tutti i soggetti che a vario titolo agiscono nel processo compiendo in autonomia svariate scelte nell'ambito delle facoltà e dei poteri loro attribuiti dalla legge.

Fino ad ieri la posizione del consulente era quella di *ausiliare del giudice*, e tale è la definizione che si legge ancora nel titolo del Capo III del Libro I del c.p.c. rimasto immutato dal 1940. Ma la nuova realtà è registrata dall'art. 228 c.p.p. che, a differenza della corrispondente disposizione del codice abrogato, affida al perito la conduzione delle operazioni peritali per rispondere ai quesiti, e dunque fa ricadere su di lui la responsabilità della scelta di metodi adeguati al contesto giudiziario, del rispetto delle regole processuali e deontologiche per una corretta interazione con tutti i protagonisti ed i ruoli presenti nel processo. È perciò auspicabile che l'esperto chiamato comunque ad operare nell'ambito giudiziario sia specializzato con riguardo all'attività forense da lui svolta come perito – consulente, e sia perciò tenuto a conoscere, (come già avviene per i medici) le regole ed principi giuridici fondamentali per adeguare il suo intervento alle finalità del processo.

Accanto alle questioni connesse alla specializzazione ed alla relativa formazione ne emergono altre parimenti importanti.

L'accresciuta influenza sulla giustizia dei saperi extra giuridici e delle professioni corrispondenti si esercita anche attraverso le attività svolte ai margini del processo, i cui risultati possono influenzarne la definizione. In materia di diritto di famiglia e delle persone, al di là degli interventi dei servizi socio sanitari è crescente il peso della mediazione familiare, la cui utilizzazione è auspicata dalla ricordata Convenzione di Strasburgo *al fine di prevenire e di risolvere i conflitti e di evitare procedimenti che coinvolgono minori dinanzi un'autorità giudiziaria*.

<sup>16</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Problemi del processo civile*, Morano, Napoli, 1962, pp. 6 e 15 ss.

<sup>17</sup> Sul punto si veda M. PINI, *L'esigenza di rinnovamento dell'avvocatura ed il ruolo dell'avvocato specializzato in diritto di famiglia. Difesa tecnica, mediazione, negoziazione e diritto collaborativo*, in *Rivista AIAF*, n. 1, 2010, p. 6 ss.; A. SCOLARO, *Specializzazione e formazione, La formazione specialistica e la scuola nazionale dell'AIAF*, *ivi*, p. 14 ss.; A. FORZA, *La figura del difensore d'ufficio nella legislazione minorile*, in *Quaderno AIAF*, n. 1, 2010, p. 121 ss.



In conclusione, l'interazione tra saperi e professioni diverse, l'utilizzazione da parte del giudice di clausole generali che rimandano a nozioni e conoscenze extra giuridiche aumenta il rischio di confusioni e deformazioni dei caratteri del processo e delle funzioni della tutela giurisdizionale.

L'aumento della complessità richiede dunque che la formazione specializzata del giudice, del Pubblico Ministero, dell'avvocato e del consulente acquisti un respiro nuovo, che arricchi a tutto campo<sup>18</sup> la professionalità dei soggetti del processo per consentir loro di affrontare problemi che non possono più essere risolti attraverso la collaborazione settoriale di esperti cooptati nel collegio giudicante.

L'esigenza della specializzazione vale dunque per tutte le professioni presenti nel processo con ruoli giudiziari o tecnici, ed è riconosciuta dalla legge (artt. 5 e 15, d.lgs. n. 272/1989), ed auspicata anche da ampi settori dell'avvocatura e delle professioni psi<sup>19</sup>.

Con la ratifica (l. 11 marzo 2002, n. 46) del Protocollo opzionale alla Convenzione di N.Y. del 6 settembre 2000, *concernente la vendita la prostituzione e la pornografia rappresentante i bambini*, ha vigore anche nel nostro ordinamento la previsione dell'art. 8 che stabilisce il dovere degli Stati di *impartire una formazione appropriata, in particolare in ambito giuridico e psicologico, alle persone che si occupano delle vittime dei reati predetti*.

La formazione, soprattutto se arricchita di momenti di confronto interdisciplinare, favorirà l'elaborazione di linee guida deontologiche comuni a tutte le professioni anche non legali che s'incontrano sulla scena processuale. I codici deontologici, concorrendo insieme alle disposizioni di legge a definire i contenuti ed i confini dei ruoli svolti assicureranno il cittadino dal rischio di ulteriori forme di vittimizzazione, di *malpractice* processuale.

#### **4. Nuovo ruolo del PM di interfaccia tra sistema dei servizi e giustizia, e proposta di istituzione di una commissione tecnica consultiva presso il gruppo di lavoro specializzato per la famiglia e le persone presso la Procura della Repubblica**

##### **a) Fondamento costituzionale**

Se all'azione penale corrisponde sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità (art. 1 c.p.), cui la Costituzione attribuisce un valore vincolante anche per il legislatore (art. 25, 2° e 3° comma), l'esercizio da parte del Pubblico Ministero dell'azione civile ed il suo intervento nei processi civili per la *tutela dei diritti degli incapaci* ha un significato diverso, radicato nel principio di eguaglianza.

Essa riguarda i diritti inviolabili della persona e la protezione giuridica dei soggetti deboli, per la cui realizzazione la Costituzione assegna alla Repubblica il compito *di rimuovere gli ostacoli ... che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana ...* (art. 3 cpv.).

L'incapacità, anche parziale o temporanea, di provvedere a se stesso o ai propri interessi è infatti una condizione personale che non deve menomare la pari dignità sociale e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

<sup>18</sup> Cfr. M.G. CIVININI, *I nodi irrisolti della formazione dei magistrati*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2002, p. 171. Si veda anche R. RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Le Società*, n. 2, 2000, p. 152 ss. che sviluppa il tema della formazione per la specializzazione del giudice togato in materia commerciale. Si veda pure *Relazione quadriennale sull'attività di formazione professionale* in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2001, p. 119.

<sup>19</sup> Cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *La responsabilità professionale dello psicologo*, in A. MESTITZ (a cura di), *La tutela del minore tra norme psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 398 ss.

Questo dunque il fondamento ed i limiti funzionali dei poteri processuali civili attribuiti dalla legge al Pubblico Ministero.

#### b) *Diritti umani ed attribuzioni civili del pubblico ministero*

Le azioni civili di tutela dei diritti personali e relazionali dell'uomo sono necessariamente collegate ai soggetti titolari dei diritti sostanziali lesi o controversi.

La rilevanza costituzionale dell'inviolabilità dei diritti umani tuttavia richiede l'intervento di un soggetto Pubblico, che nel processo è il Pubblico Ministero, che azionando i poteri processuali specificamente attribuitigli dalla legge assume le iniziative necessarie per assicurare comunque, anche in caso d'incapacità o inerzia del soggetto interessato la protezione giuridica e la tutela giurisdizionale dei diritti della personalità.

L'attribuzione al Pubblico Ministero piuttosto che al giudice di tali poteri discendono dal modello processuale disegnato dall'art. 111 Cost.<sup>20</sup>. La giurisdizione ha per oggetto l'imparziale e disinteressata attuazione del diritto da parte del giudice *soggetto soltanto alla legge*, ma è inscindibilmente collegata al diritto di difesa (art. 24, 1° e 2° comma, Cost.) che si realizza nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Il codice di procedura penale contempla il Pubblico Ministero tra i soggetti del processo, al pari dell'imputato, della parte civile, della persona offesa dal reato (Libro I, Titolo II, c.p.p.), e non potrebbe essere diversamente poiché egli è il titolare dell'azione penale.

Quello di procedura civile ne distingue la posizione sia rispetto agli organi giudiziari – e relativi ausiliari – sia riguardo alle parti, ai loro rappresentanti e difensori (Libro I, Titolo II, c.p.c.).

Ed infatti il codice civile stabilisce nell'art. 2907 c.c. che *alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte, e, quando la legge lo dispone, su istanza del pubblico ministero*.

Se si collega l'azione alla titolarità del diritto sostanziale dedotto in giudizio ed agli effetti costitutivi delle sentenze che riguardano solo le parti, i loro eredi ed aventi causa (art. 2908 c.c.) si comprende come il Pubblico Ministero non possa essere considerato "parte" del giudizio civile da lui promosso o in cui interviene, anche se il codice gli attribuisce *gli stessi poteri che competono alle parti esercitabili nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime*. (art. 72 c.p.c.)<sup>21</sup>.

Secondo il paradigma del processo accusatorio il *giudice terzo* opera al di fuori ed al di sopra degli altri pubblici poteri per realizzare la tutela giurisdizionale dei diritti di tutti<sup>22</sup>, mentre il Pubblico Ministero promuove in giudizio le pretese e gli interessi aventi natura o rilievo pubblicistico. E non vi è dubbio che i diritti inviolabili della persona posti tra i principi fondamentali dell'ordinamento abbiano un rilievo pubblicistico.

#### c) *Legittimazione straordinaria ad agire ed a intervenire*

Alla regola della normale correlazione tra titolarità del diritto sostanziale e del diritto di azione corrisponde la libertà – intrinseca ad ogni diritto soggettivo – che si esprime anche nel potere di esercitare o meno il diritto di cui si è titolari.

Quando però singoli rapporti privati coinvolgono interessi che hanno rilevanza generale per l'ordinamento, il legislatore attribuisce poteri processuali anche al Pubblico Ministero, il sog-

<sup>20</sup> Cfr. sul punto A. PROTO PISANI, *Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 215 ss.

<sup>21</sup> F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce "Pubblico Ministero (diritto processuale civile)", in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 1082.

<sup>22</sup> Cfr. M.G. CIVININI *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Le garanzie*, in M.G. CIVININI-C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 273.

getto processuale che ha il compito di promuovere e far valere in giudizio interessi pubblicistici (artt. 69 e 70 c.p.c.).

La legittimazione del Pubblico Ministero all'esercizio di azioni civili è dunque "straordinaria": infatti secondo il principio stabilito dall'art. 81 c.p.c. nessuno, fuori dei casi stabiliti dalla legge, può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui<sup>23</sup>. L'intensità di questo coinvolgimento influisce sui poteri processuali specificamente attribuitigli.

I procedimenti civili in materia di famiglia, e quelli *c.d.* di stato e capacità delle persone coinvolgono i diritti dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.

In particolare i provvedimenti con cui sono decise le cause relative alla responsabilità parentale, ai *c.d.* diritti di affidamento e di visita incidono sui diritti relazionali dei genitori e del figlio minore, come riconosciuti anche dalla Conv. di N.Y. Precisamente quello di *essere allevato ed educato dai genitori*, (artt. 4 e 7); di *non essere separato dai genitori contro la loro volontà, e comunque di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori a meno che ciò non sia contrario al suo preminente interesse* (art. 9); di *essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria che lo riguardi sia direttamente che tramite un rappresentante o un organo appropriato* (art. 12); di *essere protetto da ogni forma di violenza fisica o mentale* (art. 19); di *ricevere una protezione sostitutiva* – quali l'affidamento ad una famiglia, il collocamento in un istituto per l'infanzia in caso di necessità, l'adozione – *quando si trovi temporaneamente o definitivamente privo del suo ambiente familiare* (art. 20).

I poteri processuali civili attribuiti al Pubblico Ministero in tutte queste materie riguardano

- a) la facoltà di richiedere al giudice a favore di un minore o di altra persona non autonoma, la nomina di un soggetto chiamato a svolgere un'azione generale di protezione giuridica, o a promuovere una specifica azione riguardante il diritto all'identità ed agli *status* del beneficiario (artt. 48, 244, 264, 279, 406, 407, 412, 413, 417, c.c.);
- b) la facoltà di richiedere al giudice a favore di un minore o di altra persona non autonoma la nomina di un curatore speciale in giudizio in caso di urgenza o di conflitto d'interesse con chi in via generale lo rappresenta ed assiste (artt. 79, 714, 715, 718, 720, 720 *bis* c.p.c., 394, 395, 424, 1° comma, c.c.);
- c) la facoltà di esercitare l'azione civile per la tutela dei diritti della personalità nei casi stabiliti dalla legge (artt. 117, 119, 336 c.c.; art. 9, l. n. 149/2001, art. 95, d.p.r. n. 396/2000);
- d) l'obbligo d'intervenire nei casi previsti dall'art. 70 c.p.c. tra cui quello riguardante le cause che egli stesso avrebbe potuto proporre, le cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, le cause matrimoniali comprese quelle di separazione e di divorzio (l. n. 898/1970 e succ. mod.) esteso dalla Corte costituzionale (sent. n. 416/1992 e n. 214/1996) anche a tutti i procedimenti tra genitori naturali che «*comportino provvedimenti relativi ai figli*»;
- e) la facoltà d'intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un Pubblico interesse;
- f) l'esercizio dei poteri istruttori che competono alle parti nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime (art. 72 c.p.c.), e dunque la deduzione di prove (art. 115 c.p.c.), la produzione di documenti, la presentazione di conclusioni. Nei casi d'intervento *ex art.* 70 c.p.c. tali poteri devono essere esercitati nei limiti delle domande presentate dalle parti (art. 72, 2° comma, c.p.c.).

Il potenziamento del ruolo del PM per la tutela giurisdizionale dei diritti di minorenni o comunque di soggetti in condizione di ridotta capacità – auspicato anche da illustri processualci-

<sup>23</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 293 ss.

vilisti<sup>24</sup> – richiede tuttavia approfondite riflessioni sui limiti dei poteri da attribuire al requirente e sulle verifiche del loro esercizio. Conviene al riguardo distinguere due profili: quello dell'esercizio del potere d'iniziativa processuale e quello riguardante i poteri istruttori.

**d) Il pubblico ministero tra amministrazione e giurisdizione. La possibile istituzione di una commissione tecnica consultiva**

Il benessere, la cura, il sostegno di un soggetto sono in primo luogo assicurate dagli interventi dei servizi socio sanitari e dagli altri organi amministrativi cui sono affidate competenze al riguardo.

Per quel che riguarda i minorenni la l. n. 216/1991 (art. 1, 2° comma) prevede che i servizi sociali, gli enti locali, le istituzioni scolastiche, l'autorità di pubblica sicurezza hanno la *facoltà di segnalare* all'autorità giudiziaria situazioni di minorenni "a rischio" per l'attuazione di misure assistenziali che comportano il loro collocamento fuori della famiglia, decisione questa che spetta al tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330, 333, 336 c.c. poiché incide sui diritti relazionali delle persone interessate.

La disposizione dunque riconosce ai servizi socio sanitari un'iniziativa coerente alla finalità di prevenzione stabilita dalla l. n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale, obiettivo che talvolta può essere conseguito anche attraverso la modifica del regime giuridico di affidamento del bambino da parte dell'autorità giudiziaria.

Altre volte la legge fa obbligo ai servizi socio sanitari di segnalare al Pubblico Ministero specifiche situazioni per consentire la tutela civile del minore.

Stabiliscono *l'obbligo di segnalazione*: a) l'art. 9, l. n. 184/1983, del minore in stato di abbandono anche se collocato presso comunità, in istituto, o presso una famiglia affidataria ai fini dell'eventuale dichiarazione del suo stato di adottabilità, b) l'art. 403 c.c., del collocamento in luogo sicuro in via di emergenza di un minore abbandonato o comunque in situazione di estremo pericolo in attesa che si provveda in via definitiva alla sua protezione; c) l'art. 2 della l. n. 269/1998, del minore che si prostituisce e, d), di quello straniero privo di assistenza in Italia vittima di reati di prostituzione e di pornografia minorile o di tratta e commercio; e) l'art. 4, 4° comma, l. n. 184/1983, del minore in affidamento familiare da più di 24 mesi.

Da ultimo il legislatore (l. 9 gennaio 2004, n. 6) ha attribuito ai servizi sanitari e sociali, direttamente impegnati nella cura e assistenza di un soggetto nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi per effetto di menomazioni fisiche o psichiche, *l'obbligo di presentare al giudice tutelare un ricorso* per l'istituzione dell'amministratore di sostegno ovvero di segnalare la situazione al Pubblico Ministero egualmente legittimato alla proposizione del ricorso (artt. 406 e 417 c.c.) e comunque tenuto ad intervenire nel relativo procedimento (art. 407, 5° comma, c.c.; cfr. par. 12.e).

L'obbligo di segnalazione, in qualche caso sanzionato penalmente<sup>25</sup>, sta a indicare che questa si colloca sotto l'egida del principio di legalità ed ha la funzione di rendere possibile la tutela giurisdizionale dei diritti unitamente – se del caso – a provvedimenti di protezione giuridica, quali la nomina di un tutore o di un curatore.

Perciò le segnalazioni facoltative, essendo governate da criteri di opportunità in funzione di finalità di benessere individuale e sociale o di prevenzione di fattori di rischio, sono per ciò stesso collocate sotto l'egida del principio di beneficenza. Viceversa il ricorso del Pubblico Ministero

<sup>24</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Ancora sul processo e sul giudice minorile*, in L. FANNI (a cura di), *Il giudice e la persona: famiglie, individui, relazioni*, in *Quaderno AIAF*, n. 2, 2004, p. 228.

<sup>25</sup> Si veda per esempio l'art. 34, l. n. 149/2001.

e delle parti private ed il provvedimento del giudice non possono prescindere dal principio di legalità, anche se in tutte le decisioni relative ai fanciulli il loro *interesse superiore* dovrà avere una *considerazione preminente* (art. 3, 1° comma, Conv. N.Y.).

Emerge a questo punto la posizione d'interfaccia del Pubblico Ministero collocato tra amministrazione e giurisdizione in funzione della protezione giuridica e della tutela giurisdizionale dei diritti dei soggetti deboli, ivi compreso quello riconosciuto dall'art. 16 della Convenzione di N.Y., e cioè il diritto del fanciullo a non essere oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata e familiare, diritto più generalmente stabilito anche dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Egli dunque esercitando i suoi poteri d'iniziativa processuale promuoverà una protezione giuridica complementare all'azione amministrativa dei servizi e corrispondente ai diritti personali e relazionali del soggetto interessato.

Allo stesso tempo, il Pubblico Ministero, nei casi in cui la legge gliene attribuisca la facoltà, può filtrare le sollecitazioni dei servizi che impropriamente – e talora scorrettamente – pongono sotto l'egida del principio di legalità interventi di diagnosi, cura e sostegno che in quanto tali debbono essere proposti all'utente sotto l'egida del principio di beneficenza e realizzati dunque con il suo consenso informato.

La complessità di queste valutazioni, e la necessità di comunicazioni continue con gli operatori dei servizi socio-sanitari rendono necessaria – a parere di chi scrive – l'istituzione di un supporto tecnico per il Pubblico Ministero, che potrebbe consentire alla procura di valutare meglio e con maggiore facilità i profili tecnici delle segnalazioni dei servizi, salva la competenza del magistrato per le valutazioni strettamente giuridiche di natura sostanziale e processuale funzionali all'esercizio dei suoi poteri processuali.

Potrebbe trattarsi della *commissione tecnica consultiva* composta da esperti in psichiatria, psicologia e pedagogia, – eventualmente anche da quelli già formati in passato presso gli organi giudicanti della giustizia minorile – di cui invece, secondo il DDL 3323 d'iniziativa della senatrice Alberti Casellati è prevista la costituzione *presso ciascuna sezione specializzata*.

Questa soluzione dunque consentirebbe di potenziare il ruolo del PM di *interfaccia* con il sistema dei servizi socio sanitari sul versante dell'amministrazione. Messo nelle condizioni di conoscere più approfonditamente i profili tecnici degli accertamenti e delle scelte assistenziali adottate dagli operatori, il PM potrà meglio ponderare le iniziative processuali da intraprendere. Per altro, sul versante processuale, il PM potrebbe utilizzare gli esperti in questione come consulenti nel contraddittorio con il consulente di ufficio nominato dal giudice, e gli eventuali consulenti delle parti private.

Questa soluzione, dovrebbe essere realizzata in forme rispettose dei principi del giusto processo ed adeguate alla nuova funzione della tutela civile dei diritti umani sviluppatasi dal 2000 con il testo novellato dell'art. 111 Cost. e con la modifica del Titolo V Cost.

#### **e) Esercizio dei poteri processuali da parte del PM: limiti e verifiche**

L'attribuzione di poteri d'iniziativa processuale al Pubblico Ministero si collega all'importanza dell'interesse Pubblico coinvolto nel rapporto giuridico privato oggetto della causa.

La natura straordinaria della legittimazione del Pubblico Ministero chiarisce ulteriormente i criteri stabiliti dalla legge per il loro esercizio. I diritti sostanziali sottesi all'azione sono inviolabili, e perciò rilevanti per l'ordinamento, ma proprio la necessità di assicurarne l'effettività in vista del pieno sviluppo della persona umana impone scelte che si armonizzino alla loro radice umana, l'individuo che ne è titolare.

Quali criteri legali debbono governare le scelte processuali del Pubblico Ministero, quali le even-

tuali forme di verifica extra processuali sulle scelte operate? La questione non aveva mai avuto un particolare rilievo poiché prima della modifica dell'art. 111 Cost. il tribunale per i minorenni aveva sempre svolto una funzione prossima a quella del giudice tutelare nelle forme della *c.d.* volontaria giurisdizione, e dunque in rapporto diretto con i servizi sociali.

L'evoluzione del sistema e l'importanza del ruolo delle parti e del Pubblico Ministero nel modello del giusto processo giustificano il suo approfondimento.

In primo luogo va riconosciuto che l'esercizio della legittimazione straordinaria del Pubblico Ministero in funzione della tutela dei diritti personali e relazionali di un privato si confronta con la natura individuale, soggettiva dei rapporti sottesi, che difficilmente possono essere ricondotti in modo rigoroso nella previsione generale ed astratta di una fattispecie normativa.

È questa la ragione per la quale la presentazione di un ricorso per la tutela dei diritti della persona, salvi i casi estremi in cui è in gioco l'integrità e l'esistenza stessa del soggetto, non è obbligatoria, mentre lo è l'intervento del Pubblico Ministero nel procedimento iniziato da altri.

Ciò tuttavia non significa che l'esercizio dell'azione civile, che riguarda la tutela dei diritti inviolabili della persona di determinati soggetti sia rimessa alla discrezionalità del Pubblico Ministero. Importanti disposizioni legislative – formulate anche come clausole generali – integrandosi dialetticamente delimitano in modo sufficientemente rigoroso i limiti delle sue scelte: ricordiamole.

L'art. 19 della Convenzione di N.Y. stabilisce che la tutela del fanciullo da ogni forma di violenza, oltraggio, abbandono, negligenza, si realizza con programmi sociali e con specifici interventi socio sanitari, e “*se necessario*” con procedure di intervento giudiziario.

L'art. 13 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo stabilisce che *occorre evitare procedimenti che concernono i minori davanti all'autorità giudiziaria e favorire il ricorso alla conciliazione e a ogni altro mezzo di risoluzione delle controversie*. Gli artt. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e 16 della Convenzione di N.Y. riconoscono il diritto dell'uomo, anche se fanciullo, alla protezione della legge contro *interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata e familiare*. Infine l'art. 3 della Convenzione N.Y. stabilisce il principio che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, anche quelle giudiziarie, *l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente*.

In definitiva tali disposizioni sembrano individuare un criterio generale di *efficacia* e di *sussidiarietà*. L'azione civile del Pubblico Ministero sarebbe perciò sicuramente giustificata quando l'intervento di protezione diretto a soddisfare le esigenze primarie del fanciullo non può da solo raggiungere i risultati minimi attesi, e quando non ci sono altri soggetti privati – legittimati in forza di un diritto relazionale della personalità o dal ruolo tutelare di cui siano investiti – in condizione di valutare adeguatamente l'interesse del minore.

Di recente il legislatore ha attribuito anche ad altri soggetti pubblici la legittimazione straordinaria in tema di protezione giuridica dei soggetti deboli che, interagendo con i poteri processuali del Pubblico Ministero, realizza un'interessante forma di controllo reciproco.

La l. n. 6/2004 infatti attribuisce, come si è detto, anche ai responsabili dei servizi sanitari e sociali impegnati nella cura ed assistenza di una persona, – anche di un minore non emancipato nell'ultimo anno della sua minore età (art. 405, 2° comma, c.c.) – l'obbligo di presentare al giudice tutelare un ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno «*ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento*» o a segnalare comunque il caso al Pubblico Ministero (art. 406, 3° comma, c.c.).

Quest'ultimo è comunque obbligato ad intervenire nel procedimento iniziato da altri (anche se per ragioni di opportunità), ed è così messo nella condizione eventualmente di resistere in giudizio sulla base di parametri legali, per esempio perché la domanda non è rispettosa del principio della minima limitazione di capacità possibile del soggetto da tutelare. Se viceversa il servizio non riterrà così stringente “l'opportunità” di iniziare il procedimento, l'eventuale eguale

scelta omissiva del Pubblico Ministero, cui comunque era stata indirizzata la segnalazione, sconterà una forma implicita di controllo preventivo da parte del servizio.

Dunque l'attribuzione anche al servizio – nei casi che debbono confrontarsi con il principio di legalità – della legittimazione straordinaria consente *a)* la distinzione delle responsabilità dell'amministrazione da quelle della giurisdizione, che restano invece confuse quando la funzione tutelare è attribuita al giudice, *b)* la verifica giudiziaria della fondatezza del ricorso con le garanzie del giusto processo.

In conclusione, il ruolo processuale del Pubblico Ministero consente un controllo dialettico del confine tra amministrazione e giurisdizione, e attraverso l'intervento obbligatorio in giudizio anche la tutela nel contraddittorio dei diritti della personalità cui si riferisce la legittimazione straordinaria.

#### **f) Quali i poteri istruttori da parte del PM?**

Abbiamo già ricordato l'art. 72 c.p.c. che prevede che il PM ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime.

La questione si pone per gli eventuali poteri di accertamento o indagine prima dell'esercizio dei poteri d'iniziativa.

Il DDL 3323 prima ricordato nell'art. 2 (*Principi e criteri direttivi generali per l'istituzione delle sezioni specializzate in materia di persone e famiglia presso i tribunali e le corti d'appello*) prevede che nei decreti legislativi che il Governo dovrebbe adottare *le modalità con le quali le sezioni specializzate ... ed i gruppi di lavoro specializzati presso le procure della Repubblica ... si avvalgono dell'opera e della collaborazione dei servizi istituiti o promossi dalla pubblica amministrazione centrale e periferica, ed in particolare degli uffici di servizio sociale, del Servizio Sanitario Nazionale, dei servizi scolastici, degli istituti e degli organismi dipendenti del Ministero della Giustizia, o con questo convenzionato.*

Tale disposizione desta preoccupazioni. La formula utilizzata «*le sezioni specializzate ... i gruppi di lavoro specializzati presso le procure si avvalgono*» appare fuorviante rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti relazionali. Essa infatti allude ad un approccio trattamentale, accettabile se corrisponde ai contenuti delle misure penali (ovvero agli accertamenti sulla personalità del minore) previste dal d.p.r. n. 448/1988, ma non è pertinente con il procedimento civile di tutela dei diritti relazionali e degli *status* anche per le ragioni prima illustrate, quando si è affrontato il tema dell'«*utilizzazione dei saper extra giuridici e ruoli processuali*».

Peraltro la Cassazione nella sent. n. 7282/2010 ha ricordato che «*qualsiasi atto di indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti*», – anche quelli previsti dall'art. 10 l. n. 149/2001 – devono essere effettuati nel rispetto del principio del contraddittorio. Ci si chiede perciò se sia possibile per il PM «avvalersi» dei servizi socio sanitari per assumere informazioni, per effettuare accertamenti sui cui risultati fondare eventuali iniziative processuali per la tutela dei diritti relazionali. Le prassi attuali delle procure per i minorenni sono varie, ma comunque non possono superare il confine delle competenze minorili con quelle della procura ordinaria. La questione riguarda l'accertamento di reati di maltrattamento o di abuso sessuale intrafamiliare evidentemente di competenza della procura ordinaria, laddove a quella minorile oggi spettano solo poteri d'iniziativa processuale civile per la tutela dei diritti relazionali del minore maltrattato o abusato. Domani però al PM specializzato spetterebbero entrambe le competenze, e dunque si profila la necessità di stabilire la priorità della tutela penale rispetto a quella civile anche per evitare che il PM valendosi dei suoi poteri d'indagine scaturenti dall'art. 326 c.p.p. possa vulnerare il principio della parità delle parti davanti al giudice (civile).

Si tratta di problemi delicati, che rafforzano una mia profonda convinzione: non è possibile far progredire la riforma ordinamentale in cantiere senza affrontare anche quella del processo civile per la tutela effettiva dei diritti della persona e delle relazioni familiari.