

INTRODUZIONE

“Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale [...]. Un contratto, un delitto, un processo sono degli uomini uno di fronte all’altro. Vuol dire che bisogna capire quegli uomini per capire il diritto. Ma questa è materia ribelle [...]”¹

In termini poetici il maestro ha espresso una convinzione che mi accompagna fin dall’inizio dei miei studi giuridici, cioè che il diritto sia una scienza umanistica, la cui comprensione ed efficace applicazione richiede una profonda conoscenza dell’animo umano e che, pertanto, debba essere accompagnato dall’approfondimento di altri rami del sapere.

In particolare, le tematiche inerenti il diritto familiare necessitano una certa dimestichezza con discipline diverse quali la sociologia, la psicologia e le scienze educative. La multidisciplinarietà costituisce un elemento essenziale in un’epoca, quale la nostra, in cui, per certi versi, è venuta meno una «lingua comune», nel senso di “uno strumento per intendersi e porsi in relazione – per ragionare di educazione, di personalità, di maturazione, di inserimento sociale, di colpevolezza, di pena”².

In quest’ottica ho provato ad avvicinarmi ai temi che affronto nella mia tesi.

¹ CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in ID, *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, 229.

² ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, n. 35, 1 e segg. L’Autore ritiene che avverso lo svuotamento di simboli, che il legislatore consapevolmente assume, attraverso l’utilizzo di formule normative prive di significato, in quanto non più appartenenti ad una cultura condivisa, quali, ad esempio, «pregiudizio», «interesse del minore», «ordine delle famiglie» ed anche, «educazione» e «personalità»: “il giurista, il giudice, l’operatore possono essere attratti da un’operazione di modernità: se la società non offre certezze, se il diritto ne asseconda lo svuotamento simbolico, esiste però la scienza, esiste la medicina, esiste la psicologia, esiste la sociologia; troveremo là i simboli e i significati che ci occorrono”.

Oggetto primario del mio studio sono i rimedi processuali esistenti nell'ordinamento giuridico italiano in occasione di conflitti che nascono all'interno di una relazione di coppia che secondo il senso comune preminente nella nostra società si definisca «famiglia»; pertanto, rientrano in tale ambito sia le relazioni familiari che si fondano su un vincolo matrimoniale, sia quelle che si basano su una comunione spirituale e materiale non sancita da alcun legame giuridico. Strettamente connesse a ciò, approfondisco alcune questioni correlate al diritto minorile, in quanto i minori sono parte integrante del nucleo familiare e necessariamente vengono coinvolti nel conflitto dei propri genitori.

Nel primo capitolo descrivo l'evoluzione della nozione «famiglia» sin dall'epoca fascista, periodo a cui risale la codificazione sia sostanziale che processuale, da un punto di vista sociologico, politico e giuridico. L'analisi è di indubbia utilità poiché, come viene evidenziato da autorevole dottrina, “se vi è infatti un campo in cui, in sede di riforma, fattori ideologici e socio-politici in senso ampio hanno la prevalenza sulle esigenze di mero perfezionamento tecnico, questo è senza dubbio il diritto di famiglia”³.

Tali considerazioni sono avvalorate da altre idee che avanzo in questo capitolo, quali l'influenza della cultura e del diritto comunitari e l'evoluzione della categoria dei diritti soggettivi in diritti relazionali, i quali richiedono una tutela giurisdizionale differente rispetto ai primi, perché la loro soddisfazione si basa su condizioni diverse (la teoria dei diritti relazionali afferma la stretta connessione delle posizioni giuridiche attribuibili a soggetti che sono legati tra

³ CARPI, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1681.

loro da relazioni personali, la cui soddisfazione dipende dalla capacità di individuare soluzioni che realizzino vantaggi per tutti).

Infine, ho ritenuto opportuno fin dall'inizio avvertire dell'irrazionalità del sistema giudiziario in materia, che vede una dispersione di competenze tra diversi organi giurisdizionali, il quale non favorisce un intervento unitario a favore delle persone, e ciò anche alla luce della nuova disciplina vigente in materia, frutto della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in vigore dal 1° gennaio 2013.

Nel primo come in tutti gli altri capitoli, sono presenti, inoltre, temi di diritto sostanziale; tale scelta è motivata dall'esigenza di rispettare l'ammonimento di un grande maestro, secondo il quale: "Il processo non [deve essere] studiato e regolato a sé come una macchina interamente separata e indipendente dal diritto sostanziale, come una specie di microscopio logico la cui struttura rimanga invariata e obbediente alle stesse leggi ottiche, qualunque sia l'oggetto che l'osservatore voglia esaminare attraverso le lenti del suo congegno"⁴.

Del resto, un altro maestro, sottolinea la reciproca interferenza fra diritto e processo nell'ambito del diritto familiare, valutandola nell'interesse dello Stato al funzionamento dell'istituto familiare, "dall'assicurazione dell'unità del nucleo, con la regolamentazione della separazione personale o del divorzio, (...) alla educazione e tutela, in senso lato, dei minori"; e nell'"esistenza di norme di apparente contenuto o collocazione sostanziale, ma

⁴ CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in *Giur. it.*, 1939, IV, 237, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 53.

che in realtà regolano i poteri del giudice, l'iniziativa del p.m. e delle parti, in ultima analisi il processo”⁵.

Il secondo capitolo è più tecnico, in quanto vi analizzo le forme processuali alle quali si può ricorrere nel caso di crisi del rapporto di coppia la quale comporti la nullità o lo scioglimento del matrimonio, oppure la separazione personale dei coniugi. Merita particolare attenzione la posizione dei figli minori in questa fase, i quali sono spesso i soggetti maggiormente sofferenti, anche se pur in assenza di essi alcune questioni si rivelano molto delicate.

Nel terzo capitolo propongo una modalità alternativa di risoluzione delle controversie in materia familiare, che a mio avviso appare maggiormente idonea a realizzare gli interessi delle persone nelle relazioni familiari, così come individuati nel primo capitolo. Si tratta della mediazione familiare, che rientra nel catalogo delle *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, un modello, sviluppatosi soprattutto nei paesi di *common law*, che accoglie in sé quegli istituti che nella ricerca di una soluzione al caso concreto non si basano sulla contrapposizione tra i soggetti, bensì su una loro collaborazione⁶.

Nell'ultimo capitolo pongo l'attenzione sul giudice, figura centrale nella fase conflittuale di una famiglia, sia che si opti per un procedimento contenzioso, quali quelli analizzati nel secondo capitolo, sia che si scelga di percorrere il cammino della mediazione familiare, e ciò perché rappresenta il

⁵ CARPI, *op. cit.*, 1681 e seg.

⁶ Oltre alla mediazione, rientrano nella categoria delle *Alternative Dispute Resolution*, l'arbitrato, la negoziazione e la conciliazione.

garante delle posizioni di ogni membro di un nucleo familiare, soprattutto dei più deboli.

Ciò che mi propongo di dimostrare è la necessità di una riforma organica del sistema processuale italiano, sentita da oltre quarant'anni, che concentri le competenze in materia in un unico Tribunale. L'istituzione di un giudice nuovo risponderebbe all'esigenza di un cambiamento culturale, che consideri la famiglia come una realtà non più da controllare, come avviene nei regimi autoritari, ma da supportare, attraverso un intervento che si ponga in essere non necessariamente in caso di patologie, ma anche in ottica di prevenzione, e che rispetti il principio di autonomia sancito dagli articoli 30 e 31 della Costituzione italiana.

Fa notare autorevole dottrina che già dal testo costituzionale, e in particolare dall'art. 29 della Costituzione, "scaturì[sc]e] seppure abbozzata, la figura e la necessità di un giudice nuovo che sia nel contempo consigliere e regolatore di conflitti; che sia giudice delle relazioni umane e nel contempo emanatore di provvedimenti che tengono conto dell'evolversi continuo della vita umana, delle sue vicende e delle sue alternanze e che sia inoltre il portatore di quei valori morali, civici e sociali che solo a lui possono fare capo come il naturale depositario dei fondamenti della vita consociata"⁷.

⁷ CIVIDALI, *Prospettive per una concreta realizzazione del tribunale per la famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 585.

Capitolo I

LA FAMIGLIA E IL DIRITTO

1. La famiglia tra pubblico e privato. Da “status” a “contratto”

Nella società italiana, a partire dal periodo fascista, i modelli familiari si sono trasformati in conseguenza di importanti fenomeni sociali e sono molti gli Autori che li hanno analizzati, provato a comprenderli ed a sistematizzarli⁸. Dei vari modelli presentati, scelgo di adottare quelli proposti nel testo di sociologia del diritto scritto da V. Pocar e P. Ronfani, in cui ne vengono individuati quattro: la “famiglia istituzionale”⁹, la “famiglia fusionale”¹⁰, la “famiglia relazionale” e la “famiglia individualistica”¹¹. Ritengo, infatti, che questa analisi, in modo più eloquente di altre, permetta di comprendere come si sia passati da una concezione comunitaria (o istituzionalistica) del matrimonio e della famiglia ad una concezione individualistica di essi¹². In questo paragrafo analizzo, seppur brevemente, quelle trasformazioni sociali che incidono a

⁸ Contributi particolarmente significativi, che non si limitano esclusivamente al periodo oggetto di questo lavoro, sono: POCAR–RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2008, *passim*; UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 2002, *passim*; RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, *passim*; MANOUKIAN (a cura di), *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Bologna, 1974, *passim*.

⁹ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 26 e segg.

¹⁰ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 43 e segg.

¹¹ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 122 e segg.

¹² MENGONI, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano*, in A.A.V.V., *La famiglia crocevia della tensione tra “pubblico” e “privato”*, Milano, 1979, 267 e segg.

livello normativo, in quanto “il mutamento giuridico nelle sue più importanti linee segue il mutamento sociale e ne dipende”¹³.

I due sociologi ritengono che la chiave di lettura di queste trasformazioni si possa individuare nel passaggio dallo *status* al contratto¹⁴, come già proposto nel 1861 da sir Henry Sumner Main, il quale, nel testo *Ancient Law*, afferma che: “Vi è stato un mutamento costante nell’evoluzione delle organizzazioni sociali. In tutto il suo sviluppo esso è stato caratterizzato dalla graduale dissoluzione della dipendenza della famiglia e dalla crescita di una serie di obbligazioni individuali. L’individuo si sostituisce alla famiglia come unità sociale di cui il diritto si occupa [...]. Tutte le forme di *status* che si ritrovano nel diritto delle persone derivano dai poteri e dai privilegi anticamente attribuiti alla famiglia [...]. Se perciò noi adoperiamo il termine *status* nel senso che gli attribuiscono i migliori scrittori per indicare soltanto queste situazioni personali, senza applicarlo alle situazioni che direttamente o indirettamente risultano da un accordo, possiamo dire che l’evoluzione delle organizzazioni sociali è stato fin qui un movimento dallo *status* al contratto”¹⁵.

Per comprendere l’evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti familiari appare, dunque, necessario soffermarsi innanzitutto sulla nozione di *status*, al fine di cogliere i caratteri fondamentali del modello familiare istituzionale basato su di esso.

Nella accezione tradizionale di *status*, derivante dal diritto romano, viene ricondotto lo *status familiae*, il quale, come lo *status libertatis* e

¹³ FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978, 439.

¹⁴ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, VIII.

¹⁵ MAINE, *Ancient Law*, vol. V, 1861, citato in POCAR – RONFANI, *op. cit.*, 264.

*civitatis*¹⁶, si presenta come la posizione dell'essere umano rispetto ad una collettività, presupposto per l'applicabilità nei suoi confronti di normative ed è caratterizzato da stabilità e permanenza, essendo del tutto irrilevanti la volontà e le qualità personali dei singoli. Questo modo di atteggiarsi dello *status* viene indicato come *comunitario*¹⁷; da questo è in parte tributaria la concezione pubblicistica dello *status* che si è sviluppata in Italia. In particolare ci si riferisce a Cicu, il quale modella sullo *status civitatis* lo *status familiae* (la preminente rilevanza del superiore interesse del gruppo, l'atteggiarsi delle posizioni dei membri come posizioni esclusivamente funzionali), che implica l'assimilazione della famiglia a una organizzazione pubblica¹⁸. La legislazione fascista accoglie tali spunti, rafforzando il principio di "superiore interesse della famiglia", a tutela del quale si giustifica un intervento pubblico invasivo e una sostanziale irrilevanza dei rapporti personali all'interno del nucleo familiare¹⁹.

Tale carattere risulta evidente in alcune disposizioni del codice civile del 1942, quali quelle relative alla validità del matrimonio, alla potestà maritale, alla patria potestà, alla filiazione e all'indissolubilità del matrimonio²⁰.

Per quanto attiene il primo aspetto mi riferisco specialmente all'art. 66 c.c., che dichiara nullo il matrimonio contratto successivamente alla

¹⁶ RESCIGNO, *op.cit.*, 33.

¹⁷ CORASANITI, voce "Stato delle persone", in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1990, XLIII, 948.

¹⁸ CICU, *Il concetto di status*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917, 61, ora in *Scritti minori*, I, t.1, Milano, 1965, 181; ID., *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in *Jus*, 1940, 373, ora in *Scritti minori, op. cit.*, 161, citato in CORASANITI, *op. cit.*, 950 e seg.

¹⁹ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 26 e segg.

²⁰ SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1998, 813 e segg.

dichiarazione di morte presunta di un coniuge (art. 63 c.c.), indipendentemente dalla volontà dei coniugi di proseguire la loro relazione, e all'art. 120 c.c., che disciplina l'errore nel matrimonio, ammettendo la sua rilevanza solo se riguarda l'identità della persona, considerando irrilevanti ai fini del vizio del consenso malattie psichiche, fisiche e gravi precedenti penali di cui l'altro coniuge non era a conoscenza prima della celebrazione.

La disciplina sulla potestà sancisce la diseguaglianza dei coniugi, che viene giustificata dal principio di "unità familiare". In particolare l'art. 142 c.c. prevede che il capo della famiglia sia il marito e che la moglie segua la condizione civile di lui, cui viene anche attribuito l'esercizio esclusivo della patria potestà (art.314 c.c.).

Anche nel campo della filiazione è evidente come si privilegi la stabilità del nucleo legittimo alla verità naturale: vengono infatti posti limiti al riconoscimento dei figli nati al di fuori del matrimonio, il più vincolante dei quali è la necessaria autorizzazione al riconoscimento, tramite decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato, in presenza di figli legittimi o legittimati, e solo qualora questi non abbiano ancora raggiunto la maggiore età.

Ciò che maggiormente porta ad assimilare la famiglia fascista ad una istituzione, nel significato datogli da Santi Romani di "entità ferma e permanente, che non perde la sua identità per il mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, e così via, la quale può rinnovarsi,

conservandosi la medesima e mantenendo la propria individualità”²¹, è il principio di indissolubilità del matrimonio; nel codice civile del 1942 è prevista esclusivamente la separazione dei coniugi, e solo per le cause previste agli artt. 149, 150 e 151, per le quali si parla di separazione per colpa, in quanto la separazione è subordinata al comportamento colpevole di uno dei due coniugi.

Nell’ottica di un maggiore controllo statale appare significativa la figura del giudice tutelare, incaricato di controllare l’operato del tutore, di sospenderlo e di rimuoverlo dal suo ufficio, di integrarne i poteri e di svolgere funzioni protettive quando si renda necessario²².

Da questa breve analisi emerge come la finalità pubblica attribuita alla istituzione-famiglia, così come concepita nel codice civile del 1942, fosse quella di essere il *seminarium reipublicae*, depositaria della funzione educativa, che doveva conformarsi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista (art. 145 c.c.)²³.

Il 1° gennaio 1948 entra in vigore la Costituzione della Repubblica italiana, nella quale sono espressamente dedicati alla famiglia gli artt. 29, 30 e 31. L’art. 29 definisce la famiglia “società naturale fondata sul matrimonio”, accogliendo pertanto il modello della famiglia coniugale nucleare²⁴. Il secondo comma dello stesso sancisce il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, principio temperato dall’ulteriore previsione che la legge possa limitare tale uguaglianza in ragione dell’unità familiare. Riguardo al principio

²¹ FROSINI, voce “Istituzione ”, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1957, 268.

²² POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 25.

²³ SESTA, *op. cit.*, 817.

²⁴ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 34.

di uguaglianza, si tratta senz'altro di un'importante innovazione, ma già all'interno dell'Assemblea Costituente l'uguaglianza giuridica aveva posto molte perplessità. Alcuni Costituenti si espressero nel senso della necessità di un capo per il mantenimento dell'unità familiare, valore giustificante la diseguaglianza giuridica²⁵. Il modello familiare delineato mantiene dunque elementi legati allo *status*. Ciò si evince, oltre da quanto ho detto finora, anche da altre disposizioni, come quella contenuta nell'art. 37 della Costituzione, che sottolinea l'essenziale funzione familiare della donna lavoratrice.

La stessa giurisprudenza, nei due decenni successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale, sembra ancorata al modello familiare istituzionale²⁶, finché con le sentenze nn° 126 e 127 del 1968²⁷ la Corte Costituzionale dichiarò illegittima la differenza di trattamento tra uomo e

²⁵ Il dibattito in sede di Assemblea Costituente è ripercorso da CANOSA, *Il giudice e la donna*, Milano, 1978, 126 e segg.

²⁶ Indico alcuni esempi: Cass., 8 luglio 1955, n. 2150, in *Dir. giur.*, 1956, 556, affermò che: "Nel conflitto tra due interessi, meramente privato e personale della moglie l'uno, di natura pubblicistica l'altro, in quanto inerente alla stessa realizzazione delle fondamentali finalità del matrimonio, quest'ultimo deve prevalere"; Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, in *Foro it.*, 1961, 1781 e segg., ritenne costituzionalmente legittimo l'art. 559 c.p., che puniva l'adulterio della moglie, in quanto il legislatore aveva "soltanto (...) preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica", poiché "È innegabile che anche l'adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare; ma, come per la fedeltà coniugale, così per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo, l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in ispecie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell'età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge, a parte la eventuale - rigorosamente condizionata - azione di disconoscimento".

²⁷ Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, II, 2175 e segg.; Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 127, in *Giur. cost.*, 1968, II, 2208 e segg.

donna in materia di adulterio, sia in sede di separazione che in sede penale, dando avvio al processo di revisione della legislazione familiare, con la presa d'atto dei mutamenti sociali in corso e rifacendosi ad un'immagine della donna totalmente nuova²⁸.

Dalla metà degli anni Sessanta le importanti trasformazioni sociali che coinvolgono l'Italia fanno sì che la famiglia perda alcune delle funzioni che le erano state attribuite precedentemente, in modo particolare quelle di produzione economica e di protezione sociale che la costituivano come cellula organica della società e le attribuivano un ruolo di mediazione tra individuo e stato²⁹. Alcuni segni di questi cambiamenti si riscontrano nel calo delle nascite e della contrazione del numero medio delle famiglie, nel maggiore benessere economico che spinge alla ricerca di una più gratificante realizzazione personale, nel maggiore *confort* delle abitazioni che porta ad una ricerca maggiore di intimità. Con l'affermarsi della società industriale anche il lavoro della donna diventa sempre più rilevante, facendo perdere in parte quella funzione essenziale al ruolo femminile attribuito dall'art. 37 Cost. In tale modello familiare declina il momento istituzionale e balza in primo piano l'interiorità delle relazioni intrafamiliari, il fine della vita di coppia non sembra più essere la risposta al come "sopravvivere insieme", ma al come "essere felici insieme". Si tratta del c.d. "modello fusionale"³⁰.

La dottrina giuridica in linea con queste trasformazioni dà una interpretazione innovativa dell'art. 29 della Costituzione, collegandolo con

²⁸ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 39 e segg..

²⁹ MENGONI, *op. cit.*, 272.

³⁰ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 46 e segg..

l'art. 2 della stessa. In base a questa lettura la famiglia costituisce una delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'individuo. In quest'ottica la tutela della famiglia non è più la tutela di una istituzione, ma quella degli individui che compongono il nucleo familiare; l'unità familiare non va tutelata, quindi, come valore fondamentale sovraordinato alla tutela dei singoli, bensì come mezzo che garantisce ad ogni individuo lo svolgimento della propria personalità³¹.

In altre occasioni la Corte Costituzionale si è pronunciata, in tema di rapporti patrimoniali tra i coniugi, sulla tendenza a considerare i membri familiari come individui, tendenza che sfocerà nella famiglia individualistica³².

Il primo passo verso la privatizzazione si ha con la legge 1 dicembre 1970, n. 898, che introduce nell'ordinamento italiano il divorzio. La legislazione italiana accoglie due modelli di divorzio, il modello di divorzio-sanzione, cioè la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale in conseguenza di una condanna penale e il modello di divorzio-fallimento, cioè la possibilità di sciogliere il vincolo in seguito al protrarsi per un certo lasso di tempo della separazione personale. Nel momento in cui le parti sono libere di sciogliere il vincolo matrimoniale quando ritengono che la prosecuzione della convivenza sia diventata intollerabile, si sta abbandonando il modello legato allo *status* e ci si sta avvicinando ad un modello affine al contratto, il matrimonio diventa un vincolo che viene assunto liberamente dalle parti, e con altrettanta libertà viene sciolto. L'esercizio di tale possibilità è reso in concreto

³¹ MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

³² Corte cost., 18 aprile 1974, n° 99, in *Giur. cost.*, 1974, I, 731; Corte cost., 15 luglio 1976, n° 179, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1095.

difficile dalla complessità della procedura prevista, sebbene sia stata in parte rivista con la legge di riforma 6 marzo 1987, n.74. Tale complessità, più che a ragioni di carattere tecnico, sembra attribuibile a ragioni di carattere politico, volte a tutelare il principio della stabilità dell'unione coniugale e l'immagine stessa del matrimonio, che potrebbe essere macchiata dalla libertà di divorziare³³.

Con la legge sull'adozione speciale 431 del 1967 e con quella in materia di divorzio del 1970 inizia a delinarsi una tendenza che verrà accentuata nei decenni successivi, quella di una continua privatizzazione delle relazioni familiari e di una disciplina più invadente a tutela del minore.

Tale orientamento si riscontra nella legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, la quale, in merito al primo aspetto, abbandona il modello gerarchico a favore di un modello basato sull'uguaglianza dei coniugi. Viene abolita la potestà maritale, la potestà sui figli viene attribuita ad entrambi i genitori, così come il potere di attuare l'indirizzo familiare, che deve essere precedentemente concordato tra i due coniugi. Anche sul piano dei rapporti patrimoniali tra moglie e marito prevale la tendenza individualistica, viene introdotto il nuovo regime legale di comunione dei beni, per poter tutelare l'interesse della donna alla valorizzazione economica della sua attività economica³⁴. Anche l'abbandono del modello della separazione con colpa, con la riforma dell'art. 149 del codice civile, si pone su questa scia.

Sul piano dei rapporti familiari inerenti alla cura della prole l'intervento pubblicistico si giustifica con l'esigenza di tutela della parte debole del

³³ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 59.

³⁴ MENGONI, *op. cit.*, 278 e segg..

rapporto, interesse che giustifica deroghe al principio di uguaglianza dei coniugi nell'educazione dei figli. Così l'art. 316 c.c. prevede che in caso di grave incombente pericolo per il figlio, sia il padre ad adottare i provvedimenti urgenti e indifferibili. Nello stesso articolo si disciplina anche l'intervento del giudice: al Tribunale per i minorenni prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, al Tribunale ordinario nella situazione attuale, in caso di disaccordo dei genitori circa l'esercizio della potestà, viene attribuito il potere di suggerire determinazioni ed in caso di contrasto perdurante di assegnare il potere di decidere al genitore che ritiene più idoneo. La stessa disciplina è prevista in caso di genitori conviventi, in virtù del richiamo che l'art. 317 *bis* c.c. fa all'art. 316 c.c.³⁵.

Altro canale di apertura al pubblico della famiglia è da ritenersi l'istituzione dei consultori da parte dalle Regioni o dei privati nel quadro della legge 1975, n. 405, aventi la finalità di erogazione di assistenza psicologia e sociale alla coppia e alla famiglia nonché di informazione e di assistenza per la procreazione responsabile e per la tutela della salute della donna e del bambino nella prima infanzia³⁶.

Tali elementi fanno dire ad alcuni sociologi che la famiglia contemporanea può essere individuata in relazione alla sussistenza della

³⁵ La disciplina sulla distribuzione di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, contenuta nell'art. 38 *disp. att. trans.* c.c., è stata modificata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, intitolata: "*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*", pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, serie generale - n. 293, il 17 dicembre 2012, entrata in vigore il 1 gennaio 2013.

³⁶ POCAR-RONFANI, *op. cit.*, 81 e segg.

convergenza di alcuni valori: la centralità del bambino e la simmetricità dei ruoli. Secondo i medesimi tali valori convergono nella “famiglia relazionale”³⁷.

L’ulteriore sviluppo di tale modello ha terminato il processo che ha portato al passaggio dallo “*status* al contratto”: in questa fase i principi dell’autonomia prevalgono su quelli della solidarietà e la sfida per il legislatore diventa il riuscire a contemperare il principio dell’autonomia degli individui con quello della vita comune. Secondo la definizione di Mengoni la concezione individualista sostituisce in questo momento la concezione comunitaria, perché al “primato del dovere si sostituisce il primato del diritto soggettivo e domanda allo Stato di tutelare il gruppo familiare non per se stesso, come entità sopraindividuale, ma in quanto formazione sociale capace di promuovere lo sviluppo delle personalità individuali dei suoi membri”³⁸.

Indicatori dell’affermarsi dell’individualismo nelle relazioni familiari sono l’incremento del tasso dei divorzi, il calo di quello di nuzialità, l’aumento delle convivenze extraconiugali e delle nascite fuori dal matrimonio, l’ampliamento del numero delle famiglia monogenitoriali e delle famiglie uni personali³⁹.

La “famiglia individualistica” pone nuovi problemi di regolazione giuridica, sia per quanto riguarda la relazione di coppia, sia per quanto riguarda le relazioni di filiazione.

In un modello che si basa sulla negoziazione appare, quindi necessaria una legislazione che garantisca le parti deboli del rapporto. Tale necessità

³⁷ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 122.

³⁸ MENGONI, *op. cit.*, 270.

³⁹ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 126 e segg.

motiva una disciplina maggiormente attenta alla tutela del minore, che talvolta prevede la possibilità dello Stato di sostituirsi alla famiglia nella cura della prole⁴⁰.

Alla luce di quanto affermato finora, appare insoddisfacente la sequenza processuale separazione – divorzio, che impone faticosi e costosi percorsi, essendo venute meno le ragioni che avevano avallato l'adozione di uno schema complesso⁴¹.

In questo lavoro proverò a individuare gli strumenti più idonei a disciplinare le relazioni familiari, nel rispetto delle nuove funzioni che alla famiglia vengono attribuite, e delle esigenze di cui sono portatori i suoi membri.

2. (segue): la prospettiva internazionale

2.1. La nozione di “famiglia”

Negli ultimi decenni i modelli culturali europei hanno intrapreso un percorso di omogeneizzazione; ciò è dovuto, in modo particolare, all'incremento della mobilità territoriale, anche studentesca grazie ad esempio ai progetti “Erasmus”, e alla diffusione dei mezzi di comunicazione, come Internet, che consentono di dialogare in tempo reale.

Esplicitando il pensiero di uno dei più eminenti sociologi contemporanei, si è passati dall'epoca dello «stato nazione solido» a quello della «liquidità dei confini e degli aspetti sociali» che caratterizzano lo stato;

⁴⁰ POCAR–RONFANI, *op. cit.*, 139 e segg.

⁴¹ SESTA, *op. cit.*, 822 e segg.

avviene quindi quella che può essere definita la «globalizzazione dei costumi e dei modelli» che sfocia nella «modernità liquida»⁴², e che ha portato ad una contaminazione degli stili di vita⁴³.

In Europa tale evoluzione è stata accelerata dalla volontà di alcuni Stati di creare un nuovo ordine continentale, perché non accada più ciò che è avvenuto nel XX secolo. Questo desiderio ha portato all' istituzione della Comunità Europea, inizialmente intesa come unione economica, che ha in seguito condotto alla creazione dell'Unione Europea, dando origine ad un processo di unificazione politica. Al fine di rendere concrete le tensioni ideali sono state adottate misure che hanno favorito la circolazione dei modelli culturali, non da ultime la possibilità di muoversi liberamente nel territorio europeo⁴⁴, l'introduzione di una moneta unica⁴⁵ e lo sviluppo di progetti rivolti alla mobilitazione giovanile⁴⁶, i quali hanno assunto un ruolo determinante⁴⁷.

⁴² BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

⁴³ SAVAGE, *L'invenzione dei giovani*, Feltrinelli, 2009.

⁴⁴ L'accordo di Schengen, firmato nel 1985 tra Germania, Francia, Lussemburgo, Belgio e Paesi Bassi, ha previsto la progressiva soppressione dei controlli sulle persone alle frontiere comuni. Con il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999, il sistema Schengen è stato inserito nella struttura dell'Unione europea. Maggiori informazioni sono reperibili sul sito Internet del Ministero Dell'Interno <http://www.interno.it>, mentre il testo integrale dell'accordo è rinvenibile sul sito Internet della Camera dei Deputati <http://www.camera.it>.

⁴⁵ La decisione di dar vita ad un'Unione economica e monetaria è stata presa dal Consiglio europeo svoltosi nella città olandese di Maastricht nel dicembre 1991, e successivamente sancita dal Trattato sull'Unione Europea (trattato di Maastricht), siglato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993. L'euro ha cominciato a circolare fisicamente, sotto forma di banconote e monete metalliche, il 1° gennaio 2002. Attualmente sono diciassette i paesi che utilizzano la moneta unica europea (l'euro). Ulteriori notizie si possono trovare sul sito Internet della Commissione europea - Affari economici e finanziari <http://ec.europa.eu>.

⁴⁶ Numerose sono le iniziative pensate in ambito europeo per la mobilitazione giovanile, in particolare studentesca. Si possono trovare sul sito Internet della Commissione europea – *Education, Culture, Multilingualism and Youth*: <http://ec.europa.eu>.

L'Italia ha contribuito alla realizzazione di questo modello, siglando nel 1957 il Trattato istitutivo della *Comunità economica europea*, insieme a Belgio, Repubblica federale di Germania, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi⁴⁸. Da allora ha promosso tutti i passi verso un'unificazione non solo economica ma anche politica dell'Europa⁴⁹.

Nel campo del diritto, ed in particolare del diritto privato, all'inizio del nuovo millennio si assiste ad importanti innovazioni, legate strettamente all'attuazione delle direttive europee negli ordinamenti nazionali che ha accelerato il processo di armonizzazione dei sistemi giuridici. Un certo ritardo, invece, si riscontra nella formazione di un diritto europeo della famiglia. Ciò è da attribuirsi, in via principale, alle profonde differenze culturali che in tale materia ancora permangono tra gli Stati, sebbene si possa riscontrare anche nel diritto di famiglia una recente evoluzione condivisa nei diversi stati⁵⁰.

Alla luce di quanto detto finora ritengo opportuno analizzare la disciplina internazionale e comunitaria in tema oggetto del mio studio, al fine di verificare quale sia la nozione di famiglia accolta in tale ordinamento e quali

⁴⁷CASTELS, *La città delle reti*, Venezia, 2004, *passim*, in cui l'autore analizza i mutamenti della quotidianità in seguito alla diffusione di strumenti che permettono di allargare la propria "rete".

⁴⁸ Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE) è stato firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed è entrato in vigore il 1 gennaio 1958. Il testo di questo trattato e di tutti i trattati costitutivi della Comunità europea e in seguito dell'Unione Europea, così come i trattati di adesione e gli altri trattati e protocolli possono essere gratuitamente scaricati e consultati dal sito Internet <http://eur-lex.europa.eu>, nel quale è raccolta l'attività legislativa delle istituzioni europee.

⁴⁹ In seguito al Trattato istitutivo della CEE sono stati sottoscritti il trattato di Maastricht, (v. nota 4); il Trattato di Amsterdam (v. nota 3); il Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore nel 2001; la proposta di un «trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», adottata il 17 e il 18 luglio 2004, ma mai entrata in vigore perché non ratificata da tutti gli Stati membri; il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

⁵⁰ PATTI-CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, XI.

siano le tutele previste, e in che modo tale nozione influenzi la normativa e la prassi italiana.

Il primo riferimento alla famiglia presente nelle fonti europee⁵¹ si riscontra nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, più comunemente CEDU, elaborata in seno al Consiglio d'Europa e aperta alla firma a Roma il 4 dicembre 1950⁵². Secondo alcuni autori il documento rappresenta “la più importante fonte internazionale del diritto di famiglia”⁵³. All'articolo 8 della stessa viene sancito il diritto in capo ad ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare⁵⁴. L'articolo 12 attribuisce all'uomo e alla donna, a partire dall'età minima, il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, rinviando circa le modalità di esercizio di tale diritto alle legislazioni nazionali⁵⁵.

⁵¹ Un attento studio sulle fonti del diritto di famiglia è svolto da LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, *passim*.

⁵² L'Italia ha ratificato la Convenzione con legge 4 agosto 1955, n. 848. Successivamente il testo della CEDU è stato modificato, la formulazione attuale è entrata in vigore il 1 giugno 2010. Il testo, lo stato attuale delle firme e ratifiche della Convenzione e dei suoi Protocolli nonché la lista completa delle dichiarazioni e riserve sono disponibili sul sito Internet <http://conventions.coe.int>.

⁵³ LONG, *op.cit.*, 21.

⁵⁴ Art. 8, I comma, CEDU: “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”. Questo articolo si ispira all'articolo 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, richiamata peraltro nel preambolo della Convenzione stessa, il quale recita: “Nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni delle suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere dalla legge contro tali interferenze o lesioni”. Si veda MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, 266.

⁵⁵ 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”. Questo articolo si ispira all'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, il quale recita: “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

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in merito soprattutto all'articolo 8, emergono elementi interessanti circa la nozione di famiglia. Innanzitutto va detto del suo approccio evolutivo riguardo all'interpretazione della Convenzione, il quale implica la presa in considerazione non solo della situazione che era prevalente al tempo della redazione nel 1950, ma anche della realtà contemporanea⁵⁶. A tal fine la Corte può discostarsi da una sua precedente decisione qualora ciò sia necessario ad assicurare che l'interpretazione rifletta i mutamenti della società⁵⁷.

In linea con l'analisi svolta da Luciana De Grazia, richiamo alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo particolarmente significative per la mia analisi⁵⁸, per poi giungere a concludere su quale sia la nozione di famiglia accolta.

Fin dal 1979, la Corte afferma che per il rispetto della vita familiare l'articolo 8 CEDU presuppone l'esistenza di una famiglia, in tal senso non distingue tra famiglia legittima e famiglia naturale. Nel caso in cui una madre si sia presa cura della propria bambina fin dalla nascita, non si può negare

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.”

⁵⁶ DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2002, III, 1070 e seg.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 settembre 1990, Serie A – n. 184, *Cossey c. Regno Unito*, §35, in *Riv. inter. dir. uomo*, 1991, 195. “Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions”. Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono pubblicate sul sito Internet <http://www.echr.coe.int>.

⁵⁸ DE GRAZIA, *op. cit.*, 1072 e seg.

l'esistenza di una vita familiare effettiva tra di loro⁵⁹. Allo stesso modo, qualora due persone convivano da molto tempo integrano i presupposti per ritenere esistente una famiglia, ai sensi dell'articolo 8 CEDU⁶⁰. Tali principi sono ribaditi dalla Corte nel 1994, quando ricorda che la nozione famiglia contemplata dall'articolo 8 CEDU non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio e può includere altri legami familiari *de facto* quando individui convivano al di fuori del matrimonio⁶¹.

La Corte si spinge oltre, fino a dichiarare la sussistenza di una vita familiare tra genitori e figli anche qualora questi non coabitino, dal momento e per il solo fatto della nascita⁶², sia che siano figli nati da genitori in costanza di matrimonio⁶³, sia che si tratti di figli nati da genitori non coniugati, qualora vi

⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 1979, Marchx c. Governo belga, § 31, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 346. "En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 pré suppose l'existence d'une famille. (...) l'article 8 ne distingue pas entre famille «légitime» et famille «naturelle». (...) L'article 8 vaut donc pour la «vie familiale» de la famille «naturelle» comme de la famille «legitime». D'autre part, il n'est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective".

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda, § 56. "In the present case, it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (...), constitute a «family» for the purposes of Article. They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage".

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda, Serie A – n. 290, § 44, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 67. "The Court recalls that the notion of the "family" in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage (...)"

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 febbraio 1996, Gul c. Svizzera, § 32, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 230. "The Court reiterates that it follows from the concept of family on which Article 8 (art. 8) is based that a child born of a marital union is *ipso jure* part of that relationship; hence, from the moment of the child's birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to "family life" (...) which subsequent events cannot break save in exceptional circumstances".

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 1994, Hokkanen c. Finlandia, serie A – n.229 A, § 54, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 125. "Sini was the child of a marriage and was thus *ipso jure* part of that "family" unit from the moment of birth and by the

siano altri elementi che dimostrano la sussistenza di un legame affettivo, come ad esempio la nascita di più figli⁶⁴.

Recentemente la Corte si è pronunciata nel senso di ritenere artificiale l'opinione secondo la quale, a differenza di una coppia eterosessuale, una omosessuale convivente con una stabile relazione, non possa godere della "vita familiare" ai fini dell'art. 8, nella cui nozione essa rientra proprio come vi rientra la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione⁶⁵.

L'analisi delle pronunce mi induce a condividere le conclusioni a cui giunge l'Autrice, la quale sottolinea "come la Corte abbia superato una concezione meramente formale della famiglia, garantendo l'applicazione della tutela prevista nell'art. 8 ad una serie di rapporti prima esclusi da tale ambito. Il

very fact of it. She lived with the applicant and her mother from her birth in September 1983, until she was handed over to her maternal grandparents after her mother's death in April 1985. After that the applicant met her on some occasions until January 1987. He was her custodian until September 1991 and remains her legal guardian. Since 1985 he has continuously sought to have access to her and to have her returned to him. These links are undoubtedly sufficient to establish "family life" within the meaning of Article 8 (art. 8), which is thus applicable".

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 ottobre 1994, Kroon c. Paesi Bassi, Serie A – n. 297 C, § 30, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 386. "In any case, the Court recalls that the notion of "family life" in Article 8 (art. 8) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family ties" where parties are living together outside marriage (...). Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties"; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs Kroon and Mr Zerrouk. A child born of such a relationship is ipso jure part of that "family unit" from the moment of its birth and by the very fact of it (see the Keegan judgment, *ibid.*). There thus exists between Samir and Mr Zerrouk a bond amounting to family life, whatever the contribution of the latter to his son's care and upbringing".

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 giugno 2010, Shalk e Kopf c. Austria, § 94, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1146, con nota di WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della corte di Strasburgo*. "In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would".

superamento della distinzione tra famiglia legittima e naturale, l'estensione della nozione di famiglia in modo da comprendere anche i rapporti tra un solo genitore e suo figlio o solo tra i *partners*, anche al di fuori di un vincolo matrimoniale, il riconoscimento di una vita familiare *de facto* anche senza convivenza, sono dati indicativi di un'evoluzione della nozione di famiglia impensabile nel 1950 quando venne redatta la Convenzione”⁶⁶.

E' stato anche sottolineato come la CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non tuteli la famiglia in quanto istituzione portatrice di interessi superiori nella quale gli interessi individuali sono irrilevanti e giustamente sacrificabili, bensì ponga come oggetto di tutela i diritti dei singoli all'interno della famiglia⁶⁷.

Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, sia il Trattato CE che il Trattato UE contengono alcuni riferimenti espressi alla protezione dei diritti dell'uomo; un catalogo organico dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti nel diritto comunitario è però contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta e proclamata in occasione del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000⁶⁸.

⁶⁶ DE GRAZIA, *op. cit.*, 1073.

⁶⁷ FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in IUDICA-ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, ESI, 2006, 131. In altri termini si tratta del superamento della concezione istituzionalistica della famiglia da parte di una concezione relazionale della stessa, al quale ho dedicato parte del § 1 del presente lavoro.

⁶⁸ La Carta di Nizza è stata inglobata nella proposta di “trattato che adotta una Costituzione per l'Europa”, adottata il 17 e il 18 luglio 2004 dai rappresentanti dei 25 Paesi membri dell'Unione Europea a Bruxelles. In seguito alla mancata ratifica da parte di tutti i 25 Stati membri la proposta è poi decaduta. Attualmente la Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei trattati, in seguito al riconoscimento effettuato dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultano a seguito delle modifiche introdotte dal trattato firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona ed entrato

La Carta di Nizza ha inteso rafforzare i principi della CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sancendo il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare⁶⁹, e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia⁷⁰.

La Corte di giustizia, nell'interpretazione delle norme relative ai diritti familiari, fa spesso riferimento alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra le due corti vi sono, tuttavia, alcune differenze di approccio alle questioni. In particolare la Corte di Strasburgo affronta il tema dal punto di vista dell'individuo, mentre la Corte di Lussemburgo focalizza l'attenzione sul diritto del lavoratore⁷¹.

Da un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia europea emerge una maggiore cautela nel riconoscere alle coppie non coniugate (od omosessuali) gli stessi diritti attribuiti alle coppie coniugate, nell'assunto che in questa materia competa agli Stati un ampio margine di apprezzamento⁷².

Tuttavia, il tradizionale *favor matrimonii* appare allo stato attuale della giurisprudenza ridotto ad una mera presunzione di esistenza di una vita familiare nel caso in cui esista un vincolo di coniugio⁷³.

in vigore il 1 dicembre 2009, pubblicato in seguito alle ultime modifiche nella Gazzetta ufficiale CE il 30 marzo 2010.

⁶⁹ Articolo 7 della Carta di Nizza (articolo 8 CEDU): "Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni".

⁷⁰ Articolo 9 della Carta di Nizza (articolo 12 CEDU): "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Si noti come, rispetto alla formulazione contenuta nella CEDU, venga sancito un generico diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, senza riferimenti espressi a sesso e così facendo pensare che anche con riguardo al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia l'elemento differenziale non abbia più rilievo. Si veda RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 539.

⁷¹ LONG, *op. cit.*, 44.

⁷² FERRANDO, *op. cit.*, 136.

⁷³ LONG, *op. cit.*, 184.

Nel 2002 la Corte accoglie il ricorso contro un decreto di espulsione adottato dal *Secretary of State* di una donna di cittadinanza filippina, coniugata con un uomo di cittadinanza britannica, asserendo che: “La decisione di espellere la sig.ra Carpenter costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, il quale fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata inoltre nel preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. 6, n. 2, UE, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario⁷⁴”. In questo caso la Corte ha dichiarato contrarie al diritto comunitario alcune formalità stabilite in tema di circolazione dei lavoratori dagli Stati membri, le quali limitando di fatto l'esercizio del diritto al ricongiungimento del coniuge, contrastino in concreto con il diritto al rispetto della vita comunitaria di un cittadino europeo. L'elevato grado di tutela riconosciuto al coniuge è garantito anche nel caso in cui i due coniugi siano separati legalmente, indipendentemente dal fatto che non convivano più⁷⁵.

Sulla possibilità di fare rientrare nell'ambito della nozione di famiglia le convivenze extra-coniugali, la Corte di Lussemburgo non si discosta da quanto precedentemente affermato dalla Corte di Strasburgo nel caso Johnston c. Irlanda⁷⁶. Nel caso Eyup la Corte afferma che i diritti autonomi del familiare

⁷⁴ Corte di Giustizia CE, sentenza 11 luglio 2002, C- 60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc. giur. CE* 2002, I, 6279 e segg..

⁷⁵ Corte di Giustizia CE, sentenza 13 febbraio 1985, C- 267/83, *Diatta c. Land Berlin*, in *Racc. giur. CE* 1985, I, 567 e segg.

⁷⁶ V. nota 60.

del lavoratore sono garantiti qualora vi sia stata nel Paese di accoglienza una stabile ed effettiva convivenza⁷⁷.

Per quanto riguarda le coppie omosessuali, la Corte fatica ad estendere loro i diritti garantiti alle coppie eterosessuali. In una sentenza del 1998 dichiara che: “Da quanto precede si desume che, allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto”⁷⁸.

Dalla breve analisi svolta si giunge a conclusioni equivalenti a quelle relative alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche la Corte di Lussemburgo tutela la famiglia in riferimento ai rapporti affettivi che sorgono all'interna di essa, senza fare alcun riferimento diretto al gruppo inteso come portatore di interessi indipendenti dai singoli individui e pertanto degno di protezione⁷⁹.

Nel panorama normativo europeo assumono importanza le Risoluzioni del Parlamento Europeo che, per quanto non abbiano natura vincolante, hanno

⁷⁷ Corte di Giustizia CE, sentenza 22 giugno 2000, C- 65/98, *Safet Eyüp c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg*, in *Racc. giur. CE* 2000, I, 4747 e segg.

⁷⁸ Corte di Giustizia CE, sentenza 17 febbraio 1998, C- 249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, in *Racc. giur. CE* 1998, I, 621 e segg.

⁷⁹ LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 440.

un'importanza politica notevole, in quanto, trovando espressione in esse le intenzioni e le opinioni comuni sul processo di integrazione in generale e su specifici compiti a livello di Unione e al di fuori di essa, offrono un contributo per orientare i lavori futuri del Consiglio⁸⁰. In particolare, con le Risoluzioni 8 febbraio 1994 e 16 marzo 2000⁸¹, il Parlamento “chiede agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali. Osserva con soddisfazione che in numerosissimi Stati membri vige un crescente riconoscimento giuridico della convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; sollecita gli Stati membri che non vi abbiano già provveduto ad adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne; chiede agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE”⁸².

⁸⁰ BORCHARDT, *L'ABC del diritto dell'Unione Europea*, 99 e seg, scaricabile gratuitamente dal sito Internet <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸¹ Per un cenno alle numerose Risoluzioni e Raccomandazioni del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea parlamentare, LONG, *op.cit.*, 20, nota 54.

⁸² Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea (1998-1999) del 16 marzo 2000.

E' indubbio, in termini di armonizzazione con l'art. 29 della Costituzione italiana, nella sua interpretazione restrittiva, che l'accogliere nell'ordinamento giuridico interno un simile allargamento della nozione di famiglia, comporterebbe problematiche rilevanti. Significherebbe, infatti, rinegoziare la nozione stessa di famiglia, intesa come unione di individui di sesso diverso uniti in matrimonio, con la conseguenza di dover riconoscere nuove forme di vita familiare e ad esse estendere le tutele⁸³.

I provvedimenti più incisivi sugli aspetti internazional-privatistici del diritto di famiglia sono il Regolamento Bruxelles II del 29 maggio 2000, n. 1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi⁸⁴; il Regolamento Bruxelles II-bis del 27 novembre 2003, n. 03/2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento n. 1347/2000⁸⁵; il Regolamento del 18 dicembre 2008, n. 4/2009⁸⁶, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, parentela, matrimonio e affinità,

⁸³ RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Famiglia*, 2001, 703 e seg.; ID., *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, cit., 536 e seg.

⁸⁴ GU L 160 del 30.6.2000. Il Regolamento n. 1347/2000 è entrato in vigore il 1° marzo 2001.

⁸⁵ GU L 338 del 23.12.2003. Il Regolamento n. 03/2201 è entrato in vigore il 1° agosto 2004.

⁸⁶ GU L 7 del 10.1.2009. Il Regolamento n. 4/2009 è entrato in vigore il 18 giugno 2011.

che ha sostituito il Regolamento n. 44 del 22 dicembre 2000⁸⁷, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Attualmente è stata proposta al Consiglio una modifica al Regolamento n. 03/2003, in tema di attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, chiamata Roma III⁸⁸.

Gli elementi che portano a pensare che la possibilità di armonizzazione del diritto di famiglia in Europa sia reale, fino ad individuare una nozione europea di famiglia, sono numerosi. Primi tra questi l'evoluzione che la legislazione familiare e i costumi hanno avuto nei vari Stati, la quale ha portato al riconoscimento pressoché ovunque della possibilità di rottura del matrimonio; alla previsione in diversi Stati dell'Unione delle convivenze registrate; alla legalizzazione, in alcuni Paesi, del matrimonio tra omosessuali⁸⁹.

Si tratta di un procedimento molto lungo, perché, se nel diritto privato commerciale l'armonizzazione è stata sostenuta da esigenze economiche, nell'ambito delle relazioni familiari resistono le tradizioni locali⁹⁰.

In questo quadro si può meglio comprendere la costituzione e l'attività della *Commission on European Family Law (CEFL)*, istituita a Utrecht il 1° settembre 2001 e composta da 26 esperti nell'ambito del diritto di famiglia

⁸⁷ GU L 12 del 16.1.2001. Il Regolamento n. 44/2001 è entrato in vigore il 1° marzo 2002.

⁸⁸ PATTI-CUBEDDU, *op. cit.*, 56 e segg.

⁸⁹ PATTI-CUBEDDU, *op. cit.*, XI e segg.

⁹⁰ LIPARI, *op. cit.*, 435 e segg. Su questo tema anche ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato diretto da Iudica-Zatti*, Milano, 2005, XXI, 261 e segg.

provenienti dagli Stati membri dell'Unione Europea e da altri Stati europei. L'obiettivo principale della Commissione è favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa, proponendo soluzioni pratiche e teoriche. Gli strumenti attraverso cui raggiungere tale obiettivo sono individuati: nell'elaborazione di una relazione sullo stato attuale della ricerca comparativa concernente il diritto di famiglia nei vari Stati europei; nel favorire lo scambio di esperienze e il coordinamento delle attività di ricerca future in materia; nella ricerca di una base comune ai vari problemi legali sulla base della comparazione degli ordinamenti giuridici europei; nella determinazione del ruolo rivestito dai potenziali Stati membri dell'UE nel processo di armonizzazione del diritto di famiglia⁹¹.

L'attività della Commissione si è concentrata inizialmente sulle tematiche relative al divorzio e al mantenimento degli *ex* coniugi, i cui principi sono stati pubblicati nel 2004. Successivamente si è occupata della responsabilità genitoriale, i cui principi sono stati pubblicati nel 2007. Attualmente è attesa la pubblicazione dei principi sui rapporti patrimoniali tra i coniugi⁹².

Per quanto ormai si tratti di un processo *in fieri*, necessario per la realizzazione di “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone”⁹³, in Italia gli studiosi non sono unanimemente concordi sull'opportunità di una disciplina

⁹¹ Le informazioni sulla *Commission on Family Law* sono tratte dal sito Internet della stessa: <http://ceflonline.net>.

⁹² In particolare sui principi pubblicati nel 2004 PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Famiglia*, 2005, 337 e segg. Salvatore Patti partecipa alla Commissione come membro esperto.

⁹³ Articolo 3 del trattato sull'Unione Europea.

comune in tema di diritto di famiglia in Europa; alcuni temono che le nuove frontiere del diritto di famiglia europeo possano andare al di là del valore costituzionalmente garantito della famiglia, in modo particolare dall'articolo 29 della Costituzione: ci si riferisce in modo particolare al matrimonio e al presupposto della diversità di sesso⁹⁴.

Alla luce delle riflessioni svolte si può concludere che, per quanto possa apparire scorretto parlare di una nozione condivisa di famiglia in ambito europeo, “l'evoluzione del costume è ormai sotto gli occhi di tutti e sta a dimostrare che i modelli culturali – intesi non come stereotipi astratti, ma come concreti indici all'azione – si sono venuti modificando ed hanno relegato le antiche concettualizzazioni appunto al ruolo di sedimentazioni teoriche, sempre più minoritarie e sempre meno capaci di tradursi in comportamenti attuali in funzione di valori condivisi”⁹⁵.

2.2. Applicazioni nel diritto interno italiano. La sentenza della Corte di Cassazione 15 marzo 2012, n. 4184⁹⁶

Il legislatore italiano non ha ancora risposto alle sollecitazioni del Parlamento Europeo e delle Corti europee di estendere le garanzie previste per la famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso anche ad

⁹⁴ GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in SCALISI (a cura di), *op.cit.*, 479 e segg.

⁹⁵ LIPARI, *op. cit.*, 445.

⁹⁶ Corte di Cassazione, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Notariato*, 2012, n. 5, 504 e segg., con nota di CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arret della cassazione: come dovrà ora comportarsi il notaio?*; in *Fam. dir.*, 2012, n. 7, 665 e segg., con nota di GATTUSO, *"Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*; in *Giur. it.*, 2012, nn. 8-9, 1767 e segg., con nota di CALEVI, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*.

altri modelli familiari individuati nel contesto comunitario (quali, ad esempio, le coppie conviventi non coniugate, anche omosessuali).

Nel nostro ordinamento una funzione suppletiva in tal senso è svolta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale è intervenuta a tutela di specifiche situazioni particolarmente lesive dei diritti di coppie conviventi *more uxorio*, caratterizzate cioè dall'*affectio coniugalis*. Nel 1988 il giudice costituzionale dichiara “la illegittimità costituzionale dell'art. 6, primo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392 (<Disciplina delle locazioni di immobili urbani>), nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*” e la “illegittimità costituzionale dell'art. 6, terzo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto”, per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3, primo comma, Cost.)⁹⁷.

Nel 1989 lo stesso giudice dichiara “la illegittimità costituzionale dell'art. 18, primo e secondo comma, della legge della Regione Piemonte 10 dicembre 1984, n. 64 (Disciplina delle assegnazioni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ai sensi dell'art. 2, comma secondo, della legge 5 agosto 1978, n. 457, in attuazione della deliberazione CIPE pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 348 in data 19 dicembre 1981), nella parte in cui non prevede la

⁹⁷ Corte Costituzionale, 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1627 e segg., con nota di TRABUCCHI, Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!; in *Foro It.*, 1988, I, 2515 e segg., con nota di PIOMBO; in *Fam. dir.*, 1998, n. 6, 573 e segg., con nota di OBERTO, *L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale*. (Tutte le sentenze della Corte costituzionale sono consultabili liberamente sul sito Internet www.giurcost.org).

cessazione della stabile convivenza come causa di successione nella assegnazione ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole”, per violazione dell’art. 2 Cost.⁹⁸

Un ulteriore passo verso il riconoscimento dei diritti a coppie non coniugate è stato percorso dalla Corte Costituzionale con la sentenza 15 aprile 2010 n. 138⁹⁹. In tale occasione la Corte, pur ritenendo che il matrimonio tra due omosessuali non sia contemplato nell’ordinamento giuridico italiano, ricomprende l’unione omosessuale, “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso” tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 della Costituzione, nelle quali si intende “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”. In questo modo viene garantito alla coppia omosessuale “il 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 connessi diritti e doveri”. La Corte si riserva “la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni” (come già è accaduto nei casi di convivenze eterosessuali *more uxorio*) nei casi in cui “in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale”, trattamento che può essere garantito con il controllo di ragionevolezza (n.8 del *Considerato in diritto*).

⁹⁸ Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Foro It.*, 1990, I, 1465 e segg.; in *Giur. Cost.*, 1989, I, 2564 e segg.

⁹⁹ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. It.*, 2011, 3, 537 e segg., con nota di BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*.

La Corte di Cassazione si pone in linea con la Corte europea dei diritti dell'uomo nel ritenere che "la famiglia si configura (...) non come luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, (...), nell'ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost."¹⁰⁰.

Ancora più significativa è la recente sentenza della Corte di Cassazione del 15 marzo del 2012, n.4184¹⁰¹, che ripercorre il quadro normativo europeo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di riconoscimento del diritto a sposarsi alle coppie omosessuali. La Corte di Cassazione, nell'affrontare una fattispecie analoga a quella della sentenza *Shalk*¹⁰², nella quale una coppia omosessuale richiedeva la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero nello stato in cui si era fissata la propria dimora ma nel quale non erano disciplinati i matrimoni omosessuali, si pronuncia proprio sull'efficacia nell'ordinamento italiano dei principi sanciti dalla Corte di Strasburgo nel 2010. In accordo con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo richiamata, la Corte di Cassazione conferma che in ambito europeo vi è stata un'estensione alla coppia omosessuale stabilmente

¹⁰⁰ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, 365, con nota di SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, 370, in cui sottolinea come "un nodo fondamentale in cui da tempo si misura l'ordinamento italiano, pur nel silenzio del legislatore" sia "quello che concerne la regolamentazione delle convivenze familiari alternative a quella coniugale, e, quindi, della tutela giuridica delle convivenze di fatto, anche omosessuali, sulla base di regole oramai esistenti in quasi tutti i Paesi europei ed occidentali, e di recente implicitamente auspiccate dalla Carta dei diritti fondamentali".

¹⁰¹ V. nota 96.

¹⁰² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 giugno 2010, *Shalk e Kopf c. Austria*, *cit.*

convivente del diritto alla «vita familiare»¹⁰³, ma aggiunge che “in conformità con l’inequivocabile tenore letterale degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta, la “garanzia” del diritto ad un matrimonio [omosessuale] è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell’Unione Europea(...); ed è proprio per questa ragione che la Corte ha potuto affermare che, nel caso sottopostole, «l’art. 12 della Convenzione non fa[ccia] obbligo allo Stato convenuto di concedere l’accesso al matrimonio a una coppia omosessuale come i ricorrenti»¹⁰⁴. Nel caso affrontato dalla Corte Suprema dunque, si afferma che in capo all’ufficiale civile a cui era stata richiesta la trascrizione non vi era alcun obbligo di risposta positiva, il ricorso della coppia omosessuale non viene infatti accolto. La Corte, tuttavia, aggiunge che: la “«riserva assoluta di legislazione nazionale», per così dire, non significa, però, che le menzionate norme, l’una convenzionale, l’altra comunitaria¹⁰⁵, non spieghino alcun effetto nell’ordinamento giuridico italiano, fintantoché il Parlamento – libero di scegliere, sia nell’ *an* sia nel *quomodo* – non garantisca tale diritto o preveda altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. Dette norme, invece – attraverso gli «ordini di esecuzione» contenuti nelle su citate leggi che hanno autorizzato la ratifica e l’esecuzione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e del Trattato sull’Unione europea -, sono già da tempo entrate a far parte integrante dell’ordinamento giuridico italiano e devono essere interpretate in senso

¹⁰³ La Corte, nella motivazione, al punto 3.3.3, richiama letteralmente alcuni passaggi della sentenza *Shalk*, in particolare §55; §56; §57 e 58; §60; §61; §62 e 63; §90; §91; §92; §93; §94.

¹⁰⁴ Punto 3.3.4. della motivazione.

¹⁰⁵ Art. 12 CEDU e art. 9 Carta dei diritti fondamentali del cittadino dell’Unione europea.

«convenzionalmente conforme»¹⁰⁶. Tale efficacia comporta che, fintanto che il legislatore non intervenga in materia, “ i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia -, quali titolari del diritto alla «vita familiare» e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di «specifiche situazioni», il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionali delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”¹⁰⁷.

È evidente l'importanza di tale decisione, anche se per determinarne la reale efficacia bisognerà attendere le prime pronunce del giudice comune.

Ciò che fin da ora si può ammettere è che con questa sentenza, che si pone in una linea ideale di continuità con le sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia europea del 2010, potranno essere tutelati anche in Italia quei diritti fondamentali costituzionalmente e internazionalmente garantiti che il legislatore si rifiuta di concedere in virtù di un legame con la

¹⁰⁶ Punto 3.3.4. della motivazione.

¹⁰⁷ Punto 3.3.4. della motivazione.

tradizione che appare oggi non corrispondere più con la realtà sociale, locale e internazionale¹⁰⁸.

Intanto, va segnalata la Circolare del Ministero dell'Interno emanata il 26 ottobre 2012, prot. 0008996, in riferimento al quesito posto dalle Questure di Firenze e di Pordenone, destinatarie della stessa, concernente il rilascio del titolo di soggiorno previsto dal D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, a cittadino straniero sposato in Spagna con un cittadino italiano dello stesso sesso, residente in Italia. In essa il Ministero afferma che ai fini dell'ottenimento del permesso di soggiorno, l'oggetto dell'accertamento non debba essere lo *status* di coniuge del ricorrente, non riconosciuto dalla legge, ma la qualità di *familiare*, che in linea con la giurisprudenza sopra analizzata deve essere determinata alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo matrimoniale è stato contratto, per cui lo straniero che abbia contratto in Spagna un matrimonio con un cittadino dell'Unione Europea dello stesso sesso deve essere qualificato quale "familiare", ai fini del diritto al soggiorno in Italia¹⁰⁹.

3. Nuovi diritti da tutelare: i diritti relazionali

Nelle pagine precedenti ho cercato di descrivere come la famiglia, negli ultimi decenni, abbia assunto una fisionomia nuova, delineando al suo interno situazioni soggettive inedite rispetto al passato. Mi riferisco in modo particolare ai diritti e ai doveri che i membri della coppia vantano

¹⁰⁸ DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in AIC, n. 1/2012, 28 marzo 2012.

¹⁰⁹ La Circolare ministeriale è stata pubblicata per esteso in: www.meltingpot.org

reciprocamente e ai diritti di cui sono titolari i minori. Quest'ultimo punto, in particolare, che intende la titolarità di diritti in capo ai minori anche in ambito familiare, è da ritenersi uno dei principi più innovativi della cultura familiare e minorile recente¹¹⁰.

Per comprenderne il significato e poter riflettere sulla natura di tali «nuovi» diritti, è necessario analizzare in maniera più attenta le caratteristiche dei modelli familiari prevalenti affermatasi non soltanto nella società italiana, ma più in generale nella società europea: si tratta della «famiglia relazionale» e della «famiglia individualistica».

Appare corretto affermare che l'individualismo non abbia del tutto scardinato l'importanza dei «legami intimi di affetto e di comunicazione» che possono svilupparsi all'interno di relazioni familiari. Anzi, se è vero che «l'«io» ha la meglio sul «noi»», è altrettanto vero che «il primo non esige la scomparsa né del gruppo coniugale né del gruppo familiare»¹¹¹. La possibilità che ciascuno ha di poter esprimere le proprie esigenze all'interno del nucleo familiare evidenzia come le stesse relazioni familiari abbiano assunto maggiore importanza, in quanto improntate alla comunicazione emozionale, al dialogo e all'intimità. Si parla, in tal senso, di «democraticità» della famiglia contemporanea¹¹². In un contesto in cui «i genitori non sono tenuti a sacrificare la loro esistenza sull'altare del «dio bambino» poiché nessun interesse è

¹¹⁰ Convinta del fatto che i minori siano titolari di diritti soggettivi è QUERZOLA, che esprime le proprie ragioni e quelle di chi sostiene opinioni contrapposte in *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, 83 e segg.

¹¹¹ RONFANI, *La regolazione giuridica delle relazioni fra genitori e figli nelle famiglie contemporanee*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, n. 2, 438.

¹¹² Tale rappresentazione è stata approfondita da GIDDENS, *The Transformation of Intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*, Cambridge, 1992, citato in RONFANI, *op. cit.*, 436.

«esclusivo»” in quanto diventare “un individuo autonomo richiede che si impari a gestire i diversi interessi che si ritrovano in ogni situazione, affinché la coesistenza pacifica sia possibile ed eventualmente si possa trovare un interesse comune”¹¹³, si radicano principi quali la «comune responsabilità dei genitori» e «il superiore interesse dei minori»¹¹⁴, che si impongono come criteri guida delle legislazioni familiari¹¹⁵.

Fin dalla redazione della Convenzione dei diritti del fanciullo¹¹⁶ tali principi vengono canalizzati nel diritto del minore ad una famiglia e pertanto a mantenere una relazione con entrambi i genitori, anche se residenti in Stati diversi; oppure a godere di una protezione sostitutiva ove manchi il nucleo familiare¹¹⁷.

¹¹³ RONFANI, *op. cit.*, 442.

¹¹⁴ La necessità di privilegiare l’interesse del minore rispetto ad altri interessi è stata sancita dalla *Convention on the Rights of the Child*, adottata e aperta alla firma dall’Assemblea generale delle Nazioni unite con risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989 e entrata in vigore il 2 settembre 1990. La Convenzione prevede che “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente” (articolo 3, primo comma). Tale principio è stato ripetutamente affermato nella cultura giuridica dei paesi occidentali, a tal punto da ritenersi un dato assiomatico. Tuttavia non è esente da possibili critiche di astrattezza e di indeterminatezza. Un’analisi critica è stata svolta da RONFANI, *L’interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del diritto*, 1997, n.1, 47 e segg.

¹¹⁵ RONFANI, *La regolazione giuridica delle relazioni fra genitori e figli nelle famiglie contemporanee*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., 446 e segg.

¹¹⁶ La convenzione è stata ratificata dall’Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo*, fatta a New York il 20 novembre 1989, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell’11 giugno 1991, serie generale - n. 135.

¹¹⁷ Art. 8, primo comma: “Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come sono riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali”. Art. 9, terzo comma: “Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all’interesse preminente del fanciullo”. Art. 10, secondo comma: “Un fanciullo i cui genitori risiedono in Stati diversi ha diritto ad intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo circostanze eccezionali”. Art 20, primo comma: “Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo recentemente si è pronunciata a garanzia del diritto alla relazione tra figli e genitori¹¹⁸, rilevando che, nelle società europee, così come nelle relative legislazioni familiari, è ormai generalmente accettato il principio di condivisione della responsabilità genitoriale tra la madre e il padre¹¹⁹.

Nella cultura italiana l'esistenza di tale diritto è riconosciuta da decenni. Nel 1989 una sociologa esperta di questioni relative alla famiglia afferma che: "L'appartenenza alla famiglia, e in linea di principio alla propria famiglia, cioè alla rete di relazioni da cui si ha origine e collocazione nell'ordine affettivo e simbolico, costituisce il primo diritto di una persona, in particolare di un bambino". Infatti, "solo la famiglia, cioè una struttura di relazioni in qualche misura uniche, singolari, non normabili e riproducibili in modo omogeneo, sembra poter garantire la singolarità di una esistenza per cui ciascuno è e diviene se stesso, e non un altro: in quanto appartiene ad una storia, ad una origine, a dei rapporti, unici e irripetibili, e propri"¹²⁰. Ciò accade perché

definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato". Sull'affermazione dei diritti dei minori a livello internazionale, FUMAGALLI CARULLI, *I diritti dei minori nelle Carte internazionali*, in *Jus*, 2007, n. 1, 139 e segg.

¹¹⁸ Sull'importanza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi nell'ordinamento italiano rimando a quanto detto nel paragrafo precedente. Per una riflessione recente circa l'influenza che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sugli ordinamenti nazionali in tema di "diritto alla relazione tra figli e minori" e "interesse del minore" si veda RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam.*, 2011, n.2, 1004.

¹¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 ottobre 2010, *Konstantin Markin c. Russia*, § 49: "In an absolute majority of European countries the legislation now provides that parental leave may be taken by both mothers and fathers. In the Court's opinion, this shows that society has moved towards a more equal sharing between men and women of responsibility for the upbringing of their children and that men's caring role has gained recognition."

¹²⁰ SARACENO, *Diritti relazionali e conflitti etici*, in *Memoria. Rivista di storia delle donne*, 1989, n. 26, 63.

“l’uomo, ben lungi dal risultare un ente indipendente, è un essere contestuale. È solo entro il sistema dei rapporti, dei condizionamenti, degli stimoli visibili e invisibili in cui vive che egli va acquisendo gradualmente la sua fisionomia di «uomo-persona», di agente attivo e insieme passivo entro un universo simbolico che lo costruisce, lo attraversa, lo trascende”¹²¹. Il contesto privilegiato in cui l’uomo può scoprire le proprie capacità e i propri bisogni è, appunto, la famiglia, luogo ideale dove “incontri e scontri intersoggettivi generano le differenze tra l’io, il tu e il lui” e dove “si produce quel gioco di passioni e di interessi contrastanti per il quale la vita è quello che è: un conflitto di ambizioni e di progetti, di obiettivi e di fini, di condotte e di ideali diversi”¹²².

Si comprende per quale motivo la categoria dei diritti soggettivi non può esaurire l’ambito del diritto di famiglia.

Nelle relazioni familiari, infatti, il conflitto non è caratterizzato dalla contrapposizione o prevalenza di una posizione su un’altra, bensì dalla costante tensione alla ricomposizione e dalla centralità non del momento finale della realizzazione di una pretesa, ma da quello differente del rapporto stesso¹²³. L’interesse principale dei soggetti coinvolti è lo sviluppo armonico della relazione, qualora ciò non avvenga subiscono tutti una grave perdita¹²⁴.

In virtù di queste peculiarità i cultori di diritto di famiglia e di diritto minorile, con riferimento alle posizioni soggettive che si affermano nelle

¹²¹ MORAVIA, *Dal soggetto alla relazione*, in *Animazione sociale*, 1997, 14.

¹²² MORAVIA, *op. cit.*, 15.

¹²³ AUTORINO, *Il tribunale per le relazioni familiari: una storia infinita*, in *Fam. dir.*, 2010, n. 2, 98 e seg.

¹²⁴ DE LUCA, *La terzietà del giudice minorile*, in PICARDI (a cura di), *Minori, famiglia, persona. Quale giudice?*, Milano, 2008, 76 e seg.

relazioni familiari, non parlano di diritti soggettivi contrapposti, ma di diritti relazionali¹²⁵. La proprietà specifica di questi diritti consiste nella complementarità e nell'interdipendenza¹²⁶: essi “valgono per gli uni e valgono per gli altri, ma soprattutto valgono per gli uni perché valgono per gli altri”¹²⁷.

Alcuni Autori non ritengono corretto parlare di una «nuova categoria di diritti», in quanto la loro elaborazione risale agli anni Ottanta, ed è stata svolta da studiosi anglosassoni di orientamento femminista, che rivendicavano tali diritti nei confronti di specifici gruppi, quali ad esempio la famiglia. Secondo altri, invece, essi troverebbero collocazione in ogni ambito in cui si sviluppano relazioni interpersonali continuative e stabili, che presentino un certo grado di reciprocità, nel senso che ciascun partecipante, nel tenere il proprio comportamento, debba necessariamente tener conto del comportamento degli altri¹²⁸.

La prospettiva dei diritti relazionali si basa su tre assunti¹²⁹:

1. la correlazione tra diritti e doveri, nel senso che “tutti i soggetti acquistano la loro specifica identità, e quindi anche quella di agenti morali e di soggetti giuridici, soltanto nell'ambito delle interazioni sociali e per il loro tramite”;

¹²⁵ QUERZOLA, *op. cit.*, 87.

¹²⁶ RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, in *Sociologia del diritto*, 2004, n. 2, 110.

¹²⁷ RESTA, *L'infanzia ferita*, Roma-Bari, 1998, 53, citato in RONFANI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁸ RONFANI, *op. ult. cit.*, 107 e seg.

¹²⁹ RONFANI, *op. ult. cit.*, 108 e seg.

2. il diritto deve tener conto delle differenze tra gli individui, con specifica attenzione alle loro relazioni interpersonali e alla collocazione sociale in cui concretamente si realizzano;
3. i diritti devono essere indirizzati a promuovere valori morali quali la cura, l'affetto e la fiducia, e finalizzati alla promozione sociale delle persone.

Tale prospettiva è accolta dalla Costituzione italiana, che nel ritenere la famiglia “la cellula creatrice della vita sociale, capace di trasmettere al singolo il primo impulso al sentimento della solidarietà”, la intende “come un ordinamento giuridico originario, necessario, costituito da una sua identità esclusiva e fondato stabilmente sulla dedizione reciproca dei singoli componenti”, tra i quali “non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi, sentimentali, spontanei e di sangue, al punto che sono ammessi obblighi di dare senza alcun corrispettivo, diritti di ricevere senza obblighi di restituzione”¹³⁰. I diritti individuali attribuiti ai membri della famiglia sono, quindi, diritti individuali non assoluti, in quanto devono essere temperati con quelli fondamentali perché la famiglia possa esercitare la funzione attribuitale dalla Costituzione¹³¹.

I sostenitori della classe dei diritti relazionali vorrebbero che tale categoria sostituisse del tutto quella dei diritti individuali. Quest’ultimi, infatti, attribuiscono ad ogni individuo poteri e facoltà indipendentemente dalle sue relazioni sociali e interpersonali, ponendosi l’obiettivo di proteggerlo

¹³⁰ TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Diritto e società*, 2005, fasc. 4, 530 e seg.

¹³¹ TONDI DELLA MURA, *op. cit.*, 536 e segg.

all'insorgere di conflitti in tali relazioni. I diritti relazionali si pongono in contrapposizione a questa concezione e per questo sono maggiormente adatti a individuare i reali interessi delle persone all'interno di un legame, specialmente se questi abbia natura familiare. Essi infatti respingono la dimensione conflittuale esistente nelle relazioni sociali, e pongono l'attenzione sul bisogno che ogni individuo nutre del dialogo con l'altro¹³².

Negli ultimi anni è diventato più frequente il ricorso alla categoria dei diritti relazionali, in special modo nell'ambito della riflessione sull'opportunità di «giuridificazione»¹³³ della famiglia; su quale ruolo, eventualmente, debba svolgere il giudice e quali regole processuali debba seguire nel caso di conflitti nello svolgimento delle relazioni interpersonali alla loro base.

I sostenitori dei diritti relazionali sono contrari all'ingresso del diritto nella vita familiare, perché aprirebbe le porte a interventi burocratici e a controlli giudiziari¹³⁴. Inoltre, soprattutto nella fase conflittuale, l'intervento legale valorizzerebbe la logica antagonistica all'interno della coppia, in maniera del tutto inadeguata a gestire le relazioni del sistema familiare¹³⁵. In tali situazioni non può esistere un vincitore e un perdente, in quanto, soprattutto

¹³² RONFANI, *op. cit.*, 111 e segg. Si veda anche POCAR-RONFANI, *La famiglia e il diritto*, *cit.*, 187 e segg.

¹³³ È nota, a riguardo, la posizione di Jemolo, il quale sottolineava il carattere metagiuridico della famiglia “come un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto”, e dunque appartenente più al campo degli affetti che a quello delle regole giuridiche: JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Catania*, III, 1948/1949, n.5, 38, *cit.* in CUOCOLO, voce “Famiglia”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, 1. Opposta è la convinzione di Cicu, alla quale ho fatto riferimento nel primo paragrafo, che assimilava la famiglia ad un'organizzazione pubblica, giustificante una capillare disciplina giuridica. Per il riferimento bibliografico rimando alla nota 11, §1.

¹³⁴ HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986, vol. II, 1043 e segg., *citato* in RONFANI, *I diritti relazionali.*, *cit.*, 114.

¹³⁵ RUGGIERO, *Il conflitto familiare: dalla valutazione al processo di mediazione*, in *Animazione sociale*, 1997, 53.

nel caso in cui la coppia abbia dei figli, essi devono continuare ad essere genitori. Appare più idoneo, quindi, un intervento che ristabilisca una relazione, primo fra tutti la mediazione¹³⁶.

Secondo alcuni la prospettiva dei diritti relazionali dovrebbe essere accolta anche nell'ambito della giustizia formale, ciò si concretizzerebbe attraverso decisioni altamente individualizzate e prestando grande attenzione, rivolta anche al futuro, alle relazioni che intercorrono fra le persone e cercando di pensare a come le decisioni prese in sede di giudizio possano modificare le relazioni stesse¹³⁷.

Il giudice chiamato a svolgere questa attività deve, perciò, essere un giudice con una formazione multidisciplinare¹³⁸, in quanto non solo tenuto ad applicare le norme sostanziali e processuali correttamente, ma anche a costruire un diritto relazionale tra le parti che solo apparentemente è in contrasto¹³⁹, tenendo conto degli aspetti psicologici, pedagogici e giuridici¹⁴⁰. Da ciò deriva la indispensabilità di uno stretto ed organico rapporto del giudice con i servizi del

¹³⁶ Numerosa è la letteratura su questo tema, per un quadro completo sulla strategie di mediazione, necessarie per affrontare lo specifico conflitto che sorge nelle relazioni familiari, e un'analisi attenta sulle differenze tra processi collaborativi e processi contenziosi: GULOTTA-SANTI, *Dal conflitto al consenso*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*. Sull'utilità della mediazione, quale strumento per diminuire la conflittualità nei processi familiari, si veda anche QUERZOLA, *op. cit.*, 208 e segg.

¹³⁷ RONFANI, *op. cit.*, 114 e segg.

¹³⁸ SPINA, *La formazione del magistrato dei minori e della famiglia*, in PICARDI (a cura di), *op. cit.*, 192 e segg.; LAERA, *La formazione del giudice minorile*, in PICARDI., *op. cit.*, 211 e segg.

¹³⁹ AUTORINO, *op. cit.*, 90 e segg.; QUERZOLA, *op. cit.*, 202 e segg.

¹⁴⁰ MORO, *Diritti del minore e diritti della famiglia*, in *Bambino incompiuto*, 1995, n.5, 17.

territorio¹⁴¹ e l'opportunità della integrazione, anche nei collegi giudicanti, di esperti di diritto e di esperti in scienze umane¹⁴².

Per quanto riguarda le regole processuali, i sostenitori di tale orientamento, auspicano sì un pieno contraddittorio, che però non si svolga tra le parti, bensì tra le parti e il giudice¹⁴³: ciò che già si realizza nei procedimenti camerale, procedimenti nei quali, secondo alcuni, non si realizzerebbero le garanzie di difesa sancite costituzionalmente¹⁴⁴.

La ricostruzione effettuata finora sulla categoria dei diritti relazionali e la conseguente assunzione di nuove funzioni da parte del giudice¹⁴⁵, è criticata da parte di coloro i quali temono che ciò possa aumentare la discrezionalità dell'organo giudicante.

Innanzitutto, è stato sostenuto che l'enfasi sulla relazione accentui la dipendenza, potendo altresì occultare le posizioni di potere. Inoltre, che possa legittimare interventi giurisdizionali improntati al paternalismo, senza dar voce a chi è la vera vittima dei soprusi. Alla categoria dei diritti relazionali si

¹⁴¹ Sulla collaborazione tra giudice e servizi sociali, LUMINOSO, *Le «informazioni» dei Servizi sociali nei processi per la famiglia*, in FANNI (a cura di), *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, 1999, 105 e segg.

¹⁴² MORO, *op. loc. ult. cit.* Sulla formazione del giudice onorario: ROSSINI, *Una legge per il giudice onorario*, in PICARDI (a cura di), *op. cit.*, 219 e segg.

¹⁴³ POCAR-RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Roma - Bari, 2004, 80.

¹⁴⁴ LUISO, *Il procedimento camerale nella giurisprudenza e nella prassi dei giudici minorili: linee evolutive*, in FANNI (a cura di), *op. cit.*, 37 e segg.

¹⁴⁵ A riguardo MORO, *op. loc. ult. cit.*: “Quando il diritto svolgeva una funzione meramente sanzionatoria e riparativa il giudice – chiamato nel settore civilistico a disciplinare i rapporti tra le persone a contenuto patrimoniale (...) – poteva limitarsi a valutare se l'atto rientrava o non nello schema giuridico predisposto dall'ordinamento e a trarne le conseguenze dichiarando la liceità o non dell'atto o del comportamento (...). Ma quando, come oggi, il diritto assume una funzione promozionale della persona il ruolo del giudice a cui è attribuita questa funzione assume connotazioni nuove: non è più il «fatto» quello che si è chiamati a giudicare ma è una «situazione» da interpretare e valutare; non è più il «passato» che deve essere analizzato ma è il «futuro» che deve essere progettato e costruito; non si deve solo ricercare la «norma» di legge da applicare ma è un «percorso di sviluppo» che, nel rispetto della legge, si deve determinare e svolgere”.

prestano anche le critiche formulate nei confronti della clausola generale del “superiore interesse” dei minori, soprattutto quelle già esaminate in precedenza in tema di vaghezza e indeterminatezza¹⁴⁶.

In relazione alle modalità procedurali, specialmente in ambito minorile, parte della dottrina si esprime in favore dell’adozione di “un modello processuale dove sono tutelate posizioni di diritto soggettivo, nel contraddittorio delle parti, così da bilanciare il diritto dei genitori a svolgere pienamente il loro ruolo educativo e il diritto del figlio ad essere educato in modo adeguato allo sviluppo della propria personalità”¹⁴⁷.

Un’opposizione autorevole a tali critiche è rappresentata da quanto affermato da A. C. Moro, il quale ritiene che il nuovo orientamento giurisdizionale “non significa trasformare l’organo giudiziario in un servizio sociale, degiuridicizzando la sua funzione e obliterando il valore della terziarietà del giudice, né significa trasformare il giudice in un operatore sociale”. Sulla “funzione che il giudice è chiamato ad assolvere”, aggiunge il magistrato “essa non significa affatto amministrativizzare l’intervento giudiziario – riducendo un giudice a un nongiudice – ma significa all’opposto giurisdizionalizzare attività particolarmente penetranti e a forte rischio di manipolazione dell’uomo in piena coerenza con l’evoluzione del diritto, non più solo attento ai problemi patrimoniali ma finalmente anche impegnato a tutelare i diritti delle persone”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ RONFANI, *op. cit.*, 116. Le stesse conclusioni sono espresse in ID., *La regolazione giuridica delle relazioni fra genitori e figli nelle famiglie contemporanee*, cit., 459.

¹⁴⁷ GATTO, *Il processo civile minorile tra tutela e garanzia: basta una sezione specializzata?*, in *Minorigiustizia*, 2002, 59.

¹⁴⁸ MORO, *op. loc. ult. cit.*

4. L'attribuzione di funzioni e di competenze in materia familiare nel sistema italiano di giustizia

Nell'ordinamento italiano le competenze giurisdizionali in materia familiare sono distribuite tra molteplici organi giudiziari: per questa ragione, più che di un unico giudice della famiglia, appare opportuno parlare di numerosi giudici per la materia familiare e minorile¹⁴⁹. Il sistema delineato dal legislatore nazionale provoca serie difficoltà di coordinamento tra i diversi giudici, provocando conseguenze negative per quanto attiene il rispetto del principio di certezza, “perché girare tra gli uffici alla ricerca di quello competente non fa mai bene a nessuno”¹⁵⁰.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219, alla quale ho accennato nelle pagine precedenti, arreca delle modifiche significative alla normativa in esame, le quali sono in vigore dal 1° gennaio 2013. Per poter cogliere gli aspetti essenziali della problematica, ritengo sia utile approfondire, *in primis*, il sistema vigente fino al 31 dicembre 2012, *in secundis*, le innovazioni che ha apportato la nuova disciplina.

Gli organi giudiziari competenti nelle varie materie sono il Tribunale ordinario, il Tribunale per i minorenni, il giudice tutelare, il pubblico ministero e la Corte d'appello. Le norme che attribuiscono le competenze sono distribuite tra il codice civile, il codice di procedura civile e alcune leggi speciali.

¹⁴⁹ DOGLIOTTI, *I giudici della famiglia nel diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2000, n. 1, 81; ID., *La giustizia minorile e familiare a una svolta*, in *Fam. dir.*, 2003, n. 3, 281; QUERZOLA, *op. cit.*, 291.

¹⁵⁰ LUISO, *La ripartizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: attualità e prospettive*, in FANNI (a cura di), *Quale processo per la famiglia e i minori*, *op. cit.*, 45.

4.1. La disciplina normativa previgente

A) Il Tribunale ordinario detiene una competenza c.d. residuale, attribuitagli dal secondo comma dell'art. 38 *disp. att. c.c.*, il quale prevede che emetta «i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria».

L'intervento del giudice ordinario può essere richiesto sia per ristabilire l'unità familiare, sia per romperla definitivamente e, con essa, interrompere il rapporto di coniugio.

A garanzia dell'unità familiare il legislatore ha attribuito ai coniugi la facoltà di chiedere l'intervento del giudice affinché, in caso di disaccordo, tenti di raggiungere una soluzione concordata o, quando permanga la discordia su affari essenziali, quali ad esempio la fissazione della residenza, adotti la soluzione che ritiene più adeguata¹⁵¹. Una pronuncia del giudice può essere richiesta anche con la finalità di ottenere l'adempimento dell'obbligo di concorrere negli oneri, quali quelli previsti per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole¹⁵².

Nel caso di rottura definitiva è possibile ricorrere al Tribunale ordinario per ottenere sentenza di annullamento del matrimonio civile¹⁵³, di separazione personale¹⁵⁴ e di cessazione degli effetti civili del matrimonio¹⁵⁵. Tali pronunce

¹⁵¹ Art. 145 c.c. Sull'ammissibilità dell'intervento del giudice *ex art. 145 c.c.* a tutela dell'unità familiare anche nelle situazioni di convivenza *more uxorio*, si è pronunciata la Pretura di Genova, decreto 21 maggio 1981, in *Foro. it.*, 1982, I, c. 1459, con nota di DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto e intervento del giudice (a proposito di una singolare ipotesi di applicazione dell'art. 145 c.c.)*.

¹⁵² Art. 148 c.c.

¹⁵³ Artt. 117 e segg. c.c.

¹⁵⁴ Artt. 150 e segg. c.c.

¹⁵⁵ Artt. 1 e segg. legge 1 dicembre 1970, n. 898, modificata dalla legge 6 marzo 1987, n. 74.

possono contenere determinazioni su un eventuale assegno per il coniuge e per i figli, l'assegnazione della casa familiare e l'affidamento della prole. A tale organo giudiziario appartiene anche la competenza per l'omologazione delle separazioni consensuali¹⁵⁶, la modifica delle condizioni di separazione e divorzio¹⁵⁷ e le questioni che sorgono *ex art.* 148 c.c. in seguito ad inadempimento dell'obbligo di mantenimento dei figli successivamente al venir meno del legame matrimoniale.

Il Tribunale ordinario decide in ordine a tutte le controversie relative ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, in particolare se relative e conseguenti allo scioglimento della comunione¹⁵⁸, e alle azioni di stato¹⁵⁹, quali quelle di disconoscimento della paternità, contestazione o reclamo di legittimità, la legittimazione della prole maggiorenne per provvedimento giudiziale, le impugnazioni dell'atto di riconoscimento del figlio naturale, le adozioni di maggiorenni¹⁶⁰ e le cause alimentari tra parenti¹⁶¹.

Nel 2001 il legislatore ha attribuito al Tribunale ordinario ulteriore importantissima competenza in materia di controversie familiari, si tratta del potere di adottare ordini di protezione contro gli abusi familiari¹⁶².

B) La competenza del **Tribunale per i minorenni** si dice «speciale», in quanto sussiste nei casi espressamente previsti dal primo comma dell'art. 38 *disp. att.* c.c., riguardanti principalmente il rapporto genitori-figli. Il giudice

¹⁵⁶ Art. 158 c.c.

¹⁵⁷ Art. 710 c.p.c.

¹⁵⁸ Art. 191 c.c.

¹⁵⁹ Artt. 244 c.c. e segg.

¹⁶⁰ Artt. 311 e segg. c.c.

¹⁶¹ Art. 433 e segg. c.c.

¹⁶² Legge 4 aprile 2001, n. 154, recante “*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*”.

minorile può ammettere al matrimonio il minore che abbia compiuto sedici anni di età¹⁶³ e, se le circostanze lo esigono, nominare un curatore speciale che lo assista nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali¹⁶⁴; assume i provvedimenti necessari a tutelare l'interesse dei figli nei casi di cessazione del fondo¹⁶⁵; può costituire l'usufrutto giudiziale a vantaggio della prole, nel caso di divisione dei beni della comunione legale¹⁶⁶. Al Tribunale per i minorenni vanno rivolte le domande che hanno ad oggetto le controversie in materia di filiazione naturale, pertanto conosce la causa di opposizione al rifiuto al riconoscimento di figlio naturale di minore con età inferiore a sedici anni¹⁶⁷; provvede sull'affidamento del figlio naturale e il suo inserimento nella famiglia legittima¹⁶⁸; decide circa l'assunzione del cognome del minore nel caso di figlio naturale di minore età¹⁶⁹; dà l'autorizzazione per impugnare il riconoscimento di figlio naturale, nominando un curatore speciale¹⁷⁰; dichiara giudizialmente la paternità e la maternità naturale nei casi in cui il riconoscimento è ammesso¹⁷¹, anche qualora si tratti di figli incestuosi¹⁷²; decide sulla domanda del figlio naturale per ottenere il mantenimento,

¹⁶³ Art. 84 c.c., II comma.

¹⁶⁴ Art. 90 c.c.

¹⁶⁵ Art. 171 c.c.

¹⁶⁶ Art. 194, II comma, c.c.

¹⁶⁷ Art. 250, III e IV comma, c.c.

¹⁶⁸ Art. 252, c.c.

¹⁶⁹ Art. 262, III comma, c.c.

¹⁷⁰ Art. 264, II comma, c.c.

¹⁷¹ Art. 269, I comma, c.c.

²⁴ L'art. 35, I comma, *disp. att.* c.c. rinvia all'art. 251 c.c.: «Il riconoscimento di cui al secondo comma dell'art. 251 del codice è autorizzato dal tribunale per i minorenni se il figlio da riconoscere è minore».

l'istruzione e l'educazione anche qualora non possa proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità¹⁷³.

Inoltre, il Tribunale per i minorenni è competente a conoscere tutte le questioni che riguardano l'esercizio della potestà genitoriale¹⁷⁴; l'amministrazione dei beni del minore da parte dei genitori¹⁷⁵; la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del minore, quando la richiesta sia effettuata dal minore¹⁷⁶; le domande per l'interdizione del minore emancipato e per l'interdizione o l'inabilitazione del minore nell'ultimo anno della minore età¹⁷⁷.

Il giudice speciale interviene anche in materia di legittimazione, adozione e revoca della adozione di minore di età¹⁷⁸ e sull'affidamento provvisorio del minore ad una famiglia quando quella originaria sia impossibilitata ad assolvere alle sue funzioni educative e manchi il consenso dei genitori¹⁷⁹.

In secondo grado decide dei reclami avverso i decreti del giudice tutelare in tutti i casi in cui non sia espressamente prevista la competenza del tribunale ordinario¹⁸⁰.

¹⁷³ L'art. 34 *disp. att. c.c.* rinvia ai provvedimenti di cui all'art. 279, I comma, c.c.

¹⁷⁴ Art. 316, III e V comma, c.c.; art. 317 *bis*, II comma, c.c.; art. 330 c.c.; art. 332 c.c.; art. 333 c.c.

¹⁷⁵ Art. 334 c.c.; art. 335 c.c.

¹⁷⁶ Art. 371, ultimo comma, c.c.

¹⁷⁷ Art. 40 *disp. att. c.c.*

¹⁷⁸ Art. 35, II comma, *disp. att. c.c.*

¹⁷⁹ Art. 4, III comma, legge 28 marzo 2001, n. 149, "*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*".

¹⁸⁰ Art. 45 *disp. att. c.c.* Diversamente dal criterio adottato dall'art. 38 *disp. att. c.c.*, in questa fattispecie la competenza del Tribunale per i minorenni è c.d. residuale, mentre la competenza del Tribunale ordinario è c.d. speciale.

C) I compiti del **giudice tutelare** sono prevalentemente legati alla tutela, che si apre se entrambi i genitori sono deceduti o se per altre cause non possono esercitare la potestà genitoriale¹⁸¹. Tale organo nomina il tutore e il protutore¹⁸²; assume provvedimenti circa l'educazione e l'amministrazione del minore¹⁸³ (tuttavia per quanto riguarda la continuazione dell'esercizio dell'impresa può solo concedere l'autorizzazione temporanea, perché l'esercizio permanente deve essere autorizzato dal tribunale); autorizza il tutore circa numerose operazioni relative al patrimonio del minore¹⁸⁴, anche se per quelle di maggiore importanza è competente il tribunale ordinario¹⁸⁵; assegna un'equa indennità al tutore¹⁸⁶ ed eventualmente può imporgli una cauzione¹⁸⁷, esonerarlo¹⁸⁸, rimuoverlo e sospenderlo dall'ufficio¹⁸⁹; riceve e approva, se non trova irregolarità, il conto finale¹⁹⁰. Inoltre, il giudice tutelare può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o beneficiario¹⁹¹.

Il giudice tutelare ha altre funzioni non legate alla tutela. A lui si devono rivolgere i genitori per richiamare il figlio che si sia allontanato da casa

¹⁸¹ Artt. 343 e segg. c.c.

¹⁸² Art. 346 c.c.

¹⁸³ Art. 371 c.c.

¹⁸⁴ Art. 374 c.c.

¹⁸⁵ Art. 375 c.c.

¹⁸⁶ Art. 379 c.c.

¹⁸⁷ Art. 381 c.c.

¹⁸⁸ Art. 383 c.c.

¹⁸⁹ Art. 384 c.c.

¹⁹⁰ Art. 386 c.c.

¹⁹¹ Art. 44 *disp. att. c.c.*

senza il loro permesso¹⁹²; dà l'autorizzazione necessaria ai genitori al compimento di operazioni di notevole importanza sul patrimonio del minore e qualora sorga conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, nomina ai figli un curatore speciale¹⁹³ e vigila sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni¹⁹⁴. Bisogna tenere conto anche dell'art. 6, comma 8, l. divorzio, che prevede che all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provveda il giudice del merito, e che copia del provvedimento di affidamento sia trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare. Ciò permette ad alcuni di affermare che in corso di causa dovrebbe essere il giudice del divorzio, o della separazione, a curare l'attuazione dei provvedimenti di affido dei figli e, terminata la causa, il giudice tutelare¹⁹⁵.

Inoltre il giudice tutelare nomina un curatore speciale in caso di minori emancipati coniugati¹⁹⁶, e quando ce ne sia bisogno l'amministratore di sostegno¹⁹⁷. In materia di affidamento familiare il giudice tutelare rende esecutivo il provvedimento disposto dal servizio sociale locale, se i genitori consentano al provvedimento stesso¹⁹⁸.

¹⁹² Art. 318 c.c.

¹⁹³ Art. 320 c.c.

¹⁹⁴ Art. 337 c.c.

¹⁹⁵ DOGLIOTTI, *La giustizia minorile e familiare a una svolta*, cit., 283.

¹⁹⁶ Art. 392 c.c.

¹⁹⁷ Art. 404 c.c.

¹⁹⁸ Art. 4, I comma, legge 28 marzo 2001, n. 149.

D) Il **pubblico ministero** deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione e divorzio, e nelle cause che riguardano lo stato e la capacità delle persone. Può intervenire in ogni occasione in cui ritiene che vi sia un interesse pubblico da tutelare¹⁹⁹. In seguito all'intervento della Corte costituzionale, l'intervento del pubblico ministero è divenuto obbligatorio anche nei giudizi tra genitori naturali che comportino «provvedimenti relativi ai figli», nei sensi di cui agli artt. 9 della legge n. 898 del 1970 e 710 c.p.c.²⁰⁰. In alcuni casi esprime parere preventivo sui provvedimenti del giudice tutelare.

E) La **Corte d'appello**, come sezione specializzata per i minorenni²⁰¹, giudica sull'appello delle decisioni del Tribunale per i minorenni²⁰² e dichiara efficaci nella Repubblica italiana, su domanda delle parti o di una di esse, le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici²⁰³.

Alcuni Autori sottolineano l'irrazionalità, la complessità e la contraddittorietà di una siffatta distribuzione di competenze tra i diversi organi giudiziari. In alcuni casi, per una stessa fattispecie, può essere necessario rivolgersi a tre diverse autorità giudiziarie. Ad esempio, per la continuazione dell'esercizio di un'impresa da parte di un minore i genitori devono chiedere

¹⁹⁹ Art. 70 c.p.c.

²⁰⁰ Corte cost., 25 giugno 1996, n. 214, in *Fam. dir.*, 1996, 5, 424, con nota di CARBONE.

²⁰¹ In base a quanto previsto dall'art. 58 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), la sezione giudica con un collegio formato da tre magistrati professionali (consiglieri) e due giudici onorari (esperti in discipline umane nominati dal Consiglio superiore della magistratura, come avviene per i giudici onorari del Tribunale per i minorenni).

²⁰² Art. 5, R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404, modificato dall'art. 4, legge 27 dicembre 1956, n. 1441, "Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni."

²⁰³ Art. 8, II comma, dell'accordo tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984.

l'autorizzazione al tribunale ordinario. In attesa della decisione, è il giudice tutelare a poter concedere l'autorizzazione all'esercizio provvisorio²⁰⁴. Se è aperta la tutela del minore, il tutore deve fare istanza per la continuazione dell'esercizio dell'impresa al giudice tutelare, il quale si pronuncia in via provvisoria. Per l'esercizio in via definitiva il tutore deve domandare l'autorizzazione al tribunale per i minorenni²⁰⁵.

È inevitabile che un sistema articolato in questa maniera provochi innumerevoli discussioni in dottrina e contrasti in giurisprudenza.

È questo il caso, ad esempio, del dibattito sorto dopo la riforma del diritto di famiglia²⁰⁶, che ha riguardato la competenza a provvedere sulla domanda concernente la modificazione degli accordi in tema di affidamento della prole intervenuti in sede di omologazione dell'accordo di separazione consensuale e al momento della pronuncia della sentenza di annullamento del matrimonio civile, di separazione personale e di cessazione degli effetti civili del matrimonio (anche in seguito a sentenza di delibazione dell'annullamento del matrimonio ecclesiastico). In questa disputa è intervenuta la Corte di Cassazione, al fine di dirimere il contrasto interpretativo²⁰⁷.

Un'efficace sintesi delle posizioni avanzate in dottrina e in giurisprudenza, con le relative argomentazioni, è svolta dalla Corte nella stessa sentenza, dalla quale emerge che nella giurisprudenza di legittimità era pacifica

²⁰⁴ Art. 320, quinto comma, c.c.

²⁰⁵ Art. 371 c.c.

²⁰⁶ Mi riferisco, ovviamente, alla legge 19 maggio 1975, n. 15.

²⁰⁷ Cass., sez. unite, 2 marzo 1983, n. 1552, in *Foro it.*, 1983, I, 896 e segg., con nota di CIVININI, alla quale rinvio per i riferimenti bibliografici antecedenti alla sentenza, in merito alla distribuzione della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni in materia di affidamento della prole; ed in *Giust. civ.*, 1983, I, 1095 e segg.

la competenza del tribunale per i minorenni a pronunciarsi sui provvedimenti che avevano ad oggetto l'affidamento della prole e quella del Tribunale ordinario sui provvedimenti riguardanti il mantenimento dei figli e l'assegnazione della casa. Solo in poche occasioni la Corte di Cassazione si era espressa a favore della competenza del tribunale ordinario anche in materia di affidamento della prole, facendo perno sul dato testuale contenuto nell'art. 38 *disp. att. c.c.*, che al primo comma non rinvia espressamente ai provvedimenti contenuti nell'art. 155 c.c., e pertanto rientranti nella competenza residuale del tribunale ordinario²⁰⁸.

Le sezioni unite accolgono la posizione fino ad allora minoritaria pervenendo “alla conclusione che le argomentazioni addotte a sostegno della tesi della competenza del Tribunale per i minorenni non siano idonee a superare il dato testuale, ricavabile dalla lettura coordinata delle norme contenute nell'art. 38 *disp. att. c.c.* e negli artt. 155 e 317 c.c., 9 della legge n. 989 del 1970 e 710 c.p.c., ad esso correlati, né le ragioni di logica formale e sistematica, militanti a favore della competenza del tribunale ordinario a disporre i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori *ex art. 155 c.c.*”. Sulla competenza del Tribunale per i minorenni la Cassazione si esprime nel senso che ad esso “devono, quindi, ritenersi riservate le ipotesi in cui, come causa della modifica delle condizioni di affidamento, si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole a norma degli artt. 330 e 333 c.c., in quanto soltanto in presenza di queste

²⁰⁸ Cass., 25 gennaio 1979, n. 553, *Foro it., Rep.* 1979, voce *Separazione di coniugi*, n. 68; Cass., 16 febbraio 1982, *Id.*, 1982, I, 2260.

fattispecie normative, risulta possibile individuare nell'art. 38 *disp. att. c.c.* un criterio attributivo della competenza al giudice minorile”.

Quest'ultimo passo della motivazione “ha una sorta di tarlo dentro di sé”²⁰⁹.

Infatti, se per quanto riguarda la fattispecie descritta nell'art. 330 c.c. non vi è possibilità di sovrapposizione tra la competenza dei due diversi organi giudiziari, il problema si pone per la fattispecie descritta nell'art. 333 c.c., i cui presupposti coincidono con quelli dell'art. 155 c.c., nel senso che, in entrambi i casi, le condotte riconducibili alla fattispecie astratta non sono così gravi da giustificare una pronuncia di decadenza della potestà, bensì una limitazione della stessa.²¹⁰

La questione è stata chiarita in una sentenza della Corte di Cassazione, la quale riconosce che la fattispecie *ex art. 155 c.c.* “presuppone la famiglia legale fondata sul matrimonio nonché la pendenza (o l'avvenuta definizione con omologa o con sentenza nei casi di modifica), di una causa di separazione consensuale, di separazione legale, di annullamento, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili, mentre l'art. 333 c.c. dispone soltanto per i casi di matrimonio senza separazione legale, o comunque per i casi di separazione di fatto dei genitori, coniugati o non”. In accordo con i propri precedenti la stessa conferma che “la competenza generale a provvedere sulla modificazione delle condizioni di esercizio della potestà dei genitori sui figli (quali previste in sede di separazione consensuale, di separazione personale, di annullamento, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del

²⁰⁹ LUISO, *op. cit.*, 46.

²¹⁰ LUISO, *op. cit.*, 46 e seg.

matrimonio), appartiene al tribunale ordinario, mentre rimangono nella competenza del tribunale dei minorenni, oltre ai provvedimenti che incidono sulla titolarità della potestà dei genitori *ex art. 330 c.c.*, anche quelli che incidono sul suo esercizio nell'ambito della fattispecie dell'*art. 333 c.c.*»²¹¹.

I dubbi interpretativi circa la competenza a disporre provvedimenti modificativi di quelli emanati in sede di separazione e divorzio in tema di affidamento dei figli, ricorrono con una certa frequenza. Ciò è dovuto al fatto che i criteri individuati per distinguere le fattispecie *ex art. 155 c.c.* da quelle *ex art. 333 c.c.*, non si rivelano sufficienti.

Sulla questione la Corte di Cassazione si pronuncia nuovamente nel 2000, concludendo in maniera conforme alle considerazioni espresse dalla sentenza emessa dalle Sezioni unite il 2 marzo 1983, n. 1552 e dalla successiva giurisprudenza di legittimità. I giudici di legittimità, infatti, ribadiscono che tutte le questioni che riguardano i rapporti tra *ex* coniugi e i rapporti tra questi e figli rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in quanto si configurano quali provvedimenti che modificano le condizioni sancite dalle pronunce di separazione e divorzio: pertanto in questi casi devono essere seguite le procedure descritte agli artt. 710 e 711 c.p.c. e 9 legge sul divorzio²¹².

Per quanto riguarda l'affidamento di figli naturali, in assenza di una disposizione espressa che disciplini tale fattispecie, “un punto di riferimento

²¹¹ Cass., 11 aprile 1997, n. 3159, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2445, con osservazioni di MORELLI.

²¹² Cass., 3 novembre 2000, n. 14360, in *Fam. dir.*, 2001, n. 1, 38 e segg., con nota di TOMMASEO, *Separazione coniugale, contrasti sull'educazione dei figli e questioni di competenza*.

normativo può tuttavia trovarsi nel secondo comma dell'art. 317 *bis* c.c., concernente l'esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto da entrambi i genitori naturali²¹³. Si è ritenuto, pertanto, che corrispondesse all'interesse del minore che il giudice disponesse sul suo affidamento, in caso di conflitto tra i propri genitori non coniugati. La competenza a decidere in questo caso sarebbe del Tribunale per i minorenni, per l'esplicito richiamo dell'art. 317 *bis* c.c. contenuto nell'art. 38 *disp. att. c.c.*

Mancando, in caso di famiglia di fatto, la previsione legislativa di un processo unitario, che coinvolga il momento della separazione della coppia, quello della sorte dei loro figli comuni e quello della regolamentazione dei rapporti patrimoniali per quanto attiene al contributo per il mantenimento dei figli, “ogni provvedimento eventualmente richiesto dovrà essere assunto dal giudice competente per quel singolo provvedimento”, cosicché “il provvedimento circa il contributo di mantenimento, spettante al tribunale ordinario in procedimento contenzioso, non potrà essere preso dal tribunale per i minorenni adito *ex art. 317 bis* per stabilire a chi dei due genitori debba essere affidato il figlio²¹⁴”.

La competenza del Tribunale ordinario in merito alle controversie relative all'assegno di mantenimento e all'assegnazione della casa è stata confermata dalla Corte Costituzionale, la quale aggiunge che “l'attribuzione di controversie siffatte al Tribunale ordinario trova infatti la sua intrinseca, e

²¹³ Cass., sez. unite, 25 maggio 1993, n. 5847, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 520 e segg., con nota di DALMOTTO, *Inammissibilità del regolamento di giurisdizione nei procedimenti volontari (a proposito di un procedimento ex art. 317 bis c. c. instaurato per disporre circa l'esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto)*.

²¹⁴ Cass., 20 aprile 1991, n. 4273, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 634 e segg., con nota di LENTI, *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*.

ragionevole, giustificazione nel fatto che, con la richiesta di revisione del contributo avanzata dal genitore che ha presso di sé il minore nel confronti dell'altro non affidatario, si radica una lite che non coinvolge più direttamente il minore, bensì due soggetti maggiorenni ed ha come *causa petendi* la comune qualità di genitori e come *petitum* la determinazione della misura del contributo che l'uno deve versare all'altro, sia pure per le esigenze di mantenimento del minore”²¹⁵.

La ragionevolezza di tale disciplina è riaffermata dalla Corte Costituzionale nel 1997 anche in relazione alla divaricazione di competenze nel caso in cui la domanda di natura patrimoniale e quella relativa all'affidamento vengano proposte contestualmente, in quanto “la necessità di adire due diversi organi giudiziari non si traduce in una diminuzione della tutela... È sufficiente considerare che, qualora dovessero sussistere ragioni di urgenza tali da rendere indifferibile l'adozione di provvedimenti di carattere economico, la pendenza del giudizio davanti al tribunale per i minorenni non impedirebbe il ricorso agli strumenti cautelari”²¹⁶.

Il giudice di legittimità ha ribadito con sentenze più recenti che competente a conoscere delle domande del genitore naturale di affidamento del figlio minore e di regolamentazione del diritto di visita dell'altro genitore è il tribunale per i minorenni, mentre spetta al tribunale ordinario la competenza

²¹⁵ Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 23, in *Giur. cost.*, 1996, 207, con nota di FIGONE. La questione di legittimità costituzionale era stata posta da Tribunale per i minorenni di Genova, 20 febbraio 1995, in *Gazz. Uff.*, 1995. Il giudice rimettente sosteneva che “la necessità di adire due giudici diversi per la cognizione di una realtà unica, avente ad oggetto gli obblighi inscindibili di educazione, istruzione e mantenimento” riserverebbe ai figli naturali un trattamento deteriore rispetto ai figli legittimi, violando gli artt. 3 e 30 della Costituzione.

²¹⁶ Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 451, in *Fam. dir.*, 1998, 6, 114 e segg., con nota di TOMMASEO, *Mantenimento e affidamento dei figli naturali: «ragionevole» il riparto di competenze fra tribunale ordinario e minore?*.

sulla domanda di contributo al mantenimento e di rimborso delle spese sostenute per il mantenimento del minore: competenza che, essendo di natura funzionale, è inderogabile, non trovando applicazione le norme sulla connessione²¹⁷.

Con la legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, il legislatore apporta pregnanti modifiche alla disciplina, sia sostanziale che procedurale, dell'affidamento della prole di genitori separati²¹⁸. Le disposizioni di questa legge, secondo quanto indicato nel secondo comma dell'art. 4, 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.

Con questa disposizione pare “che il legislatore abbia inteso dare per la prima volta una disciplina unitaria ai procedimenti in materia di filiazione naturale instaurato da uno dei genitori nei confronti dell'altro al fine di veder regolato, in tutti i suoi aspetti, l'esercizio della potestà, parificando l'intervento giudiziario, sotto il profilo sostanziale, processuale e di competenza, a quello previsto per i figli di genitori coniugati”²¹⁹, sul presupposto che i minori non ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati, oppure da genitori non coniugati²²⁰.

²¹⁷ Cass., ord. 8 marzo 2002, n. 3457, e Cass., ord. 15 marzo 2002, n. 3898, in *Arch. Civ.*, 2003, 100.

²¹⁸ L'art. 1 della legge 8 febbraio 2006, n. 54 modifica l'art. 155 c.c., e inserisce gli artt. dal 155 *bis* al 155 *sexies*. L'art. 2 della legge modifica l'art. 708 c.p.c. e introduce gli artt. 709 *bis* e 709 *ter* c.p.c.

²¹⁹ ZAMAGNI – VILLA, *Affido condiviso: quale competenza per i figli naturali*, intervento del 5 aprile 2006, pubblicato su www.minorifamiglia.it, 10.

²²⁰ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 373.

In dottrina e in giurisprudenza si è affermata la convinzione che il legislatore abbia voluto concentrare in un unico giudice le decisioni, relative a una coppia non coniugata, in materia di affidamento e in materia di contributo al mantenimento e di assegnazione della casa. A queste conclusioni giudici e studiosi sono giunti analizzando letteralmente i testi degli articoli modificati. Infatti, il secondo comma dell'art. 155 c.c. prevede che il giudice oltre a disporre dell'affidamento fissa "altresi la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli"; l'art. 155 *quater* c.c. stabilisce che il giudice "dell'assegnazione tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori"²²¹.

Il cuore delle controversie più accese consiste nello stabilire se competente ad emanare questi provvedimenti sia il tribunale ordinario o il tribunale per i minorenni.

Le ragioni principali di chi sostiene che la competenza spetti al tribunale ordinario sono le seguenti:

➤ La legge 54 del 2006 ha modificato la disciplina sostanziale dell'affidamento dei figli naturali, rendendo applicabili in questa materia le

²²¹ In dottrina DOSI, *L'affidamento condiviso*, in www.minorifamiglia.it, 17; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam.*, 2006, n. 4, pt 2, 1888; PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli naturali*, in www.minorifamiglia.it; SALVANESCHI, *op. cit.*, 373; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 391; ZAMAGNI – VILLA, *op. cit.*, 3 e seg. Nello stesso senso si è espressa l'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI MAGISTRATI PER I MINORENNI E PER LA FAMIGLIA, *Documento redatto dal Consiglio direttivo relativo alla legge 8 febbraio 2006 n. 54 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"*, in www.minorifamiglia.it. In giurisprudenza Tribunale per i minorenni di Milano decreto 12 maggio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 32, 68; Tribunale per i minorenni di Trento decreto 11 aprile 2006, in *Il civilista*, 2008, 3, 6; Tribunale per i minorenni di Bologna 26 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 5, 1339. L'unica voce discorde è DANOVI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, n.3, 1010, secondo cui «l'avverbio *altresi*...non ha valenza necessariamente aggregativa».

disposizioni previste negli artt. 155 e segg. c.c.²²². Risulta così abrogata quella parte dell'art. 317 *bis* c.c. che regola le ipotesi in cui i genitori non convivano, per cui, dopo la riforma, anche per i procedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali, il criterio che guida il giudice è «l'affidamento condiviso», con l'affermazione del principio della «bigenitorialità»²²³. Quindi, sul piano processuale, i provvedimenti dell'art. 317 *bis* c.c. richiamati dall'art. 38 *disp. att.* c.c., non sono più contemplati in questa fattispecie “in quanto oggi il giudice che provvede sulla potestà dei genitori di figli naturali non modifica il regime legale dell'art. 317 *bis* c.c., ma, semplicemente, applica quello dell'art. 155 c.c., valutando prioritariamente la possibilità che i figli restino affidati a entrambi i genitori, oppure, in via subordinata, stabilisce a quali di essi sono affidati... L'art. 38 *disp. att.* c.c. va quindi letto senza il riferimento all'art. 317 *bis* c.c. in quanto quest'ultima norma non contempla più provvedimento giudiziario alcuno”²²⁴.

➤ I provvedimenti che il giudice può emanare ai sensi del primo e della prima parte del secondo comma dell'art. 317 *bis* c.c.²²⁵, sono regolati da

²²² GRAZIOSI, *op. cit.*, 1887, secondo il quale è pacifica l'estensione della nuova disciplina sostanziale anche ai figli naturali.

²²³ La «bigenitorialità» è ormai ritenuta un diritto del minore. Si veda, tra i primi commentatori della legge 8 febbraio 2006, n. 54, RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Famiglia*, 2006, nn. 4-5, 625 e segg.; SCALISI, *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, n. 5 pag. 520 e segg.

²²⁴ SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1294. Si veda altresì Trib. min. Milano, decreto 12 maggio 2006, *cit.*: “...Su tale quadro normativo si innesta la legge 54/06 che, senza farsi carico di intervenire capillarmente con abrogazioni o richiami sulla complessiva normativa, ha utilizzato un richiamo diretto all'applicabilità di tutte le disposizioni della legge anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”. I magistrati milanesi avevano già espresso la propria posizione in ZAMAGNI – VILLA, *op. cit.*

²²⁵ I sostenitori della competenza del Tribunale ordinario giustificano la propria posizione affermando che la legge n. 54 del 2006 abbia abrogato il resto dell'art. 317 *bis* c.c.

altre norme, che prevedono l'intervento del Tribunale per i minorenni. Si tratta delle ipotesi di contrasto tra genitori conviventi, per le quali è espressamente prevista l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 316 c.c., e di quelle in cui è attribuito al giudice il potere di disporre «nell'esclusivo interesse del figlio» l'esclusione dell'esercizio della potestà del genitore che ha riconosciuto il figlio o di entrambi i genitori e attribuirla ad altri, eventualmente nominando un tutore, le quali rientrano nei casi di limitazione o di decadenza della potestà ex artt. 330 e 333 c.c.²²⁶.

➤ La competenza del tribunale ordinario risolverebbe una serie di problemi in tema di rito. Laddove l'art. 4, secondo comma, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, richiama l'applicazione ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati «delle disposizioni delle seguenti leggi» non si fa alcuna distinzione tra parte sostanziale e parte processuale, e pertanto si prevede l'applicazione degli artt. 706 e segg. c.p.c., incompatibili con il procedimento camerale del giudizio minorile²²⁷. Se fosse considerato competente il Tribunale

²²⁶ SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1295.

²²⁷ ZAMAGNI – VILLA, *op. cit.*, 6 e segg. Il Tribunale per i minorenni di Milano, *cit.*, sulla questione del rito applicabile osserva: «Non risulta chiaro come si possa adattare tale procedura senza stravolgere la natura del Tribunale per i minorenni e soprattutto superare il dettato dell'art. 38 *disp. att. c.c.* che prevede che per tali procedimenti (e quindi anche per i 317 bis c.c.)... si provveda in camera di consiglio sentito il P.M., conclusione incompatibile con la dettagliata procedura regolata dagli articoli 706 e seguenti c.p.c... Né si ritiene di poter adattare in questo caso volontaria giurisdizione e natura contenziosa del rito. Si fa riferimento a quanto occorso in relazione al procedimento di cui all'art. 269 c.c. per il quale le SS.UU. della Cassazione (numero 5629/1996 e 7170/1996) hanno confermato la natura camerale del procedimento pur con gli adattamenti necessari a garantire le parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari previsti dagli artt. 325 e 327 c.p.c.. In tal caso infatti, la Suprema Corte ha ritenuto di potere/dovere affermare l'applicabilità del rito camerale, pur con gli opportuni adattamenti alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, mentre nel caso in esame, sarebbe necessario abbandonare il rito camerale al fine di applicare il rito di cui agli artt. 706 e seguenti c.p.c. da parte di un organo, il Tribunale per i Minorenni, che ha una specifica composizione la cui peculiarità, quanto alla presenza di giudici onorari, è stata più volte sottolineata dalla Corte Costituzionale

per i minorenni, queste norme rimarrebbero inapplicate, contrariamente a quanto previsto dall'art. 4, comma secondo, legge 54 del 2006, le cui disposizioni introducono nuove norme, che *ex art. 15 prel. c.c.* risulterebbero abrogate per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti²²⁸.

Tanto più che tra il modello camerale di cui agli artt. 737 e segg. c.p.c. e quello contenzioso delineato dagli artt. 706 e segg. c.p.c., vi sono molte differenze in termini di garanzie processuali. Si pensi alla presenza dell'udienza presidenziale, che permette di avere provvedimenti temporanei, idonei a rimanere in vita in caso di estinzione del procedimento (art. 189 *disp. att.* c.p.c.); alla disciplina in tema di prova, con tutto ciò che ne discende quanto alla corretta formazione del materiale istruttorio su cui il giudice dovrà formare il proprio convincimento; all'applicabilità delle norme in materia di impugnazioni ordinarie, che garantiscono un sistema di controllo sul provvedimento del giudice di grado inferiore, più efficace di quello configurato dall'art. 739 c.p.c.²²⁹. La soluzione al dilemma su chi spetti la competenza che preveda la competenza del Tribunale ordinario sarebbe, quindi, quella che secondo una lettura costituzionalmente orientata, garantirebbe la piena

come fondamentale all'interno delle decisioni di competenza di questa A.G. Applicando la procedura di cui agli artt. 706 e seguenti c.p.c. invece l'apporto dei giudici onorari verrebbe di fatto relegato alla fase finale della decisione attribuendo tali norme esclusivamente al Presidente prima ed al Giudice Istruttore poi, un potere decisorio sia in tema di provvedimenti provvisori che di istruttoria. La presenza di un organo specializzato non avrebbe pertanto più senso alcuno". Un'ulteriore argomentazione a favore della tesi dell'incompetenza del Tribunale per i minorenni è rinvenuta dai magistrati milanesi nel disposto dell'art. 708, quarto comma, c.p.c. novellato che prevede che il reclamo dei provvedimenti presidenziali avvenga dinnanzi alla Corte d'Appello e non davanti alla Corte Sezione specializzata per i Minorenni.

²²⁸ GRAZIOSI, *op. cit.*, 1889

²²⁹ GRAZIOSI, *op. cit.*, 1891

applicazione del principio costituzionale, sancito dall'art. 29 Cost., della piena equiparazione tra lo stato di figlio legittimo e quello di figlio naturale²³⁰.

Le principali obiezioni di chi sostiene che la competenza spetti al Tribunale per i minorenni si fondano su quanto segue:

➤ L'art. 38 *disp. att. c.c.* non è stato modificato dal legislatore, pertanto la competenza ad emanare i provvedimenti in tema di filiazione naturale continua a spettare al Tribunale per i minorenni²³¹. Nello stesso modo si è espresso il Consiglio Direttivo dell'AIMMF, il quale considera che: “dalla normativa approvata si ricava in modo inequivoco la permanenza della competenza in capo al T.M., oltre che dei procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. anche di quelli di cui all' 317 *bis* c.c., non essendo stata assolutamente modificata dal legislatore tale norma, né tanto meno la norma di cui all'art. 38 *disp. att. c.c.* che prevede la competenza del TM riguardo a tali procedure²³²”.

➤ Per quanto riguarda il rito applicabile dinanzi al tribunale per i minorenni anche tra gli stessi sostenitori della tesi per cui la competenza spetta a questi, vi è diversità di opinione. Secondo alcuni, infatti, non possono trovare applicazione le norme di rito modellate sul processo di separazione e divorzio, quindi il giudice non può emanare provvedimenti provvisori o anticipatori (non c'è né l'udienza presidenziale né il giudice istruttore), e di conseguenza non si pone il problema della reclamabilità dei provvedimenti provvisori²³³. Tra coloro che confutano tale posizione, spicca una voce che ritiene applicabili al

²³⁰ GRAZIOSI, *op. cit.*, 1892

²³¹ DOSI, *op. cit.*, 16; PADALINO, *op. cit.*, 5, TOMMASEO, *op. cit.*, 391 e seg.

²³² AIMMF, *Documento redatto dal Consiglio direttivo relativo alla legge 54/2006*, in www.minoriefamiglia.it.

²³³ DOSI, *op. cit.*, 16 e seg.

rito dinanzi al tribunale per i minorenni alcune disposizioni previste per il rito contenzioso dinanzi al tribunale ordinario²³⁴. Innanzitutto si dice che “il giudice minorile, po[ssa] adottare provvedimenti temporanei nell’interesse dei figli (analogamente a quanto previsto dall’art. 708 c.p.c.), in virtù di quanto disposto dall’art. 336 c.c., comma 3, ritenendo sussistente in *re ipsa* il presupposto della «urgente necessità», in quanto legato all’esigenza di garantire serenità e stabilità alla prole naturale, a seguito della cessazione del rapporto di convivenza tra i genitori. Provvedimenti temporanei che potranno essere confermati, modificati o revocati, *ex art.* 742 c.p.c., a seguito dell’emanazione del decreto reso a conclusione del procedimento camerale... In attesa di definire ogni aspetto legato all’affidamento dei figli (...) sarà di urgente necessità l’adozione di provvedimenti provvisori aventi ad oggetto l’assegnazione della casa familiare ed il mantenimento dei figli...”. Nel caso di controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o alle modalità di affidamento, o di gravi inadempienze o atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento (art. 709 *ter* cpc) sembra potersi applicare l’art. 333 c.c., il quale prevede che in caso di condotte dei genitori pregiudizievoli nei confronti del figlio il giudice possa adottare i provvedimenti convenienti²³⁵. Anche per quanto riguarda i mezzi di impugnazione esperibili avverso i provvedimenti

²³⁴ PADALINO, *op. cit.*, 9 e segg.

²³⁵ La tesi esposta da PADALINO ha sollevato in alcuni Autori delle perplessità, anche riguardo la legittimità costituzionale dei procedimenti camerali in relazione alle nuove garanzie introdotte nell’ordinamento italiano con il nuovo testo dell’art. 111 Cost. Per un’esposizione delle varie posizioni si legga FACCHINI, *Quale competenza e quale rito per i figli naturali*, in www.minoriefamiglia.it, 7 e segg.

emanati dal Tribunale per i minorenni, l'Autore estende la disciplina prevista per il rito dinanzi al tribunale ordinario, quindi:

- a) Per i provvedimenti emessi a conclusione del procedimento *ex artt.* 317 *bis* e 336 c.c., non essendo stato modificato il quarto comma dell'art. 38 *disp. att.* c.c., questi continueranno ad essere reclamabili dinanzi alla Corte d'appello, sezione per i minorenni;
- b) per quanto riguarda i provvedimenti emessi dal tribunale per i minorenni in caso di inadempienze o gravi violazioni commesse dai genitori in danno ai figli, questi potranno essere impugnati nei modi ordinari, come dispone il terzo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c., quindi mediante il reclamo alla corte d'appello, sezione per i minorenni, da esperirsi nelle forme del procedimento camerale;
- c) anche con riguardo all'impugnazione dei provvedimenti temporanei, è estendibile la previsione contenuta dell'art. 708, 4 comma, c.p.c., per cui si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio.

La Corte di Cassazione ha preso posizione in questa diatriba sostenendo che: "La l. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente ripulmato l'art. 317 *bis* c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta

al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38 *disp. att. c.c.*, comma 1, in parte qua non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e ss c.c., ha peraltro determinato – in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo – una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio”²³⁶.

L'orientamento della Cassazione appare consolidato, sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità.

Nel 2008 la Cassazione ribadisce il principio già espresso nella sentenza 3159/1997, precisando che: “il discrimine fra la competenza del tribunale ordinario e la competenza del tribunale per i minorenni, in tema di affidamento di minori, non va individuato nell'esistenza o meno del rapporto di coniugio fra i genitori del minore medesimo, ma in riferimento al *petitum* e alla

²³⁶ Cass., ordinanza 3 aprile 2007, n. 8362, in *Fam. dir.*, 2007, 446, con nota adesiva di TOMMASEO, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del tribunale minorile*, 453. Per una critica alle conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione in questa ordinanza GRAZIOSI, *Ancora rallentamenti sulla via della piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali: la Cassazione mantiene inalterata la competenza del Tribunale per i minorenni*, in *Dir. fam.*, 2007, 1629; LOMBARDO, *Effetti ed implicazioni della l. n. 54 del 2006 secondo Cass. ordin. 3 aprile 2007 n. 8362*, in *Dir. fam.*, 2007, 1637.

causa petendi, per cui, ai sensi del combinato disposto dell'art. 333 c.c., e art. 38 *disp. att. c.c.*, rientrano certamente nella competenza del tribunale per i minorenni le domande finalizzate a ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei a porre rimedio a situazioni pregiudizievoli per il minore, anche se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza della potestà genitoriale *ex art. 330 c.c.*, mentre rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, di annullamento del matrimonio o di pronunce *ex art. 3 L. n. 898 del 1970*, le pronunzie di affidamento dei minori che prescindano dalla sussistenza di situazioni per esse pregiudizievoli, alle quali si deve ovviare con il richiesto provvedimento giudiziario, di carattere cautelare e contingente, e mirino solo a individuare quale dei due genitori sia più idoneo a prendersi cura del figlio, al fine di consentirgli una crescita tranquilla ed equilibrata”²³⁷.

Divenuto pacifico che la competenza sulle domande di affidamento e di mantenimento di figli naturali, se proposte contestualmente, rimangono in capo al tribunale per i minorenni, si è posto il problema della bipartizione di competenze qualora le domande non siano contestuali. Su questo è stata proposta una questione di legittimità costituzionale, per contrasto dell'art. 4, secondo comma, l. 54 del 2006 con l'art. 3 della Costituzione nella parte in cui non prevede la generalizzata competenza funzionale del Tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul contributo al mantenimento del figlio minore di genitori non coniugati, la quale secondo l'interpretazione datane

²³⁷ Cass., 25 settembre 2008, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 4, 344 e segg., con nota di PICARDI, *La competenza del tribunale per i minorenni in caso di separazione e divorzio con pregiudizi familiari per i figli*.

dalla Corte di cassazione sussiste solo in caso di contestualità della proposta delle domande. La corte costituzionale rigetta la questione sulla base che al legislatore vada riconosciuta la più ampia discrezionalità²³⁸.

I possibili contrasti circa la competenza a pronunciarsi non si esauriscono nella esatta distribuzione delle competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni, ma possono coinvolgere anche altre autorità giudiziarie. Una questione spinosa riguarda il rapporto tra il reclamo eventualmente esperibile dinanzi alla Corte d'appello nei confronti delle statuizioni del giudice minorile in tema di affidamento, e il potere di revoca a questi spettante, *ex art. 742 c.p.c.* In materia, il Tribunale de L'Aquila ha recentemente specificato che il reclamo deve necessariamente riguardare il provvedimento reso dal giudice *a quo*, mentre la sopravvenienza di elementi o circostanze nuovi può invece “indurre il giudice di primo grado, al quale ritorna la procedura, a riesaminare la questione alla luce dei *quia novi*”²³⁹.

4.2. La disciplina normativa vigente

La legge 10 dicembre 2012, n. 219, ha in parte risolto le difficoltà interpretative relative alla distribuzione di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, modificando all'art. 3 le disposizioni contenute nell'art. 38 *disp. att. c.c.* Su alcune materie precedentemente attribuite al giudice minorile, è ora chiamato a pronunciarsi l'organo non specializzato; in particolare, sul riconoscimento e l'affidamento dei figli naturali (artt. 250 e 252

²³⁸ Corte cost., 5 marzo 2010, n. 82, in *Giust. civ.*, 2010, 1041.

²³⁹ Trib. min. L'Aquila, decreto 16 febbraio 2007, in *Dir. fam.*, 2008, 164, con nota di DANOVI, “*L'affidamento terapeutico dei minori e il processo mosaico*”.

c.c.), il loro cognome e l'impugnazione da parte del riconosciuto (artt. 262 e 264 c.c.); la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità (art. 269 c.c.); l'esercizio della potestà dei genitori (artt. 316 e 317 *bis*).

Il tema della competenza si rivela molto delicato, non solo perché stimola l'interprete a fare emergere dalle norme significati coerenti con le proprie intenzioni, ma perché spesso la difficoltà ad individuare il giudice competente, in conseguenza di un eccessivo "frammentarismo degli interventi giurisdizionali", "viene a creare un diaframma assai nocivo fra chi chiede giustizia e il magistrato preposto", potendo portare "alla possibilità di conflitti, tanto più pericolosi quando riguardano il delicatissimo settore della vita ed educazione di minori.

La soluzione ai problemi che sono emersi richiede, come sostenuto da molti Autori, non interventi sporadici o finalizzati alla modificazione di uno specifico istituto, ma un'azione che investa oltre ai due codici, l'ordinamento giudiziario. Da molte voci risuona l'esigenza di unitarietà dell'intervento legislativo, che porti all'istituzione di un tribunale della famiglia²⁴⁰.

A queste voci darò espressione nei prossimi capitoli, non prima però di avere analizzato l'esistente.

²⁴⁰ Uno dei primi proponenti di un'innovazione in tal senso è stato CARPI, *op. cit.*, 1680 e segg.