

FRANCESCA R. ARCIULI

LA FILIAZIONE

Le modifiche al diritto
di famiglia alla luce
della Legge n. 219/2012
e del D.Lgs. n. 154/2013

Il volume si rivolge a tutti gli operatori dell'ufficio demografico che vogliono restare aggiornati sul diritto di famiglia di recente così significativamente innovato



ISBN 978-88-7589-445-0

Diritti Riservati © 2014 HALLEY INFORMATICA

Finito di stampare nel mese di ottobre 2014
presso inPrinting s.r.l. – Camerino (Mc)

per conto di
HALLEY INFORMATICA SRL
Via Circonvallazione, 131 – 62024 Matelica (MC)
Tel. 0737 781211 – Fax 0737 787200
halleynt@halley.it – www.halley.it – www.halleyconsulenza.it

progetto grafico, redazione, impaginazione | Kindustria | info@kindustria.it

L'editore e l'autore declinano ogni responsabilità per eventuali ed involontari errori.

Tutti i diritti, compresi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo e/o su qualunque supporto (ivi compresi i microfilm, i film, le fotocopie, i supporti elettronici o digitali), nonché la memorizzazione elettronica e qualsiasi sistema di immagazzinamento e recupero di informazioni, sono riservati in tutti i Paesi.

Indice

Autrice	pag. 9
Introduzione	» 11

I – Lo status del figlio

1.1	Unificazione dello stato giuridico di figlio	» 21
1.2	La parentela	» 23
1.3	Il riconoscimento del figlio ai sensi dell'art. 250 C.C. (Rinvio)	» 27
1.4	La delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione	» 27
1.5	L'unificazione dello stato di figlio nel D.Lgs. n. 154/2013	» 31
	1.5.1 Le modifiche apportate al Codice Civile	» 31
	1.5.2 Le novità apportate agli altri codici	» 38
	1.5.3 Le novità apportate alla legislazione speciale	» 41
1.6	Conclusioni	» 43

II – Lo stato di figlio e le azioni di stato

2.1	Premessa	» 45
2.2	Lo stato di figlio. La presunzione di paternità	» 45
2.3	Le prove della filiazione	» 49
2.4	Azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo dello stato di figlio	» 53
2.5	Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio	» 59
2.6	Il riconoscimento di figli nati tra persone unite da vincolo di parentela o di affinità	» 66

2.7	L'affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore	»	67
2.8	L'impugnazione del riconoscimento	»	69
2.9	Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità	»	72
2.10	Esercizio dell'azione di disconoscimento	»	75
2.11	L'autorizzazione all'azione	»	76
2.12	I mutamenti di diritto internazionale privato	»	78

III – La responsabilità genitoriale e i diritti e i doveri del figlio

3.1	Premessa	»	79
3.2	I diritti e i doveri del figlio	»	80
3.3	La responsabilità genitoriale	»	83
3.4	La disciplina della responsabilità genitoriale	»	86
3.5	Il mantenimento	»	89
3.6	I mutamenti di diritto internazionale privato	»	92
3.7	I rapporti con gli ascendenti. (Rinvio)	»	92
3.8	La rappresentanza e l'amministrazione. Gli atti vietati ai genitori	»	93
3.9	L'usufrutto legale	»	95
3.10	I provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale (c.d. de potestate)	»	97
3.11	Il procedimento di cui all'art. 336 C.C.	»	101
3.12	Reintegrazione nella responsabilità genitoriale	»	104
3.13	L'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di crisi della coppia. Provvedimenti riguardo i figli	»	106
3.14	Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso	»	114
3.15	Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza	»	115
3.16	Disposizioni in favore dei figli maggiorenni	»	116
3.17	Poteri del giudice e ascolto del minore	»	118

IV – L’ascolto del minore

4.1	Premessa	»	121
4.2	L’ascolto del minore nella legislazione convenzionale	»	122
4.3	L’ascolto del minore nella legislazione interna anteriormente alla riforma della filiazione	»	123
4.4	Il diritto all’ascolto del minore dopo la riforma della filiazione. Disciplina e limiti	»	126
4.5	Natura giuridica dell’ascolto del minore. Cenni	»	132

V – Altre modifiche legislative della riforma sulla filiazione

5.1	Premessa	»	135
5.2	L’art. 317-bis C.C. Rapporti con gli ascendenti	»	135
5.3	Il novellato art. 38 disp. att. C.C.	»	140
5.4	Altre modifiche alle disposizioni di attuazione del Codice Civile	»	144
5.5	Modifiche alla legge sul divorzio	»	144
5.6	Le modifiche intervenute sulla Legge 4 maggio 1983, n. 184 (legge sull’adozione)	»	145
5.7	Modifiche alle norme regolamentari in materia di stato civile	»	147
5.8	Disposizioni transitorie	»	148

Francesca R. Arciuli, avvocato, si occupa di diritto di famiglia e minorile, in cui è specializzata. Tra le sue pubblicazioni in materia *Le nuove forme di devianza minorile* (G. Giappichelli Editore) e *L'assegno di mantenimento* (Nuova Giuridica).

Introduzione

La filiazione è il rapporto esistente tra il figlio ed i suoi genitori oppure con uno solo di essi.

Con questa definizione si indica, dunque, un fatto che, prima ancora di appartenere al mondo giuridico, appartiene alla sfera delle relazioni naturali, riconosciuta dal diritto, ma non creata dallo stesso.

Merita, tuttavia, di essere osservato come l'istituto della filiazione abbia inevitabilmente subito gli effetti delle diverse ideologie, dei differenti costumi, delle fedi religiose che, nell'arco delle epoche, si sono avvicendate, influenzando e modificando lo stile di vita dei consociati.

Originariamente, il Legislatore del 1942 – epoca a cui risale la formulazione dell'attuale Codice Civile italiano – distingueva la filiazione in legittima ed illegittima, così utilizzando una classificazione connotata da un giudizio morale, discriminatorio nei riguardi dei figli nati al di fuori del matrimonio, per i quali, infatti, veniva adottato l'aggettivo “illegittimi”.

Con la riforma del diritto di famiglia, intervenuta con la Legge 19 maggio 1975, n. 151, si è recepita la mutata sensibilità sociale ed il termine “illegittimo” è stato sostituito da “naturale”. Pertanto, i figli nati al di fuori del matrimonio sono stati definiti figli naturali.

La distinzione tra figli nati all'interno del matrimonio e figli frutto di relazioni extra matrimoniali è restata sino al recentissimo passato. Invero, solo la Legge n. 219/2012 che, insieme al D.Lgs. n. 154/2013, sarà oggetto di questa trattazione, ha eliminato ogni differenza anche nominale tra i figli, stabilendo – tra l'altro – che le qualificazioni legittimi e naturali vengano eliminate e le norme di legge adottino indistintamente il termine figli, senza ulteriori specificazioni.

Nonostante lo *status* di figlio sia attualmente divenuto unitario, appare necessario soffermarsi sugli effetti che la diversa qualifica-

zione ha comportato e su come si è evoluta la disciplina legislativa, considerato che la legge delega e il decreto citati, hanno modificato radicalmente gli istituti previsti dalla normativa precedente.

Come si è detto, tradizionalmente sono state previste varie forme di filiazione, il cui *discrimen* fondamentale è sempre stato determinato dalla sussistenza o meno del vincolo matrimoniale da cui sono generati i figli.

Da ciò la distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale (originariamente definita illegittima).

Questo, nonostante la nostra Carta Costituzionale – solo di pochi anni successiva all’emanazione del Codice Civile, seppure nata in un periodo di profondo fermento ideologico e politicamente molto diverso – non faccia nessuna differenza tra i figli nati in costanza di matrimonio o no, se non in maniera residuale, secondo quanto si avrà modo di illustrare nel prosieguo.

Invero, come si è detto, l’istituto della filiazione costituisce una sorta di cartina di tornasole che consente di comprendere i mutamenti dei costumi sociali nel corso del tempo.

Tradizionalmente, la filiazione legittima era quella a cui veniva riconosciuta la più ampia tutela, non tanto per discriminare gli altri figli, quanto per la necessità di garantire nella maniera più ampia possibile la famiglia fondata sul matrimonio, l’unica forma di famiglia prevista dall’ordinamento e tutelata. D’altro canto, sino a non molti anni fa, le convivenze – per le quali, ancora una volta, si adottava una locuzione dispregiativa *more uxorio* – costituivano l’eccezione, mentre la maggior parte delle unioni era caratterizzata dalla celebrazione di un matrimonio¹.

Per queste ragioni, in passato la famiglia, quale cellula primordiale e principale della società, era soltanto quella legittima. Si deve

1) Sintomatico è l’*incipit* adoperato da Francesco Filomusi Guelfi nella sua opera principale, l’Enciclopedia Giuridica del 1885 a proposito dei figli naturali: «Solo nel matrimonio l’unione dell’uomo e della donna è onesta. Con essa la famiglia si fonda, come organismo etico, ed i vincoli giuridici, che ligano i vari membri della famiglia, assicurano e garantiscono la finalità del tutto. Il diritto protegge lo stato di famiglia, ed assicura alla prole legittima i suoi diritti, elevando una presunzione di paternità legittima per i figli nati nel matrimonio. Ma la debolezza dell’umana natura spiega i frutti della colpa, ed accanto ai figli legittimi pongonsi quelli che nascono da illegittimi amori, cioè i figliuoli naturali. Il diritto non dee proteggere e favorire illecite unioni, riprovate dal costume, ma dee garantire la condizione dei figli naturali di fronte ai genitori». FRANCESCO FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia Giuridica*, ristampa anastatica, Matera, 2013, p. 180.

inoltre considerare che il matrimonio era indissolubile; infatti la legge istitutiva del divorzio è solo del 1970.

Come ha evidenziato la migliore dottrina², la tutela della famiglia legittima, del resto, si comprende anche attraverso il divieto, previsto dall'art. 252 C.C., per chi era coniugato, di riconoscere i figli "adulterini", divieto poi abrogato dalla riforma del 1975 citata.

Di grande suggestione è la definizione data da un grande giurista sul rapporto tra il matrimonio ed altre forme di unioni: «*Con un linguaggio che mutua la parola istituzione non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Ludwig Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, resta l'istituzione*»³.

In altri termini, la tutela della famiglia fondata sul matrimonio, del nucleo costituito da più soggetti, prevaleva rispetto al rapporto tra figlio e genitore ed anche il diritto di ogni figlio – persino a prescindere dalla constatazione che fosse il frutto di un rapporto matrimoniale o meno – a poter crescere giovandosi dei propri affetti, doveva arretrare rispetto al diritto all'unità familiare.

È indicativo, peraltro, che i doveri dei genitori nei riguardi dei figli fossero previsti in una norma, l'art. 147 C.C., contenuta nel Capo IV, rubricato "Dei diritti e doveri reciproci dei coniugi".

Come si è detto, la Costituzione rappresenta una fonte normativa relativamente diversa rispetto al tenore del Codice Civile.

L'art. 30, infatti, stabilisce che è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, «*anche se nati fuori dal matrimonio*». Nel caso di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La norma costituzionale, tuttavia, dimostrando ancora di privilegiare l'istituto del matrimonio, al terzo comma dispone che la

2) In questo senso: M. SESTA, in AA.VV., *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, Vol. 4/4, Filiazione, adozione, alimenti, Torino, 2011, p. 5.

3) Così: P. RESCIGNO, "Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, pp. 109 e ss.

legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, *«compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima»*.

Tale scelta legislativa, conformemente all'esigenza avvertita dal Legislatore del 1942 e dai giuristi dell'epoca che si sono occupati della materia, dimostra la considerazione che l'ordinamento italiano ha da sempre tributato al matrimonio. Per questa ragione, l'interesse dei figli nati al di fuori del matrimonio doveva necessariamente essere temperato con l'interesse della famiglia legittima a non subire pregiudizio dall'avvento di nuovi affetti, estranei al nucleo originario.

Anche se questa impostazione sembrava creare, ed effettivamente creava, delle sperequazioni tra varie persone (da un lato il coniuge ed i figli nati nel matrimonio, dall'altro i figli nati al di fuori del matrimonio), voleva tutelare un'istituzione la cui stabilità costituiva una garanzia per i suoi membri e per l'intero Stato. Pertanto, il Legislatore si era preoccupato di limitare quelle inevitabili forme di disagio, frustrazione, dolore e menomazione, avvertite dalla famiglia legittima per la presenza di altre persone, estranee al nucleo.

Oggi, invece, i figli nati al di fuori del matrimonio sono generalmente frutto di convivenze stabili o di rapporti tra soggetti che non sono mai stati sposati o che hanno sciolto un precedente vincolo matrimoniale (infatti il matrimonio non è più indissolubile). E comunque, anche quando non si verifica l'ipotesi in cui il figlio nato all'interno del matrimonio sia frutto di un rapporto solido, vi è stata una sostanziale modifica del senso morale.

Inoltre, l'esigenza di tutelare sempre ed in ogni caso i figli come individui, a prescindere dal fatto che siano nati all'interno del matrimonio o meno, si è fatta più pressante, anche perché negli ultimi venti anni si è consolidata l'idea che il minorenni è un soggetto di diritto a tutti gli effetti e come tale va tutelato ed aiutato a formare la propria personalità in maniera sana ed equilibrata.

La filiazione, dunque, deve essere intesa non solo quale istituto che garantisca un'identità al figlio, ma anche come rapporto interpersonale che contribuisca alla crescita armoniosa e corretta del minore.

Come si è più volte accennato, per i figli legittimi era già stabilita un'ampia tutela sia sotto il profilo materiale sia sotto quello morale.

Il citato art. 147 C.C., infatti, prevede in capo ai coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Il successivo art. 148 C.C. disponeva, invece, che nel caso in cui i genitori non avessero i mezzi sufficienti, gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, fossero tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari per adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.

Per quanto concerne i figli naturali, mentre era espressamente previsto dall'art. 261 C.C., che il riconoscimento comportasse da parte dei genitori tutti i doveri ed i diritti che essi hanno nei confronti dei figli legittimi, non vi era, apparentemente, nessuna disposizione di legge che obbligasse gli ascendenti a fornire i mezzi necessari ai genitori di figli nati fuori dal matrimonio.

Tuttavia, nell'arco degli anni, si è creata una totale equiparazione tra figli legittimi e naturali grazie all'intervento della giurisprudenza che più volte ha spiegato come l'art. 148 C.C. dovesse essere letto in combinato disposto con l'art. 261 C.C. il quale, stabilendo che il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e diritti che egli ha nei riguardi dei figli legittimi, estende anche ai genitori naturali l'obbligo di mantenere la prole, con la possibilità di agire per il conseguimento di provvedimenti presidenziali urgenti nei confronti del genitore inadempiente⁴.

D'altro canto, a conferma di quanto sostenuto dalla giurisprudenza, si deve sottolineare che lo stesso art. 148 C.C. si riferisce agli ascendenti legittimi o "naturali", di talché appare evidente che, nonostante la collocazione dell'art. 148 all'interno di un capo relativo al matrimonio, la sua disciplina dovesse essere applicata anche ai figli che non siano frutto di un rapporto di coniugio.

Sotto il profilo delle relazioni tra genitori e figli e per quanto concerne gli aspetti relativi al mantenimento, quindi, da tempo vi era totale equiparazione tra figli legittimi e naturali.

Per quanto, invece, concerneva i rapporti con i parenti, sostanzialmente il Legislatore sembrava non riconoscere in capo ai figli naturali alcun rapporto di parentela con i parenti dei propri genitori, se non limitatamente ad alcune ipotesi particolari tra cui

4) Cass. Civ., Sez. I, 8 novembre 2010, n. 22678 e Cass. Civ., Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16551.

l'obbligo di prestare gli alimenti che era stabilito anche in capo ai figli naturali, agli ascendenti naturali, nonché ai fratelli unilaterali, dall'art. 433, in particolare nn. 2, 3 e 6, C.C.

Inoltre, l'art. 467 C.C., in tema di rappresentazione⁵, prevedeva che anche i discendenti naturali subentrassero nel luogo e nel grado del loro ascendente, quando questi non voglia o non possa accettare l'eredità o il legato.

Da un punto di vista patrimoniale si deve, inoltre, considerare quanto stabilito dall'art. 537, ultimo comma, C.C., in base al quale i figli legittimi avevano la facoltà di soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si fossero opposti. In caso di opposizione decideva il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali.

Per quanto riguarda, invece, la quota di legittima, dall'entrata in vigore della Legge n. 151/1975, non sussistevano differenze tra i figli legittimi e naturali.

Si deve inoltre sottolineare che prima della legge di riforma del 2012, i figli nati fuori dal matrimonio potevano essere equiparati ai figli nati all'interno del matrimonio (c.d. "legittimazione").

Invero, con la legittimazione i figli assumevano lo stesso *status* dei figli legittimi, anche sul piano delle relazioni personali. Le uniche differenze rispetto ai figli legittimi consistevano nel titolo costitutivo dello stato (susseguente matrimonio o azione giudiziale) e nella decorrenza degli effetti che operava dal momento del riconoscimento (*ex nunc*) e non a far tempo dalla nascita.

Come si è detto, originariamente non era possibile, per chi fosse coniugato, riconoscere i figli "adulterini", ma questo divieto è stato abolito con l'organica riforma del diritto di famiglia. Invece permaneva il divieto, contenuto nell'art. 251 C.C., di riconoscere i figli "incestuosi". Tali erano definiti i figli nati da persone legate da un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero da un vincolo di affinità in linea retta, salvo che i genitori ignorassero il vincolo esistente tra di loro o che fosse stato dichiarato nullo il

5) La rappresentazione è un istituto previsto in materia successoria. In estrema sintesi, la rappresentazione fa subentrare all'infinito i discendenti legittimi o naturali, appunto, nel luogo e nel grado del loro ascendente (il rappresentato) che non può o non vuole accettare l'eredità, purché il rappresentato sia figlio o fratello del *de cuius*.

matrimonio da cui derivava l'affinità. Quando uno solo dei genitori era in buona fede, il riconoscimento poteva essere fatto solo da lui. Il riconoscimento era autorizzato dal giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

Nelle pagine che precedono, si è anticipato che l'istituto della filiazione ha conosciuto delle radicali modifiche a seguito dell'emanazione della Legge n. 219/2012, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, nonché dal D.Lgs. n. 154/2013, entrato in vigore il 28 febbraio 2014.

Come si comprende, il tempo trascorso dalle prime applicazioni della disciplina legislativa è troppo breve per valutarne la portata.

Certamente vi sono state innovazioni che meritano di essere salutate con favore, mentre altre scelte, già ad una prima lettura, appaiono discutibili come meglio si illustrerà nel prosieguo.

Indubbiamente condivisibili sono le modifiche relative allo *status* di figlio, l'unificazione della disciplina riguardante la responsabilità genitoriale in caso di crisi della coppia genitoriale e la modifica sull'ascolto del minore.

Appaiono più discutibili le norme sulla competenza degli organi giurisdizionali. La legge, infatti, ha spogliato il Tribunale per i minorenni di ambiti di competenza notevoli e di estrema importanza, trasferendoli al giudice ordinario, fisiologicamente meno avvezzo al rapporto con i minori e dotato di un numero di strumenti di tutela inferiore rispetto a quelli posti a presidio del diritto minorile da parte del giudice specializzato.

Anche l'introduzione della responsabilità genitoriale in luogo della potestà dei genitori è una scelta, a parere di chi scrive, errata e criticabile.

Invero, soprattutto il D.Lgs. n. 154/2013, sembra spesso frutto di una legiferazione frettolosa e un po' sciatta, come si dirà nel prosieguo.

A prescindere da queste critiche, si può dire che la *ratio* della riforma tende a rispettare il diritto del minore di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Questo principio fondamentale spiega perché la sussistenza o meno di un rapporto matrimoniale da cui discenda la filiazione sia considerato dalla Legge n. 219/2012 del tutto irrilevante.

Al contrario, conta garantire al minore un ambiente familiare in cui possa identificarsi e che gli appartenga sotto ogni profilo:

umano, spirituale, materiale e biologico. Naturalmente sempre che ciò sia possibile, senza che venga arrecato pregiudizio ai minori.

La normativa in questione, quindi, è tesa a cementare maggiormente i rapporti tra i figli e la famiglia parentale (non solo quella nucleare), dando loro dignità di rapporti giuridici; è volta, inoltre, a rendere più agevole il riconoscimento dei figli anche da parte di genitori più giovani.

Come si è detto, l'innovazione di maggior rilievo, da cui sono poi dipese una serie di ulteriori modifiche, è stata quella di unificare lo stato giuridico per tutti i figli.

Per rendere più efficace il concetto di uniformità dello *status* è stata eliminata ogni aggettivazione accanto al termine figli.

Peraltro, a parere di chi scrive, la dizione “figli naturali” non era offensiva, considerato che tutti i figli sono naturali, ma assolveva solo alla necessità di distinguere i generi di filiazione.

Indubbiamente più precisa è la locuzione adottata dalla Costituzione che, infatti, parla di «*figli nati fuori del matrimonio*». Questa terminologia è oggi adoperata dalla Legge n. 219/2012 e dalla stessa menzionata all'art. 2, insieme ed in contrapposizione a “figli nati nel matrimonio” quale denominazione da utilizzare «*quando si tratta di disposizioni ad essi specificamente relative*» (così art. 2, comma 1, lett. a) della Legge n. 219/2012).

In estrema sintesi e prima di analizzare compiutamente la legge ed il decreto legislativo di attuazione della medesima legge, di seguito si illustrano le principali novità apportate dalla legge:

- rapporto di parentela: si è riconosciuto a tutti i figli, anche quelli nati al di fuori del matrimonio e quelli adottivi, il rapporto giuridico di parentela con ascendenti e discendenti e si è enunciato il principio secondo cui il figlio ha diritto di crescere nella propria famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti;
- riconoscimento: sono state rese più agevoli le procedure per il riconoscimento dei figli nati al di fuori del matrimonio, in particolare è stata ampliata la partecipazione del figlio minorenni al procedimento. Quest'ultimo, quando l'altro genitore rifiuti di prestare l'assenso, deve essere sentito ove abbia compiuto dodici anni o comunque abbia capacità di discernimento e soprattutto deve prestare il proprio consenso al riconoscimento quando ha compiuto quattordici anni e non più sedici, come in passato;

- riconoscimento dei figli incestuosi: l'art. 251 C.C. è stato totalmente modificato, perché il Legislatore ha stabilito che il figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

Come si è scritto, mentre in passato per i figli frutto di incesto esisteva un divieto di riconoscimento che incontrava alcuni temperamenti, oggi il riconoscimento è ammesso con il solo limite della valutazione dell'interesse del figlio. In altri termini, non sarà possibile procedere al riconoscimento esclusivamente quando questo possa risultare in concreto dannoso per il figlio. La valutazione di opportunità e di interesse per il figlio è rimessa all'autorità giudiziaria;

- audizione del minore: con la riforma viene sancito il principio generale dell'ascolto del minore che trova la sua origine in diverse norme internazionali (in particolare l'art. 10 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con la Legge 20 marzo 2003, n. 77) e che già aveva trovato collocazione nel diritto interno in specifiche disposizioni di legge relative ai minori (si pensi segnatamente all'art. 10 della Legge n. 184/1983).

Si tratta, quindi, di codificare il principio secondo cui il minore ha sempre diritto di essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano, quando abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore, purché abbia capacità di discernimento. Nel primo caso, con il compimento dei dodici anni, si presume che il minore abbia la consapevolezza e la maturità necessarie per prendere parte attivamente al procedimento che lo riguarda; nel secondo caso, si deve valutare se in concreto il minore, nonostante non abbia ancora raggiunto il dodicesimo anno di età, abbia gli strumenti cognitivi e psicologici per sostenere l'effettiva partecipazione al procedimento.

Il decreto di attuazione citato ha peraltro stabilito che l'audizione del minore incontra un limite rappresentato dall'interesse del minore ad essere ascoltato e dalla superfluità. In altri termini gli operatori sono chiamati a temperare il diritto del minore

ad essere ascoltato con quello del medesimo a non subire un pregiudizio serio e concreto. Questa circostanza potrebbe realizzarsi allorché il procedimento relativo al figlio fosse idoneo ad arrecare particolare turbamento (si pensi al riconoscimento di figli incestuosi, al riconoscimento ad opera di una persona sconosciuta, etc.).

Si deve precisare, inoltre, che la partecipazione del minore – anche quando obbligatoria, come nel caso di cui all'art. 250 C.C. – è sempre supportata dalla presenza di un curatore speciale, nominato dal Tribunale nel caso di conflitto di interesse tra figlio minorenni e genitori. Il curatore speciale rappresenta il minore nel procedimento per il quale è nominato, perseguendo in maniera esclusiva il preminente interesse del soggetto sottoposto alla curatela;

- competenza giurisdizionale: le altre innovazioni apportate dalla riforma del 2012 riguardano la competenza degli organi giurisdizionali.

Il Legislatore ha spogliato, infatti, il giudice specializzato di molte competenze, affidandole al giudice ordinario.

A parere di chi scrive, come si è accennato, si tratta di una scelta estremamente discutibile che sembra non tenere conto della peculiare attitudine del giudice minorile a comprendere la sensibilità del minore, né della maggiore possibilità di ascolto dei figli prevista nel procedimento minorile, rispetto a quanto avviene nel giudizio ordinario.

A queste valutazioni di ordine tecnico si aggiunga che, anche sotto il profilo squisitamente pratico, la scelta del Legislatore rischia di paralizzare l'attività giurisdizionale, dato il carico eccessivo di lavoro con cui dovranno confrontarsi i Tribunali civili italiani.

Si auspica un intervento di riassetto delle competenze giurisdizionali in materia di famiglia e minori che garantisca una tutela organica e meno frammentaria.

I – Lo status del figlio

1.1 Unificazione dello stato giuridico di figlio

Come si è già scritto nell'introduzione, un tema di grande rilievo della riforma sulla filiazione, per certi versi quello fondamentale, riguarda l'unificazione dello *status* di figlio.

In altri termini, la nuova normativa stabilisce che non devono esistere trattamenti differenti tra i figli in ragione del fatto che siano nati a seguito di matrimonio, al di fuori di esso ovvero che siano stati adottati. Al contrario, tutti i figli sono semplicemente tali e, quindi, anche l'ordinamento giuridico non deve fare distinzioni.

Certo, è singolare che proprio la disciplina che introduce questo concetto sia intitolata: "Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali", con un esplicito richiamo all'aggettivo "naturali", quasi contraddicendo se stessa. Paradossalmente, dunque, l'aggettivo viene espunto da tutte le norme dell'ordinamento giuridico, ma contemporaneamente viene inserito proprio nel Titolo della legge che ne prevede l'abolizione.

Appare opportuno iniziare l'analisi legislativa partendo dall'attuale art. 315 C.C., come sostituito dall'art. 1, n. 7 della Legge n. 219/2012. Esso, rubricato "Stato giuridico della filiazione", dispone che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. Inoltre, il medesimo art. 1 della legge di riforma, al n. 11, stabilisce che nel Codice Civile gli aggettivi "legittimi" e "naturali", che accompagnano il sostantivo figli, sono eliminati.

Art. 315
C.C.

In questo senso, l'art. 2 della Legge n. 219/2012 e il D.Lgs. n. 154/2013, di attuazione della predetta legge sulla filiazione, rappresentano le fonti legislative fondamentali, perché hanno dettato concretamente tutte le singole eliminazioni degli aggettivi che qualificavano i figli nelle relative e numerose disposizioni di legge.

Deriva da ciò che attualmente non vi sono norme codicistiche e della legislazione speciale che contengano specificazioni riguardanti i figli, eccetto ipotesi specifiche.

Si deve, infatti, considerare che permangono dei casi in cui è necessario mantenere le distinzioni nominali tra i figli, in particolare in materia di azioni di stato.

Come meglio vedremo al capitolo che segue, la riforma ha inciso anche nelle materie del riconoscimento e del disconoscimento dei figli e della presunzione di paternità, nonché, conseguentemente, della prova della filiazione.

In questi casi, si è resa necessaria una qualificazione dei figli perché la disciplina legislativa è differente a seconda che il figlio sia nato in costanza di matrimonio o meno.

Figli nati
fuori dal
matrimonio

In tali ipotesi il Legislatore ha optato per l'uso di locuzioni invero già adottate dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Così, si parla di figli nati fuori dal matrimonio per indicare coloro che sono il frutto di convivenze o di rapporti occasionali e che – a seguito della riforma degli anni '70 in materia di diritto di famiglia – si definivano figli naturali e figli nati all'interno del matrimonio in luogo di figli legittimi.

Sebbene la locuzione appaia più macchinosa rispetto all'uso di un semplice aggettivo, peraltro privo di connotazione dispregiativa (figlio naturale), la scelta del Legislatore deve essere condivisa, atteso che si riferisce espressamente al riconoscimento, al disconoscimento, alla presunzione di paternità ed alla prova della filiazione. Si tratta, cioè, di ambiti in cui l'esistenza del matrimonio è rilevante per la disciplina da adottare.

In altri termini, nei suddetti casi è determinante sapere se si tratti di figli nati da un matrimonio o meno, poiché tale condizione determina effetti giuridici differenti e la promozione di azioni distinte a tutela dello stato di figlio.

Le modifiche legislative hanno in parte semplicemente eliminato gli aggettivi che accompagnavano il sostantivo figli, in parte innovato la disciplina legislativa.

Invero, l'omogeneità di stato ha determinato diverse modifiche sostanziali dell'ordinamento che rappresentano gli aspetti focali della riforma e che verranno di seguito affrontati.

Abrogazione
dell'istituto
della
legittimazione

Peraltro, coerentemente, la Legge n. 219/2012 all'art. 1, comma 10, ha abrogato la Sezione II del Capo II del Titolo VII, Libro I del Codice Civile, relativa alla legittimazione.

Con l'istituto della legittimazione il figlio nato fuori del matrimonio acquisiva lo stato di figlio legittimo. Ciò poteva avvenire per susseguente matrimonio dei genitori del figlio "naturale" ovvero per provvedimento del giudice, in caso di proposizione dell'azione da parte di uno dei genitori.

Chiaramente, non sussistendo più differenze tra i figli in ragione della loro nascita, ma possedendo tutti il medesimo stato giuridico, l'istituto della legittimazione era diventato privo di senso nell'attuale contesto legislativo.

1.2 La parentela

L'art. 1 della legge sulla filiazione ha sostituito l'art. 74 C.C. disponendo che la parentela è il vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo parentale non sorge nei casi di adozione di persone maggiorenni di cui all'art. 29 e seguenti del Codice Civile.

Definizione

Come si vede, il Legislatore ha inteso ampliare l'art. 74 C.C. specificando che la parentela sorge anche in caso di figli nati fuori dal matrimonio e in caso di figli adottivi. La vecchia formulazione, estremamente scarna, si limitava a stabilire che la parentela è il vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite.

Ampliamento dell'art. 74

Dall'art. 74 C.C., anche nella vecchia formulazione, non proveniva alcuna limitazione ai rapporti di parentela "naturali" ovvero tra consanguinei, pur in assenza di un vincolo matrimoniale.

Invero, erano altre norme che limitavano i vincoli di parentela, per cui, se l'art. 74 C.C. non fosse stato in alcun modo riformato, si sarebbe comunque potuti pervenire all'estensione dei rapporti di parentela, modificando altre norme codicistiche.

Ci si riferisce in particolare all'art. 258 C.C., per il quale il riconoscimento del figlio naturale produceva effetti soltanto nei riguardi del genitore che avesse provveduto al riconoscimento, eccetto che per i casi previsti espressamente dalla legge.

Art. 258 C.C.

In altri termini, il figlio nato fuori dal matrimonio, riconosciuto da uno o entrambi i genitori, non aveva rapporti giuridicamente rilevanti con i parenti, salvo i casi previsti dalla legge. Tra le varie

Art. 87 C.C. ipotesi va menzionato l'art. 87 C.C., in cui si stabiliva che non possono contrarre matrimonio tra loro gli ascendenti e i discendenti in linea retta, legittimi o naturali, nonché l'adottante e l'adottato, i figli adottivi della stessa persona, l'adottato e i figli dell'adottante, l'adottato ed il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato. Inoltre, anche i divieti relativi al matrimonio tra zii e nipoti si estendevano ai rapporti derivanti da filiazione naturale.

Art. 148 C.C.: il mantenimento
Altra ipotesi in cui rilevava il rapporto di parentela naturale era quella prevista in materia di mantenimento dall'art. 148 C.C.¹ Infatti, la norma stabiliva che quando i genitori non hanno i mezzi sufficienti per mantenere i figli, concorrono gli altri ascendenti legittimi e naturali in ordine di prossimità. Anche nel caso degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 C.C., tra gli obbligati alla prestazione alimentare erano contemplati i figli naturali e adottivi, gli ascendenti naturali, gli adottanti, nonché i fratelli e le sorelle unilaterali.

Istituto della rappresentazione
In materia successoria, la parentela naturale rilevava per l'istituto della rappresentazione. La rappresentazione consente ad un discendente di subentrare come erede o legatario in luogo dell'ascendente ogni qualvolta quest'ultimo non voglia o non possa accettare l'eredità o il legato. Si pensi ad un nipote che accetta l'eredità del nonno al posto del proprio padre che non possa accettare l'eredità perché considerato dalla legge indegno ai sensi dell'art. 463 C.C. Gli artt. 467 e 468 C.C. annoveravano tra i soggetti che potevano subentrare per rappresentazione i discendenti naturali, nonché adottivi.

Successione legittima
D'altro canto, in materia di successione legittima – cioè quella che opera quando il *de cuius* non abbia disposto le attribuzioni patrimoniali tramite testamento – l'art. 565 C.C. stabiliva che l'eredità si devolveva anche ai discendenti naturali. Al contrario, tuttavia, non menzionava tra i successibili gli ascendenti naturali, ma solo quelli legittimi. In altri termini, se un uomo fosse deceduto senza fare testamento, gli sarebbe succeduto anche il nipote nato fuori dal matrimonio, mentre se fosse morto quest'ultimo il nonno non avrebbe potuto succedergli.

1) Attualmente, l'art. 148 C.C. è stato radicalmente modificato dall'art. 4 del D.Lgs. n. 154/2013 e stabilisce: «I coniugi devono adempiere l'obbligo di cui all'art. 147, secondo quanto previsto dall'art. 316-bis».

Inoltre, sempre in materia successoria, l'art. 570 C.C. stabiliva che i fratelli unilaterali (con un solo genitore in comune) succedevano al fratello unilaterale morto senza lasciare figli, genitori, né altri ascendenti, conseguendo, tuttavia, la metà di quanto spettante ai fratelli germani (cioè con entrambi i genitori in comune).

Per concludere i riferimenti alla parentela “naturale” in materia successoria, si consideri che, tra i soggetti tenuti alla collazione², l'art. 737 C.C. contemplava anche i figli naturali, nonché i discendenti e tutti i figli sia legittimi sia naturali.

Collazione

È bene inoltre ricordare che anche la disciplina in materia di adozione riconosce rapporti di parentela “naturali”, a prescindere, cioè, dal fatto che il minore sia nato in costanza di matrimonio o meno. Si considerino in particolare gli artt. 8, 10 e 11 della Legge 4 maggio 1983, n. 184, come modificata dalla Legge 28 marzo 2001, n. 149, rubricata “Diritto del minore ad una famiglia”.

Più specificamente, l'art. 8 dispone che sono dichiarati in stato di adottabilità i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi. Analogamente, l'art. 10, comma 2, stabilisce che all'atto dell'apertura del procedimento sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Come si vede, in questi casi non vi è alcun esplicito riferimento alla filiazione naturale, agli ascendenti e discendenti naturali, tuttavia, non vi è dubbio che il Legislatore abbia considerato anche i rapporti tra il minore nato fuori dal matrimonio e i suoi parenti, ai sensi dell'art. 74 C.C. Invero, in questo caso il Legislatore ha voluto valorizzare un elemento concreto qual è la sussistenza del rapporto significativo.

Adottabilità dei minori

Inoltre, l'art. 11 della legge sull'adozione, prima delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 154/2013, faceva esplicito riferimento al rapporto di filiazione naturale, nonché ai rapporti tra il minore e gli ascendenti. La norma, infatti, stabiliva che qualora non risul-

2) La collazione è un istituto tipico della divisione ereditaria, in virtù del quale i figli, i discendenti e il coniuge che abbiano accettato l'eredità devono restituire tutti i beni ed il denaro donati loro dal *de cuius* alla massa dei beni costituenti l'eredità, per dividerli con gli altri coeredi, in modo da evitare sperequazioni tra i medesimi.

tasse l'esistenza di genitori naturali o il riconoscimento non fosse stato dichiarato giudizialmente, il Tribunale per i minorenni provvedesse immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità, a meno che non vi fosse richiesta di sospensione da parte di un individuo che affermasse di essere genitore naturale e chiedesse termine per provvedere al riconoscimento. La sospensione si poteva richiedere per due mesi e sempre che il minore fosse assistito dall'altro genitore naturale o dai parenti tenuti a provvedervi. Anche in questo caso, dunque, era considerato giuridicamente rilevante il rapporto di parentela di un minore e i suoi familiari, nonostante non fosse nato da genitori coniugati.

Impedimen-
ti ex art.
258 C.C.

In conclusione può affermarsi che l'impedimento a riconoscere i rapporti tra soggetti discendenti dallo stesso stipite non proveniva dall'art. 74 C.C. in materia di parentela, ma dall'art. 258 C.C. riguardante gli effetti del riconoscimento.

Anche l'art. 258 cit. è stato ampiamente modificato dalla Legge n. 219/2012, sicché il primo comma dell'attuale disposizione stabilisce che il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso.

Se in passato il riconoscimento non produceva effetti eccetto i casi, amplissimi invero, espressamente stabiliti dalla legge, oggi la regola è quella secondo cui, senza eccezioni, il riconoscimento di un figlio spiega effetti riguardo a tutti i parenti del genitore che lo ha riconosciuto.

Inoltre, l'attuale e più ampia formulazione dell'art. 74, valorizza anche la sussistenza del rapporto di parentela in caso di adozione del minorenne, sancendo la totale uguaglianza tra tutti i figli che, nell'originaria dizione della norma, sembrava limitarsi ai discendenti biologici.

Occorre osservare che con l'adozione, anche prima della riforma i figli adottivi diventavano figli "legittimi" degli adottanti e, quindi, vi era il riconoscimento della parentela con i familiari di entrambi i genitori.

Ci si deve allora domandare se il Legislatore abbia inteso estendere il rapporto di parentela anche nel caso dell'adozione di cui all'art. 44, lett. d), definita "adozione in casi particolari".

1.3 Il riconoscimento del figlio ai sensi dell'art. 250 C.C. (Rinvio)

L'art. 250 C.C., rubricato “Riconoscimento”, sarà trattato nel capitolo II, relativo alle azioni di stato.

Tuttavia deve essere sottolineato che, anche in questo caso, il Legislatore ha sostituito l'aggettivo “naturale” con la locuzione “nato fuori del matrimonio”.

È di tutta evidenza, che qui la distinzione con il figlio nato nel matrimonio fosse necessaria perché la disciplina del riconoscimento è tipicamente dettata per il figlio che non sia nato nel matrimonio. Come in tutti gli altri casi analoghi, però, il Legislatore affida la specificazione di tale figlio che sia riconosciuto alla locuzione “nato fuori del matrimonio”. Con essa l'ordinamento registra un fatto oggettivo e utilizza una frase che, ancor più dell'aggettivo “naturale”, appare asettico e non esprime un giudizio di valore sulla nascita del minore.

1.4 La delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione

L'art. 2 della Legge n. 219/2012 delega il Governo ad adottare, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della succitata legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione, osservando – oltre ai principi di cui agli artt. 315³ e 315-bis⁴ C.C., come rispettivamente introdotti e

3) Come anticipato al paragrafo 1.1, la nuova formulazione dell'art. 315 C.C., dispone che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

4) L'art. 315-bis, introdotto dall'art. 1, n. 8, della Legge n. 219/2013, rubricato “Diritti e doveri del figlio”, stabilisce che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia, finché convive con essa.

sostituiti dall'art. 1 della Legge n. 219/2012 – una serie di principi e criteri direttivi che vengono elencati nella stessa norma.

Il succitato art. 2 della legge sulla filiazione contiene, dunque, una delega al Governo con tutti i criteri da seguire ed entro i cui limiti l'organo esecutivo avrebbe dovuto legiferare.

Come vedremo in seguito, non sempre tali limiti sono stati rispettati dal D.Lgs. n. 154/2013, per cui verosimilmente saranno sollevate questioni di legittimità costituzionale per eccesso di delega, o, comunque, si alzeranno voci critiche in merito a tale questione.

Chiaramente, poiché il decreto legislativo è piuttosto recente, allo stato si registra una sola ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale per il prospettato eccesso di delega che sarà esaminato al capitolo V.

Appare opportuno analizzare alcuni dei criteri contenuti nell'art. 2, al fine di comprendere meglio il significato delle norme che sono state modificate dal D.Lgs. n. 154/2013.

Criteri ex
art. 2, Legge
n. 219/2012

Fra le linee guida dettate al Governo per eliminare ogni discriminazione tra i figli ve ne sono alcune che ad un primo sguardo possono apparire un po' ripetitive e forse superflue. Invero, l'art. 2, comma 1, lett. a), della Legge n. 219/2012, dispone che tutti i riferimenti a figli legittimi e naturali contenuti nella legislazione vigente debbano essere sostituiti con il semplice sostantivo figli, salva la necessità di usare le locuzioni "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori del matrimonio", quando si tratta di disposizioni riferite esclusivamente ai primi o ai secondi.

Come si diceva, solo apparentemente la disposizione appena citata è ripetitiva dell'art. 315 C.C. Infatti, se quest'ultimo enuncia un principio, l'art. 2 della Legge n. 219/2012 ha la concreta funzione operativa di intervenire sulle singole norme per rendere effettiva l'unificazione dello stato giuridico. Invero, si potrebbe sostenere che l'art. 1, n. 11, della Legge n. 219/2012, aveva già sancito l'eliminazione degli aggettivi "naturali" e "legittimi".

Tuttavia, anche in quel caso – non avendo provveduto alla sostituzione del termine nelle singole norme – l'articolo finiva con l'essere esclusivamente programmatico, ma non attuativo. Inoltre, la delega aggiunge un ulteriore concetto, e cioè che, quan-

do è necessario fare riferimento a discipline specifiche tra i figli, si debbano utilizzare le locuzioni “nati nel matrimonio” e “nati fuori del matrimonio”; quest’ultima, invero, era stata adottata anche dal Legislatore costituente al citato art. 30. Si è già sottolineato che tale locuzione si rende necessaria soprattutto in materia di azioni di stato (riconoscimento, disconoscimento etc.), laddove l’evento del matrimonio o la sua assenza determinano effetti e condizioni diverse.

Anche la lett. b) dell’art. 2, comma 1, della Legge n. 219/2012, individua criteri a cui il Governo si è ispirato nell’emanazione del D.Lgs. n. 154/2013, con particolare riferimento alla sostituzione di termini che contrasterebbero con il principio dell’unificazione dello stato contenuti nel Titolo VII del Libro I del Codice Civile. Prima dell’intervento legislativo operato dall’organo esecutivo con il D.Lgs. n. 154/2013, la rubrica del Titolo VII era “la filiazione”, oggi invece si parla dello “stato di figlio”. Invero, a parere di chi scrive, non vi era necessità di sostituire il termine filiazione, mentre è evidente che il Legislatore delegato dovesse modificare la terminologia dei Capi contenuti nel Titolo predetto e relativi ai vari *status* (legittimo e naturale), considerata l’unificazione dello stato, sancito dalla Legge n. 219/2012.

Unificazione
dello stato

Sempre la lett. b) dell’art. 2 delega il Governo all’abrogazione di tutte le disposizioni riguardanti la legittimazione. Come si è detto, la legittimazione era un istituto previsto dall’art. 280 C.C. (abrogato dall’art. 1, comma 10, della Legge n. 219/2012), mediante il quale al figlio nato fuori dal matrimonio veniva attribuita la qualità di figlio legittimo per susseguente matrimonio dei genitori o per provvedimento del giudice. È di tutta evidenza che, venuta meno la distinzione tra figli nati fuori o all’interno del matrimonio, l’istituto della legittimazione non avesse più ragione di esistere.

Abrogazione
della legitti-
mazione

Il Governo, dunque, ha dovuto abrogare tutte le norme riguardanti tale istituto o quelle in cui vi si faceva riferimento, limitatamente alla parte relativa alla legittimazione.

La delega, come è chiaro, ha riguardato anche la ridefinizione della disciplina del possesso di stato. Con l’espressione possesso di stato ci si riferisce all’ipotesi in cui, in assenza di atto di nascita, si provi che il figlio sia nato nel matrimonio attraverso una serie di

Disciplina
del possesso
di stato

presunzioni come l'uso del cognome del genitore, il trattamento come figlio in famiglia e il fatto che nell'ambiente sociale circostante sia considerato tale (artt. 131, 236 e 237 C.C.).

Interessante è quanto enunciato dall'art. 2, lett. e), Legge n. 219/2012, che riguarda la delega alla modifica della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio. Tratteremo la materia più specificamente nel capitolo che segue, tuttavia qui preme soffermarsi sul n. 1 della lett. e). In esso si afferma che la disciplina attinente all'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sia adeguata al principio dell'unificazione dello stato di figlio, demandando esclusivamente al giudice la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30, comma 3, della Costituzione. La nostra Carta fondamentale, infatti, pur tutelando indiscriminatamente tutti i figli, vuole garantire la famiglia fondata sul matrimonio. Così, l'art. 30, comma 3, della Costituzione, dispone che la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Art. 30,
comma 3,
Costituzione

Responsabi-
lità genito-
riale

Merita attenzione, inoltre, il criterio direttivo che stabilisce l'unificazione delle norme riguardanti i diritti e i doveri dei genitori nei confronti di tutti i figli, delineando la nozione di “responsabilità genitoriale” quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale. Questa è una delle modifiche di maggior rilievo della normativa e, probabilmente, in questo caso il Governo ha ecceduto nella delega, perché ha sostituito integralmente la potestà dei genitori con la responsabilità genitoriale, ma di questo ci occuperemo più specificamente nel capitolo III.

Infine, va osservato che la Legge n. 219/2012 ha delegato il Governo ad adeguare le disposizioni in materia di successioni e donazioni, in conseguenza dell'unicità dello stato di figlio. In particolare, ha imposto all'organo esecutivo di prevedere, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio, nato fuori dal matrimonio, premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e, conseguentemente, l'estensione delle azioni di petizione dell'eredità.

1.5 L'unificazione dello stato di figlio nel D.Lgs. n. 154/2013

1.5.1 Le modifiche apportate al Codice Civile

Preliminarmente, è bene premettere che in moltissimi casi l'intervento legislativo operato dal Governo si è limitato ad espungere dall'ordinamento gli aggettivi "legittimi" e "naturali", sostituendoli con le locuzioni "nati nel matrimonio" e "nati fuori del matrimonio" per quei casi in cui fosse necessario mantenere la distinzione.

Invero, la riforma del diritto di famiglia del 1975 (Legge n. 151/1975) aveva già eliminato molte differenze nella disciplina riguardante i figli, di talché in numerosissimi casi è stato sufficiente sopprimere gli aggettivi che qualificavano la prole in base alla nascita.

In altri termini, la riforma precedente aveva unificato la disciplina legislativa riguardante i figli in numerosi ambiti (soprattutto in materia di successioni e donazioni), eliminando o assottigliando le differenze tra i figli, sicché restava solo una distinzione nominale che oggi è ulteriormente superata con l'elisione degli aggettivi che qualificavano i figli a seconda che fossero nati o meno da coppia coniugata.

In questa sede analizzeremo sistematicamente, invece, le modifiche sostanziali apportate dal decreto alla normativa riguardante lo *status* di figlio.

L'art. 23 del D.Lgs. n. 154/2013 ha sostituito l'art. 252 C.C., relativo all'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia di uno dei due genitori. Oltre alla soppressione degli aggettivi e all'adozione della consueta locuzione "nati fuori del matrimonio", nella norma è stato inserito un quinto comma.

Art. 252 C.C.

Attualmente l'art. 252 C.C., rubricato "Affidamento del figlio nato fuori del matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore", stabilisce che, qualora il figlio nato fuori dal matrimonio di uno dei coniugi sia riconosciuto durante il matrimonio, il giudice, valutate le circostanze, decide in ordine all'affidamento del minore e adotta ogni altro provvedimento a tutela del suo interesse morale e materiale.

L'eventuale inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei due genitori può essere autorizzato dal giudice qualora ciò non sia contrario all'interesse del minore e sia accertato il consenso dell'altro coniuge convivente e degli altri figli che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età e siano conviventi, nonché dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento. In questo caso il giudice stabilisce le condizioni a cui ciascun genitore deve attenersi.

Qualora il figlio sia riconosciuto anteriormente al matrimonio, il suo inserimento nella famiglia è subordinato al consenso dell'altro coniuge, a meno che il figlio fosse già convivente con il genitore all'atto del matrimonio o l'altro coniuge conoscesse l'esistenza del figlio naturale.

È altresì richiesto il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento.

In caso di disaccordo tra i genitori, ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa al giudice tenendo conto dell'interesse dei minori. Prima dell'adozione del provvedimento, il giudice dispone l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capaci di discernimento.

La norma disciplina il caso dell'eventuale inserimento di un figlio nella famiglia di uno dei due genitori.

In pratica, un genitore, coniugato, riconosce un figlio nato fuori dal matrimonio. In questo caso, il giudice decide in ordine all'affidamento e all'eventuale inserimento del minore nella famiglia del genitore coniugato che lo ha riconosciuto.

Tale inserimento deve avvenire considerando l'interesse del figlio e accertato il consenso dell'altro coniuge e dei figli della coppia che vivano in famiglia e abbiano compiuto sedici anni. In caso di matrimonio successivo al riconoscimento, l'inserimento del figlio nella nuova famiglia del genitore è subordinato al consenso del coniuge, a meno che il figlio già convivesse con il genitore o l'altro coniuge fosse a conoscenza dell'esistenza del figlio. Inoltre, per valutare l'opportunità dell'inserimento del figlio nella famiglia di un genitore deve essere richiesto il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento del minore.

Il D.Lgs. n. 154/2013, come detto, ha inserito un ultimo comma il quale stabilisce che, in caso di disaccordo tra i genitori ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa

al giudice tenendo conto dell'interesse dei minori. Inoltre, prima della decisione, il giudice dispone l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto dodici anni e anche di età inferiore se abbiano capacità di discernimento.

La norma non è stata modificata nella sostanza rispetto al passato. Essa risponde al principio contenuto nell'art. 30, comma 3, Costituzione, secondo cui la legge deve assicurare ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale "compatibile" con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Primazia
della
famiglia
fondata sul
matrimonio

Il Legislatore costituente, dunque, pur riconoscendo i diritti di tutti i figli, anche nati fuori dal matrimonio, e la loro tutela, offre ampie garanzie alla famiglia fondata sul matrimonio (legittima) a cui viene riconosciuta una posizione di primazia.

Per questo motivo, il giudice è chiamato a verificare se il figlio nato fuori dal matrimonio possa serenamente inserirsi nella famiglia di uno dei genitori, senza destabilizzare gli equilibri che si sono già creati nel nucleo familiare, anche perché un ambiente ostile contrasterebbe con l'interesse del minore, pregiudicandone la crescita sana ed equilibrata. È necessario, perciò, che l'altro coniuge e i figli della coppia, conviventi e che abbiano compiuto sedici anni, prestino il proprio consenso all'inserimento del minore nella famiglia.

La competenza appartiene al giudice ordinario, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 219/2012, che ha modificato l'art. 38 delle disp. att. C.C., mentre in passato rientrava nella competenza del Tribunale per i minorenni. Secondo quanto stabilito dall'ultimo capoverso dell'art. 38 disp. att. C.C., il Tribunale decide in camera di consiglio. Tuttavia, non vi è uniformità di vedute in ordine alla natura del procedimento in questione.

Competenza
del giudice
ordinario

La migliore dottrina, seppure con riferimento alla vecchia formulazione della norma, ritiene che in questo caso si tratti di procedimenti di volontaria giurisdizione, perché non ci sarebbe alcuna definitività e decisorietà dei provvedimenti emessi e, conseguentemente, sarebbe precluso il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione⁵.

Procedimen-
to di volon-
taria giuri-
sdizione

5) Così TRIMARCHI – CENDON, *Diritto di famiglia, formulario commentato*, Iposa, Milano, 2010, pp. 1013 e ss., e FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 14.

Chi scrive condivide l'idea che il procedimento rientri nella categoria della volontaria giurisdizione, come suggerisce l'utilizzo del verbo "adottare" riguardo al provvedimento che il giudice deve emanare, nonché in considerazione del rito camerale previsto dall'art. 38 disp. att. C.C.

Tuttavia, se si sposa la tesi secondo cui il procedimento in camera di consiglio è una sorta di contenitore neutro che può essere utilizzato anche nel caso in cui siano in contrasto diritti contrapposti, non è da escludere l'ammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Costituzione.

Invero, come ha chiarito la stessa Corte di Cassazione negli ultimi anni⁶, i provvedimenti che sembrerebbero non essere decisorii e definitivi, perché sono suscettibili di revisione in ogni tempo, di fatto hanno natura decisoria e definitiva da riferire alla situazione esistente al momento della decisione.

Natura
contenziosa

Deve essere sottolineato che, come si è detto analizzando l'art. 30 Costituzione, in questo caso tutti i soggetti interessati hanno diritti del medesimo rango e meritevoli della medesima tutela. Da un lato vi è il diritto costituzionalmente garantito anche dei figli nati fuori dal matrimonio di essere mantenuti, educati ed istruiti (art. 30, comma 1, Costituzione); dall'altro vi è il diritto della famiglia fondata sul matrimonio di vedere preservato il proprio equilibrio morale e spirituale (art. 30, comma 3, Costituzione). Perciò, nonostante l'adozione del rito camerale, come previsto dalla legge, il giudizio sembra avere natura contenziosa.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, non sembrerebbe precluso il ricorso straordinario innanzi al giudice di legittimità.

Imprecisioni
nelle modifi-
che dell'art.
252 C.C.

A proposito dell'intervento di modifica dell'art. 252 C.C. da parte del Legislatore delegato, si deve evidenziare qualche imprecisione. In particolare, al comma 3 è stata eliminato l'aggettivo "legittima", riferito alla famiglia fondata sul matrimonio, mentre al comma 2 è stato mantenuto. Inoltre, l'ultimo capoverso appare in parte superfluo laddove stabilisce che, in caso di mancato accordo sull'inserimento del figlio nella famiglia, decide il giudice, dato che in tutto il corpo della norma è costante il riferimento all'autorità giudiziaria.

6) Tra le tante: Cass. Civ., Sez. I, 30 dicembre 2004, n. 24265; Cass. Civ., Sez. I, 17 maggio 2012, n. 7773; Cass. Civ., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9770.

Più interessante e condivisibile è l'ultimo periodo contenuto nel comma 5, il quale prevede l'ascolto del minore da parte del giudice prima dell'assunzione del provvedimento. Il giudice non deve ascoltare solo il figlio del cui inserimento si stia occupando, ma tutti i minori che abbiano le qualità per essere sentiti (cioè che abbiano compiuto dodici anni o anche di età inferiore che abbiano capacità di discernimento).

Analogamente, il giudice non deve valutare solo l'interesse del figlio nato fuori dal matrimonio, ma di tutti i minori coinvolti, e quindi anche dei figli dei coniugi.

Come vedremo nel capitolo IV, in ossequio alla legislazione internazionale, nella riforma della filiazione è stato dato grande spazio all'ascolto del minore. In particolare, è stato previsto che debba essere ascoltato il minore che abbia compiuto dodici anni o anche infra dodicenne che abbia capacità di discernimento.

L'ascolto del
minore

Non è una regola nuova per il nostro ordinamento, ma ciò che costituisce una novità importante è che questo principio sia stato inserito in maniera generale e che non sia lasciata alcuna discrezionalità al giudice, il quale perciò è sempre tenuto all'ascolto del minore. Se ciò concretamente avverrà, è troppo presto per dirlo, ma certamente il mancato ascolto del minore, a meno che non debitamente motivato, potrà costituire un vizio del provvedimento giurisdizionale da far valere in sede di impugnazione.

In materia di alimenti, l'unificazione dello stato di figlio ha portato delle modifiche significative. Nel contemplare i soggetti obbligati a prestare gli alimenti, l'art. 433, comma 2, C.C. come modificato dall'art. 64, D.Lgs. n. 154/2013, non fa più alcuna distinzione tra figli "legittimi", "legittimati" e "naturali". Più semplicemente, la norma stabilisce che sono obbligati a prestare gli alimenti i figli, anche adottivi, e, in loro mancanza, i discendenti prossimi. Invero, stride con il concetto di unicità dello *status* di figlio, il riferimento ai figli adottivi, considerato che anch'essi dovrebbero essere chiamati esclusivamente figli. L'art. 315 C.C., infatti, come modificato dalla Legge n. 219/2012, stabilisce che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

Unificazione
dello stato
di figlio in
materia di
alimenti

Tuttavia, analogo riferimento esplicito ai figli adottivi si rinviene anche in materia successoria. L'art. 68, D.Lgs. n. 154/2013, ha modificato l'art. 468 C.C. in materia di rappresentazione. Come si è già scritto, la rappresentazione è quell'istituto mediante il quale i

In materia
successoria

discendenti subentrano nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato. Per esempio, un soggetto subentra nell'eredità al posto del padre che non voglia accettare l'eredità del proprio genitore. In questo caso il nipote è erede del nonno per rappresentazione, come se fosse il padre.

Il D.Lgs. n. 154/2013 ha modificato l'art. 467 C.C., sopprimendo la distinzione tra discendenti legittimi e naturali. Tuttavia, la norma successiva dimostra qualche difetto di coordinamento con l'articolo precedente e delle inesattezze che creeranno difficoltà agli interpreti.

In materia
di rappre-
sentanza

L'art. 468, comma 1, C.C., attualmente stabilisce che la rappresentanza ha luogo, nella linea retta, a favore dei figli nati nel matrimonio (prima parlava di figli legittimi e legittimati), anche adottivi e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto. La precedente formulazione dell'art. 468 C.C. stabiliva: *«La rappresentazione ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli legittimi, legittimati e adottivi, nonché dei discendenti dei figli naturali del defunto e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto. I discendenti possono succedere per rappresentazione anche se hanno rinunciato all'eredità della persona in luogo della quale subentrano o sono incapaci o indegni di succedere rispetto a questa»*.

Come si vede, gli aggettivi “legittimi e legittimati” sono stati sostituiti dalla locuzione “nati nel matrimonio”, è stata conservata la distinzione con i figli adottivi, ma soprattutto è stata soppressa la frase *«dei discendenti dei figli naturali del defunto»* senza aggiungere richiami ai discendenti dei figli del defunto “nati fuori del matrimonio”.

Alla luce di queste modifiche, parrebbe che il Legislatore abbia voluto escludere i discendenti dei figli del defunto nati fuori dal matrimonio dal novero dei soggetti per i quali abbia luogo la rappresentazione.

Si tratta, evidentemente, di una svista del Legislatore che ha fatto scaturire una norma del tutto contrastante con il principio di unicità dello stato di figlio, nonché con il precedente art. 467 C.C. secondo cui la rappresentazione fa subentrare nell'eredità tutti i discendenti, indistintamente, in luogo dell'ascendente che non voglia o non possa accettare l'eredità.

Anche nell'art. 567 C.C., rubricato "Successione dei figli adottivi" si mantiene un esplicito riferimento ai figli adottati. La norma infatti stabilisce che ai figli si equiparano gli adottivi. Il secondo comma, però, dispone che i figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante.

L'adozione a cui fa riferimento questa norma sembrerebbe essere quella del maggiorenne. L'adozione prevista dalla Legge 4 maggio 1983, n. 184, infatti, non riguarda un singolo soggetto, ma una coppia di genitori, e fa sorgere rapporti di parentela con entrambi i rami della famiglia adottante, per cui non sembra che il capoverso della norma possa riferirsi all'adozione legittimante.

Inoltre, come si è detto, anche l'art. 74 C.C., come modificato dalla Legge n. 219/2012, estende i rapporti di parentela ai figli adottati. Per questo sarebbe illogico escludere i figli adottati ai sensi della Legge n. 184/1983 dalla successione dei parenti dell'adottante.

L'unificazione dello stato di figli ha avuto ripercussioni anche in materia di donazioni. L'art. 88, D.Lgs. n. 154/2013, infatti, ha modificato l'art. 803 C.C. relativo alla "Revocazione della donazione per sopravvenienza di figli".

In materia
di donazioni

Oggi la norma al comma 1 prevede che possono essere revocate le donazioni fatte quando il donante non aveva figli o discendenti oppure ignorava di averne, per la sopravvenienza o esistenza di un figlio o di un discendente. Inoltre è possibile la revoca della donazione a seguito di riconoscimento di un figlio, salvo che si provi che al tempo della donazione il donante aveva notizia dell'esistenza del figlio.

La *ratio* della disposizione è chiara: l'ordinamento giuridico consente a chi ha eseguito un atto di liberalità di revocare la donazione qualora venga a conoscenza di un fatto (l'esistenza o la nascita di figli o discendenti) idoneo a modificare le sue valutazioni patrimoniali. In altre parole, se un soggetto ha donato un bene di valore o del denaro in considerazione del fatto che non aveva particolari oneri che riguardassero altri soggetti, la scoperta dell'esistenza o la nascita di figli o discendenti può determinare nel donante l'opportunità di rivalutare la precedente donazione.

La norma, quindi, oggi non fa nessuna differenza tra figli nati nel matrimonio, fuori dal matrimonio o adottivi. In passato, inve-

In materia
del diritto
di abitazione

ce, la Corte Costituzionale, con sentenza del 3 luglio 2000, n. 250, aveva dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui prevedeva che, in caso di sopravvenienza di figlio naturale, la donazione potesse essere revocata solo se il riconoscimento del figlio fosse intervenuto entro due anni dalla donazione.

Come si vede, l'attuale formulazione della legge consente di superare ogni forma di sperequazione e unifica indistintamente tutti i figli.

L'ultima modifica del Codice Civile ad opera del D.Lgs. n. 154/2013 su cui soffermarsi riguarda l'art. 1023 C.C., in materia del diritto di abitazione.

Invero, non si può dire che sia stata modificata la *ratio* della norma, ma, ancora una volta, si tratta di mera sostituzione di aggettivi.

L'abitazione consente al titolare del diritto di godere della casa limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia. La legge delegata ha modificato l'art. 1023 C.C., che descrive l'ambito della famiglia, nella parte in cui parlava di figli adottivi, naturali riconosciuti e affiliati. Oggi la norma stabilisce che nella famiglia si comprendono anche i figli adottivi e i figli riconosciuti, anche se l'adozione o il riconoscimento sono seguiti alla costituzione del diritto di abitazione.

1.5.2 Le novità apportate agli altri codici

La riforma della filiazione ha comportato numerose modifiche del Codice Civile, perché è il testo normativo che disciplina la materia e, quindi, contiene il maggior numero di disposizioni a riguardo.

Tuttavia, il D.Lgs. n. 154/2013 ha inciso anche sugli altri testi legislativi.

In particolare, l'unificazione dello stato di figlio ha determinato modifiche del Codice Penale e del Codice di Procedura Civile. Si tratta di piccoli interventi, limitati per lo più alla sostituzione di parole, ma alcuni di essi meritano di essere segnalati.

Il Titolo II del D.Lgs. n. 154/2013 è rubricato "Modifiche ai codici penale, di procedura penale e di procedura civile in materia di filiazione".

L'art. 93 del citato decreto legislativo contiene tutte le modifiche al Codice Penale determinate dalla riforma dell'istituto della filiazione. Limitatamente allo stato di figlio, devono essere esaminate le lett. i) ed m) del citato art. 93.

Art. 93
D.Lgs. n.
154/2013:
modifiche al
C.P.

La lett. i), infatti, si riferisce all'art. 540 C.P., intitolato "Rapporto di parentela". La norma stabilisce che agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato quale elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, il figlio nato fuori dal matrimonio è equiparato al figlio nato nel matrimonio. Inoltre, per quanto riguarda il figlio nato fuori dal matrimonio, l'accertamento del rapporto di filiazione è stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile, anche se per effetti diversi dall'accertamento dello stato delle persone. In un certo senso questa norma anticipa l'unificazione dello stato di figlio, perché ai fini della legge penale, con riguardo agli aspetti indicati dalla norma, tutti i figli sono uguali.

Analizzando le norme nella loro precedente formulazione, si riscontrano profonde inesattezze e una grave superficialità del Legislatore delegato.

Inesattezze
nelle
modifiche

Nel decreto legislativo testualmente si legge: «*all'art. 540, primo comma, la parola "illegittima" è sostituita dalle seguenti: "fuori dal matrimonio" e la parola "legittima" è sostituita dalle seguenti: "nel matrimonio"; nel secondo comma, la parola "illegittima" è sostituita dalle seguenti "fuori del matrimonio"*».

Sennonché, l'art. 540 C.P. non contiene più l'aggettivo "illegittimo", perché la norma era stata già modificata dalla precedente riforma legislativa, la Legge 19 maggio 1975, n. 151, in materia di filiazione, la quale aveva eliminato il concetto di filiazione illegittima – che conteneva un giudizio di valore sui figli nati fuori dal matrimonio – sostituendolo con la più neutra dizione di filiazione naturale, oggi non più esistente.

Come si vede, si tratta di errori che non incidono nella sostanza, ma che devono essere comunque segnalati, con l'auspicio che il Legislatore torni ad essere più attento e preciso nell'elaborazione delle norme.

L'altra modifica, contenuta nell'art. 93, lett. m), D.Lgs. n. 154/2013, riguarda l'art. 568 C.P., "Occultamento di stato di un figlio". La norma prevede un reato punito con la reclusione da uno

Modifica art.
568 C.P.

a cinque anni per l'ipotesi in cui chiunque lasci un bambino, già iscritto nei registri dello stato civile, presso un istituto in cui sono collocati bambini soli (trovatelli) ovvero presso un istituto di beneficenza, occultandone lo stato. L'innovazione legislativa elimina gli aggettivi "legittimo" e "naturale" e li sostituisce con le locuzioni "nati nel matrimonio" e "fuori dal matrimonio". Invero è stata sostituita anche la rubrica della norma: prima era "Occultamento dello stato di un fanciullo legittimo o naturale", oggi, invece, il Legislatore ha optato per una rubrica più scarna "Occultamento di stato di un figlio". Attualmente la norma dispone che chiunque depone o presenta un fanciullo, già iscritto nei registri dello stato civile come figlio nato nel matrimonio o riconosciuto, in un ospizio di trovatelli o in un altro luogo di beneficenza, occultandone lo stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Invero, va osservato che la rubrica – la quale fa riferimento al "figlio" – induce a ritenere che il delitto in questione sia proprio, cioè il soggetto attivo possa essere solo un genitore. Attraverso l'analisi della norma, invece, in particolare considerando l'uso del pronome "chiunque" e il tipo di condotta che può essere tenuta da un qualsiasi individuo, si può affermare che si tratta di un reato comune in quanto, appunto, può essere commesso da chiunque.

Indubbiamente, nell'articolo in commento vengono adottati termini ormai desueti (come "depone" o "presenta" oppure "ospizio di trovatelli") che sarebbero potuti essere modificati in considerazione dell'attuale realtà sociale e della legislazione in materia: da anni, infatti, gli orfanotrofi-ospizi sono stati sostituiti dalle case famiglia e comunità che ospitano i minori. Tuttavia, quantomeno, non si ravvisano errori di coordinamento come quelli analizzati in precedenza.

Art. 95
D.Lgs. n.
154/2013:
modifiche
al C.P.C.

L'art. 95 del decreto contiene le modifiche al Codice di Procedura Civile.

La lett. a) contiene una modifica all'art. 706, C.P.C. in materia di procedimento di separazione personale dei coniugi. Più specificamente, l'innovazione riguarda l'ultimo capoverso della norma il quale prevedeva che nel ricorso per separazione dovesse essere indicata l'esistenza di figli di entrambi i coniugi, con riferimento ai figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi durante il matrimonio. Oggi, invece, l'art. 706, comma 4, C.P.C., come modificato

dal decreto legislativo delegato, prevede più semplicemente che nel ricorso deve essere indicata l'esistenza di figli di entrambi i coniugi, senza ulteriori ed inutili distinzioni.

1.5.3 Le novità apportate alla legislazione speciale

Il Titolo III del D.Lgs. n. 154/2013 concerne le modifiche alle leggi speciali in materia di filiazione.

Il primo riferimento riguarda il R.D. 30 marzo 1942, n. 318, cioè le disposizioni di attuazione al Codice Civile. A tal proposito, va osservato che le modifiche relative allo *status* di figlio si limitano alla sostituzione degli aggettivi “legittimi e naturali” con le locuzioni “nati nel matrimonio” o “nati fuori del matrimonio”.

Modifiche
alle disp. att.
C.C.

Da notare che l'art. 123 disp. att. C.C. conteneva un riferimento ai figli “adulterini”, cioè nati da relazione extra coniugale. Oggi anche tale desueto aggettivo (“adulterini”) è stato sostituito con la più generica e neutra dizione “nati fuori del matrimonio”.

Altre modifiche riguardano la Legge 1° dicembre 1970, n. 898, sullo scioglimento del matrimonio (c.d. “divorzio”). Il D.Lgs. n. 154/2013 prevede una sostituzione della norma identica a quella avvenuta per l'art. 706 C.P.C. in materia di ricorso per separazione dei coniugi. L'art. 98 della legge delegata, infatti, dispone che l'art. 4, comma 4, della Legge n. 898/1970 debba essere modificato nella parte in cui prevedeva che nel ricorso dovessero essere indicati i figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio. Così, attualmente, l'art. 4, comma 4, Legge n. 898/1970, stabilisce che nel ricorso con cui si domanda lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio deve essere indicata l'esistenza di figli di entrambi i coniugi.

Modifiche
alla Legge n.
898/1970
sul divorzio

Altra modifica riguarda l'art. 12 della predetta legge sullo scioglimento del matrimonio. Si tratta, però soltanto della sostituzione dell'aggettivo “naturale” con le parole “nato fuori dal matrimonio”. La norma oggi stabilisce che le disposizioni del Codice Civile in tema di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio si applicano, per quanto di ragione, anche nel caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Diverse modifiche sono state introdotte anche nella legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184, intitolata “Diritto del minore ad una famiglia”.

Modifiche
alla Legge n.
184/1983
sull'adozione

In verità, anche in questo caso si tratta più che altro della soppressione degli aggettivi “legittimi e naturali” e – laddove fosse necessario mantenere una distinzione – della sostituzione dell’aggettivo “legittimo” con le parole “nato nel matrimonio” e dell’aggettivo “naturale” con le parole “nato fuori del matrimonio”. Con riguardo ai genitori del minore che viene adottato, prima definiti “naturali”, il Legislatore ha optato per l’aggettivo “biologici”, come si legge, ad esempio, agli artt. 32 e 37 della Legge n. 184/1983.

Modifiche
alla Legge n.
218/1995

Tra le leggi speciali che hanno subito delle modifiche a seguito della riforma della filiazione va menzionata anche la Legge 31 maggio 1995, n. 218, sul diritto internazionale privato. Si tratta, in buona sostanza, di una legge che ha il compito di coordinare gli ordinamenti giudiziari stranieri con quello italiano in materia privatistica, cioè di disciplinare le ipotesi in cui, a causa della cittadinanza dei soggetti coinvolti nel rapporto giuridico in questione, debba applicarsi anche una legge non italiana.

I mutamenti della legge riguardano soprattutto le azioni di stato, per cui verranno trattate in quella sede (capitolo II).

Per quanto riguarda l’unificazione dello stato di figlio, oltre all’eliminazione degli aggettivi “naturale” (contenuto nella rubrica dell’art. 35 della Legge n. 218/1995) e “legittimo” (contenuta nell’art. 38, comma 1 della Legge n. 218/1995), merita di essere considerato il novellato art. 33, comma 4, in quanto ribadisce il principio dell’unicità di *status* per tutti i figli e prevede che sono di applicazione necessaria le norme di diritto italiano che sanciscono l’unicità dello stato di figlio. Questo significa che una norma straniera che prevedesse sperequazioni tra i figli in ragione della loro nascita (nel matrimonio o fuori da esso o in altra famiglia), non potrebbe mai trovare applicazione, in quanto contrasterebbe con un principio dell’ordinamento italiano che non conosce né ammette deroghe.

Modifiche
alla Legge
n. 40/2004 e
al D.Lgs n.
71/2011

Infine, devono essere ricordate le altre due leggi modificate dal D.Lgs. n. 154/2013: si tratta della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, ed il D.Lgs. 3 febbraio 2011, n. 71, riguardante l’ordinamento ed il funzionamento degli uffici consolari.

In entrambi i casi le modifiche si sono limitate alla sostituzione delle parole “legittimi” e “naturali” con le locuzioni “nati nel matrimonio” e “nati fuori del matrimonio”; limitatamente al testo

riguardante l'ordinamento e le funzioni degli uffici consolari, inoltre, è stato abrogato il comma 2 dell'art. 30, relativo ai figli legittimati, ma non vi sono state modifiche di carattere sostanziale.

1.6 Conclusioni

Come si è visto, l'unificazione dello stato di figlio ha determinato modifiche di carattere più che altro nominale e letterale. L'utilizzo di una locuzione forse più macchinosa ("nato fuori del matrimonio") rispetto ad un solo aggettivo ("naturale"), l'espunzione del riferimento al figlio legittimo, naturale o adottivo, laddove non fosse necessario conservare la distinzione tra figli nati nel matrimonio o fuori da esso o tra figli biologici e adottati.

Tuttavia, questo intervento legislativo rappresenta solo l'aspetto materiale, anche se necessario, per rendere concretamente effettivo il fondamentale principio di civiltà giuridica secondo cui non vi devono essere distinzioni tra figli in virtù della loro nascita o provenienza.

II – Lo stato di figlio e le azioni di stato

2.1 Premessa

Occorre osservare che la disciplina legislativa di riforma ha determinato notevoli mutamenti – anche con trasferimento di alcuni articoli e relative discipline da una Sezione all'altra – nel Libro I, Titolo VII, del Codice Civile, dedicato specificamente alla filiazione, allo stato di figlio e alle azioni di riconoscimento e disconoscimento della paternità.

Considerato che le innovazioni si ripercuotono direttamente sugli aspetti pratici della materia e comportano importanti cambiamenti nelle modalità di attuazione delle azioni di stato, si preferisce commentare direttamente le norme così come appaiono oggi dopo la riforma, sottolineando le differenze con il passato, soprattutto laddove ciò appaia più interessante e utile.

2.2 Lo stato di figlio. La presunzione di paternità

Le modifiche apportate dalla riforma sono state notevoli e di grande importanza, partendo addirittura dal mutamento della rubrica del Titolo VII. Così, l'art. 7 del D.Lgs. n. 154/2013 ha sostituito la precedente dizione “Della filiazione” con l'attuale “Dello stato di figlio”. Invero, non si comprende la necessità di questo mutamento letterale che appare del tutto superfluo, considerato che il termine filiazione era sufficientemente ampio e generico da ricomprendere tutta la disciplina legislativa successiva.

L'art. 231 C.C., intitolato “Paternità del marito”, è stato modificato dall'art. 8 del D.Lgs. n. 154/2013, in quanto oggi prevede che il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio. Anche in precedenza il marito si presumeva padre, ma del figlio

Art. 231 C.C.
“Paternità
del marito”

concepito durante il matrimonio. Per quanto riguardava la nascita avvenuta in costanza di matrimonio, vi erano dei tempi “tecnici” che facevano presumere che il marito fosse il padre (nascita quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio). Adesso, invece, la presunzione è più generica, poiché, a prescindere dal momento in cui un figlio venga alla luce, se nasce durante il matrimonio si presume figlio del coniuge.

Naturalmente, permangono dei limiti temporali alla presunzione, ma limitatamente al concepito e alle ipotesi di crisi o conclusione a qualsiasi titolo del rapporto coniugale.

Art. 232 C.C.
“Presunzione di concepimento durante il matrimonio”

Così, l’art. 232 C.C., rubricato “Presunzione di concepimento durante il matrimonio”, stabilisce che si presume concepito durante il matrimonio, il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell’annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Inoltre, al capoverso, stabilisce che la presunzione di paternità non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente.

Limitazioni alla presunzione di paternità

Come si vede, il Legislatore pone delle limitazioni alla presunzione di paternità per i figli concepiti in costanza di matrimonio, quando vi sia una crisi coniugale manifesta. Pertanto la presunzione non opera se il figlio nasce entro i dieci mesi dalla data che mette fine al matrimonio o anche dalla separazione coniugale, sempre che i coniugi fossero stati autorizzati a vivere separatamente.

Superato il termine temporale stabilito per legge, che è di trecento giorni, la presunzione non ha ragione, essendo venuta meno l’*affectio coniugalis*.

Quindi, la presunzione di paternità non opera se il figlio – concepito durante il matrimonio – sia nato oltre trecento giorni da un evento (annullamento, divorzio, separazione) a seguito del quale la convivenza tra i coniugi sia formalmente cessata.

Prima dell’intervento legislativo operato dall’art. 8 del D.Lgs. n. 154/2013 a cui dobbiamo la norma vigente, l’art. 232 C.C. conteneva un limite ulteriore alla presunzione. Si riteneva concepito durante il matrimonio il figlio nato quando fossero trascorsi centottanta giorni, circa sei mesi, dalla celebrazione del matrimonio.

Attualmente, come si è detto, l'art. 231 C.C. prevede senza prescrizioni temporali particolari, che un figlio nato in costanza di matrimonio è figlio del coniuge. Quindi, se un figlio nasce quattro mesi dopo la celebrazione del matrimonio, oggi opera automaticamente una presunzione, mentre in passato la presunzione incontrava i limiti stabiliti dall'art. 233 C.C.

Invero, un figlio nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, si presumeva figlio del marito (e quindi legittimo) se uno dei coniugi o il figlio stesso non ne avessero disconosciuto la paternità.

L'art. 233 C.C. è stato abrogato dall'art. 106, D.Lgs. n. 154/2013, in quanto superato dalla nuova formulazione dell'art. 231 C.C.

La presunzione di paternità, però, ammette la prova contraria, cioè è una presunzione *iuris tantum*. Infatti, l'art. 234 C.C., rubricato "Nascita del figlio dopo i trecento giorni" prevede che ciascuno dei coniugi o i loro eredi possono provare che il figlio nato dopo i trecento giorni dall'annullamento, dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio è stato concepito durante il matrimonio. Possono analogamente provare il concepimento durante la convivenza quando il figlio sia nato dopo i trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale ovvero dalla data di comparizione dei coniugi avanti al giudice, quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nei commi precedenti. In ogni caso, il figlio può provare di essere stato concepito durante il matrimonio.

Ammissione
della prova
contraria

La norma non è cambiata in maniera rilevante, eccetto che all'ultimo comma. Nella precedente formulazione, infatti, era previsto che il figlio potesse proporre azione per reclamare lo stato di legittimo. È di tutta evidenza come questo tipo di disposizione non avesse più ragione di essere; data l'unificazione di stato di figlio, però, si è mantenuta la possibilità per quest'ultimo di provare di essere stato concepito durante il matrimonio.

Questa scelta legislativa consente al figlio di poter conoscere correttamente e legittimamente le proprie origini e, quindi, di poter costruire la propria personalità in maniera corretta e rispondente alla realtà.

Disconoscimento di paternità

Il D.Lgs. n. 154/2013, ha abrogato l'art. 235 C.C. contenente le singole e tassative ipotesi in cui fosse possibile il disconoscimento di paternità per il figlio concepito durante il matrimonio.

Si trattava, invero, di una disposizione ormai desueta, contrastante con il principio poc'anzi illustrato, secondo cui ogni individuo ha diritto di conoscere la propria identità in maniera corretta e veritiera.

In altri termini, un figlio concepito in costanza di matrimonio, non avrebbe potuto disconoscere la paternità eccetto che nei casi espressamente previsti dall'art. 235 C.C.

Anzi, anteriormente alla riforma del diritto di famiglia, operata con la Legge n. 151/1975, il disconoscimento di paternità era consentito solo al padre e non anche al figlio e alla madre.

Poiché la norma è stata integralmente abrogata, non sembra necessario soffermarvisi più di tanto; tuttavia, tra le ipotesi in cui era ammesso il disconoscimento, si considerino la mancata coabitazione dei genitori prima della nascita, l'impotenza (*coeundi* o anche solo *generandi*) del marito, l'adulterio della moglie o aver tenuto celato al marito la propria gravidanza o maternità. In questi casi il marito poteva provare che il figlio aveva caratteristiche genetiche incompatibili con lui e, quindi, ottenere una pronuncia che ne disconoscesse la paternità.

Illegittimità costituzionale

La norma, peraltro, era stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche relative a caratteristiche genetiche tra padre e figlio alla precedente dimostrazione dell'adulterio della moglie⁷.

Come si vede, questa disposizione di legge è molto lontana dalla realtà, per quello che si è detto in precedenza. Invero, non solo il Legislatore ha inteso eliminare tutte le limitazioni all'azione di disconoscimento a favore della conoscenza della realtà, ma ha considerato la situazione sociale dei nostri giorni, molto più fluida, in cui i rapporti tra i soggetti sono spesso meno rigidi.

Non è questo l'ambito per valutare se questi mutamenti sociali rappresentino un progresso o no, tuttavia non si può fare a meno di osservare come la norma fosse distante dalla realtà concreta e

7) Corte Costituzionale, sentenza 6 luglio 2006, n. 266.

prevedesse un'ingerenza eccessiva dell'ordinamento giuridico in questioni che appartengono ad aspetti individuali estremamente delicati e personali.

2.3 Le prove della filiazione

La prima inevitabile innovazione apportata dal D.Lgs. n. 154/2013, si rinviene già nella rubrica del Capo II, del Titolo VII, in quanto la dicitura “Delle prove della filiazione legittima” è stata sostituita dalla rubrica “Delle prove della filiazione”, più essenziale e, soprattutto, conforme allo spirito della riforma che ha voluto l'unificazione dello stato di figlio.

Invero, l'espunzione dell'aggettivo “legittima” non ha solo una portata formale, ma è funzionale alla nuova disciplina delle prove della filiazione, in quanto l'unificazione dello stato di figlio ha determinato modifiche significative.

Ai sensi dell'art. 236 C.C., come modificato dall'art. 11 del D.Lgs. n. 154/2013, la filiazione si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. Il Legislatore ha confermato, quindi, che l'atto di nascita costituisce la principale dimostrazione dello stato di figlio e, sopprimendo l'aggettivo “legittima”, ha esteso tale principio a tutti i figli, anche a quelli nati fuori dal matrimonio. Il capoverso del citato art. 236 C.C. afferma che, in mancanza dell'atto di nascita, basta il possesso continuo dello stato di figlio. Anche in questa ipotesi è stato soppresso l'aggettivo “legittimo”.

Art. 236
C.C.: l'atto
di nascita

La norma che, invece, ha subito maggiori modifiche è l'art. 237 C.C., rubricato “Fatti costitutivi del possesso di stato” che specifica il contenuto del possesso dello stato di figlio.

Art. 237 C.C.

Come si è detto, questa norma è stata notevolmente modificata in ragione dell'unicità di stato, poiché gli indici che potevano riferirsi in maniera esclusiva al figlio “legittimo” non sono utilizzabili anche per il figlio nato fuori del matrimonio.

Inoltre, mentre in passato la prova riguardava esclusivamente il rapporto del figlio con il padre, in base al celebre brocardo *mater semper certa est, pater numquam*, oggi il Legislatore si riferisce, più genericamente, al genitore.

L'art. 237 C.C., comma 1, restato invariato, stabilisce che il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso

servono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere.

Affinché si possa dimostrare il possesso di stato, devono concorrere alcuni fatti che sono stati espressamente stabiliti dal Legislatore al capoverso della norma che è la parte modificata dal D.Lgs. n. 154/2013.

Fatti
costitutivi
del possesso
dello stato
di figlio

Specificamente, concorrono a dimostrare il possesso dello stato di figlio:

- a) il fatto che il genitore abbia trattato la persona come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed al collocamento di essa;
- b) che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali;
- c) che sia stata riconosciuta in tale qualità dalla famiglia.

Come si diceva, le innovazioni principali apportate dalla riforma sono determinate dall'unificazione dello stato di figlio.

Così è stato eliminato il riferimento al cognome paterno, in quanto, come è noto, il cognome del padre viene assunto automaticamente solo dal figlio nato nel matrimonio, mentre se la nascita non avviene in costanza di matrimonio, manca tale automatismo e il figlio assume il cognome del genitore che per prima lo riconosce.

Nello stesso senso, il possesso dello stato di figlio non riguarda più soltanto la relazione di questo con il padre, ma anche con la madre. Così non è richiesto che solo il padre abbia trattato la persona come figlio, ma più genericamente il genitore.

Precedentemente, quindi, erano tre gli elementi su cui poggiava il possesso di stato di figlio ("legittimo"): il *nomen*: portare il cognome del padre; il *tractatus*: essere trattato come figlio dal padre e la *fama*: essere riconosciuto come figlio nelle relazioni sociali e in famiglia.

Attualmente, invece, permangono solo il *tractatus*, ma con un generico riguardo al genitore, e la *fama*.

Art. 238 C.C.

L'art. 238 C.C., oggi rubricato "Irreclamabilità di uno stato di figlio contrario a quello attribuito dall'atto di nascita", prevede che nessuno possa reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio nato nel matrimonio e il possesso di stato conforme al medesimo, eccetto che in alcune tassative ipotesi:

- del matrimonio putativo⁸, ai sensi dell'art. 128 C.C.;
- della nascita dopo i trecento giorni da un evento che ha determinato la fine del matrimonio, previsto dall'art. 234 C.C.;
- della supposizione di parto e della sostituzione di neonato, ex art. 239 C.C.;
- dell'ipotesi del successivo art. 240 C.C., in cui è possibile contestare lo stato di figlio e del caso di disconoscimento di paternità, previsto dall'art. 244 C.C.

Ipotesi di reclamabilità di stato di figlio contrario all'atto di nascita

Il successivo art. 239 C.C. è stato ampiamente modificato, anzi, sostituito sin dalla rubrica che è “Reclamo dello stato di figlio”. La norma stabilisce che in caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, il figlio può reclamare uno stato diverso.

Art. 239 C.C.
“Reclamo dello stato di figlio”

Queste due ipotesi sono le uniche eccezioni al principio della certezza della maternità. Si tratta, peraltro, di due fatti che costituiscono reato e sono previsti, rispettivamente agli artt. 566 (“Supposizione di stato”) e 567 (“Alterazione di stato”) del Codice Penale, contenuti nel Titolo XI relativo ai delitti contro la famiglia, che aprono il Capo III riguardante i delitti contro lo stato di famiglia. Si tratta di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione da tre a dieci anni.

Si ha supposizione di parto quando si fa figurare una nascita inesistente. In tal caso, la madre non ha partorito alcun bambino e fa registrare come nato da lei un neonato figlio di un'altra donna.

Supposizione di parto

Si configura l'ipotesi di sostituzione di neonato quando una donna che ha dato alla luce un bambino, sostituisce il proprio figlio con altro neonato.

Sostituzione di neonato

Il comma 2 consente di esperire l'azione di reclamo al figlio nato nel matrimonio, ma iscritto come figlio di ignoti, a meno che non sia intervenuta sentenza di adozione divenuta irrevocabile.

Rispetto al previgente art. 239 C.C., oggi, ai sensi dell'art. 239, comma 3, C.C., il figlio può esercitare l'azione per reclamare uno stato di figlio conforme alla presunzione di paternità da chi è stato riconosciuto in contrasto con tale presunzione e da chi fu iscritto in conformità di altra presunzione di paternità.

8) Si parla del matrimonio putativo nell'ipotesi in cui un matrimonio nullo o annullato sia idoneo a produrre alcuni effetti giuridici. Tutto ciò, a condizione che sia stato contratto in buona fede oppure che il consenso sia stato estorto con violenza o cagionando timore di conseguenze gravi in capo agli sposi. Tale scelta legislativa trova la sua ragione di essere nella necessità di tutelare i soggetti che abbiano confidato nella validità dell'atto, nonché i diritti dei figli.

Reclamo
conforme
alla
presunzione
di paternità

Per quanto riguarda il primo caso (reclamo dello stato di figlio conforme alla presunzione di paternità) si pensi all'ipotesi in cui una donna, coniugata, affermi che il figlio concepito in costanza di matrimonio non sia del marito. In questo caso, ai sensi dell'art. 231 C.C., vige una presunzione di paternità, superata, nel caso concreto, dalle dichiarazioni della donna. Ebbene, il figlio può reclamare il proprio stato di figlio nato nel matrimonio.

Reclamo
conforme
ad altra
presunzione
di paternità

Invece, nell'altra ipotesi (di altra presunzione di paternità), si consideri che una donna abbia contratto matrimonio, in violazione dell'art. 89 C.C., prima dei trecento giorni dallo scioglimento del precedente matrimonio. In questo caso, il figlio che sarebbe presuntivamente del secondo marito per l'art. 231 C.C., può reclamare lo stato di figlio sulla base della presunzione contenuta nell'art. 232 C.C., secondo cui si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla fine del rapporto matrimoniale.

L'ultimo comma dell'art. 239 C.C., stabilisce che, in ogni caso, l'azione può essere esercitata dopo aver rimosso il precedente stato di figlio.

Art. 240
C.C. "Con-
testazione
dello stato
di figlio"

L'art. 240 C.C., rubricato "Contestazione dello stato di figlio", è stato radicalmente modificato dal D.Lgs. n. 154/2013. Esso dispone che lo stato di figlio possa essere contestato nei casi previsti dai primi due commi dell'art. 239, cioè in caso di supposizione di parto, sostituzione di neonato ovvero nel caso del figlio che, pur nato nel matrimonio, fu iscritto come fosse stato figlio di ignoti.

La precedente formulazione della norma, intitolata "Mancanza dell'atto di matrimonio" si riferiva ad un'ipotesi totalmente differente che, data l'unicità dello *status*, non avrebbe più ragione di essere. L'articolo infatti enunciava la regola secondo cui la legittimità del figlio di due persone che avessero convissuto come marito e moglie e che fossero entrambe decedute, non potesse essere contestata per il solo fatto che mancasse la prova dell'avvenuto matrimonio. Sempre che la legittimità fosse provata da un possesso di stato che non fosse in opposizione con l'atto di nascita.

È chiaro come, venuta meno la distinzione tra figli "legittimi" e "naturali", questa norma fosse divenuta inutile.

Art. 241
C.C. "Prova
in giudizio"

Anche l'art. 241 C.C. ha subito modifiche di rilievo, sin dalla rubrica. Attualmente, infatti, la norma è intitolata "Prova in giudizio", mentre in precedenza era rubricata "Prova con testimoni" ed

è l'unico articolo che si riferisca alla prova dello stato, in quanto sono state soppresse le norme relative al principio di prova per iscritto e alla prova contraria.

L'attuale disposizione legislativa si presenta molto più snella e scarna: è costituita da un solo comma, in quanto il capoverso è stato abrogato. In essa si afferma che quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato, la prova della filiazione può darsi in giudizio con ogni mezzo. Ovviamente, il comma successivo è stato abrogato perché sarebbe stato in contraddizione con quanto viene oggi disposto. Infatti, la norma prima si riferiva alla prova per testimoni, mentre l'attuale formulazione riguarda la prova in giudizio in generale.

L'ultimo articolo della Sezione in commento è l'art. 243-bis C.C., inserito dall'art. 17 del D.Lgs. n. 154/2014, rubricato "Disconoscimento di paternità". La fattispecie, peraltro innovata anche nel suo contenuto, era collocata nell'art. 235 C.C., oggi abrogato.

Art. 243-bis C.C. "Disconoscimento di paternità"

La norma introdotta dalla riforma stabilisce genericamente che l'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato nel matrimonio può essere esercitata dal marito, dalla madre e dal figlio medesimo. Chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio ed il presunto padre. La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità.

Relativamente alla precedente formulazione, si rinvia a quanto scritto nel paragrafo precedente in merito all'abrogato art. 235 C.C.

2.4 Azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo dello stato di figlio

Il Capo III, rubricato "Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio" in luogo della precedente dizione che faceva riferimento alla "legittimità", riguarda differenti tipi di azioni relative ai figli nati nel matrimonio; specificamente disciplina le azioni che i medesimi e gli altri soggetti legittimati possono esercitare.

L'attuale art. 244 C.C., rubricato "Termini dell'azione di disconoscimento", è stato introdotto dall'art. 18 del D.Lgs. n. 154/2014 e si presenta in molte sue parti diverso dal precedente.

Art. 244 C.C. "Termini dell'azione di disconoscimento"

Termini di
prescrizione

La norma stabilisce che l'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta nel termine di sei mesi dalla nascita del figlio ovvero dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento.

Il marito, invece, può disconoscere il figlio nel termine di un anno, che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; se prova di aver ignorato la propria impotenza a generare o l'adulterio della moglie al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia.

Se il marito non si trovava nel luogo in cui è nato il figlio il giorno della nascita, il termine per il presunto padre decorre dal giorno del suo ritorno o dal giorno del ritorno nella residenza familiare. In ogni caso se il marito prova di non aver avuto notizia della nascita in quei giorni, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia.

Come si vede, tanto per quanto concerne la madre, tanto per quello che riguarda il padre, il termine di prescrizione dell'azione si fa decorrere dalla nascita del bambino ovvero, nel caso in cui non fosse noto l'evento che escludeva la paternità del marito (*impotentia generandi* o adulterio della moglie, lontananza del marito o ignoranza sulla nascita del bambino), dal giorno in cui l'uno o l'altra ne siano venuti a conoscenza.

Termini di
decadenza

Tuttavia, l'art. 244, comma 4, C.C., stabilisce che, comunque, in questi casi l'azione non può essere proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita. Ciò significa che se il padre viene a conoscenza dell'adulterio della moglie nel periodo del concepimento, quando il bambino ha nove anni, non potrà promuovere azione di disconoscimento.

La *ratio* consiste nella necessità di dare stabilità e certezza al rapporto che non può essere messo in discussione in ogni tempo; infatti i termini contenuti in questa e nelle successive norme non sono termini di prescrizione, ma di decadenza⁹. Scelta che, come

9) Secondo dottrina e giurisprudenza si tratterebbe di decadenza di carattere sostanziale a rilevanza processuale, poiché la possibilità di agire in giudizio costituisce l'unico rimedio idoneo a far valere il diritto, sicché si dovrebbe applicare il termine di sospensione del periodo feriale. Cfr.: Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1999, n. 6874 e in dottrina CILLA in *Famiglia e diritto*, n. 6/2012, p. 550.

dice la dottrina¹⁰, nasce dall'esigenza di conferire agli *status* certezza e stabilità.

Resta salvo, come si dirà, il diritto del figlio di esercitare l'azione in ogni momento, atteso che per questi l'azione è "imprescrittibile", laddove il termine è impropriamente usato. In altri termini, il figlio non decade mai dall'azione. Questo perché, se è vero che l'ordinamento giuridico ritiene opportuno assicurare certezza e, quindi, stabilità agli *status*, non può non garantire il diritto del figlio di conoscere pienamente le proprie origini, diritto che si riflette necessariamente sulla cosciente e corretta costruzione della sua identità personale. Per questa ragione la norma stabilisce al comma 5 che l'azione può essere proposta dal figlio raggiunta la maggiore età e che essa, limitatamente al figlio, sia imprescrittibile. Come si è detto, la terminologia adottata dal Legislatore è impropria, perché appare più opportuno far rientrare il termine tra le ipotesi di decadenza sostanziale con effetti processuali, in quanto il diritto che vi è collegato si può far valere solo tramite un'azione giudiziaria.

Imprescrittibilità dell'azione del figlio

Infine, l'azione può essere promossa anche da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minorenni che ha compiuto quattordici anni o del pubblico ministero o dell'altro genitore (che non può che essere la madre), quando il figlio è di età inferiore.

Nonostante la norma non faccia riferimento al tutore, appare evidente che anche questi possa promuovere azione di disconoscimento. In questo caso, però, si pone il problema se il tutore debba formulare istanza per la nomina di un curatore speciale, in vece della madre, quando eserciti al posto di quest'ultima la responsabilità genitoriale o se possa proporre l'azione direttamente.

La questione certamente è opinabile, ma appare preferibile affermare che, se non sussiste conflitto d'interessi tra minore e tutore, quest'ultimo possa esperire l'azione di disconoscimento direttamente.

Il Legislatore prevede, tuttavia, alcune ipotesi di sospensione del termine per promuovere l'azione. Esse sono legate all'incapacità del soggetto interessato di far valere il proprio diritto. Anche in questo caso la riforma è intervenuta, codificando un principio

Ipotesi di sospensione del termine

10) Così M. MANTOVANI, "La filiazione legittima" in *Trattato Ferrando*, III, "Filiazione e adozione", Zanichelli, Bologna, 2007, p. 285.

esplicitato dalla Corte Costituzionale che aveva avuto occasione di pronunciarsi sul vecchio art. 245 C.C.

Art. 245 C.C.

Più specificamente, l'art. 245 C.C., rubricato "Sospensione del termine", come modificato dall'art. 19 del D.Lgs. n. 154/2013, stabilisce che se la parte interessata a promuovere l'azione di disconoscimento di paternità si trova in stato di interdizione per infermità di mente ovvero versa in condizioni di abituale grave infermità di mente, che lo rende incapace di provvedere ai propri interessi, la decorrenza del termine indicato dall'art. 244 è sospesa nei suoi confronti, sino a che duri lo stato di interdizione o durino le condizioni di abituale grave infermità di mente.

Quando il figlio si trova in stato di interdizione per infermità di mente ovvero versa in condizioni di abituale grave infermità di mente, che lo rende incapace di provvedere ai propri interessi, l'azione può essere promossa anche da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del pubblico ministero, del tutore o dell'altro genitore.

Per gli altri legittimati l'azione può essere proposta dal tutore o, in mancanza di questo, da un curatore speciale, previa autorizzazione del giudice.

La precedente formulazione della norma conteneva soltanto la sospensione del termine in caso di interdizione per infermità di mente. Invece, non prevedeva che l'azione potesse essere esperita da un curatore speciale e soprattutto non faceva alcun riferimento all'incapacità naturale.

La Corte Costituzionale, con ordinanza del 25 novembre 2011, n. 322, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 245 C.C. nella parte in cui non prevedeva che la decorrenza del termine indicato nell'art. 244 C.C. fosse sospesa anche nei confronti del soggetto che, sebbene non interdetto, versasse in condizione di abituale e grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interesse, sino a che duri questo stato di incapacità naturale.

Come si vede, il Legislatore ha colmato tale lacuna, lasciata dalla previgente formulazione della norma.

Art. 246
C.C. "Tra-
smissibilità
dell'azione"

L'art. 246 C.C., rubricato "Trasmissibilità dell'azione", non ha subito particolari modifiche. Analogamente al passato, prevede – in caso di morte dei legittimati attivi all'azione di disconoscimento – la trasmissibilità dell'azione, stabilendo i termini di decorrenza

dell'azione e, come si è già visto, di decadenza. Rispetto al passato, inoltre, la norma consente la proposizione dell'azione da parte di un curatore speciale e la sospensione dei termini in caso di interruzione per infermità di mente e di incapacità naturale.

Più in concreto, il comma 1 stabilisce che se il presunto padre o la madre titolari dell'azione di disconoscimento di paternità sono morti senza averla promossa, ma prima che sia decorso il termine previsto dall'art. 244, sono ammessi ad esercitarla in loro vece i discendenti o gli ascendenti. Il nuovo termine decorre dalla morte del soggetto che avrebbe dovuto agire (il presunto padre o la madre), o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo, o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Il comma 2, invece, dispone che se il figlio titolare dell'azione di disconoscimento di paternità è morto senza averla promossa sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Come si vede, il termine di decadenza per gli ascendenti e i discendenti del presunto padre e della madre è rispettivamente di un anno e sei mesi, perché, in assenza di diversa statuizione, si deve ritenere che i soggetti a cui si trasmette l'azione siano nella stessa posizione dei loro danti causa.

Diversamente, l'azione di disconoscimento esperita dal coniuge e dai discendenti del figlio al posto del quale promuovono l'azione, non è imprescrittibile, come lo è per quest'ultimo, ma si può esercitare nel termine decadenziale di un anno.

Imprescrittibilità e decadenza

Ancora una volta vengono contemperati due differenti interessi: il *favor veritatis* in ragione del quale si propone l'azione di disconoscimento, e la stabilità degli *status* in virtù della quale si stabilisce un termine di decadenza.

La ricostruzione della verità non incontra alcun limite soltanto quando sia il figlio a cui spetta l'azione a doverla esercitare direttamente. Tanto, come si è detto più volte, al fine di garantire al medesimo una perfetta ricostruzione della propria identità.

Indubbiamente è chiaro che anche sui discendenti del predetto figlio si ripercuotono gli effetti della corretta identità; tuttavia, l'ordinamento avverte il bisogno di assicurare certezza ai rapporti

giuridici ed agli stati dei soggetti. La trasmissibilità dell'azione consente, seppure in tempi più brevi, la ricostruzione della verità anche ai discendenti e al coniuge.

Si è già accennato che l'ultimo comma stabilisce che si applicano il comma 6 dell'art. 244 C.C., riguardante la proponibilità dell'azione da parte di un curatore speciale e l'art. 245 C.C., relativo alla sospensione dell'azione in caso di incapacità. Mediante l'art. 246 C.C., questa sospensione si applica anche ai soggetti sui quali si trasferisce l'azione di disconoscimento.

Art. 247
C.C. "Legittimazione
passiva"

L'art. 247 C.C., intitolato "Legittimazione passiva", non è stato affatto modificato.

La norma stabilisce che il presunto padre, la madre ed il figlio sono litisconsorti necessari nel giudizio di disconoscimento. Si parla di litisconsorzio necessario quando l'azione riguarda necessariamente più soggetti, sicché una pronuncia dell'autorità giudiziaria pronunciata solo nei riguardi di alcuni non sarebbe idonea a produrre effetti nei riguardi delle parti e dei terzi pretermessi. Per questo motivo, se il giudizio è promosso soltanto nei riguardi di alcuni dei litisconsorti, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

Per esempio, se in un giudizio di disconoscimento, il presunto padre convenisse soltanto il figlio e non anche la madre, il giudice dovrebbe ordinare l'integrazione del contraddittorio in capo alla madre che dovrà essere citata.

Il comma 2, prevede che se una delle parti è incapace, perché minore o interdetta, l'azione è proposta in contraddittorio con un curatore speciale nominato dal giudice innanzi al quale il giudizio deve essere promosso.

Il comma 3 stabilisce che se una delle parti è un minore emancipato o un maggiorenne inabilitato, l'azione è proposta contro la stessa parte assistita da un curatore nominato dal giudice.

L'ultimo comma afferma che se il presunto padre o la madre o il figlio sono morti, l'azione si propone nei confronti delle persone indicate nell'articolo precedente (cioè, coloro a cui si trasmette l'azione) o, in loro mancanza, nei confronti di un curatore nominato dal giudice.

Art. 248
C.C. "Legittimazione
all'azione di
contestazione
dello stato
di figlio"

Anche l'art. 248 C.C., "Legittimazione all'azione di contestazione dello stato di figlio. Imprescrittibilità", più che modifiche sostanziali, ha subito qualche modifica di carattere nominale, nel

senso che il riferimento alla legittimità è stato sostituito dalla locuzione “stato di figlio”.

L'azione di contestazione dello stato di figlio spetta a chi dall'atto di nascita del figlio risulti suo genitore e a chi vi abbia interesse. L'azione è imprescrittibile. Quando l'azione è proposta nei riguardi di persone premorte o minori o altrimenti incapaci, si osservano le regole dell'art. 247 C.C.

Nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori, quindi anche in questo caso vi è litisconsorzio necessario.

Il D.Lgs. n. 154/2013 ha aggiunto un ultimo capoverso il quale prevede che si applicano l'art. 244, comma 6 (nomina di un curatore speciale per il minore che ha compiuto i quattordici anni) e l'art. 245, comma 2 (nomina di un curatore speciale in caso di interdizione o incapacità naturale del figlio).

Notevoli modifiche sono state apportate, invece, all'azione per reclamare lo stato di figlio, nel senso che secondo la disposizione vigente l'azione non è trasmissibile, come invece era in passato.

Azione per
reclamare lo
stato di figlio

Precedentemente, infatti, la norma prevedeva che se il figlio non ha promosso l'azione ed è morto in età minore o nei cinque anni dopo aver raggiunto la maggiore età, l'azione potesse essere promossa dai discendenti. Questa parte della norma non è stata affatto riprodotta e, invero, non se ne comprende la ragione.

Dunque, l'azione per reclamare lo stato di figlio spetta al medesimo e l'azione è imprescrittibile. Quando l'azione è proposta nei confronti di persone premorte o minori o altrimenti incapaci, si osservano le disposizioni dell'art. 247, quindi sospensione dell'azione ed eventuale proposizione dell'azione da parte di un curatore speciale.

Nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori; inoltre, anche in questo caso, si applicano il comma 6 dell'art. 244 e il comma 2 dell'art. 245, i quali, come è noto, riguardano la nomina di un curatore speciale per promuovere l'azione nel caso di minore che abbia compiuto i quattordici anni ovvero nell'ipotesi di un figlio interdetto o incapace naturale.

2.5 Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio

Modifiche significative sono state apportate al riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio dalla Legge n. 219/2012.

Invero, anche la rubrica del Capo IV ha visto la sostituzione dell'espressione "figli naturali" con la locuzione "figli nati fuori dal matrimonio" ad opera del D.Lgs. n. 154/2013.

Art. 250
C.C. "Rico-
noscimento"

L'art. 250 C.C., rubricato "Riconoscimento", stabilisce che il figlio nato fuori dal matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'art. 254, dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente. Come già si è detto nel capitolo che precede, l'aggettivo "naturale" è stato sostituito con la locuzione "nato fuori del matrimonio".

Il riconoscimento del figlio che ha compiuto i quattordici anni non produce effetto senza il suo assenso. Precedentemente era richiesto l'assenso del figlio che avesse compiuto i sedici anni; tuttavia, l'art. 1, comma 2, lett. b) della Legge n. 219/2012, ha abbassato l'età del figlio che deve esprimere il suo parere, o meglio la volontà di essere riconosciuto. Questa scelta normativa si basa sulla considerazione che il minore quattordicenne abbia più che sufficiente maturità per esprimere un giudizio in una materia che lo riguarda personalmente, nonché sulla considerazione che i minori devono poter partecipare attivamente a tutti i procedimenti che li riguardano, secondo i dettami delle convenzioni internazionali; in particolare, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge n. 176/1991, e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, emanata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge n. 77/2003.

Convenzioni
internazio-
nali

La sostituzione degli anni del minore (quattordici in luogo di sedici) ovviamente è stata rispettata anche al comma seguente, il quale stabilisce che il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i quattordici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio. Il genitore che vuole riconoscere il figlio, qualora il consenso dell'altro genitore sia rifiutato, ricorre al giudice competente che fissa un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore. Se non viene proposta opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; se viene proposta opposizione, il giudice, assunta ogni

opportuna informazione, dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata. Con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice assume i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento e al mantenimento del minore ai sensi dell'art. 315-bis C.C., e al suo cognome ai sensi dell'art. 262 C.C.

Come si vede, l'atto introduttivo è un ricorso "anomalo"¹¹ a seguito del quale il giudice non fissa l'udienza, ma solo il termine per la notifica all'altro genitore. A questo punto, se il genitore non propone opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice emette sentenza che si sostituisce al mancato consenso. Al contrario, se l'altro genitore propone opposizione, si apre un'istruttoria, il giudice può assumere ogni opportuno provvedimento, nonché ascoltare il minore. Il procedimento si svolge in camera di consiglio e, anche in questo caso, si conclude con sentenza che, in caso di rigetto dell'opposizione, sostituirà il consenso mancante ovvero, in caso di accoglimento, inibirà il riconoscimento del presunto genitore.

Ricorso
"anomalo"

Notevoli innovazioni sono state apportate dalla Legge n. 219/2012 all'art. 250, comma 4, C.C., appena enunciato. In particolare, è stata disciplinata molto più dettagliatamente l'audizione del minore in caso di opposizione al riconoscimento, stabilendone le condizioni in perfetta sintonia con tutta la materia dell'ascolto. Nella precedente formulazione, invece, era previsto un contraddittorio tra il minore (si deve ritenere che questi dovesse essere dotato della necessaria capacità di discernimento) e il genitore opponente

Audizione
del minore
in caso di
opposizione
al riconosci-
mento

Inoltre, si è stabilito che, sempre in caso di opposizione al riconoscimento, nelle more della decisione, il giudice assuma ogni informazione utile, nonché provvedimenti provvisori ed urgenti per instaurare la relazione tra minore e ricorrente, sempre che l'opposizione del genitore non sia palesemente fondata. In tal

11) Così v. MONTARULI, "Profili sostanziali e processuali relativi alla Legge 10 dicembre 2012, n. 219". Relazione tenuta all'incontro di studi "Legge 219/2012. Nuove applicazioni e criticità", organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati in Bari il 25 ottobre 2013, in *Judicium.it*.

modo si è voluto garantire il diritto del minore ad instaurare al più presto un rapporto con il proprio genitore. È chiaro, tuttavia, che provvedimenti in questo senso dovranno essere assunti solo nella misura in cui vi siano già elementi concordanti e rilevanti in ordine alla sussistenza di un rapporto di filiazione. Diversamente opinando, si creerebbe un grave pregiudizio al figlio.

Giudice
competente

L'altra modifica di rilievo in materia di riconoscimento riguarda il giudice competente. In passato, invero, la competenza in materia era attribuita al Tribunale per i minorenni, in ragione dell'art. 38 disp. att. C.C. L'art. 3 della Legge n. 219/2012 ha innovato il predetto art. 38 che non annovera tra i provvedimenti di competenza del giudice minorile la sentenza di riconoscimento. Da questo discende che la competenza in materia è attribuita al giudice ordinario e non a quello specializzato.

Deve, altresì, essere rilevato come, nonostante l'art. 250 C.C. non preveda espressamente che il minore infra quattordicenne sia parte nel procedimento di riconoscimento della paternità, un'interpretazione costituzionalmente orientata ed ispirata alle convenzioni internazionali, debba, invece, far propendere per una soluzione di diverso tenore.

Diritto del
minore a
prendere
parte al pro-
cedimento

Gli artt. 2, 3, 24, 29 della Costituzione inducono infatti a ritenere che ad ogni individuo debba essere riconosciuto il diritto di prendere parte ad un procedimento giurisdizionale che lo riguardi, soprattutto qualora incida direttamente sui suoi diritti fondamentali, come quello all'identità personale, nonché quello ad essere parte di una famiglia.

Si consideri, invero, che la Convenzione di New York, all'art. 3, dispone che in tutte le decisioni relative ai minori, comprese quelle di competenza giurisdizionale, l'interesse del fanciullo è preminente; mentre all'art. 12 si fa obbligo agli Stati parte di garantire ai minori aventi capacità di discernimento di essere ascoltati sia direttamente sia tramite un proprio rappresentante. Analogamente, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, emanata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, stabilisce all'art. 1 il diritto dei minorenni ad essere informati ed a partecipare attivamente alle procedure che li riguardano e all'art. 4 riconosce il diritto dei medesimi a chiedere la nomina di un proprio rappresentante.

Pertanto, appare opportuno che sia garantita una partecipazione attiva del minore, anche per il tramite di un proprio rappresentante (curatore speciale o tutore), in modo che sia perseguito il suo interesse superiore, come tra l'altro affermato anche dalla Corte Costituzionale¹².

L'ultimo comma dell'art. 250 dispone che il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, salvo che il giudice li autorizzi, valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio.

Genitori
infra
sedicenni

La precedente formulazione della norma conteneva solo il divieto al riconoscimento da parte di genitori infra sedicenni. La Legge n. 219/2012 ha rimesso alla valutazione dell'autorità giudiziaria la possibilità di derogare a ciò, in considerazione sempre dell'interesse superiore del figlio.

L'art. 253 C.C., rubricato "Inammissibilità del riconoscimento", stabilisce che in nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui si trova la persona. Il D.Lgs. n. 154/2013 ha soppresso gli aggettivi "legittimo" e "legittimato" che non sono stati sostituiti dalla locuzione "nato nel matrimonio".

Art. 253 C.C.
"Inammissibilità del riconoscimento"

L'art. 254 C.C., riguarda le forme in cui può avvenire il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio. Esso può avvenire nell'atto di nascita oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti all'ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo.

Art. 254
C.C.: forme
del riconoscimento

Eccetto che per la sostituzione dell'aggettivo "naturale" con l'ormai nota espressione "nato fuori del matrimonio" e la soppressione del capoverso della norma che si riferiva alla legittimazione, istituto ormai abrogato, la disposizione di legge non ha subito rilevanti cambiamenti.

Nello stesso senso, anche il successivo art. 255 C.C. che consente anche il riconoscimento del figlio premorto, in favore dei suoi discendenti. Qui sono state sopprese le parole "legittimi e dei figli naturali riconosciuti".

Nessun intervento è stato effettuato dalla riforma della filiazione sull'art. 256 C.C. Esso prevede che il riconoscimento è irrevocabile e, quando è contenuto in un testamento, produce effetto

12) Corte Costituzionale, sentenza 12 marzo 2011, n. 83.

dal giorno della morte del testatore anche se il testamento è stato revocato.

È bene sottolineare che, oggi come ieri, in virtù dell'art. 257 C.C. è nulla ogni clausola diretta a limitare gli effetti del riconoscimento.

Art. 258
C.C.: effetti
del ricono-
scimento

Gli effetti del riconoscimento sono disciplinati dall'art. 258 C.C., il quale stabilisce che esso produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di questo. Rispetto al passato, dunque, con la modifica apportata dal D.Lgs. n. 154/2013, viene esteso l'effetto del riconoscimento ai parenti del genitore che abbia provveduto a riconoscere il figlio, in linea con le modifiche apportate all'art. 74 C.C. dalla Legge n. 219/2012 e su cui ci siamo soffermati al capitolo I.

In precedenza, come si è detto, la norma prevedeva che il riconoscimento producesse effetti solo tra figlio e genitore, salvo i casi previsti dalla legge. Oggi non vi sono più né limiti né eccezioni a tutto ciò.

È bene sottolineare che i commi successivi dell'art. 258 non sono stati in alcun modo modificati. Il comma 2 prevede che l'atto di riconoscimento di uno solo dei genitori non può contenere indicazioni relative all'altro genitore e, se sono state fatte, non producono effetto. Il comma 3, invece, stabilisce una sanzione amministrativa pecuniaria (da 20 a 82 euro) per il pubblico ufficiale che riceva dette indicazioni e per l'ufficiale dello stato civile che le riproduce sui registri dello stato civile. Inoltre, tali indicazioni devono essere cancellate.

Abrogazio-
ne art. 261
C.C. sui di-
ritti e doveri
del genitore

L'art. 261 C.C., invece, è stato abrogato dall'art. 106 del D.Lgs. n. 154/2013. Esso conteneva diritti e doveri spettanti al genitore che avesse provveduto al riconoscimento. Come vedremo al capitolo seguente, l'introduzione di una disposizione generale di diritti e doveri del figlio, ai sensi dell'art. 315-bis C.C., inserito dal decreto delegato, ha reso superflua questa norma e, in parte, anche contrastante con l'attuale concezione giuridica in materia che tende a considerare centrale la figura del figlio. Qui, invece, si focalizza l'attenzione non già sul figlio riconosciuto e sui suoi diritti, ma su quelli del genitore.

Art. 262
C.C. "Co-
gnome del
figlio nato
fuori dal
matrimonio"

L'art. 262 C.C., è rubricato "Cognome del figlio nato fuori dal matrimonio".

In questo caso le modifiche non riguardano soltanto la sostituzione di espressioni lessicali contrastanti con lo spirito della

norma (“naturale” con “nati fuori dal matrimonio”), ma concernono anche una maggiore attenzione nei riguardi del diritto all’identità del figlio, come si nota dall’attuale formulazione del comma 3, introdotto dalla riforma, nonché una maggiore cura per la partecipazione del minore al procedimento, stabilendone il suo ascolto, come si evince dall’ultimo capoverso. Inoltre, non si parla più di padre e di madre ma più genericamente di genitore, e forse è proprio ciò che ha determinato i problemi di cui al comma 3.

La distinzione tra padre e madre, in questo caso, era fondata. Il senso della norma era che in caso di riconoscimento congiunto, il figlio assumeva il cognome del padre; nel caso in cui il padre riconoscesse successivamente il figlio, si doveva valutare, in concreto, se sostituire o aggiungere il cognome del padre (che in genere è quello che si assume) a quello della madre già attribuito.

Nello specifico, la norma stabilisce che il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, il figlio assume il cognome del padre.

Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, anteponendolo (in passato questa eventualità non era prevista) o sostituendolo a quello della madre.

Il comma 3 è stato inserito dall’art. 27, D.Lgs. n. 154/2013. Esso, in una non felice formulazione, stabilisce che se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all’attribuzione del cognome da parte dell’ufficiale dello stato civile, si applica il primo ed il secondo comma del presente articolo; il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi.

Comma 3
art. 262 C.C.

Infine, come in passato, l’art. 262, ultimo capoverso, C.C., stabilisce che, nel caso di figlio minore, il giudice decide circa l’assunzione del cognome del genitore (in passato del padre). Attualmente, però, è stato introdotto l’ascolto del figlio che abbia compiuto i dodici anni o anche di età inferiore ove sia capace di discernimento.

2.6 Il riconoscimento di figli nati tra persone unite da vincolo di parentela o di affinità

Una delle maggiori innovazioni introdotte dalla Legge n. 219/2012, riguarda il riconoscimento dei figli nati da un rapporto tra parenti stretti o affini, c.d. “figli incestuosi”.

Art. 251
C.C.
vecchia
versione

In passato, l'art. 251 C.C. era rubricato “Riconoscimento di figli incestuosi” e stabiliva che i figli nati da persone tra le quali esistesse un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito (es. padre e figlia; nonna e nipote) o in linea collaterale in secondo grado (es. zia e nipote) ovvero un vincolo di affinità in linea retta (suocero e nuora), non potessero essere riconosciuti dai loro genitori, salvo che questi, al tempo del concepimento, ignorassero il vincolo esistente tra loro o che fosse dichiarato nullo il matrimonio da cui fosse derivata l'affinità. Se uno dei genitori fosse stato in buona fede, avrebbe potuto solo lui procedere al riconoscimento.

Il riconoscimento era autorizzato dal giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di non arrecargli pregiudizio. Il giudice competente era il Tribunale per i minorenni, nel caso in cui il figlio fosse stato minorenne, ai sensi dell'art. 35 disp. att. C.C.

La *ratio* della norma era chiara. Da un lato si volevano scoraggiare rapporti tra consanguinei e affini in linea retta, in considerazione della destabilizzazione che ciò avrebbe determinato nei rapporti personali, anche perché spesso questi figli erano frutto di violenze sessuali patite da soggetti deboli; dall'altro, si volevano tutelare i figli che, se riconosciuti, avrebbero vissuto il disagio morale e psichico di essere figli del nonno o del prozio o dello zio.

Per tali ragioni, il riconoscimento di tali figli, frutto di incesto, era limitato al caso in cui vi fosse ignoranza riguardo al rapporto di parentela o di nullità del matrimonio da cui fosse dipesa l'affinità. In entrambi i casi, difficilmente sarebbe stata configurabile una violenza ai danni di un genitore e per il figlio il riconoscimento non sarebbe stato così dannoso emotivamente e spiritualmente. Spiegare, cioè, di essere figli di due fratelli, magari separati da piccoli, senza che i due ne fossero consapevoli, non avrebbe potuto arrecare pregiudizio nel nuovo nato; così, nel caso in cui fosse nato da un uomo che era stato suocero della madre e non lo era più per nullità del matrimonio. Per le stesse ragioni, il riconoscimento era ammesso da parte di un solo genitore, quando uno solo fosse stato in buona fede.

Versione
vigente

Attualmente, la norma non limita i casi di riconoscimento di figli nati nella cerchia di parenti stretti, ma lo sottopone all'auto-

rizzazione del giudice che, tra l'altro, non è più il Tribunale per i minorenni, ma il giudice ordinario. In altri termini, il riconoscimento può avvenire anche nelle ipotesi in cui in passato non sarebbe stato possibile (mala fede di entrambi i genitori), ma è sottoposto alla valutazione dell'interesse del figlio ed alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio.

La norma, oggi rubricata "Autorizzazione al riconoscimento" dispone, infatti, che il figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

La Legge n. 219/2012 aveva stabilito che il riconoscimento di una persona minore di età fosse autorizzata dal Tribunale per i minorenni. Il D.Lgs. n. 154/2013, invece, ha sostituito il comma 2 dell'art. 251 C.C. disponendo che il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal giudice. Come si vede, questo capoverso, così come modificato, è del tutto superfluo, perché il riconoscimento è sempre autorizzato dal giudice valutando il suo interesse e senza arrecare pregiudizio. Pertanto, se la competenza è del Tribunale ordinario anche per i minorenni, non vi era bisogno di specificarlo.

A prescindere da tali inesattezze, la norma va accolta con favore perché da un lato fa dipendere il riconoscimento alla valutazione della rispondenza dell'interesse del minore, e alla necessità di non procurargli alcun disagio; dall'altro garantisce che siano fatti salvi tutti i diritti del figlio, in maniera da evitare che questi non possa giovare pienamente di quanto rientri nel suo pieno diritto in quanto figlio. Tale sperequazione, peraltro, era stata già denunciata dalla Consulta¹³ in relazione all'art. 278 C.C., come vedremo nel prosieguo.

2.7 L'affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore

L'argomento è stato già trattato al paragrafo 1.5, a cui si rinvia per la trattazione completa. Tuttavia in questa sede appare opportuno sintetizzarne alcuni aspetti.

13) Corte Costituzionale, sentenza 28 novembre 2002, n. 494.

Art. 252 C.C.

Come si è scritto, l'art. 252 C.C. disciplina il caso dell'eventuale inserimento di un figlio nella famiglia di uno dei due genitori. Si tratta dell'ipotesi in cui un genitore, coniugato, riconosca un figlio nato fuori dal matrimonio. Il Legislatore ha previsto che il giudice decide in ordine all'affidamento e all'eventuale inserimento del minore nella famiglia del genitore coniugato che lo ha riconosciuto.

Il D.Lgs. n. 154/2013, come detto, ha inserito un ultimo comma, il quale stabilisce che, in caso di disaccordo tra i genitori ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa al giudice tenendo conto dell'interesse dei minori. Inoltre, prima della decisione, il giudice dispone l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto dodici anni e anche di età inferiore se abbiano capacità di discernimento.

La norma non è stata modificata nella sostanza rispetto al passato. Essa risponde al principio contenuto nell'art. 30, comma 3, Costituzione, secondo cui la legge deve assicurare ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale "compatibile" con i diritti dei membri della famiglia legittima. Il Legislatore costituente, dunque, pur riconoscendo i diritti di tutti i figli, anche nati fuori dal matrimonio, e la loro tutela, offre ampie garanzie alla famiglia fondata sul matrimonio (legittima) a cui viene riconosciuta una posizione di primazia.

Pertanto, il giudice è chiamato a verificare se il figlio nato fuori dal matrimonio possa serenamente inserirsi nella famiglia di uno dei genitori, senza destabilizzare gli equilibri che si sono già creati nel nucleo familiare, anche perché un ambiente ostile contrasterebbe con l'interesse del minore, pregiudicandone la crescita sana ed equilibrata. È necessario, perciò, che l'altro coniuge e i figli della coppia, conviventi e che abbiano compiuto sedici anni, prestino il proprio consenso all'inserimento del minore nella famiglia.

La competenza appartiene al giudice ordinario, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 219/2012, che ha modificato l'art. 38 delle disp. att. C.C., mentre in passato rientrava nella competenza del Tribunale per i minorenni. Secondo quanto stabilito dall'ultimo capoverso dell'art. 38 disp. att. C.C., il Tribunale decide in camera di consiglio. Tuttavia, non vi è uniformità di vedute in ordine alla natura del procedimento in questione.

A proposito dell'intervento di modifica dell'art. 252 C.C. da parte del Legislatore delegato si deve ribadire la presenza di qualche imprecisione. In particolare, al comma 3 è stato eliminato l'aggettivo "legittima", riferito alla famiglia fondata sul matrimonio,

Competenza
giurisdizio-
nale

mentre al comma 2 è stato mantenuto. Inoltre, l'ultimo capoverso appare in parte superfluo laddove stabilisce che, in caso di mancato accordo sull'inserimento del figlio nella famiglia, decide il giudice, dato che in tutto il corpo della norma è costante il riferimento all'autorità giudiziaria.

Più interessante e condivisibile è l'ultimo periodo contenuto nel comma 5, il quale prevede l'ascolto del minore da parte del giudice prima dell'assunzione del provvedimento. Il giudice non deve ascoltare solo il figlio del cui inserimento si stia occupando, ma tutti i minori che abbiano le qualità per essere sentiti (cioè che abbiano compiuto dodici anni o anche di età inferiore che abbiano capacità di discernimento).

2.8 L'impugnazione del riconoscimento

Anche la materia dell'impugnazione del riconoscimento ha subito modifiche ad opera del D.Lgs. n. 154/2013, soprattutto per quanto attiene ai termini di prescrizione dell'azione, mentre sono restате invariate le ipotesi in cui si può procedere all'impugnazione. I casi in cui si può impugnare il riconoscimento sono, quindi, il difetto di veridicità, la violenza e l'interdizione giudiziale.

Le maggiori innovazioni sono state apportate all'art. 263 C.C., rubricato "Impugnazione per difetto di veridicità". La norma stabilisce che il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse. Questo comma 1, che consente di impugnare il riconoscimento fallace, è restato invariato rispetto al passato.

Art. 263 C.C.
"Impugnazione per difetto di veridicità"

Il comma 2, invece, stabilisce che l'azione è imprescrittibile riguardo al figlio. In precedenza l'imprescrittibilità dell'azione era generalizzata.

Al contrario, la riforma ha voluto contemperare interessi differenti a tutela del figlio: da un lato quelli relativi alla corretta ricostruzione della propria identità e alla conoscenza delle proprie origini, dall'altro l'interesse del figlio alla certezza del proprio *status*. Invero, il figlio che dovesse decidere di avere un'identità pienamente rispondente alla realtà potrà agire ai sensi dell'art. 263 C.C. in ogni tempo, mentre gli altri soggetti non potranno togliere certezza o modificare situazioni ormai definite, destando instabilità nell'identità del figlio riconosciuto.

Il comma 3, infatti, inserito dall'art. 28, D.Lgs. n. 154/2013, dispone che l'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno, che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.

Il comma 4, infine, stabilisce che l'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati (cioè "chiunque vi abbia interesse" come il pubblico ministero, altri parenti, ecc.), deve essere proposta nel termine di cinque anni, che decorrono dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'art. 245 C.C., relativo alla sospensione del termine in materia di disconoscimento di paternità.

Soggetti
legittimati
a proporre
l'impugna-
zione

A proposito dei soggetti legittimati a proporre l'impugnazione, deve essere sottolineato come il tutore che eserciti tale azione non possa essere annoverato tra "chiunque vi abbia interesse", in quanto il tutore agisce quale rappresentante sostanziale e processuale del minore. Deriva da ciò che se un minore è soggetto a tutela, il tutore possa esercitare l'azione di cui all'art. 263 C.C., in luogo e per conto del riconosciuto. Il tutore, infatti, non è portatore di alcun interesse proprio e autonomo, ma persegue in maniera esclusiva l'interesse del minore.

Art. 264
C.C.
"Impugna-
zione
da parte
del figlio
minore"

Notevolmente modificato è stato il successivo art. 264 C.C. La norma, rubricata "Impugnazione da parte del figlio minore", stabilisce che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità può essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto quattordici anni ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio, quando si tratti di figlio di età inferiore. Sarebbe che in tutti i casi di proposizione dell'azione da un figlio minore debba essere nominato un curatore speciale su istanza del figlio che abbia compiuto quattordici anni oppure, se di età inferiore, del pubblico ministero o del genitore che abbia riconosciuto validamente il figlio.

Il Legislatore, dunque, riconosce in questo caso un automatico conflitto d'interesse tra il genitore che abbia riconosciuto validamente il figlio e quest'ultimo, per cui sia necessario nominare un rappresentante processuale in favore del minore (il curatore speciale, *curator ad processum*) che ha l'esclusivo compito di esercitare l'azione in favore del minore. Nel caso in cui l'istanza sia del pubblico ministero è chiaro che ugualmente sarà necessario nominare chi rappresenti l'interesse del minore.

Invece se, come si diceva, l'esercizio della responsabilità genitoriale è esercitato da un tutore, l'azione di impugnazione può essere esercitata dal medesimo, senza la nomina di un curatore speciale, in quanto, generalmente, il tutore non è in conflitto d'interessi con il minore.

Nessuna modifica è stata apportata agli artt. 265 e 266 C.C. relativi all'impugnazione per violenza o per interdizione.

L'art. 265 C.C. stabilisce che il riconoscimento può essere impugnato per violenza dall'autore del riconoscimento entro un anno dal giorno in cui la violenza è cessata.

Art. 265 C.C.

Se l'autore del riconoscimento è minore, l'azione può essere promossa entro un anno dal conseguimento della maggior età.

L'art. 266 C.C. prevede che il riconoscimento può essere impugnato per l'incapacità che deriva da interdizione giudiziale del rappresentante dell'interdetto e, dopo la revoca dell'interdizione, dall'autore del riconoscimento, entro un anno dalla data della revoca.

Art. 266 C.C.

Anche l'art. 267 C.C., è stato ampiamente modificato dal D.Lgs. n. 154/2013, nel senso che in passato era previsto un solo comma, riguardante l'impugnazione per violenza ed interdizione, che è restato invariato, mentre oggi ve ne sono altri quattro che si riferiscono all'impugnazione per difetto di veridicità.

Art. 267
C.C. "Trasmissibilità
dell'azione"

L'art. 267 C.C., "Trasmissibilità dell'azione", dispone che nei casi indicati dagli artt. 265 e 266 C.C., se l'autore del riconoscimento è morto senza aver promosso l'azione, ma prima che sia scaduto il termine, l'azione può essere promossa dai discendenti, dagli ascendenti o dagli eredi.

Nel caso indicato nel comma 1 dell'art. 263 C.C., se l'autore del riconoscimento è morto senza aver promosso l'azione, ma prima che sia decorso il termine previsto dal comma 3 dello stesso art. 263 C.C. (cinque anni), sono ammessi ad esercitarla in sua vece i

discendenti o gli ascendenti, entro un anno decorrente dalla morte dell'autore del riconoscimento o dalla nascita del figlio, se si tratta di figlio postumo, o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

Se il figlio riconosciuto è morto senza aver promosso l'azione di cui all'art. 263, sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio riconosciuto o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.

La morte dell'autore del riconoscimento o del figlio riconosciuto non impedisce l'esercizio dell'azione da parte di coloro che ne hanno interesse, nel termine di cui al comma 4 dell'art. 263 C.C. (cinque anni dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, fatti salvi i casi di sospensione di cui all'art. 245 C.C.).

Si applicano, infine, il comma 6 dell'art. 244 C.C. relativo alla nomina di un curatore speciale e il già citato art. 245 C.C. sulla sospensione del termine in materia di disconoscimento.

Art. 268 C.C.

L'art. 268 C.C., infine, stabilisce che quando è impugnato il riconoscimento, il giudice può dare, in pendenza del giudizio, i provvedimenti che ritenga opportuni nell'interesse del figlio.

2.9 Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità

All'interno del Titolo VII relativo alla filiazione, il Capo V, rubricato "Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità", non ha subito modifiche che incidessero sulla disciplina sostanziale dell'istituto. L'unica innovazione apportata dal D.Lgs. n. 154/2013 ha riguardato l'espunzione dell'aggettivo "naturale", senza l'aggiunta dell'espressione "nati fuori del matrimonio" che, come ormai noto, generalmente ha sostituito la parola "naturale". Invero, comprensibile e corretta appare la scelta legislativa, poiché, in questo caso, non sussisteva nessuna necessità di chiarimenti in ordine alla nascita del figlio (se nel matrimonio o fuori da esso).

È chiaro, infatti, che in caso di nascita all'interno del matrimonio, sussiste una presunzione in merito allo *status* del figlio, superabile con l'azione di disconoscimento o con le azioni di con-

testazione. Al contrario, nell'ipotesi di nascita avvenuta fuori dal matrimonio, il genitore potrà sempre riconoscere il figlio (salva l'impugnazione del riconoscimento).

La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità si riferisce alla situazione in cui un genitore non voglia riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio.

Fatte queste considerazioni preliminari, è chiaro che non sia ipotizzabile la predetta dichiarazione giudiziale per un figlio nato nel matrimonio, ecco perché alla soppressione dell'aggettivo "naturale" non ha fatto seguito alcuna sostituzione. Analogamente, sono stati eliminati gli aggettivi "legittimi, legittimati e naturali" dall'art. 270 C.C.

Sostituzioni, invece, si rinvergono nel caso del termine "potestà" con "responsabilità genitoriale" ed anche relativamente all'età del figlio che deve esprimere il proprio consenso: non più sedici anni, ma quattordici.

L'art. 269 C.C., stabilisce che la paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. Ricordiamo che sono eccezionali i casi in cui non è ammissibile il riconoscimento, considerato che il Legislatore lo ha esteso anche ai figli nati da parenti stretti, seppur previa valutazione del giudice. In sostanza, è inammissibile il riconoscimento – e quindi l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità – soltanto nel caso in cui un figlio posseda già uno *status*, ai sensi dell'art. 253 C.C., ovvero qualora l'autorità giudiziaria ritenga contrario all'interesse del figlio e pregiudizievole il riconoscimento di un figlio nato tra parenti stretti, quello che in passato si definiva "figlio incestuoso".

Art. 269 C.C.

La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo.

Prova di paternità e maternità

La maternità è dimostrata provando che vi è identità tra chi si pretende essere figlio e colui che fu partorito dalla donna che si afferma essere la madre.

La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità.

L'art. 270 C.C., prevede che l'azione per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità sia imprescrittibile riguardo al figlio.

Art. 270 C.C.

Se il figlio muore prima di aver iniziato l'azione, questa può essere promossa dai discendenti, entro due anni dalla morte.

Si applica l'art. 245 C.C. che riguarda la disciplina della sospensione del termine in materia di disconoscimento e della azioni di contestazione dello stato di figlio e che abbiamo visto essere richiamata anche per l'impugnazione del riconoscimento.

Art. 273
C.C.: soggetto che promuove l'azione

L'art. 273 C.C. prevede che l'azione per ottenere che sia giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità, nell'interesse del figlio, possa essere promossa dal genitore che esercita la responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 316 C.C. o dal tutore. Il tutore, però, deve chiedere l'autorizzazione del giudice (tutelare, ai sensi dell'art. 374 C.C.), il quale può nominare un curatore speciale.

Appare incomprensibile la scelta di non stabilire la nomina di un curatore speciale qualora l'azione sia promossa dal genitore. In genere è più comune che quest'ultimo sia in conflitto d'interessi con il minore e non il tutore. Tuttavia, è evidente come l'autorità giudiziaria potrà sempre nominare un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 C.P.C., ogni qualvolta ravvisi una situazione confliggente tra il genitore che ha promosso l'azione ed il minore.

Se il figlio ha compiuto quattordici anni, occorre il suo consenso per introdurre il giudizio o proseguire l'azione. Qui è stata abbassata l'età del minore che partecipi attivamente ai procedimenti che lo riguardano rispetto al passato in cui era previsto che il consenso fosse prestato dal minore ultra sedicenne.

Come si è detto più volte, questa scelta è determinata da una più recente concezione dell'ordinamento giuridico che – recependo i principi della normativa convenzionale internazionale – ha riconosciuto il diritto del minore a partecipare attivamente nei procedimenti che lo riguardano.

Per l'interdetto, infine, l'azione può essere promossa dal tutore, previa autorizzazione del giudice.

Il procedimento relativo all'azione è previsto dall'art. 274 C.C. e verrà analizzato nel paragrafo successivo, per alcune sue peculiarità.

Art. 276
C.C.: i legittimati passivi

L'art. 276 C.C., invece, riguarda i legittimati passivi.

La domanda di dichiarazione di paternità o di maternità deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, dei suoi eredi. Se mancano anche questi, la domanda deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso.

Alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse ai sensi dell'art. 100 del Codice di rito.

2.10 Esercizio dell'azione di disconoscimento

L'art. 274 C.C., rubricato "Ammissibilità dell'azione", è stato più volte oggetto di sindacato da parte della Consulta e, in parte, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo; pertanto, di fatto non vi è coincidenza tra la stesura del Codice e la disciplina concretamente attuabile. Il Legislatore non ha saputo cogliere l'occasione offerta dalla riforma del 2012 (la legge sulla filiazione) per dare un corretto assetto all'articolo in commento.

Art. 274 C.C.
"Ammissibilità
dell'azione"

Originariamente, l'esercizio per l'azione di disconoscimento di paternità o di maternità era subordinato ad una preventiva valutazione giurisdizionale di ammissibilità. L'autorità giudiziaria doveva, cioè, valutare se sussistessero circostanze che la facessero apparire giustificata.

In sostanza, il giudizio era bifasico: dapprima si valutava l'ammissibilità dell'azione e poi si svolgeva la fase contenziosa.

La Corte Costituzionale era intervenuta una prima volta con la sentenza n. 341 del 20 luglio 1990, dichiarando illegittimo il comma 1 del citato art. 274 nella parte in cui, in caso di minore infra sedicenne, non prevedeva che l'azione per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, promossa dal genitore esercente la potestà (oggi responsabilità), fosse ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio.

Successivamente, la Corte delle leggi si è nuovamente pronunciata, con la sentenza 10 febbraio 2006, n. 50, dichiarando illegittimo l'art. 274 nella parte in cui prevedeva un preliminare giudizio di ammissibilità dell'azione. La Corte ha dichiarato che tale giudizio contrasta con l'art. 24 Costituzione, perché lede il diritto di azione, e con l'art. 111 Costituzione, in quanto allunga oltremodo i tempi processuali. Peraltro, ha chiarito come l'esigenza di assicurare che la dichiarazione giudiziale risponda all'interesse del figlio, potesse essere agevolmente conservata, attraverso una valutazione da compiersi nel medesimo giudizio prima di accertare la sussistenza del rapporto di paternità o di maternità.

Discende da ciò che l'art. 274 C.C., così come mantenuto nel Codice, non disciplini l'azione dichiarativa della paternità o della maternità. Essa, invece, consta di un giudizio cognitivo pieno in cui l'autorità giudiziaria valuta preventivamente l'interesse del figlio.

Competenza
giurisdizio-
nale

L'unica effettiva modifica apportata dalla riforma, specificamente dall'art. 3 della Legge n. 219/2012 che ha modificato l'art. 38 disp. att. C.C., riguarda la competenza giurisdizionale.

In passato, infatti, ai sensi dell'art. 38 disp. att. C.C., come modificato dall'art. 68 della Legge n. 184/1983, in caso di figli minori, la competenza era attribuita al giudice specializzato, il Tribunale per i minorenni. Attualmente, invece, è sempre competente il Tribunale ordinario.

Art. 277 C.C.

L'art. 277 C.C. stabilisce che la sentenza che dichiara la filiazione produce gli effetti del riconoscimento.

Il giudice può anche dare i provvedimenti che siano utili per l'affidamento, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela dei suoi interessi patrimoniali.

2.11 L'autorizzazione all'azione

Art. 278 C.C.

L'unica norma del Capo V che ha subito una modifica significativa è l'art. 278 C.C.

Originariamente la norma prevedeva che le indagini sulla paternità o sulla maternità non fossero ammesse nei casi in cui fosse vietato il riconoscimento dei figli incestuosi.

Il comma 2, poi, stabiliva che potessero essere ammesse dal giudice dette indagini quando vi fosse stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento.

Invero, sul punto era già intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 494 del 28 novembre 2002, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo il primo comma dell'art. 277, perché, vietando l'azione al figlio nato da un rapporto tra parenti stretti o affini, sostanzialmente determinava ai suoi danni una *capitis deminutio*.

Attualmente la norma prevede che nei casi di figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di

affinità in linea retta, l'azione per ottenere che sia giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità non può essere promossa senza previa autorizzazione ai sensi dell'art. 251.

In pratica, si è detto che l'autorità giudiziaria è sempre chiamata a valutare preliminarmente l'interesse del figlio all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità. Nell'ipotesi in cui detta azione riguardi figli frutto di rapporti tra parenti stretti o affini in linea retta, il giudice dovrà considerare l'interesse del figlio e dovrà considerare che tale azione non arrechi al medesimo alcun pregiudizio, come prevede il novellato art. 251 C.C.

In conseguenza, è stato modificato anche il successivo art. 279 C.C., relativo alla responsabilità per il mantenimento e l'educazione. Art. 279 C.C.

La norma stabilisce che in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio nato fuori del matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Il figlio nato fuori dal matrimonio, se maggiorenne e in stato di bisogno, può agire per ottenere gli alimenti a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'art. 315-bis C.C. sia venuto meno.

L'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 251. Nonostante il richiamo all'art. 251 C.C., appare evidente che il giudice sarà chiamato a stabilire l'interesse del figlio e ad evitare il pregiudizio, attraverso un giudizio differente rispetto a quello che dovrà effettuare per valutare l'ammissibilità del riconoscimento.

S'intende, cioè, sottolineare che il giudice, nel considerare l'interesse del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, nonché la possibilità del pregiudizio che ciò potrebbe arrecargli, deve utilizzare parametri differenti da quelli che considererà per il riconoscimento o per l'azione dichiarativa giudiziale.

Diversamente opinando, si giungerebbe all'assurda considerazione che ogni qualvolta non dovesse essere giudicato rispondente all'interesse ed al benessere del figlio il riconoscimento (o la dichiarazione di paternità o di maternità), sarebbe inibita anche l'azione di cui all'art. 279 C.C. Si tratterebbe, quindi, di una norma del tutto vana e si creerebbero gravissime sperequazioni tra figli.

L'ultimo comma stabilisce che l'azione può essere promossa nell'interesse del figlio minore da un curatore speciale su richiesta del pubblico ministero o del genitore che eserciti la responsabilità genitoriale.

Si noti la mancanza di coordinamento tra l'art. 273, relativo all'azione di dichiarazione giudiziale, che fa riferimento anche al tutore, e l'art. 279 C.C. che, invece, non lo menziona.

Inoltre, come si è detto, nel caso di cui all'art. 273 C.C. non è prevista la nomina di un curatore speciale quando l'azione è promossa dal genitore esercente la responsabilità genitoriale; mentre per l'azione di cui all'art. 279 ciò è stabilito espressamente.

2.12 I mutamenti di diritto internazionale privato

Art. 33
Legge n.
218/1995

Come si è anticipato al capitolo che precede, il D.Lgs. n. 154/2013 ha innovato la Legge 31 maggio 1995, n. 218 di diritto internazionale privato. In particolare, è stato sostituito l'art. 33 il quale stabilisce che lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita.

La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio, si applica la legge italiana.

Lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge; se tale legge non consente la contestazione si applica la legge italiana.

Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.

Art. 35

L'art. 35, comma 1, è stato sostituito, sicché oggi prevede che le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento nel momento in cui esso avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento, si applica la legge italiana.

III – La responsabilità genitoriale e i diritti e i doveri del figlio

3.1 Premessa

L'unificazione dello stato di figlio, sancita dall'art. 315 C.C., è la conseguenza diretta di una concezione giuridica che considera il figlio meritevole di particolare tutela giuridica, che perciò pone al centro dell'attenzione i diritti del medesimo soggetto e riconosce la necessità che gli sia garantita ogni forma di protezione.

Art. 315 C.C.

In virtù della centralità del figlio, il Legislatore ha inteso non creare più alcuna forma di sperequazione tra i figli in virtù della loro nascita, ma ha stabilito che tutti abbiano il medesimo stato giuridico.

In altri termini, se in passato per l'ordinamento era fondamentale la tutela della famiglia fondata sul matrimonio¹⁴, oggi il Legislatore ha inteso considerare il figlio, nella sua individualità – a prescindere dal fatto che sia nato nel matrimonio ovvero da una relazione stabile o meno – quale soggetto portatore di interessi superiori.

Portatore
di interessi
superiori

Da ciò sono derivate alcune importanti modifiche della disciplina legislativa. Vedremo nel prosieguo se siano sempre indovinate o, come appare a chi scrive, in alcuni casi errate e forzate.

In particolare, è stata sostituita la locuzione “potestà dei genitori” con l'espressione “responsabilità genitoriale” ed è stata unificata l'intera disciplina relativa al mantenimento ed affidamento del figlio, anche in caso di separazione dei coniugi o di figlio nato fuori dal matrimonio.

14) Appare opportuno ricordare e precisare che nella Costituzione (soprattutto artt. 29 e 30), permane il riconoscimento della famiglia quale nucleo sociale portatore di un interesse superiore a quello dei singoli.

Quest'ultima scelta appare condivisibile, poiché colloca l'unificata disciplina relativa al figlio in maniera logica e sistematica nella parte che lo riguarda e non più nel capo relativo allo scioglimento del matrimonio e alla separazione dei coniugi, in cui l'attenzione è focalizzata sulla rottura o sull'attenuazione del vincolo coniugale. Infatti, l'art. 155 C.C., rubricato "Provvedimenti sui figli", come modificato dal D.Lgs. n. 154/2013, si limita a stabilire che in caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del Titolo IX. Si tratta, cioè, della parte relativa alla responsabilità genitoriale e ai diritti e doveri del figlio.

3.2 I diritti e i doveri del figlio

Art. 315-bis C.C. L'art. 315-bis C.C., introdotto dalla Legge n. 219/2012, rappresenta il manifesto di tutti i diritti del figlio: dal diritto al mantenimento materiale, a quello all'assistenza morale e spirituale, dal diritto di mantenere rapporti significativi con tutti i parenti al diritto all'ascolto nelle questioni che lo riguardano (non solo nei procedimenti giurisdizionali, dunque).

Comma 1 L'art. 315-bis, nel suo *incipit* riprende l'art. 147 C.C., in materia di doveri dei coniugi verso i figli. Sostanzialmente, la formulazione del primo comma dell'articolo in commento è identica al predetto art. 147 (al quale, peraltro, si ispira la Carta Costituzionale all'art. 30), anche se nel primo si pone l'attenzione non già sul dovere del genitore, ma sul diritto del figlio.

La norma stabilisce che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e della sue aspirazioni. Come si è detto, quindi, viene sostanzialmente riprodotto l'art. 30 della Costituzione, stabilendo che tutti i figli, indistintamente, hanno diritto di essere mantenuti, educati, istruiti ed assistiti sotto il profilo morale, tenendo conto delle attitudini naturali di questi. Per tale motivo, non aveva più ragione di essere mantenuta in vigore la regola, contenuta nell'art. 261 C.C., riguardante i diritti e i doveri del genitore derivanti dal riconoscimento.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il diritto di vivere in seno alla propria famiglia, già riconosciuto dalla Legge n. 184/1983, va inteso nel

senso di consentire al figlio di continuare a crescere nel nucleo a cui egli sente di appartenere perché quello rappresenta il centro dei suoi affetti.

Di conseguenza, si riconosce il diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti. Questo aspetto dell'art. 315-bis, comma 2, C.C., merita particolare attenzione. Già l'art. 155 C.C., come modificato dalla Legge n. 54/2006, stabiliva il diritto del figlio (minore) di mantenere rapporti significativi con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Il Legislatore, cioè, aveva voluto evitare che la separazione tra i coniugi impedisse ai figli di continuare la frequentazione della famiglia allargata. Oggi viene riconosciuto un generico diritto per tutti i figli a mantenere il rapporto con i parenti. Si pensi ai casi in cui i genitori non siano in conflitto tra di loro, ma sorga una frattura con i parenti (nonni, zii) di un ramo familiare. In questo caso, essendo riconosciuto il diritto del minore, sarà possibile tutelare il suo rapporto con i parenti che non possa più incontrare. Peraltro, il Legislatore si è spinto sino a riconoscere anche agli ascendenti una vera e propria legittimazione ad agire (definita “diritto” dalla norma) per conservare i rapporti con i discendenti minorenni, come vedremo analizzando l'attuale art. 317-bis C.C. al capitolo V.

Comma 2: diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti

Il Legislatore, però, non tutela l'astratto vincolo parentale, ma la sussistenza di un rapporto significativo tra il figlio e i parenti, laddove la valutazione della rilevanza del rapporto si effettua considerando i sentimenti del figlio. In altri termini, solo se per lui la relazione è significativa può essere tutelata. Questa interpretazione deriva dalla lunga applicazione della Legge n. 184/1983 nella quale in più parti si fa riferimento a rapporti “significativi”, sempre valutando la rilevanza che per il minore (qui figlio) assume quella frequentazione e la sua volontà di coltivarla.

L'art. 315-bis, comma 3, C.C. riconosce al figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Comma 3

Considerata la rilevanza del tema, sul diritto all'ascolto del figlio ci si soffermerà nel capitolo successivo. Tuttavia, appare opportuna qualche breve considerazione in proposito. Invero, la norma in esame ha recepito la normativa internazionale e nazionale in materia. Oltre alle Convenzioni di New York e di Strasburgo,

infatti, vanno menzionati l'art. 10 della Legge n. 184/1983, nonché l'ormai abrogato art. 155-sexies C.C. In tutte queste norme appena citate, viene tutelato il diritto del minore che sia parte di un procedimento giurisdizionale di partecipare attivamente quando abbia capacità di discernimento. L'art. 336-bis, poi, completa la disciplina specificando termini, limiti e modalità dell'audizione.

Con l'emanazione dell'art. 315-bis C.C., tale diritto viene riconosciuto in maniera generalizzata e contemplato tra i diritti del figlio, ricevendo indubbiamente maggiore riconoscimento. Inoltre, merita di essere considerato che il Legislatore non si è limitato a prevedere l'ascolto del minore in caso di procedure che lo riguardano, ma ha richiamato anche, più genericamente, le "questioni".

A parere di chi scrive, in questo modo si è voluto stabilire che il parere del figlio consapevole e cosciente debba essere sempre ascoltato, non solo nei procedimenti innanzi all'autorità giudiziaria, ma anche in tutte le altre vicende (familiari, sociali, ecc.) che lo riguardano. Solo in questo caso i diritti contenuti nel primo comma dell'articolo in questione, in particolare il rispetto delle inclinazioni e delle aspirazioni, potranno essere validamente esercitati.

Comma 4

Infine, all'ultimo capoverso, l'art. 315-bis C.C. stabilisce che il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia, finché convive con essa.

I doveri previsti in capo al figlio sono restati invariati rispetto a quanto era già previsto dalla vecchia formulazione dell'art. 315 C.C. Si tratta, però, di una norma di difficile attuazione, quanto meno nella seconda parte, considerato che in genere i figli hanno difficoltà a raggiungere un'autonomia economica finché vivono in famiglia, tanto che il mantenimento in loro favore si conserva a lungo. Vero è che la norma vuole indurre il figlio a collaborare con i genitori stabilendo non solo che il primo deve del rispetto ai secondi, ma che egli deve partecipare, compatibilmente con le proprie capacità, al *menàge* familiare, anche tramite l'assunzione di compiti materiali, che non sono esclusivamente economici, ma che incidono sul senso di solidarietà familiare.

3.3 La responsabilità genitoriale

Una delle maggiori innovazioni introdotte dal D.Lgs. n. 154/2013 è rappresentato dalla sostituzione del termine “potestà” con quello di “responsabilità” dei genitori (o genitoriale).

Non a caso si parla di una modifica terminologica, perché in sostanza non è cambiato molto dell'istituto in questione, se non, appunto, l'adozione di un sostantivo differente.

La scelta legislativa è stata accolta con grande favore dalla dottrina¹⁵ che ha sottolineato come l'innovazione legislativa debba essere considerata una conquista di civiltà giuridica, perché il rapporto genitori-figli assume maggiore parità e i figli non sono più sottoposti al potere dei genitori in posizione di sudditanza.

Chi scrive è di parere diametralmente opposto.

Da un lato, va considerato che la potestà non è un potere esercitato arbitrariamente. Al contrario, la potestà genitoriale è un insieme di doveri e di diritti, attribuiti nell'esclusivo interesse dei figli. Si tratta, cioè, di uno strumento necessario per consentire l'adempimento dei doveri imposti ai genitori nei confronti della prole. Si è sottolineato al riguardo come la potestà non rappresenti un potere da esercitare *su* i figli, ma *per* i figli stessi¹⁶.

Interesse
dei figli

La potestà è, infatti, un potere esercitato nell'interesse altrui. Tale potere può essere attribuito dalla legge, come nel nostro caso, oppure dall'interessato (così nella rappresentanza). Da ciò deriva che il titolare della potestà non è libero di agire, perché deve necessariamente indirizzare la sua azione al perseguimento dell'interesse di colui a favore del quale la esercita¹⁷.

Questo significa che essa, pur essendo una posizione giuridica soggettiva attiva, poiché comporta l'attribuzione del potere di

15) Così, tra i tanti: G. CASABURI, “Il completamento della riforma della filiazione” in *Il Foro italiano*, 2014, I, parte V, pp. 2 e ss.; V. MONTARULI, “Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219”, relazione tenuta all'incontro di studi “Legge 219/2012. Nuove applicazioni e criticità”, organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati in Bari il 25 ottobre 2013, in *Judicium.it*.

16) Così MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 1996, p. 134.

17) Vedi GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2001, p. 68: «Ne consegue che si tratta di un potere vincolato ed in ciò è la basilare diversità tra diritto soggettivo e potestà: nel primo caso si ha una perfetta sintesi di diritto e libertà, nel secondo caso, invece, non vi è libertà ma, al contrario, il potere, in quanto vincolato, si configura come un tipico potere discrezionale».

esercitare un diritto di terzi, impone un limite perché l'esercizio di tale diritto è vincolato all'interesse altrui. Pertanto si definisce potere-dovere.

Invece, il termine responsabilità è un *minus* rispetto alla potestà, perché si riferisce solo ad una fase successiva a quella in cui il soggetto (nel nostro caso un genitore) dovrebbe assumere su di sé l'obbligo giuridico (l'impegno della cura della prole).

In altre parole, il termine responsabilità indica che un soggetto debba "rispondere" di qualcosa, ossia sopportare le conseguenze di un evento dannoso cagionato dalla violazione di un dovere o di un obbligo. A tal proposito una parte critica della dottrina ha osservato come il nostro ordinamento, cancellando la potestà genitoriale, abbia eliminato i doveri in essa contenuti, sicché sarebbe difficile ipotizzare che i genitori possano essere ritenuti responsabili di obblighi che l'ordinamento non prevede¹⁸.

Come si è detto, invece, la potestà è una situazione giuridica soggettiva, un istituto antichissimo che appartiene alla nostra tradizione giuridica e che era perfettamente idoneo a disciplinare gli aspetti giuridici del rapporto tra i genitori e i figli. In nessun modo può affermarsi che il Legislatore ponesse il figlio sotto il "giogo" del genitore.

Invero, sembra si possa affermare che la locuzione responsabilità genitoriale sia solo una modifica terminologica, ma non abbia mutato nella sostanza il rapporto giuridico tra genitori e figli.

Legislazione
internazio-
nale

È noto come l'espressione "responsabilità genitoriale" sia contenuta nella legislazione internazionale la quale, per sua natura, è spesso atecnica. Ci si riferisce in particolare al regolamento CE 2201/2003 del 27 novembre 2003.

A tale proposito, tuttavia, va osservato che, poiché si tratta di regole da applicare in numerosi Paesi, con tradizioni giuridiche differenti, istituti diversi, non da tutti gli ordinamenti conosciuti, si adottano categorie e termini caratterizzati da maggiore genericità. Questo, però, non può significare che un antico ordinamento giuridico, dotato di istituti peculiari, possa abdicare alle proprie regole accettando di snaturare se stesso.

18) Sul punto, si consiglia la lettura di F. SALAMI, "Responsabilità genitoriale a rischio di legittimità" in www.assinews.it.

Inoltre, va osservato come il Legislatore delegato, sopprimendo in tutta la disciplina legislativa il termine “potestà” con quello “responsabilità”, abbia ecceduto nella delega conferitagli con la Legge n. 219/2012.

Eccesso
di delega

L’art. 1, comma 6, della Legge n. 219/2012 aveva sostituito la rubrica del Titolo IX del Libro primo con “Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio”. La stessa legge delega, quindi, parla di potestà ed appare, perciò, quanto meno inverosimile che abbia voluto modificare la dizione per un tempo breve, in attesa dell’intervento del Governo. Se avesse inteso sostituire “potestà” con “responsabilità”, avrebbe provveduto direttamente a tale modifica oppure avrebbe previsto una delega in questo senso.

Inoltre, l’art. 2 della Legge n. 219/2012, contenente la delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, alla lett. h) dispone l’unificazione delle disposizioni che disciplinano i dritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, “delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell’esercizio della potestà genitoriale”.

Dunque, il Legislatore non aveva affatto inteso sostituire l’istituto della potestà, ma voleva solo specificarne il significato alla luce del concetto di responsabilità genitoriale.

Non vi è dubbio che vi sia un eccesso di delega che potrebbe anche determinare questioni di legittimità costituzionale.

Infatti, come vedremo analizzando l’art. 336 C.C., nei procedimenti *de potestate* – che possono comportare ablazione, sospensione o limitazioni dell’esercizio della responsabilità genitoriale – l’autorità giudiziaria è chiamata a valutare la sussistenza del pregiudizio cagionato al figlio dal genitore, limitandosi ad apprezzare l’elemento oggettivo, cioè la sussistenza di un nesso di causalità tra condotta del genitore e pregiudizio subito dal figlio. Nessuna valutazione si effettua sull’elemento soggettivo (dolo o colpa), che connota il comportamento del genitore. Si tratta di procedimenti tesi esclusivamente alla tutela della prole, privi di funzione sanzionatoria nei riguardi del genitore.

Valutazione
sussistenza
del pregiudizio: elemento
oggettivo

Elemento
soggettivo

Nel nostro ordinamento, invece, la valutazione della responsabilità (civile, penale o amministrativa che sia), non può in nessun modo prescindere dalla sussistenza dell’elemento psicologico, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata.

Elemento
psicologico

Nessuno, cioè, può rispondere per qualcosa che non gli sia attribuito psicologicamente.

Alla luce di tali considerazioni, è difficile ipotizzare che si possa coniugare il concetto di responsabilità genitoriale con provvedimenti assunti ai sensi degli artt. 330 e ss C.C., senza che sia accertato se quel comportamento tenuto dal genitore fosse o meno attribuibile soggettivamente a lui.

Il rischio, peraltro, è che tutte le volte in cui non sia ravvisabile una responsabilità del genitore, cioè non sia attribuibile soggettivamente la condotta tenuta dallo stesso, non si assuma alcun provvedimento a tutela del figlio, ingenerando, così, un'evidente situazione di danno o di pericolo per il medesimo minore.

È, perciò, auspicabile che, anche attraverso l'intervento della Corte Costituzionale, sia ripristinata la categoria giuridica della potestà.

3.4 La disciplina della responsabilità genitoriale

Art. 316
C.C.

L'art. 316 C.C. stabilisce che entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale, la quale è esercitata di comune accordo tenendo conto delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore.

In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi.

Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio.

Come si vede, la norma in commento è stata notevolmente modificata dal D.Lgs. n. 154 che non si è limitato ad introdurre il termine “responsabilità” in luogo della “potestà”.

In particolare, adesso l’art. 316 fa riferimento a quei diritti del figlio, già riconosciuti dal precedente art. 315-bis, costituzionalmente garantiti dall’art. 30 Costituzione, mentre prima la norma era più scarna.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva introdotto il concetto di potestà dei genitori, sostituendolo a quello di patria potestà. In altri termini, entrambi i genitori esercitavano la potestà sui figli. Tuttavia l’art. 316, comma 4, C.C., prevedeva che, in caso di incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre potesse adottare provvedimenti urgenti e indifferibili.

Ipotesi
di pericolo
incombente

Anche nella stesura precedente della norma era prevista la possibilità di adire il giudice su questioni di particolare importanza. Tuttavia, ogni qualvolta vi fosse il rischio di un danno al minore e vi fosse la necessità di decidere urgentemente, era conferito al padre il potere di agire. Come è chiaro, questa impostazione non si rinviene più nell’attuale art. 316 C.C. che però non individua un sistema per arginare il contrasto tra i genitori nel caso di pericolo incombente che non consenta il ricorso all’autorità giudiziaria.

Per il resto, va osservato che il Legislatore specifica che la responsabilità genitoriale spetta sempre ad entrambi i genitori. In caso di figlio nato fuori dal matrimonio, spetta al genitore che ha riconosciuto il figlio e, se lo hanno riconosciuto ambedue, spetta ad entrambi.

Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale ha, tuttavia, il potere di vigilare sulle condizioni del figlio. Egli non opera delle scelte, ma può valutare se quelle compiute corrispondano all’interesse del minore.

Altra modifica di rilievo riguarda la competenza giurisdizionale.

Invero, la modifica dell’art. 38 disp. att. C.C., determinata dalla Legge n. 219/12, ha notevolmente ridotto la competenza del Tribunale per i minorenni. Precedentemente, infatti, era competente il giudice specializzato. Oggi, invece, deve ritenersi che sia competente il Tribunale ordinario, atteso che l’art. 38 non menziona tra i provvedimenti del giudice minorile quelli di cui all’art. 316 C.C.

Competenza
giurisdizio-
nale

Non diversamente dal passato, la norma in questione, fa riferimento all'ascolto del minore, ma, a differenza di quanto previsto anteriormente alla riforma, uniforma l'età per l'audizione del minore al compimento dei dodici anni o anche anteriormente a tale data se il minore ha sufficiente capacità di discernimento. Prima, invece, il giudice avrebbe dovuto ascoltare il figlio solo se maggiore di quattordici anni.

Art. 317 C.C. L'art. 317 C.C. dispone che in caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

La responsabilità genitoriale di entrambi i genitori non cessa a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio; il suo esercizio in questi casi è regolato dalle disposizioni contenute nel Capo II del medesimo Libro del Codice.

Eccetto che per le ormai consuete sostituzioni nominali ("responsabilità" in luogo di "potestà"), la norma non contiene sostanziali elementi di novità. Essa stabilisce delle regole che appaiono logiche e non richiedono particolari commenti. È chiaro, infatti, che se c'è un solo genitore, sarà lui ad esercitare in maniera esclusiva la responsabilità, come anche che lo scioglimento del vincolo matrimoniale, di qualsiasi natura sia, non fa cessare il ruolo genitoriale, con tutto quello che ciò determina anche rispetto alla responsabilità nei riguardi dei figli.

Art. 318 C.C. Una breve menzione merita l'art. 318 C.C., anch'esso restato sostanzialmente invariato. La norma stabilisce che il figlio, sino alla maggiore età o all'emancipazione, non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la responsabilità genitoriale, né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare.

Art. 337 C.C. Si rammenti, infine, l'art. 337 C.C., relativo alla vigilanza del giudice tutelare. Esso prevede che il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il Tribunale abbia stabilito per l'esercizio della responsabilità genitoriale e per l'amministrazione dei beni.

3.5 Il mantenimento

Il D.Lgs. n. 154/2013 ha inserito nel Capo relativo ai diritti e ai doveri del figlio l'art. 316-bis, in cui, sostanzialmente, è stato trasfuso il vecchio art. 148 C.C. che, a seguito delle modifiche della medesima legge delegata, oggi si limita a stabilire che i coniugi devono adempiere l'obbligo di cui all'art. 147 secondo quanto previsto dall'art. 316-bis.

Art. 316-bis C.C.
“Concorso al mantenimento”

La *ratio* è chiara e condivisibile. Se, infatti, tutti i figli sono uguali ed hanno lo stesso *status*, il mantenimento non può essere disciplinato, frammentariamente, in parte nel Capo riguardante il matrimonio, in parte nel Capo relativo al riconoscimento, ma deve essere regolato nella parte del Codice che si riferisce ai diritti del figlio.

L'art. 316-bis, rubricato “Concorso nel mantenimento”, stabilisce che i genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei riguardi dei figli.

In caso di inadempimento, il Presidente del Tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente e assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole.

Il decreto, notificato agli interessati e al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti e il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.

L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto d'ingiunzione, in quanto applicabili. Le parti ed il terzo debitore possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modifica e la revoca del provvedimento.

Non è agevole stabilire se gli obblighi di mantenimento previsti nell'ambito del diritto di famiglia si possono definire indiscriminatamente obbligazioni in senso tecnico. Secondo autorevole dottrina i doveri in questione scaturirebbero da diritti familiari che non avrebbero carattere patrimoniale e, dunque, non rientre-

rebbero nei diritti di credito, per cui ad essi non si applicherebbe integralmente la disciplina di cui agli artt. 1173 e ss. del Codice Civile¹⁹. Tuttavia questa interpretazione risente di una concezione eccessivamente privatistica del diritto di famiglia secondo la quale l'ordinamento non può interferire in vicende che appartengono quasi esclusivamente a rapporti personali del nucleo familiare, in un certo senso, come è stato detto, afferenti alla sfera privata.

Analoga impostazione ha condotto altro eminente Autore²⁰ a ritenere che i diritti scaturenti dal rapporto di coniugio, dalla filiazione, nonché dalla qualità di genitori, non sarebbero veri e propri diritti soggettivi, in quanto la loro previsione normativa deriverebbe esclusivamente dalla necessità di salvaguardare l'unità e la stabilità della famiglia nel suo complesso.

Non vi è dubbio che la tesi attualmente più accreditata e condivisa anche alla luce dei dettami costituzionali, in particolare dagli artt. 29 e 30, non può che indurre a ritenere che i diritti scaturenti dai rapporti familiari siano, quanto meno in astratto, idonei a far nascere diritti di credito in caso di inadempienza dei soggetti obbligati, anche se tale possibilità in molti casi appare in concreto difficilmente realizzabile, in virtù dell'*affectio familiaris* che, eccetto vicende patologiche, induce genitori e figli a non ricorrere ad azioni giudiziali.

Rimedi
in caso di
inosservanza

Tuttavia, è lo stesso ordinamento che stabilisce alcuni rimedi nel caso di inosservanza dei doveri scaturenti dal rapporto di filiazione, come si legge nel medesimo articolo in commento. Più difficile da ipotizzare, invece, appare il caso in cui, a fronte dell'inadempimento del figlio a contribuire al mantenimento della famiglia, i genitori agiscano nei suoi confronti, anche se, come si è detto, ciò sarebbe possibile seppure solo in linea astratta.

Specificamente, per quanto riguarda l'obbligo di mantenimento dei figli, l'ordinamento predispone diversi rimedi in caso di sua violazione. In particolare, il mancato rispetto del mantenimento può determinare sanzioni penali di cui all'art. 570 C.P., nonché dare luogo ad una pronuncia decadenziale o limitativa della responsabilità *ex* artt. 330 e 333 C.C., su cui ci soffermeremo in seguito. Come già si è detto, il dovere di mantenere i figli grava su

19) TRABUCCHI, *Comm. dir. it. fam.*, I, 1, p. 225.

20) SANTORO – PASSARELLI, *Comm. dir. it. fam.*, I, 1, p. 226.

entrambi i genitori ed anche su altri soggetti, seppure solo nella misura in cui i primi non abbiano mezzi sufficienti per prendersi cura della prole. L'art. 316-bis stabilisce, infatti, che quando i genitori non hanno i mezzi sufficienti, gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.

Giova sottolineare che, secondo la giurisprudenza, l'obbligo in capo agli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi per il mantenimento dei discendenti sorge non già a seguito di mero inadempimento dei genitori, ma solo in caso di oggettiva impossibilità di questi ultimi di garantire il mantenimento della prole. Infatti si è affermato che l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari per adempiere al loro dovere nei confronti dei figli (o, almeno, di corrispondere gli alimenti in favore di detti nipoti), sorge non già perché uno dei genitori sia rimasto inadempiente ai propri obblighi, ma se e in quanto i genitori stessi non abbiano mezzi sufficienti per provvedere alle esigenze dei propri figli²¹.

Autorevole dottrina²² ha ritenuto, in passato, che i genitori non possano considerarsi obbligati solidalmente nei confronti della prole, ma che in questo caso si configuri un'obbligazione globale di risultato. Al contrario, per un diffuso orientamento giurisprudenziale tra i genitori sussisterebbe una vera e propria obbligazione solidale, di talché qualora uno abbia integralmente provveduto al mantenimento della prole, avrà diritto di agire in regresso nei riguardi dell'altro per il recupero della porzione spettante al genitore inadempiente²³. L'obbligo, invece, che incombe sugli altri ascendenti, legittimi o naturali, costituisce pacificamente un'obbligazione sussidiaria.

Appare necessario sottolineare che un rilevante contributo nella tutela economica della prole è derivato dall'art. 3 della Legge n. 219/2012, recante la rubrica "Modifica dell'art. 38 delle disposizioni per l'attuazione del Codice Civile e disposizioni a garanzie dei diritti dei figli agli alimenti e al mantenimento".

21) Cass. Civ., Sez. I, 30 settembre 2010, n. 20509.

22) TRABUCCHI, *Ibidem*.

23) Cass. Civ., Sez. I, 29 marzo 1994, n. 3049; Corte App. di Roma, 7 gennaio 2009, n. 51; Tribunale di Torino, Sez. VIII, 31 marzo 2008, n. 2774.

Art. 3,
comma 2,
Legge n.
219/2012

Il comma 2 stabilisce che il giudice, a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti.

Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento dei predetti obblighi, il giudice può disporre il sequestro dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 7, della Legge 1° dicembre 1970, n. 898. Il giudice può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 2 e ss., della Legge n. 898/1970. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 C.C.

3.6 I mutamenti di diritto internazionale privato

Come si è detto, il D.Lgs. n. 154/2013 ha innovato la Legge 31 maggio 1995, n. 218 di diritto internazionale privato.

In particolare, limitatamente al tema della responsabilità genitoriale, è stato introdotto l'art. 36-bis a mente del quale, nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che:

- attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale;
- stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio;
- attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio.

3.7 I rapporti con gli ascendenti. (Rinvio)

L'art. 317-bis è stato totalmente modificato dal D.Lgs. n. 154/2013 e oggi, come si è detto, riguarda il "diritto" degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

Tuttavia, considerato che la materia non riguarda espressamente la responsabilità genitoriale, verrà trattato al capitolo V.

3.8 La rappresentanza e l'amministrazione. Gli atti vietati ai genitori

La norma sulla rappresentanza e sull'amministrazione dei beni del figlio minore, non ha subito nessuna modifica significativa. Tuttavia, per completezza, appare opportuno un breve cenno alla disciplina codicistica in materia.

L'art. 320 C.C., intitolato "Rappresentanza e amministrazione", stabilisce che i genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, rappresentano i figli nati e nascituri, fino alla maggiore età o all'emancipazione, in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore. Art. 320 C.C.

Con il D.Lgs. n. 154/2013, oltre alla sostituzione della parola "potestà" con la locuzione "responsabilità genitoriale", si è provveduto all'inserimento della frase "fino alla maggiore età o all'emancipazione". Invero, non vi sarebbe stata necessità di tale specificazione, considerato che la capacità di agire si acquista con il compimento della maggiore età, secondo quanto prevede l'art. 2 C.C., il quale sostanzialmente afferma che tale è la regola generale, salvi i casi in cui è prevista per legge un'età diversa. Tra questi casi vi è senz'altro l'emancipazione, ai sensi dell'art. 394 C.C.

In caso di disaccordo o di esercizio difforme delle decisioni concordate, si applicano le disposizioni dell'art. 316 C.C.

I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri, giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio, dopo autorizzazione del giudice tutelare.

I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego.

L'esercizio di un'impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del Tribunale, su parere del giu-

dice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa fino a quando il Tribunale abbia deliberato sull'istanza.

Conflitti di
interessi
patrimoniali

Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore.

Il conflitto d'interessi non rappresenta l'unica ipotesi in cui l'autorità giudiziaria può nominare un curatore speciale, perché tale designazione potrà esservi anche nel caso in cui il genitore o i genitori esercenti la responsabilità genitoriale non possano a qualsiasi titolo o non vogliano compiere attività di straordinaria amministrazione nell'interesse del figlio.

Art. 321
C.C.:
nomina di
un curatore
speciale

L'art. 321 C.C., "Nomina di un curatore speciale", infatti, dispone che in tutti casi in cui i genitori congiuntamente o quello che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio, eccedente l'ordinaria amministrazione, il giudice, su richiesta del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, sentiti i genitori, può nominare al figlio un curatore speciale, autorizzandolo al compimento di tali atti.

In questi casi il Tribunale competente è quello ordinario che provvede in camera di consiglio secondo le statuizioni dell'art. 38 disp. att. C.C.

Art. 322 C.C.

Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza osservare le disposizioni degli artt. 320 e ss. sono annullabili su istanza dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o del figlio o dei suoi eredi o aventi causa, secondo quanto stabilito dall'art. 322 C.C.

Art. 323 C.C.

Infine, l'art. 323 C.C. prevede una serie di atti che sono vietati ai genitori. Così, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale non possono, neppure all'asta pubblica, rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore.

Gli atti compiuti in violazione di tale divieto sono annullabili su istanza del figlio, dei suoi eredi o dei suoi aventi causa.

Infine, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale non possono diventare cessionari di alcuna ragione o credito verso il minore.

Anche questa norma non è stata modificata nella sua struttura, ma, ancora una volta, il Legislatore si è limitato a sostituire il termine “potestà” con l’espressione “responsabilità genitoriale”.

3.9 L’usufrutto legale

Anche in materia di usufrutto legale la riforma non ha influito in maniera sostanziale, nel senso che la disciplina è restata invariata, limitandosi a sostituire il termine “potestà” e ad aggiungere, come si è visto prima, la locuzione “fino alla maggiore età o all’emancipazione”, forse pleonastica, per le considerazioni già scritte al paragrafo precedente.

L’art. 324 C.C. dispone che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale hanno in comune l’usufrutto dei beni del figlio, fino alla maggiore età o all’emancipazione.

Art. 324 C.C.

I frutti percepiti sono destinati al mantenimento della famiglia e all’istruzione ed educazione dei figli.

Non sono invece soggetti all’usufrutto legale:

- 1) i beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro;
- 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un’arte o una professione;
- 3) i beni lasciati o donati con la condizione che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale o uno di essi non ne abbiano l’usufrutto, ma la condizione non ha effetto per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;
- 4) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell’interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale. Se uno solo di essi era favorevole all’accettazione, l’usufrutto legale spetta esclusivamente a lui.

Beni non
soggetti
all’usufrutto
legale

L’usufrutto legale, dunque, non serve a soddisfare i bisogni personali dei genitori, ma al mantenimento dei figli e dell’intero nucleo familiare, rispondendo ad un generale principio di solidarietà familiare.

Discende da ciò che quando il figlio non coabita con entrambi i genitori, la quota di usufrutto legale spettante al genitore non convivente deve essere utilizzata esclusivamente per il figlio proprietario dei beni. Del resto, tanto si comprende anche dalla lettura

Art. 328 C.C. dell'art. 328 C.C. secondo cui il genitore che passa a nuove nozze conserva l'usufrutto legale con l'obbligo di accantonare in favore del figlio quanto risulti eccedente rispetto alle spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione di quest'ultimo.

A mente dell'art. 325 C.C., sull'usufruttuario legale gravano gli obblighi propri dell'usufruttuario.

Inoltre, il successivo art. 326 C.C. stabilisce che l'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno o di ipoteca, né di esecuzione da parte dei creditori.

Invece, l'esecuzione sui frutti dei beni del figlio da parte dei creditori dei genitori o di quello di essi che ne è titolare esclusivo, non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Motivi di
estinzione

L'art. 327 C.C. specifica che il genitore che esercita in modo esclusivo la responsabilità genitoriale è il solo titolare dell'usufrutto legale.

L'usufrutto legale si estingue:

- 1) per la morte dei genitori, mentre se muore uno solo si accresce all'altro;
- 2) a seguito di provvedimento di decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale; qualora il provvedimento ablativo riguardi un solo genitore, l'usufrutto legale si accresce all'altro;
- 3) per il raggiungimento della maggiore età del figlio o per la sua emancipazione;
- 4) in caso di morte del figlio. In tal caso vi è consolidamento in capo ai genitori, eredi legittimi, della nuda proprietà e dell'usufrutto.

Art. 329 C.C. L'art. 329 C.C. stabilisce che, cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio convivente con esso senza procura, ma senza opposizione o anche con procura, ma senza rendere conto dei frutti, egli o i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti al tempo della domanda.

Sotto il profilo fiscale, è opportuno chiarire che i beni soggetti ad usufrutto legale devono essere dichiarati dai genitori insieme ai propri redditi. Al contrario, quelli che non rientrano nell'usufrutto legale devono essere dichiarati con un modello separato, intestato al minore, ma sottoscritto dal genitore esercente la responsabilità genitoriale.

3.10 I provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale (c.d. “*de potestate*”)

Sul punto è bene osservare che qui la disciplina è restata pressoché invariata. La modifica più rilevante riguarda la competenza giurisdizionale, a seguito della riforma dell’art. 38 disp. att. C.C., su cui già ci siamo soffermati e che verrà analizzato più specificamente nell’ultimo capitolo. Per il resto, ancora una volta, il Legislatore delegato si è limitato a sostituire il termine “potestà” con “responsabilità genitoriale”. Ciò non toglie che i provvedimenti ed il procedimento in questione possano essere ancora efficacemente definiti “*de potestate*”, non riuscendosi ad individuare un’altra espressione altrettanto sintetica e precisa.

La decadenza dalla responsabilità genitoriale è regolata dall’art. 330 C.C.

Art. 330
C.C.: decadenza dalla
responsabilità
genitoriale

La norma stabilisce che il giudice può pronunciare la decadenza quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri (che, come si è detto, sono conferiti nell’esclusivo interesse della prole), arrecando grave pregiudizio ai figli.

La violazione dei doveri e dei poteri inerenti all’esercizio della responsabilità genitoriale, dunque, non è tipizzata, né avrebbe potuto esserlo, considerata la varietà di condotte incompatibili con il ruolo assegnato dalla legge ai genitori. La casistica è ampia e comprende varie forme di maltrattamenti, di abuso (si pensi all’uso distorto dello *ius corrigendi*), di violenze fisiche, morali e sessuali, di incuria, trascuratezza e disinteresse, sino ad ipotesi in cui i modelli educativi offerti dai genitori siano in netto contrasto con i principi dell’ordinamento. Quest’ultima categoria, tuttavia, desta qualche perplessità, perché si presta ad un’eccessiva ed illegittima invadenza nella sfera privata della famiglia ai cui soli componenti è demandato il potere di scegliere l’indirizzo preferibile per il nucleo familiare stesso, sempre che questa libertà non determini un concreto nocumento alla prole.

Neppure il pregiudizio viene descritto dal Legislatore nel suo contenuto. Invero, anch’esso può presentarsi sotto varie forme, come ad esempio lesioni personali in caso di maltrattamenti. Generalmente, però, il pregiudizio è costituito da uno stato di disagio del minore che si estrinseca in aggressività, atteggiamenti autolesionistici, difficoltà nei rapporti con il mondo esterno,

immaturità, ritardo cognitivo, difficoltà nella costruzione della personalità, sino alla devianza minorile.

Tutte situazioni che potrebbero riassumersi nell'inadeguatezza ed inidoneità ad una crescita sana ed equilibrata dei minori che costituisce il fulcro ed il fine ultimo dei procedimenti in questione.

Discrezio-
nalità del
giudice

Dal tenore letterale della norma, tuttavia, deve desumersi che non possa pronunciarsi un provvedimento ablativo della responsabilità in caso di mero pericolo (per quanto concreto), ma soltanto in presenza di un pregiudizio effettivo. Peraltro, il Legislatore rimette al giudice la facoltà di pronunciare la decadenza dalla responsabilità, come si evince dall'utilizzo del verbo "potere". Ciò significa che al Tribunale è conferita la discrezionalità di valutare l'opportunità o meno di addivenire ad un provvedimento decadenziale. Infatti, è possibile che il giudicante reputi tale provvedimento in contrasto con l'interesse del minore, nonostante la sussistenza di un pregiudizio.

Art. 333 C.C.

A tal proposito, va osservato che l'art. 333 C.C. consente al giudice di adottare provvedimenti "convenienti" per la prole, ogni qualvolta il comportamento del genitore sia pregiudizievole per il figlio, ma non tale da dare luogo ad una pronuncia di decadenza. Dunque questa norma attribuisce ampio potere all'organo giudicante di stabilire i limiti alla responsabilità genitoriale.

Limiti che possono consistere in prescrizioni come, ad esempio, la frequentazione del consultorio familiare oppure la presenza di un *home maker* che coadiuvi i genitori nella gestione del *menage* familiare, effettuando anche un controllo sul nucleo. L'art. 333 C.C., peraltro, consente al Tribunale per i minorenni di assumere anche provvedimenti cautelativi in favore dei minori (come la sospensione dalla responsabilità genitoriale), allorquando si ravvisino, sin dall'inizio dell'istruttoria, circostanze tali da far ritenere pericolosa per il benessere dei figli la condotta dei genitori.

Allontana-
mento
del figlio
dalla casa
familiare

Va altresì osservato che sia nella fattispecie di cui all'art. 330 C.C., sia in quella *ex* art. 333 C.C., il Legislatore ha stabilito che il giudice possa anche decidere di disporre l'allontanamento del figlio dalla casa familiare, nonché del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore (facoltà, quest'ultima, introdotta con la Legge n. 149/2001).

Tale ulteriore disposizione normativa ha indotto dottrina e giurisprudenza a ritenere che gli artt. 330 e 333 C.C. siano speciali

rispetto alla fattispecie degli ordini di protezione di cui all'art. 342-bis C.C. (peraltro inseriti dalla coeva Legge n. 154/2001), sicché qualora sia solo un minore a subire il pregiudizio da parte di un genitore o persona con lui convivente, sarà il Tribunale per i minorenni competente ad emettere ordini di protezione²⁴.

Tuttavia, una critica al Legislatore sembra doversi sollevare allorché equipara il genitore ad altro soggetto convivente con il minore, considerato che appare difficile immaginare – in procedimenti relativi ai rapporti tra genitori e figli, quali sono quelli *de potestate* – l'intervento del Tribunale per i minorenni anche nei rapporti con terzi conviventi, non uniti ai minori dal legame genitoriale. Probabilmente, è ipotizzabile che l'intervento del giudice specializzato nell'assumere provvedimenti rispetto ad altri conviventi sia "accessorio" rispetto al procedimento in materia di responsabilità e che l'allontanamento di tali conviventi possa essere disposto esclusivamente qualora, nell'ambito di giudizi relativi ai genitori, si ravvisi un comportamento pregiudizievole tenuto da altri (fratelli maggiori, zii, convivente del genitore).

In concreto, è molto raro che il Tribunale decida di allontanare il genitore. Spesso, infatti, si ritiene preferibile assumere provvedimenti sui figli, forse perché, a differenza di quanto previsto dagli artt. 342-bis e 342-ter, nel nostro caso non vi è una disciplina che specificamente regoli l'attuazione del provvedimento emanato dal giudice minorile, a meno da non voler, per analogia, applicare anche alla nostra ipotesi l'art. 342-ter, comma 4, ultima parte. Esso prevede che il giudice, ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni, compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario.

Come si è già scritto in precedenza, nei procedimenti *de potestate* è del tutto irrilevante la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) di colui che tiene il comportamento pregiudizievole, nonché, ancor prima, la consapevolezza, cioè la coscienza e la volontà di arrecare un danno. I procedimenti *de potestate*, infatti, non hanno lo scopo di sanzionare chi agisce, ma

24) Così, in dottrina: DOSI, *L'avvocato del minore*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 241 e ss.; TRIMARCHI – CORDER, *Diritto di famiglia, Formulario commentato*, Ipsoa, Milano, 2010, p. 455; in giurisprudenza, cfr. Tribunale di Catania, Sez. I civ., reclamo, 23 marzo 2010.

Tutela del
minore

svolgono esclusivamente la funzione di tutela del minore, pertanto non assume alcun peso, al fine della pronuncia giudiziale, che il genitore fosse in grado di comprendere il disvalore della propria condotta o che volesse danneggiare il figlio²⁵.

Questo aspetto merita di essere sottolineato, considerato che molto spesso i procedimenti in questione riguardano soggetti appartenenti a diverse “sottoculture” che hanno codici comportamentali propri, a volte nettamente contrastanti con ciò che è considerato corretto dalla società.

Se, perciò, si dovesse ritenere che, in assenza della volontà di arrecare un danno al minore o in considerazione dell’incapacità di condividere i valori del vivere civile da parte dei genitori, non si dovessero assumere provvedimenti protettivi nei riguardi della prole, verrebbe a crearsi un pericoloso vuoto di tutela. Al contrario, il Legislatore ha incentrato la norma su tre elementi tutti oggettivi: la condotta del genitore contraria ai doveri inerenti alla sua funzione, il pregiudizio per il figlio ed il nesso causale tra i due elementi suddetti.

Elemento
soggettivo

È chiaro che l’elemento soggettivo non è del tutto irrilevante nella valutazione del fatto. Ad esempio, potrà avere un peso nella scelta del Tribunale di assumere un provvedimento ai sensi dell’art. 330 C.C. o dell’art. 333 C.C. ed è anche determinante nella costruzione o ricostruzione del rapporto tra genitore e figlio, perché un genitore che ha sbagliato a causa dei suoi scarsi strumenti culturali, ma è disposto, per il bene del figlio, a modificare il proprio *modus vivendi*, avrà maggiori *chances* di essere reintegrato nella responsabilità genitoriale. Si deve rammentare, infatti, che ai sensi dell’art. 332 C.C., un genitore può essere reintegrato qualora siano cessate le ragioni che avevano determinato l’assunzione del provvedimento ablativo e venga escluso il pericolo del pregiudizio per il figlio.

A tal proposito, va osservato che anche la consulenza tecnica psicologica, volta a valutare le capacità genitoriali, rappresenta

25) Si è già scritto, ma appare opportuno ribadire, che in detti procedimenti non rileva l’elemento soggettivo del genitore, ancora meno condivisibile è l’adozione del termine responsabilità di cui alla riforma legislativa. Come si è detto, infatti, i genitori non sono sanzionati per il pregiudizio e quindi non si può affermare che ne rispondano. Ciò che interessa l’ordinamento è esclusivamente tutelare i minori.

uno strumento determinante per verificare la possibilità o meno di reinserire il minore nel nucleo familiare di origine. In sintesi, l'elemento soggettivo non ha rilievo al fine dell'assunzione del provvedimento limitativo o decadenziale, ma non è irrilevante nell'ambito del procedimento per gli aspetti che abbiamo appena considerato.

3.11 Il procedimento di cui all'art. 336 C.C.

I procedimenti in materia di decadenza e limitazione o sospensione della responsabilità genitoriale sono disciplinati dall'art. 336 C.C. Essi traggono impulso dal ricorso presentato dal pubblico ministero, dall'altro genitore, dai parenti e, quando si tratti di revocare precedenti deliberazioni, anche dal genitore interessato.

Il Tribunale provvede in camera di consiglio, analogamente a quanto avviene per la maggior parte dei procedimenti in materia di diritto di famiglia (artt. 737-742 C.P.C. richiamati anche nel novellato art. 38 disp. att. C.C.). Si suole affermare che tale procedimento rientri nella categoria della volontaria giurisdizione, poiché in esso non si risolvono conflitti fra diritti posti su di un piano paritario, ma si tratta di procedimenti preordinati all'esigenza prioritaria di tutela degli interessi dei figli.

Volontaria
giurisdizione

L'ulteriore conseguenza che deriva da ciò è che – secondo la giurisprudenza prevalente – il provvedimento conclusivo del procedimento non è idoneo ad acquistare autorità di giudicato, nemmeno *rebus sic stantibus*, perché sarebbe modificabile e revocabile non solo *ex nunc*, ossia per l'avvento di elementi sopravvenuti, ma anche *ex tunc*, cioè all'esito del riesame delle precedenti risultanze, pertanto esulerebbe dalla previsione dell'art. 111 Costituzione e non sarebbe impugnabile con ricorso straordinario per Cassazione²⁶.

Il rito camerale è stato oggetto di critiche da parte della più autorevole dottrina²⁷ perché è considerato meno garantista rispetto al processo a cognizione piena (nel primo il giudice ha il potere

26) Così Cass., Sez. I, 17 giugno 2009, n. 14091.

27) In questi termini cfr. DOSI, *L'avvocato del minore*, cit.; PROTO PISANI, "Procedura camerale e tutela degli interessi dei minori", in *Foro it.*, 1996, V, p. 65; CIVININI, "I procedimenti camerali in materia familiare e di protezione degli incapaci", in *Fam. e dir.*, 1996, p. 161.

di assumere informazioni; i provvedimenti sono reclamabili in tempi decisamente più brevi rispetto ad altri mezzi di gravame; non è ammesso il ricorso per Cassazione neppure per vizi di legittimità). Tuttavia offre un indubbio vantaggio che è rappresentato dalla maggiore snellezza, a cui dovrebbe conseguire celerità nella conclusione del giudizio stesso. Se, infatti, come sostiene un ampio orientamento giurisprudenziale, il rito camerale è una sorta di “contenitore neutro” che non contrasta con il giudizio a cognizione piena, può ritenersi ben azionabile un procedimento minorile, che si svolga in camera di consiglio, ma che abbia tutte le caratteristiche del giudizio contenzioso.

Anche il Tribunale per i minorenni può erogare la tutela cautelare che costituisce ulteriore ed essenziale componente della tutela giurisdizionale, così come quella esecutiva. Anche i provvedimenti emessi dal Tribunale per i minorenni sono esecutivi, per cui possono essere attuati coattivamente.

Art. 336,
comma 4,
C.C.

Ma l'elemento di maggiore rilievo nel procedimento in materia di responsabilità genitoriale è stato apportato dalla Legge n. 149/2001 con cui è stato aggiunto all'art. 336 C.C. il comma 4, il quale prevede che i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore. Si tratta di una riforma di grande significato, perché con essa i genitori ed il minore divengono a tutti gli effetti parti del procedimento.

Inoltre, come si è detto, qualora vi sia un conflitto di interessi tra genitori e figli (il che avviene quasi sempre in tali circostanze), il Tribunale, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero, nomina un curatore speciale per il minore *ex art. 78* del Codice di rito. Generalmente, la prassi di quasi tutti i tribunali è quella di nominare come curatore speciale un avvocato il quale, quindi, potrà anche rappresentare il minore in giudizio.

Certamente questa riforma – entrata in vigore dal 1° luglio 2007, circa sei anni dopo l'emanazione della legge – rappresenta una conquista di giustizia. Infatti, non solo il minore è rappresentato in giudizio, ma, in ossequio alle convenzioni internazionali (segnatamente la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la Legge n. 176/1991, e la Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con la Legge n. 77/2003), qualora abbia compiuto

to il dodicesimo anno di età o comunque abbia capacità di discernimento, deve essere messo a conoscenza del procedimento che lo riguarda, essere ascoltato e la sua volontà deve assumere un peso nella valutazione del Tribunale. Sull'ascolto del minore la riforma della filiazione ha influito in maniera determinante, come in parte si è detto e come meglio si dirà al capitolo che segue.

Infine, si deve considerare che se genitori e figli divengono parti del procedimento, in esso dovrà necessariamente instaurarsi un contraddittorio. Tuttavia, è prassi di molti tribunali per i minorenni prediligere il c.d. “contraddittorio differito”. In altri termini, l'ascolto del minore e dei genitori non avviene contestualmente e spesso all'ascolto del minore non partecipano neppure i difensori dei genitori. Tale scelta, che potrebbe apparire poco garantista e in contrasto con il canone del giusto processo, risponde invece all'esigenza di tutelare il minore anche nel momento della sua audizione.

Contraddittorio differito

La presenza di troppi soggetti, in particolare di chi rappresenta i genitori, potrebbe turbare il minore, impedendo allo stesso di esprimersi liberamente e, dunque, rischierebbe di rappresentare una forma ulteriore di abuso nei suoi riguardi. In questo caso, invero, sarebbe violato l'art. 111 Costituzione, perché il minore non sarebbe in condizione di parità con le altre parti, ma potrebbe subire gli effetti nocivi di un ascolto indifferenziato e privo di garanzie.

Il problema potrebbe essere risolto soltanto qualora vi fosse un'edilizia giudiziaria più moderna che offrisse aule con specchi unidirezionali, strumentazione per effettuare l'udienza in videoconferenza o altre modalità che non ledano l'autonomia e la serenità del minore ascoltato.

Le parti, naturalmente, previa autorizzazione del giudice istruttore, possono prendere visione dei verbali che, seppure in forma sintetica, riportano in maniera fedele le dichiarazioni rese dal minore in udienza.

Invero, la questione è stata affrontata anche dal D.Lgs. n. 154/2013 che ha inserito l'art. 38-bis disp. att. C.C. Come si è detto, della questione si parlerà più diffusamente al capitolo seguente, in materia di ascolto del minore.

3.12 Reintegrazione nella responsabilità genitoriale

Anche per quello che concerne la reintegrazione nella responsabilità genitoriale, la legge di riforma della filiazione non ha apportato modifiche significative, tuttavia l'importanza dell'argomento lo rende meritevole di qualche considerazione.

Appare quasi superfluo precisare che il Legislatore non fa più riferimento alla potestà dei genitori, ormai espunta dall'ordinamento, richiamando il concetto di responsabilità genitoriale su cui ci siamo soffermati a lungo in precedenza.

Art. 332 C.C. L'art. 332 C.C. stabilisce che il giudice può reintegrare nella responsabilità genitoriale il genitore che ne è decaduto quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

Come si vede, l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere una valutazione complessa e non automatica, ma in cui esercita la propria discrezionalità al fine di valutare la sussistenza o meno del pericolo per il figlio minore.

Iter procedimentale Non si deve credere che per il provvedimento di reintegrazione si debba seguire un *iter* logico uguale e contrario a quello che si esegue in caso di declaratoria di decadenza, perché vi è una differenza ontologica tra i due istituti e, nel caso della reintegrazione, sono necessarie maggiori cautele, come si evince dal diverso tenore letterale degli artt. 330 e 332 C.C.

In concreto, mentre per dichiarare un genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale è necessaria la sussistenza di un danno, non essendo sufficiente il mero pericolo derivante dalla condotta del genitore, nel caso della reintegrazione è necessaria una doppia valutazione. In primo luogo, si deve valutare che siano venute meno le condizioni che avevano determinato il ricorso ad un provvedimento così rigoroso, quale la decadenza; in secondo luogo si deve escludere anche solo il pericolo del pregiudizio.

Perché sia dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale non è sufficiente una condotta astrattamente dannosa per il figlio, ma è necessario che quella condotta incida sul minore.

Si pensi al caso di una madre che si dedichi alla prostituzione. Indubbiamente, si tratta di un'attività non edificante e oggetto di biasimo da parte dell'ordinamento, sia pure di per sé non illecita.

Tuttavia, il giudice dovrà valutare se il meretricio della madre abbia arrecato in concreto pregiudizio al figlio (ad esempio la madre si prostituisce in casa, porta con sé il minore, gli fa frequentare le persone che appartengono al suo giro), oppure se tale attività venga svolta senza coinvolgimento del figlio (in un luogo estraneo, durante le ore in cui il figlio non starebbe comunque con la madre), il quale possa comunque contare su una madre idonea a svolgere il proprio ruolo genitoriale con responsabilità e capacità, tale da non inficiare la crescita sana ed equilibrata del figlio. In questo secondo caso il giudice potrà assumere un provvedimento meno incisivo rispetto all'ablazione dalla responsabilità genitoriale.

Pertanto, come si è detto, affinché sia dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale non è sufficiente una condotta astrattamente dannosa per il figlio, ma è doveroso valutare l'incidenza concreta che quella condotta ha sul minore.

Invero, nell'apprezzare la sussistenza del pregiudizio che dia luogo ad una pronuncia di decadenza, il giudice effettua un giudizio di realtà, basandosi su dati concreti. Si tratta, cioè, di un giudizio diagnostico *ex post*²⁸.

Nel caso della reintegrazione nella responsabilità genitoriale, invece, si effettua un giudizio prognostico *ex ante*, cioè necessariamente probabilistico che, come tale, richiede maggiore prudenza.

In altri termini, in quest'ultimo caso il giudice deve valutare con certezza o con altissimo grado di probabilità se la reintegrazione del genitore possa avvenire senza che sorga anche solo il pericolo di danno per il figlio.

Tutto ciò è comprensibile e condivisibile, perché garantisce una maggiore tutela al minore. La rilevanza del bene giuridico tutelato è tale da richiedere la massima attenzione da parte dell'ordinamento giuridico.

Ritornando al caso menzionato, una madre che svolgeva attività di meretricio con effettivo danno per il figlio, potrà essere rein-

Giudizio
prognostico
ex ante

28) «Per farsi luogo alla reintegrazione occorre non solo la prova che siano venute meno le ragioni per le quali fu pronunciata la decadenza, ma anche l'apprezzamento (che, proiettandosi verso il futuro, sarà condotto attraverso presunzioni) che la reintegrazione del genitore non arrecherà danno al figlio (Stella Richter e Sgroi, *Comm. UTET*)» in art. 332, *Comm. Breve al Codice Civile*, Milano.

tegrata nell'esercizio della responsabilità genitoriale se, oltre ad aver cessato la propria attività, abbia iniziato a svolgere un lavoro onesto, abbia cambiato abitudini di vita e frequentazioni in maniera drastica, abbia dato la dimostrazione concreta di voler svolgere correttamente il proprio ruolo genitoriale, così da scongiurare ogni pericolo, anche astratto, di pregiudizio per il figlio.

Come è chiaro, anche dopo la riforma sulla filiazione che ha inciso sull'art. 38 disp. att. C.C., il procedimento per la reintegrazione nella responsabilità genitoriale appartiene alla competenza del Tribunale per i minorenni che è chiamato a pronunciarsi nel caso della declaratoria di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

3.13 L'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di crisi della coppia. Provvedimenti riguardo i figli

La riforma sulla filiazione ha influito positivamente sulla collocazione delle norme relative all'esercizio della responsabilità genitoriale in caso della crisi della coppia e, dunque, della fine del matrimonio o del rapporto di convivenza dei genitori.

Precedentemente, tutti gli aspetti relativi all'affidamento dei figli ed al loro mantenimento a seguito della separazione dei coniugi erano contenuti negli artt. 155 e ss. C.C., mentre la disciplina riguardante i figli nati fuori dal matrimonio era prevista dall'art. 317-bis C.C., introdotto dalla Legge n. 151/1975, di riforma del diritto di famiglia.

L'unificazione dello *status* di figlio e una maggiore attenzione ai diritti di questo rispetto alla crisi coniugale, hanno indotto il Legislatore a regolare la materia all'interno del Titolo IX sulla responsabilità genitoriale e sui diritti e doveri dei figli.

Il D.Lgs. n. 154/2013, all'art. 7, comma 12, ha inserito il Capo II intitolato "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio", in cui sono contenuti gli articoli dal 337-bis sino al 337-septies C.C. Come si vede, la legge si riferisce a tutti i casi in cui, a seguito della crisi della coppia genitoriale, vi sia stato un procedimento giudiziario, per cui si rende necessario un intervento riguardante in concreto l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Artt. dal
337-bis al
337-septies
C.C.

Più complesso è capire, limitatamente ai figli nati fuori del matrimonio, se la disciplina in questione si applichi sempre o solo in caso di rottura della convivenza. In altri termini, ci si domanda se, in caso di genitori non coniugati e che non abbiano mai convissuto, si debba applicare il Capo II ovvero l'art. 316, comma 2, C.C. secondo cui, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascun genitore possa ricorrere al giudice senza formalità.

Appare preferibile ritenere che, quando non vi sia pressoché mai un accordo riguardo all'esercizio della responsabilità, debba sempre farsi riferimento alle norme di cui agli artt. 337-bis e ss. C.C.; mentre quando il contrasto sia sporadico, debba applicarsi l'art. 316, comma 2, C.C. In caso contrario, quest'ultima norma non sarebbe pressoché mai utilizzata e, quindi, inutile.

Gli artt. 337-bis e ss. C.C., sono sostanzialmente la trasposizione degli artt. 155 e ss. C.C., ma hanno una nuova collocazione e riguardano in generale tutti i figli (nati nel matrimonio e non), che vedano nascere dei conflitti tra i propri genitori.

L'art. 337-bis stabilisce l'ambito di applicazione del Capo II la cui rubrica viene totalmente trasfusa nella medesima norma.

Art. 337-bis
C.C.

L'art. 337-ter, reca in buona sostanza la norma già contenuta nell'art. 155. Esso si riferisce espressamente ai figli minorenni e, dunque, non si limita a stabilire delle regole relative al mantenimento, ma disciplina puntualmente anche gli aspetti relativi alla responsabilità genitoriale ed all'affidamento della prole.

Art. 337-ter
C.C.

Come si ricorderà, la materia dell'affidamento aveva subito notevoli modifiche con la Legge n. 54/2006, nota per aver stabilito in via prioritaria l'affidamento condiviso dei figli in caso di separazione e, come vedremo, anche in caso di divorzio.

Il Legislatore, infatti, ha inteso valorizzare il rapporto della prole con entrambi i genitori, garantendo ai figli il sostegno morale, spirituale ed economico sia del padre sia della madre, cosicché l'affidamento esclusivo ad un solo genitore rappresenta l'eccezione a cui ricorre esclusivamente qualora non sia possibile assicurare l'affidamento ad entrambi i genitori, ma sempre tenendo in considerazione il benessere dei figli ed il loro interesse preminente. L'art. 337-ter C.C. dispone che, anche in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi i genitori e di

Competenza
del giudice

conservare rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti di entrambi i rami genitoriali. Al fine di conseguire tale obiettivo, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo interesse morale e materiale di essa. Il giudice valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. Analogamente a quanto stabilisce l'art. 315-bis C.C., in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità separatamente.

Il Legislatore, dunque, ha inteso nella sostanza garantire anche ai figli che, a causa della frattura del rapporto coniugale, non possono più vivere stabilmente e contestualmente con entrambi i genitori, una tutela analoga a quella di cui godevano anteriormente alla separazione.

Tuttavia, non si può negare che vi sia una differenza sostanziale tra le due situazioni che il regime dell'affidamento condiviso ha potuto solo in parte ridurre.

Affidamento
condiviso

In particolare, va sottolineato che, eccetto i casi – piuttosto rari nella pratica – in cui i figli convivano per tempi analoghi presso entrambi i genitori, nella maggior parte dei casi la prole coabita stabilmente con un genitore (c.d. “collocatario”), trascorrendo con l'altro un tempo inevitabilmente più limitato. Affidamento condiviso, infatti, non significa spartizione equa di tempo dei coniugi con i figli, ma si traduce nella condivisa responsabilità da parte dei genitori nei riguardi della prole, in considerazione del fatto che essa è un *munus* che incombe su entrambe le figure genitoriali

in ugual misura. Il Legislatore non stabilisce le modalità con cui i figli devono essere educati, istruiti e curati, perché tali aspetti della vita familiare sono regolamentati liberamente dai genitori nell'ambito di quella autonomia che viene correttamente riconosciuta a ciascun nucleo. Unica direttiva, scaturente, oltre che dall'art. 337-ter, comma 3, dagli artt. 147 e 315-bis C.C., nonché dall'art. 30 Costituzione, è rappresentata dal dovere dei genitori di assecondare le inclinazioni e le aspirazioni dei figli, mentre l'unico limite all'esercizio della responsabilità è costituito dall'eventuale pregiudizio arrecato ai minori, a tutela dei quali possono essere assunti provvedimenti *de potestate*. Diversa è l'ipotesi del mantenimento che, riguardando aspetti oggettivi, esclusivamente economici, non può essere rimesso al libero apprezzamento delle famiglie, ma deve essere distribuito in proporzione alle risorse di entrambi i genitori.

Dovere di assecondare inclinazioni e aspirazioni dei figli

L'art. 337-ter, commi 4, 5 e 6, C.C., dedica grande spazio al mantenimento dei figli minori in caso di separazione e, in tale sede, stabilisce le modalità con cui esso debba essere corrisposto. L'introduzione dell'affidamento condiviso ha creato un dibattito dottrinario relativo al tipo di mantenimento attualmente in vigore. In altri termini, ci si è domandati se in caso di affidamento dei figli ad entrambi i genitori sia ancora corretto stabilire un assegno in favore della prole da destinare all'altro coniuge (mantenimento indiretto) o se la maggiore contiguità dei figli con entrambi i genitori non sia da interpretare come obbligo di mantenimento diretto. In verità, come si è accennato, l'affidamento condiviso non si traduce necessariamente in un'equa ripartizione del tempo dei minori con entrambi i genitori, ma attiene essenzialmente nell'esercizio della responsabilità. I genitori, infatti, sono entrambi responsabili dell'educazione, della cura, dell'istruzione dei figli e devono entrambi assumere decisioni che riguardano la prole, ma difficilmente convivono con i figli in egual misura. Generalmente continua ad esserci un genitore che coabita stabilmente con la prole (genitore collocatario) e che per questa ragione sopporta direttamente le spese di mantenimento dei figli, ragion per cui l'assegno continua ad avere una sua ragion d'essere. Non vi è dubbio che nell'intenzione del Legislatore vi fosse il desiderio di prevedere in via principale il mantenimento diretto in luogo di quello indiretto. Tanto si evince dalla locuzione contenuta nell'art.

Mantenimento dei figli minori

155, comma 4 (ora 337-ter, comma 4), in cui si legge che il giudice stabilisce, “ove necessario”, la corresponsione di un assegno. Pertanto l’assegno dovrebbe essere corrisposto soltanto quando non sia possibile il mantenimento diretto. Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale continua a prevalere l’orientamento secondo cui il genitore collocatario debba beneficiare di un assegno da parte dell’altro in favore dei figli. Indubbiamente, se il minore, affidato ad entrambi i genitori, di fatto trascorre molto tempo anche con il genitore non collocatario, sarà possibile ipotizzare un mantenimento diretto oppure l’assegno in favore dei figli potrà essere ridotto in considerazione del fatto che il genitore che non coabita stabilmente assume in maniera diretta una serie di spese.

Principio di
proporzio-
nalità

L’art. 337-ter, come si è detto, dal comma 4, regola in maniera dettagliata il mantenimento e la sua determinazione. In particolare, stabilisce che, salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito ed il giudice – come si è detto – qualora lo reputi necessario, stabilisce la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità secondo parametri specifici che saranno di seguito analizzati.

Preliminarmente, però, è bene soffermarsi sul significato e sul valore di patti conclusi liberamente tra i coniugi che sembrerebbero consentire una deroga al principio di contribuzione proporzionale al mantenimento della prole. È di solare evidenza che il diritto del figlio al mantenimento rientra fra i diritti indisponibili, sicché non ne è ammessa la rinuncia, né la cessione. La dottrina ritiene che non sia possibile derogare al principio di proporzionalità, di talché la libertà dei genitori consisterebbe soltanto nel determinare le modalità di adempimento del mantenimento. Indubbiamente l’interpretazione della dottrina è quella più corretta, che maggiormente rispetta i principi giuridici generali; tuttavia, un’interpretazione letterale della disposizione di legge dovrebbe indurre ad una diversa conclusione. Invero, può sostenersi che il Legislatore non è stato particolarmente felice nella formulazione dell’articolo, pertanto l’autonomia dei coniugi deve ritenersi fortemente limitata e, comunque, deve manifestarsi esclusivamente attraverso patti scritti sempre sottoposti al sindacato giurisdizionale che ne dovrà

valutare la legittimità ed il rispetto dell'interesse morale e materiale dei figli. Deve, invece, considerarsi apprezzabile l'intento del Legislatore di promuovere una capacità di autodeterminazione dei coniugi (meglio: genitori), che sia frutto di un confronto sereno tra gli stessi in favore della prole. In altri termini gli accordi tra i coniugi, relativi al mantenimento della prole, costituiscono la prima manifestazione dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale dopo la crisi. In un certo senso, sono già espressione dell'affidamento condiviso.

Per quanto attiene ai parametri a cui deve riferirsi l'assegno di mantenimento stabilito dal giudice, va evidenziato che il Legislatore ne considera cinque che, pur concorrendo tutti in egual misura, sembrano previsti in ordine di rilevanza.

Parametri
per valutare
l'assegno

Il primo riguarda le attuali esigenze del figlio: devono essere considerate, perciò, le necessità mediche, scolastiche, ludiche e sociali. Il mantenimento deve tendere a garantire il perseguimento di quelle inclinazioni naturali e delle aspirazioni della prole a cui già la norma ha fatto riferimento. Tali considerazioni vanno effettuate all'attualità e sono suscettibili di modifica – come tutti i provvedimenti resi in materia – a seguito del mutamento delle esigenze manifestate dai minori. Si tratta di ipotesi spesso suscettibili di mutamenti a causa della crescita dei figli, circostanza questa che in genere determina un aumento delle loro esigenze. Si pensi a vacanze studio all'estero, a corsi di informatica, di musica o di lingua straniera, alla pratica sportiva, nonché all'aumento di spese determinato da una maggiore socializzazione dei minori che cresce con l'età degli stessi (cinema, teatro, incontri con gli amici in locali pubblici, viaggi).

Attuali
esigenze
del figlio

Il secondo parametro è rappresentato dal tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori: la crisi non può e non deve determinare uno sconvolgimento dello stile di vita goduto anteriormente alla separazione. Pertanto, il tenore di vita deve mantenersi tendenzialmente analogo a quello precedente alla frattura tra i genitori. Come si può comprendere, è probabile che il disfacimento della relazione determini un depauperamento dei genitori. In tal caso, il tenore di vita dovrà tendenzialmente avvicinarsi il più possibile a quello goduto in passato anche se non dovesse essere totalmente identico al precedente. Analogamente, qualora il tenore di vita del passato fosse inferiore a quello che

Tenore di
vita goduto
in costanza
di convi-
venza

Tempi di permanenza presso ciascun genitore

astrattamente sarebbe stato possibile, se ne dovrà tenere conto nella quantificazione dell'assegno.

Il terzo parametro è relativo ai tempi di permanenza presso ciascun genitore: qui valgono le considerazioni già esposte a proposito del mantenimento diretto. Se un figlio trascorre, infatti, molto tempo presso il genitore non collocatario, quest'ultimo sopporterà direttamente delle spese di mantenimento, di cui il giudice dovrà tenere conto e, pertanto, l'assegno dovrà essere calibrato tenendo conto di tale circostanza. Allo stesso modo, se il minore non avrà una frequentazione assidua e continuativa con l'altro genitore. In quest'ultimo caso l'assegno dovrà essere quantificato inevitabilmente in maniera superiore.

Risorse economiche di entrambi i genitori

Il quarto parametro consiste nelle risorse economiche di entrambi i genitori: l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare la capienza del patrimonio di entrambi, considerando gli utili, i profitti, i frutti di beni ed ogni voce che attenga al patrimonio economico, pur non tralasciando la valutazione delle spese che la gestione di un patrimonio comporta.

Valenza economica dei compiti domestici e di cura

L'ultimo parametro considera la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore: in questo caso il Legislatore prende in esame il lavoro domestico svolto da un genitore nella sua portata economica. In altri termini il giudice è chiamato a valutare non soltanto le spese che l'accudimento comporta (vitto, spese mediche, vestiario, ecc.), ma anche il lucro cessante che la cura della prole determina nel genitore. Infatti, è evidente che colui il quale trascorre più tempo con i figli occupandosi dei loro pasti, di accompagnarli a scuola ed in altri luoghi in cui svolgano attività, dando un ausilio anche con i compiti e così via, sottragga tempo ad eventuali attività lavorative a cui dovrà rinunciare.

Assegnazione della casa familiare

La norma non contempla un ulteriore parametro che pure nella prassi è utilizzato per commisurare l'assegno di mantenimento, quale è l'assegnazione della casa familiare. Come è noto, la casa familiare è assegnata in favore dei figli al fine di tutelarne la stabilità emotiva e di non sconvolgerne le abitudini. Pertanto, nella quantificazione dell'assegno dovrà essere considerato se il genitore sopporti le spese della casa familiare ovvero se a causa del suo trasferimento dall'abitazione, debba affrontare ulteriori oneri economici (ad esempio canone di locazione per la propria casa). Sul punto ci soffermeremo analizzando l'art. 337-sexies C.C.

Il comma 5 del citato art. 337-ter C.C., stabilisce che l'assegno, in mancanza di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice, è automaticamente adeguato agli indici ISTAT. Si tratta di una norma sussidiaria, di chiusura, che lascia impregiudicate le scelte dei coniugi o del giudice di adeguare la corresponsione ad altri parametri. Essa opera *ex lege*, sicché anche in assenza di qualsiasi statuizione giurisdizionale l'adeguamento dell'assegno dovrà necessariamente essere calcolato.

Adegua-
mento ISTAT

A tutela dei figli minorenni, la norma attribuisce un ampio potere di indagine al giudice, al fine di garantire alla prole un mantenimento che sia realmente proporzionato alle sostanze dei genitori e rispettoso dei parametri di legge sopra ricordati. L'ultimo capoverso della norma, infatti, in deroga al generale principio sull'onere della prova, stabilisce che ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

Potere di
indagine
del giudice

Come è noto, sia in materia di separazione, sia in materia di divorzio, i coniugi sono tenuti a presentare le dichiarazioni dei redditi al fine di far conoscere l'entità del proprio patrimonio (cfr. artt. 709, comma 3, C.P.C. e 4, comma 6, della Legge n. 898/1970). Tale obbligo incombe anche sui genitori non coniugati nei procedimenti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale.

Legge n.
898/1970

Tuttavia, il dovere di veridicità che incombe su entrambi i genitori non sempre viene rispettato. Pertanto, la previsione di tale ultimo capoverso consente, almeno in linea astratta, di avere effettiva consapevolezza del patrimonio dei genitori, soprattutto quando vi sia discrasia tra le dichiarazioni dei redditi depositate ed il tenore di vita goduto. Nulla dice il Legislatore in ordine alle spese straordinarie che dovessero essere necessarie a causa di eventi eccezionali ed imprevedibili, come ad esempio le spese mediche dovute ad una grave malattia oppure a viaggi non ipotizzabili preventivamente. In tal caso sarà l'autorità giudiziaria a stabilire la misura di contribuzione dei genitori.

È bene ribadire che a tutela del mantenimento e degli alimenti dei figli l'art. 3, comma 2 della Legge n. 219/2012 ha introdotto una disciplina estremamente favorevole ai figli, come si è scritto al paragrafo 3.5 sul mantenimento a cui si rinvia.

Sorprende, però, che essa non sia contenuta nel corpo del Codice come, probabilmente, sarebbe stato opportuno.

3.14 Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso

Nell'art. 337-quater C.C. è stato trasfuso l'art. 155-bis C.C. relativo all'affidamento ad un solo genitore che, dunque, rappresenta l'eccezione.

La norma prevede che il giudice con provvedimento motivato può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Come si è detto e come si vede, si tratta di un'eccezione rispetto alla regola dell'affidamento condiviso, perché con l'affidamento esclusivo si priva sostanzialmente uno dei genitori della propria responsabilità, come viene detto al comma 3 della stessa norma.

Richiesta di
affidamento
esclusivo

Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni di cui al comma 1 (cioè, quando ritiene che l'affidamento condiviso contrasti con l'interesse del minore). Se accoglie la domanda, il giudice dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal comma 1 dell'art. 337-ter C.C. In altri termini, spetta all'autorità giudiziaria, nonostante l'affidamento esclusivo, il dovere di preservare, per quanto possibile, il diritto del minore a mantenere un rapporto anche con l'altro genitore.

In caso di
istanza ma-
nifestamente
infondata

Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione di provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'art. 96 C.P.C. (responsabilità processuale aggravata).

In altri termini, un'istanza infondata potrebbe dimostrare l'incapacità del genitore che reclamava l'affidamento esclusivo del figlio a svolgere adeguatamente il proprio ruolo genitoriale. Circostanza questa che può determinare anche l'adozione di provvedimenti *de potestate*.

Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabi-

tà genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Se non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

Inoltre l'art. 337-quinquies C.C. stabilisce che i genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura ed alla modalità del contributo.

3.15 Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza

L'art. 337-sexies C.C. reca tutta la disciplina che in precedenza era contenuta nell'art. 155-quater C.C. in materia di assegnazione della casa familiare. Anche in questo caso si tratta di un semplice ricollocamento di una norma già presente nel nostro ordinamento, posta a tutela della stabilità dei figli che, in caso di crisi della propria famiglia, non devono subire l'ulteriore pregiudizio di cambiare casa e, quindi, abitudini di vita, amicizie e rapporti sociali in generale.

Art. 337-sexies C.C.

Se tale disposizione era espressamente prevista nel caso di separazione dei coniugi, oggi viene estesa a tutti i nuclei familiari, anche quelli non fondati sul matrimonio.

Come si vede, la casa familiare non tutela solo i figli minori, ma tutti i figli che coabitino con assiduità e continuità con i genitori in un luogo che viene definito abitazione familiare, proprio perché era la casa dell'intero nucleo.

Infatti, l'articolo in commento stabilisce che il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso in cui l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio*

o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643 C.C.

In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto.

3.16 Disposizioni in favore dei figli maggiorenni

L'art. 337-septies C.C., recependo integralmente il contenuto dell'art. 155-quinquies C.C., stabilisce che il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori (art. 337-ter C.C.).

Legge n.
54/2006

La Legge 8 febbraio 2006, n. 54, aveva introdotto un nuovo articolo all'interno del Codice Civile (il citato art. 155-quinquies), per disciplinare in maniera specifica il mantenimento dei figli maggiorenni. Anteriormente alla riforma la giurisprudenza riconosceva comunque che i figli maggiorenni, non autonomi economicamente, dovessero essere mantenuti dai genitori, in applicazione dei principi contenuti negli artt. 147 C.C. e 30 Costituzione, sino a quando non avessero raggiunto un'indipendenza economica e sempre che la mancanza di redditi autonomi non fosse frutto di inerzia da parte loro. Con l'art. 155-quinquies C.C. il Legislatore ha recepito il precedente orientamento giurisprudenziale, stabilendo espressamente che il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salva diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.

Come si vede, è stato riconosciuto che il raggiungimento della maggiore età non determina per ciò solo il conseguimento

dell'autonomia economica. È noto, infatti, che la maggior parte dei giovani prosegue gli studi per un tempo apprezzabilmente lungo e, quindi, ben oltre il compimento dei diciotto anni. Per altro, la necessità di un'istruzione sempre più specialistica che richiede spesso corsi di perfezionamento, *master*, scuole di specializzazione e altri studi che si protraggono nel tempo, ha determinato un inserimento nel mondo del lavoro in età elevata. A tanto si aggiunga la notoria difficoltà di ottenere un impiego stabile. Numerosi sono i casi in cui i giovani vengono assunti con contratti di lavoro a tempo determinato, circostanze che impediscono di ravvisare nell'impiego una fonte di solida autonomia economica.

A tanto si deve aggiungere che, incomprensibilmente, la giurisprudenza ritiene che conseguita l'indipendenza economica da parte del figlio maggiorenne, cessi definitivamente l'obbligo dei genitori al mantenimento, nonostante la verifica di circostanze nuove che determinino una regressione della posizione economica e lavorativa della prole. In tal caso, i figli potranno agire soltanto per ottenere gli alimenti, ai sensi dell'art. 433 C.C. Tale scelta della giurisprudenza non appare condivisibile, considerata la difficoltà sempre più crescente per i giovani di un inserimento stabile nel mondo del lavoro. Non appare comprensibile perché un lavoro a tempo determinato non rinnovato alla scadenza del contratto debba far cessare l'obbligo al mantenimento. Di ciò si è discusso anche durante i corsi di Diritto di famiglia indetti dal CSM²⁹, laddove è stato osservato che alla cessazione di attività lavorativa di un figlio maggiorenne, più che ipotizzare il sorgere di un obbligo a carico dei genitori di versare esclusivamente gli alimenti, dovrebbe risorgere il diritto al mantenimento. Per altro, essa contrasta con i principi generali in materia. Infatti, come è noto, ogni provvedimento che disciplina i rapporti economici e personali è soggetto a modifica, in quanto viene assunto in base alla situazione del momento in cui interviene il provvedimento (*rebus sic stantibus*). L'art. 710 C.P.C. stabilisce che le parti possono sempre chiedere, con le forme del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i figli.

Indipendenza economica: ulteriori valutazioni

29) Riflessioni e approfondimenti dal CSM, *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2007.

La previsione del versamento di un assegno direttamente ai figli maggiorenni ha ingenerato un problema relativo ai soggetti legittimati a domandare il mantenimento dei medesimi figli. In altri termini ci si è chiesti se i figli maggiorenni debbano intervenire personalmente nel procedimento di separazione per conseguire l'assegno o se tale domanda possa essere legittimamente formulata anche dall'altro genitore, convivente con i figli.

La dottrina sul punto è divisa. Secondo i fautori dell'orientamento prevalente, la nuova previsione legislativa non ha escluso la legittimazione dell'altro genitore, convivente con il figlio, all'azione per il mantenimento della prole. Si evidenzia, in particolare, la locuzione adottata dal Legislatore «*salvo diversa determinazione del giudice*», a dimostrazione del fatto che, secondo le circostanze, ben può essere legittimato ad agire l'altro genitore convivente. I sostenitori dell'orientamento minoritario affermano, invece, che il versamento diretto dell'assegno al figlio determina il promovimento di un giudizio autonomo tra genitore e figlio.

3.17 Poteri del giudice e ascolto del minore

Art. 337-octies C.C.

Anche nel caso dell'art. 337-octies C.C. vi è stata la trasposizione di una norma (art. 155-sexies) precedentemente contenuta nel Capo relativo allo scioglimento del matrimonio ed alla separazione dei coniugi.

Invero, la norma è stata in parte modificata ed ampliata limitatamente all'ascolto del minore. Di essa si scriverà diffusamente al capitolo che segue.

Riguardo ai poteri del giudice, nell'art. 337-octies C.C. si è ribadito che, per quanto concerne i provvedimenti relativi ai figli, anche in via provvisoria, il giudice può assumere su istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova.

Analogamente a quanto previsto per i procedimenti innanzi al giudice minorile, anche al giudice ordinario è riconosciuto un ampio potere istruttorio, su istanza di parte ma anche d'ufficio, allorquando si tratti di assumere provvedimenti a tutela dei figli.

Il comma 2 della norma stabilisce che il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione di provvedimenti di cui all'art. 337-ter C.C.

per consentire che “i coniugi”, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli.

La *ratio* della norma è quella di evitare gli effetti negativi di un conflitto acceso che, spesso, si riflette sui figli.

Anche questo capoverso è stato integralmente trasfuso dall’art. 155-sexies C.C., senza, peraltro, che si sia provveduto a sostituire il termine “coniugi” con “genitori”, come sarebbe stato più corretto, dato che le norme del Capo II fanno riferimento a tutti i figli e non solo a quelli nati nel matrimonio.

IV – L’ascolto del minore

4.1 Premessa

Dalla metà del secolo scorso si è sviluppata un’attenzione crescente nei riguardi del minore, riconosciuto non solo come soggetto bisognoso di particolari cure e tutela, ma anche come reale interlocutore, quando capace di discernimento, in tutte le questioni che lo riguardano.

Tale mutamento è avvenuto dapprima da parte della legislazione internazionale e in seguito anche da parte delle norme nazionali che, come vedremo, sono intervenute più volte nella regolazione dell’ascolto e della partecipazione del minore alle procedure che lo interessano.

Tuttavia, è stata la riforma della filiazione, con la Legge n. 219/2012 e con il D.Lgs. n. 154/2013, che ha dato un riconoscimento più ampio all’ascolto del minore, ponendolo tra i diritti del medesimo nell’art. 315-bis, comma 3, C.C.

Riferimenti
legislativi

Questa norma di carattere generale, quindi, prevede una partecipazione attiva del minore, non solo nei procedimenti in cui ciò è espressamente previsto, ma in tutte le procedure che lo riguardano, pertanto anche in mancanza di un’esplicita statuizione in tal senso.

Si deve inoltre sottolineare che correttamente il Legislatore ha adottato il verbo “ascoltare”, in luogo di sinonimi adoperati in passato come “sentire”, perché l’ascolto indica una partecipazione ed un coinvolgimento dell’interlocutore che non si limita a registrare quanto gli viene riferito da chi parla, ma svolge un ruolo attivo, valutando le emozioni, i comportamenti, le esitazioni, in altri termini il carattere e lo stato in cui si trova il minore che parla. L’ascolto, richiede partecipazione, condizione necessaria per garantire al minore maggiore serenità e sicurezza.

Come meglio vedremo nel prosieguo, il diritto all'ascolto del minore non costituisce una regola assoluta. Non solo, esso riguarda i minori che abbiano compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove abbiano capacità di discernimento, ma può essere evitato allorquando contrasti con l'interesse del minore ovvero sia manifestamente superfluo.

Pertanto, l'ascolto deve essere valutato caso per caso, al fine di escludere che possa diventare dannoso per lo stesso minore.

4.2 L'ascolto del minore nella legislazione convenzionale

Nell'evoluzione dell'ascolto del minore, fondamentale è stato il diritto internazionale, sia per quanto concerne l'ascolto del minore nei procedimenti penali, sia per quello che riguarda i procedimenti civili su cui ci soffermeremo.

Convenzione
di New York
sui diritti
del fanciullo

Specificamente, ci si riferisce a due convenzioni che hanno segnato una svolta in questo senso. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge n. 176/1991, all'art. 3 dispone che in tutte le decisioni relative ai minori, comprese quelle di competenza giurisdizionale, l'interesse del fanciullo è preminente. All'art. 12 si fa obbligo agli Stati parte di garantire ai minori aventi capacità di discernimento di essere ascoltati sia direttamente sia tramite un proprio rappresentante.

Convenzio-
ne europea
sull'esercizio
dei diritti del
fanciullo

Analogamente, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, emanata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge n. 77/2003, stabilisce all'art. 1 il diritto dei minorenni ad essere informati ed a partecipare attivamente alle procedure che li riguardano. Inoltre, all'art. 3 prevede il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione, e all'art. 4 riconosce il diritto dei medesimi a chiedere la nomina di un proprio rappresentante.

Conven-
zione sulla
protezione
dei minori
e sulla coo-
perazione in
materia di
adozione

Oltre a questi testi normativi, che sono fondamentali per analizzare l'ascolto del minore, assume rilievo anche la Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione, promulgata a L'Aja il 29 maggio 1993.

Essa all'art. 4 pone, tra le condizioni per procedere all'adozione, tenuto conto dell'età e della maturità del minore, che questi sia

stato assistito mediante una consulenza, che sia stato debitamente informato sulle conseguenze dell’adozione e che i suoi desideri e le sue opinioni siano stati presi in considerazione.

Come si scriveva in premessa, l’ascolto del minore incontra dei limiti che dipendono in parte da elementi oggettivi, come l’età del minore e la sua capacità di discernimento, in parte da elementi soggettivi, cioè condizioni specifiche del predetto soggetto, alla luce delle quali appare opportuno evitare l’ascolto perché potrebbe cagionare un danno. Si pensi ad un minore che abbia subito un trauma (violenze morali, sessuali, fisiche) ovvero che sia stato ripetutamente ascoltato da organi di polizia giudiziaria, servizi sociali, psicologi e consulenti tecnici.

In altri termini, deve essere evitato l’ascolto di un soggetto che per età o per condizioni non possa interloquire coscientemente ovvero che, a causa di varie vicissitudini, possa subire un pregiudizio dall’ascolto.

In questo senso dispone la Convenzione dell’Aja datata 25 ottobre 1980, ratificata in Italia con la Legge n. 64/1994. L’art. 7, comma 3 della predetta legge di ratifica stabilisce espressamente che debba essere “sentito se dal caso”. Si noti che il Legislatore adopera il verbo “sentire” che, come detto, è meno idoneo a definire l’interlocuzione tra il minore e l’autorità giudiziaria, ma soprattutto, per quello che ci interessa, pone l’obbligo di considerare l’opportunità o meno di ascoltare il minore.

Convenzione
dell’Aja del
25 ottobre
1980

Tale decisione è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice che effettua una valutazione in concreto e che, come vedremo, è tenuto a motivare la decisione di non procedere all’ascolto.

4.3 L’ascolto del minore nella legislazione interna anteriormente alla riforma della filiazione

Anche prima della riforma della filiazione vi erano diverse norme interne che stabilivano la necessità dell’ascolto del minore nelle questioni che lo riguardano.

In verità, la prima norma che dava rilievo a questo aspetto è stato l’art. 147 C.C. il quale stabilisce che nell’educare ed assistere i figli i genitori devono rispettarne le capacità, le inclinazioni e le aspirazioni.

Art. 147 C.C.

Se le capacità e le inclinazioni sono – almeno potenzialmente – valutabili anche tramite l’osservazione dei comportamenti, la conoscenza delle aspirazioni richiede necessariamente l’ascolto del figlio. Quindi, già l’art. 147 C.C. – ripreso dall’art. 30 Costituzione e dall’attuale 315-bis C.C. – conteneva, seppure in maniera implicita, un riferimento all’interlocuzione con il minore nelle questioni (non necessariamente i procedimenti) che lo riguardano.

A ciò si aggiungano le disposizioni in materia di azioni di stato, analizzate al capitolo II, in cui è previsto l’ascolto del minore.

Altre disposizioni recenti, che contengono il riferimento all’ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore ove capace di discernimento, sono ravvisabili nel Codice Civile e nella legislazione speciale.

Invero, va osservato che in materia di potestà (oggi definita responsabilità genitoriale) non vi erano norme che prevedessero espressamente l’ascolto del minore, anche se esso si poteva desumere dall’ultimo comma dell’art. 336 C.C., introdotto dalla Legge n. 149/2001, il quale prevedeva la difesa tecnica del minore.

In tal caso, almeno da parte del difensore del minore, l’ascolto si rendeva necessario. In generale, tuttavia, il Tribunale per i minorenni, competente in materia, procedeva sempre all’ascolto del minore che avesse la capacità di partecipare al procedimento.

Nei procedimenti di cui agli artt. 330 e ss. C.C., di norma, viene nominato un curatore speciale, perché si ravvisa un conflitto d’interessi tra minore e genitori, ma potrebbe essere stato già nominato un tutore, qualora i genitori siano stati dichiarati decaduti o sospesi dalla responsabilità genitoriale.

In ogni caso, sul rappresentante del minore grava il dovere di ascolto, in quanto egli è il primo soggetto tenuto ad adempiere agli obblighi di informazione e di rappresentazione della volontà del rappresentato, anche se, come sempre, dovrà effettuare le proprie valutazioni caso per caso.

Casi
particolari

Un minore che non abbia capacità di discernimento, perché di tenera età o perché portatore di *handicap* o affetto da *deficit* cognitivo, dovrà essere ascoltato e messo al corrente della sua personale situazione soltanto se ciò apparirà indispensabile e nella maniera meno traumatica possibile. Qualora il minore abbia subito violenza sessuale, sarà opportuno che l’ascolto da parte dell’avvocato e del rappresentante del minore avvenga in presenza di uno psicolo-

go e soltanto in caso di necessità, in quanto la letteratura in materia sconsiglia che la vittima di tali brutalità sia ascoltato da troppe persone e debba ripercorrere con soggetti, anche non qualificati, le tappe del proprio drammatico trascorso.

Inoltre, il rappresentante del minore potrà anche valutare opportuno non affrontare tale argomento con il minore, eccetto che sia quest'ultimo a volerne parlare.

La volontà del bambino rappresentato, poi, deve certamente essere manifestata al Tribunale, ma sarà dovere di chi esercita l'interesse del minore discostarsi nelle proprie richieste dai suoi *desiderata* e dalle aspirazioni del medesimo, ogni qualvolta essi confliggano con i suoi interessi superiori. In altri termini, il tutore, il curatore speciale e l'avvocato del minore non devono sposare la causa del minore qualunque essa sia, ma devono sempre esprimere una propria valutazione riguardo a ciò che reputano preferibile o meno per il minore, in nome del primato degli interessi di cui il tutelato è portatore.

Primato degli interessi del minore sulla volontà

In materia di separazione tra coniugi, la Legge n. 54/2006, nota per aver introdotto la regola dell'affidamento condiviso, ha valorizzato l'ascolto del minore. In verità, l'art. 155-sexies C.C., oggi abrogato e nella sostanza trasfuso nell'art. 337-octies C.C., faceva riferimento all'audizione del minore, così dando rilievo all'aspetto tecnico dell'ascolto nel processo.

Al contrario, il Legislatore, nell'attuale art. 337-octies C.C., ha utilizzato il verbo "ascoltare". Dunque, nei procedimenti di separazione tra coniugi era (ed è) stabilito l'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore ove abbia capacità di discernimento.

In materia di adozione, la Legge n. 184/1983, come modificata dalla Legge n. 149/2001, contiene più articoli in cui si fa riferimento all'ascolto del minore.

Tra le varie norme, sono da menzionare gli artt. 7, 10, 15 e 25, in cui però si adopera il verbo "sentire" che, come detto, rappresenta un *minus* rispetto al concetto di ascolto. Tuttavia, indubbiamente, si può ritenere che le modalità con cui il minore partecipa al procedimento siano le stesse dell'ascolto, anche perché il giudice competente in materia, il Tribunale per i minorenni, è da sempre particolarmente attento a valutare in maniera dettagliata gli stati d'animo e la volontà del minore, tramite un'interlocuzione con lo

stesso che si avvicina molto di più all'ascolto che non alla semplice audizione.

4.4 Il diritto all'ascolto del minore dopo la riforma della filiazione. Disciplina e limiti

Come si è anticipato, il tema dell'ascolto del minore è stato ampiamente innovato da parte della Legge n. 219/2012 e dal D.Lgs. n. 154/2013. Invero, la modifica non ha riguardato tanto i presupposti dell'ascolto, che sono restati pressoché invariati, quanto l'ambito di applicazione ed i limiti, oggi meglio specificati dalla legge, in parte recependo gli indirizzi giurisprudenziali in materia, in parte applicando i principi di alcune leggi speciali di ratifica delle convenzioni internazionali.

Come già si è detto, l'art. 315-bis, comma 3, C.C., introdotto dalla Legge n. 219/2012, ha previsto l'ascolto del minore in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

La norma, richiamando la precedente normativa in materia, ha stabilito che tale diritto riguarda il figlio che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, e che esso non deve essere esercitato solo nei procedimenti giurisdizionali, ma in tutte le questioni che lo riguardano. Dunque, il figlio ha diritto di essere ascoltato anche nella scelta della scuola o delle attività extracurricolari da svolgere, nelle questioni relative alla sua vita sociale ed in genere in quelle concernenti la vita familiare.

Sussistenza
del diritto

Si consideri che la norma non parla genericamente di minore, ma di figlio. Ci si chiede, allora, se tale diritto rilevi solo nei rapporti con i genitori e nei procedimenti in cui il requisito della filiazione abbia un preciso significato o si estenda, in maniera generica, a tutte le questioni che interessano i minori.

Non è facile rispondere a questo interrogativo. Tuttavia, merita di essere considerato che la maggior parte delle questioni che concernono i minori, con specifico riferimento al diritto civile, si riferiscono ai rapporti familiari ovvero alle scelte di un minore che, in quanto soggetto alla responsabilità genitoriale, riguardano sempre i suoi rapporti con i genitori. Pertanto, la risposta preferibile sembrerebbe quella secondo cui l'ascolto del minore è sempre un diritto quando i genitori (o chi per loro esercita la responsabi-

lità), devono assumere delle decisioni che incidono sulla vita del figlio e in tutti i procedimenti giurisdizionali che riguardano diritti ed interessi di quest'ultimo.

Tale interpretazione appare maggiormente conforme anche all'art. 336-bis C.C., introdotto dal D.Lgs. n. 154/2013 e rubricato "Ascolto del minore". La norma, la quale si riferisce ai procedimenti di volontaria giurisdizione relativi alla responsabilità genitoriale, stabilisce che il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato.

L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto del minore se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video.

Procedura

A parere di chi scrive, questa nuova norma è particolarmente rilevante perché spiega quali sono le modalità e i limiti dell'ascolto.

A tal proposito va osservato che, ancora una volta, il Legislatore indica l'età del minore che deve essere ascoltato (dodici anni), ma stabilisce che possa essere ascoltato anche un minore di età inferiore qualora abbia capacità di discernimento.

Ebbene, la capacità di discernimento in qualche modo rappresenta una specificazione ulteriore dell'*an* dell'ascolto. S'intende dire, cioè, che un minore infra dodicenne dovrà comunque essere ascoltato se abbia capacità di discernimento e un ultra dodicenne non dovrà essere ascoltato se non abbia capacità di discernimento.

Capacità di discernimento del minore

Ma la difficoltà principale sta nel comprendere il significato di tale locuzione (capacità di discernimento), nonché nella valutazione in concreto della capacità di discernimento.

Per spiegarne il significato, si rende necessario un rinvio a nozioni psicologiche. Infatti, in psicologia si ritiene che un bambino normodotato a partire da circa sei-otto anni inizi a sviluppare una capacità nel ragionare che si sviluppa e si accresce negli anni, sicché, intorno ai dodici anni, un minore avrebbe capacità logico-formali. Queste conclusioni sono conformi a quelle a cui è pervenuto il Comitato nazionale di bioetica³⁰.

A tanto si aggiunga che la capacità di discernimento riguarda senz'altro l'età del minore, ma anche l'argomento da affrontare. Un minore normodotato, di otto anni, ad esempio, è certamente in grado di raccontare la sua esperienza quotidiana in famiglia (magari al fine di verificare se subisca pregiudizi e quale sia lo stile di vita). Al contrario un bambino della medesima età e condizioni più difficilmente potrà avere capacità di discernimento in ordine ad un procedimento che riguardi la permanenza in una famiglia affidataria con cui ha sempre vissuto, piuttosto che rientrare nella famiglia biologica che non conosce. In questo caso, infatti, si tratta di effettuare valutazioni che richiedono una maturità ed una capacità di astrazione certamente superiori a quelle che possono appartenere a bambini di sette-otto anni.

Interesse
del minore

L'altro limite all'ascolto del minore è rappresentato dal suo interesse. Infatti, il giudice non procede a tale adempimento, motivando nel provvedimento la sua scelta, se l'ascolto contrasta con l'interesse del minore ovvero se è manifestamente superfluo.

Manifesta
superfluità
dell'ascolto

Appare opportuno ribadire, infatti, che l'ascolto del minore non sempre ha effetti positivi sullo stesso. Può accadere che la presenza in Tribunale, il ricordo di vicende spiacevoli o dolorose, possano inficiare la serenità del minore, arrecandogli un pregiudizio. Pertanto l'autorità giudiziaria, prima di procedere all'ascolto del minore, dovrà bilanciare tale diritto con quello a non subire un danno alla sua stabilità psicofisica. Nel caso in cui prevalga il pregiudizio, dovrà evitare l'ascolto motivando tale scelta, così come se l'ascolto dovesse apparire palesemente superfluo. L'ascolto del minore può essere considerato superfluo quando la situazione è già ampiamente accertata, sicché la sua volontà non possa incidere

30) V. MONTARULI, "L'ascolto del minore in sede civile e penale", relazione tenuta all'incontro di studi dal titolo "I diritti del minore e la loro protezione", Bari 4 e 5 giugno 2010.

nelle valutazioni. Si pensi, in un procedimento sulla responsabilità genitoriale, al caso di un genitore dipendente da sostanze stupefacenti o da alcool, che abbia usato violenza nei riguardi del figlio minore, come accertato da referti medici e da informative dei carabinieri. In tale ipotesi, sarà superfluo ascoltare il minore perché, anche se esso riferisse il desiderio di restare con il padre, la sua volontà non potrebbe modificare la valutazione in ordine alla sussistenza del pregiudizio.

A tal proposito, però, va osservato che l'ascolto del minore potrebbe consentire di emanare un provvedimento che tenga maggiormente in conto le concrete esigenze del figlio, con prescrizioni adeguate.

Altro caso di manifesta superfluità dell'ascolto è quello in cui il minore sia stato ascoltato, poco tempo prima, in un altro procedimento.

Si pensi all'ipotesi di un procedimento in materia di dichiarazione di adottabilità, immediatamente successivo ad un procedimento di volontaria giurisdizione relativo alla responsabilità genitoriale in cui già fosse stato ascoltato il minore.

Pertanto, sarebbe errato ritenere che in ogni procedimento il minore debba necessariamente essere ascoltato, in quanto sarà sempre necessaria una valutazione in concreto, tenuto conto dell'età, della capacità di discernimento e della necessità di non arrecare pregiudizio al minore, né di procedere quando l'ascolto sia superfluo. Quest'ultimo riferimento all'inutilità dell'ascolto fa comprendere che, comunque, l'ascolto del minore da parte dell'autorità giudiziaria è considerato un fatto idoneo a cagionare nel minore stesso un certo turbamento, giustificato e legittimo. In un certo senso e in alcuni casi, quindi, l'ascolto è considerato un sacrificio necessario per il minore, sicché va evitato quando non arreca nessuna utilità al minore. Infatti, l'interesse di quest'ultimo può essere conseguito anche escludendo un suo coinvolgimento nel procedimento che lo riguarda.

In termini analoghi, si consideri la Legge n. 64/1994, di ratifica della Convenzione dell'Aja, in particolare l'art. 7 richiamato al paragrafo 4.2, nonché la giurisprudenza di legittimità³¹.

31) Così, Cass. Civ., S.U., 6 ottobre 2009, n. 22238: «*L'audizione dei minori nelle procedure*

Soggetti che
partecipano
all'ascolto

Il giudice procede all'ascolto anche tramite psicologi o altri soggetti deputati a tale attività (assistenti sociali dei servizi sociali e dei consultori).

Gli altri soggetti che prendono parte al procedimento (genitori, curatore speciale, pubblico ministero), non possono partecipare all'ascolto se non sono stati preventivamente autorizzati dall'autorità giudiziaria. Inoltre, possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima di procedere all'ascolto.

La disposizione di legge non fa riferimento al tutore, ma è chiaro che, in quanto esercente la responsabilità, la norma possa estendersi anche a chi esercita la responsabilità in luogo dei genitori, perché si tratta del rappresentante del minore.

Per questo motivo, nell'ipotesi in cui il giudice voglia ascoltare il minore senza la presenza degli altri soggetti coinvolti, sarà particolarmente utile suggerire argomenti da trattare con il minore.

Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. In questo caso ritorna implicitamente il riferimento alla capacità di discernimento del minore, necessaria per comprendere, seppure in maniera limitata, il procedimento e gli effetti dello stesso.

Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore ovvero è effettuata registrazione audio video.

Come si è già anticipato, anche l'art. 337-octies C.C., contenuto nel Capo II – relativo all'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di crisi coniugale ovvero all'esito di procedimenti

giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sullo esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la Legge n. 77 del 2003 (Cass. 16 aprile 2007 n. 9094 e 18 marzo 2006 n. 6081), per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (la citata Cass. n. 16753 del 2007)». L'adempimento, già previsto nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ora necessario ai sensi degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la Legge 20 marzo 2003 n. 77, quale strumento d'acquisizione della sua opinione laddove abbia un sufficiente grado di discernimento, «postula che il minore riceva le informazioni pertinenti ed appropriate, con riferimento alla sua età ed al suo grado di sviluppo», e tali informazioni non nuocciano al suo benessere (Cass. sentenza n. 16753/2007); Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2013, n. 1527: «L'ascolto del minore può essere omesso nei casi in cui il giudice del merito, secondo il suo prudente apprezzamento, ravvisi pericolo di pregiudizio ovvero un contrasto con gli interessi superiori per l'interessato, ovvero reputi il minore non adeguatamente maturo alla stregua della situazione di fatto considerata».

riguardanti i figli nati fuori dal matrimonio – riguarda i poteri del giudice e l’ascolto del minore. Il contenuto di tale disposizione è molto simile all’art. 336-bis C.C.. Infatti esso stabilisce che il giudice dispone l’ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all’ascolto se in contrasto con l’interesse del minore o manifestamente superfluo.

Questa norma, introdotta come l’art. 336-bis C.C. dal D.Lgs. n. 154/2013, adotta le stesse parole della norma riguardante i procedimenti in materia di responsabilità genitoriale; pertanto, valgono le stesse considerazioni precedentemente illustrate. Tuttavia, deve essere osservato che in questo caso, a differenza di quanto stabilito dall’art. 336-bis C.C., non è previsto che il mancato adempimento da parte del giudice debba essere motivato.

Per quanto concerne le modalità dell’ascolto nei procedimenti successivi alla frattura del rapporto tra i genitori, di cui all’art. 337-octies C.C., sembra corretto ritenere che vadano applicati i commi 2 e 3 dell’art. 336-bis C.C.

Modalità
dell’ascolto

Infine, un’altra norma che riguarda le modalità per procedere all’ascolto del minore ed introdotta dal decreto delegato sulla filiazione è l’art. 38-bis disp. att. C.C. Esso stabilisce che quando la salvaguardia del minore è assicurata con mezzi tecnici idonei, quali l’uso di un vetro a specchio unitamente ad impianto citofonico, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore ed il pubblico ministero possono seguire l’ascolto del minore in luogo diverso da quello in cui egli si trova, senza chiedere l’autorizzazione di cui all’art. 336-bis, comma 2, C.C.

In questo caso, infatti, non si arreca al minore alcun pregiudizio che potrebbe derivargli dalla presenza di altri soggetti durante la sua interlocazione con il giudice, considerato che essi si trovano in un’altra stanza. Tuttavia, nella pratica, può accadere che lo stesso giudice richieda la presenza del curatore speciale o del tutore, quando uno di questi soggetti abbia instaurato un rapporto tale con il minore da rendergli l’ascolto meno difficile di quanto non sarebbe se dovesse avvenire con il solo giudice.

Sulla questione è bene sottolineare che, anche prima della riforma legislativa che ha disciplinato maggiormente limiti e modalità

Contraddittorio
differito

dell'ascolto del minore, era prassi di molti tribunali prediligere il c.d. "contraddittorio differito".

In altri termini, l'ascolto del minore e dei genitori non avveniva contestualmente e spesso all'ascolto del minore non partecipavano neppure i difensori dei genitori.

Tale scelta, che potrebbe apparire poco garantista e in contrasto con il canone del giusto processo, rispondeva all'esigenza di tutelare il minore anche nel momento della sua audizione.

La presenza di troppi soggetti, in particolare di chi rappresenta i genitori, avrebbe potuto turbare il minore, impedendo allo stesso di esprimersi liberamente e, dunque, avrebbe potuto rappresentare una forma ulteriore di abuso nei suoi riguardi.

Perciò, qualora si procedesse all'ascolto del minore alla presenza degli altri soggetti coinvolti senza valutare l'eventuale disagio derivante da tali presenze, sarebbe violato l'art. 111 Costituzione, perché il minore non sarebbe in condizione di parità con le altre parti, ma potrebbe subire gli effetti nocivi di un tale ascolto indifferenziato e privo di garanzie.

4.5 Natura giuridica dell'ascolto del minore. Cenni

In conclusione appare opportuno soffermarsi sulla natura giuridica dell'ascolto del minore. Sul punto si deve osservare come l'audizione del minore non possa essere considerata un mezzo istruttorio.

Correttamente dottrina autorevole e giurisprudenza hanno osservato che l'ascolto del minore non è una testimonianza, né un interrogatorio formale, ma è uno strumento imprescindibile per far entrare nella cognizione del giudice la volontà del minore³². L'audizione del minore è, dunque, un atto processuale necessario alla sua tutela giurisdizionale³³.

A differenza di quanto avviene per i mezzi istruttori – la cui asetticità è necessaria perché essi siano validi – l'ascolto del minore

32) Cfr. V. MONTARULI, "L'ascolto del minore in sede civile e penale", in *Incontri di studio* "I diritti del minore e la loro protezione, Bari 4 e 5 giugno 2010; G. RHUO, "Ascolto dei minori in ambito giudiziario 2012", in *www.unicef.it*; Cass. Civ., Sez. I, 26 marzo 2010, n. 7282.

33) S. SATTA PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 2000, 198.

tiene conto non solo delle dichiarazioni del medesimo, ma di molti altri elementi.

Sono e devono essere considerati l'emozione del minore, le sue titubanze, l'imbarazzo, i sorrisi, il pianto, le valutazioni personali, le sensazioni e le impressioni che lo stesso esprime. Inoltre, il minore deve manifestare i propri desideri e le proprie aspirazioni.

Correttamente, l'art. 336-bis C.C., ultimo comma, stabilisce che nel processo verbale che viene redatto a seguito dell'ascolto del minore è descritto il contegno del minore³⁴. Nel caso di riproduzioni audio video ciò non è necessario, perché tutto il bagaglio emotivo del minore trapela ancora più chiaramente.

Contegno
del minore

Discende da ciò che una decisione giurisdizionale che non tenga conto del pensiero del minore sarebbe senza dubbio lacunosa, non già perché non sarebbe stato valutato un elemento oggettivo, funzionale alla corretta ricostruzione del fatto (come si è detto l'audizione non è atto istruttorio e in esso non possono che rientrare anche le opinioni, le valutazioni e le emozioni che invece non sono ricomprese negli atti istruttori), ma perché violerebbe un diritto del minore.

34) Invero, anche il contegno del testimone può essere riportato nel verbale di udienza. In tal caso la scelta dell'ordinamento è determinata dalla necessità di valutare la credibilità del teste. Nel caso dell'ascolto del minore, invece, la descrizione del suo comportamento è funzionale ad una migliore conoscenza degli stati d'animo, dei desideri e delle esigenze del minore stesso.

V– Altre modifiche legislative della riforma sulla filiazione

5.1 Premessa

La Legge n. 219/2012 e il D.Lgs. n. 154/2013, hanno determinato mutamenti in diversi ambiti legislativi, codicistici e della legislazione speciale e che non riguardano esclusivamente la materia della filiazione ma anche aspetti connessi a tale istituto.

Alcune di queste norme sono state oggetto di esame nei capitoli che precedono, altre ancora meritano un approfondimento e, per la loro eterogeneità, verranno trattate in quest'ultimo capitolo.

Vi sono, poi, una serie di altre norme, come ad esempio gli artt. 706 e 709-ter C.P.C., in cui le modifiche riguardano solo l'eliminazione o la sostituzione di termini.

Così, nel codice di rito, all'art. 706, comma 4, l'eliminazione degli aggettivi "legittimi, legittimati o adottati" e all'art. 709-ter, la sostituzione del termine "potestà" con "responsabilità".

L'attenzione maggiore sarà, dunque, riservata alle innovazioni più significative.

5.2 L'art. 317-bis C.C. Rapporti con gli ascendenti

L'art. 317-bis C.C., introdotto dalla Legge n. 151/1975, nota come "Riforma del diritto di famiglia", riguardava l'esercizio della potestà da parte dei genitori che avessero riconosciuto i figli nati fuori dal matrimonio (definiti, sino all'entrata in vigore della Legge n. 219/2012, figli naturali).

Il D.Lgs. n. 154/2013 ha invece totalmente modificato il contenuto dell'art. 317-bis, oggi rubricato "Rapporti con gli ascendenti".

Come si è avuto modo di illustrare nel capitolo III, la legge valorizza il mantenimento dei rapporti con i parenti di entrambi

i genitori, soprattutto nel caso di crisi del rapporto di coppia. In questa ipotesi, infatti, il collocamento prevalente presso un genitore avrebbe potuto limitare i contatti tra il minore e l'altro ramo parentale.

Tale questione era stata già affrontata dalla Legge n. 54/2006 che ha introdotto l'affidamento condiviso.

Questa, tra l'altro, è intervenuta modificando l'art. 155 C.C. il quale riconosceva il diritto del figlio minore, in caso di separazione personale dei genitori, a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale. La giurisprudenza, invero, anche prima della riforma del 2006, riconosceva l'importanza per i nipoti dei rapporti con i nonni³⁵.

La norma è stata mantenuta, estendendo la disciplina a tutti i figli, indipendentemente che siano nati nel matrimonio o meno. L'art. 337-ter e ss. C.C., infatti, come già si è detto, richiama tutta la disciplina prevista per i figli in caso di separazione tra coniugi, applicandola però anche ai figli delle coppie non sposate.

Peraltro, anche l'art. 315-bis C.C. contempla tra i diritti dei figli quello al mantenimento dei rapporti significativi con i parenti.

L'art. 317-bis C.C. rappresenta un'ulteriore modifica rispetto al passato, poiché colloca il rapporto tra minore e parenti tra i diritti del primo, anche a prescindere dalla circostanza che vi sia stata una crisi della famiglia del minore.

La norma stabilisce che gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

L'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. Si applica a tal riguardo l'art. 336, comma 2, C.C.

Da una prima, superficiale, lettura dell'art. 317-bis C.C., sembrerebbe quasi che il Legislatore abbia riconosciuto un vero e proprio "diritto" in capo agli ascendenti (sostanzialmente nonni, quindi e non ad esempio zii). Infatti, il termine diritto viene adoperato due volte ed è previsto uno strumento processuale per farlo valere, cioè il procedimento di cui all'art. 336 C.C.

"Diritto"
in capo agli
ascendenti

35) Così, tra le tante: Cass. Civ., Sez. I, 25 settembre 1998, n. 9606 e Tribunale di Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2008 (ordinanza).

Sennonché, appare necessario essere più cauti nel ritenere che vi sia stato da parte del Legislatore il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo degli ascendenti.

In primo luogo, si osservi che la norma è contenuta nel Capo riguardante la responsabilità genitoriale e che essa stessa richiama il procedimento previsto dall'art. 336 C.C. con cui l'autorità giudiziaria assume provvedimenti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale, cioè quelli che, come si è detto, possono ancora definirsi "*de potestate*".

Come già si è scritto al capitolo III, si tratta di procedimenti di volontaria giurisdizione in cui non si contrappongono posizioni soggettive dello stesso rango. L'unico soggetto che sia titolare di un diritto è il minore, mentre i genitori e tutti gli altri soggetti coinvolti nel procedimento hanno soltanto una posizione di mero interesse.

Sembra irragionevole che il Legislatore abbia riconosciuto un diritto – oltre che al minore – solo agli ascendenti e non ai genitori.

A ciò si aggiunga che la norma, al comma 2, stabilisce che al fine di promuovere la relazione con i nipoti possono essere adottati provvedimenti giurisdizionali «*nell'esclusivo interesse del minore*». Il riferimento all'esclusività dell'interesse del minore induce a ritenere difficilmente qualificabile la posizione soggettiva degli ascendenti come diritto soggettivo.

Il diritto soggettivo è la situazione soggettiva a cui l'ordinamento accorda la forma di protezione più intensa. Esso viene definito come la sintesi di forza e libertà, perché il soggetto che ne è titolare può liberamente decidere se esercitare il diritto, ma una volta che lo esercita, il diritto è idoneo a realizzare pienamente l'interesse³⁶.

È vero che un diritto può incontrare limiti, primo dei quali è il divieto di abusarne, così come è vero che può essere condizionato o sacrificato, ma se viene esercitato nell'esclusivo interesse di altri non è più un diritto.

Si potrebbe obiettare che sono i provvedimenti giurisdizionali ad essere emanati nell'esclusivo interesse del minore e non il diritto degli ascendenti esercitato in tal senso (nell'esclusivo interesse).

36) Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2001, p. 57, e MONATERI, *Digesto VI*, Utet, Torino, 1990, p. 411.

Tuttavia, non si può fare a meno di osservare che se gli ascendenti fossero titolari di un diritto soggettivo, l'autorità giudiziaria ne dovrebbe comunque tener conto, non potendo emanare provvedimenti idonei ad incidere totalmente sulla loro posizione.

La questione non è solo nominale, ma implica conseguenze rilevanti soprattutto sotto il profilo processuale.

Infatti, se la posizione degli ascendenti deve qualificarsi come diritto, dunque, come posizione del medesimo rango di quella dei minori, si deve ritenere ammissibile il ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione, nonostante lo stesso art. 317-bis C.C. faccia riferimento al procedimento di volontaria giurisdizione di cui all'art. 336, comma 2, C.C.

Da ciò deriverebbe che, mentre la declaratoria di decadenza dall'esercizio nella responsabilità genitoriale non potrebbe essere soggetta al sindacato del giudice di legittimità, il provvedimento relativo alla regolamentazione degli incontri tra nipote e nonni potrebbe essere ricorribile anche in Cassazione.

A parere di chi scrive, si tratta di un errore – contenuto già nella legge delega, laddove l'art. 2, lett. p), fa espresso riferimento al “diritto” degli ascendenti – che non si può coordinare con il sistema e con i principi in materia, per cui è verosimile che comporterà diversi problemi interpretativi.

“Diritto
all'azione”

Probabilmente la giusta interpretazione sarebbe quella di considerare la posizione degli ascendenti come un “diritto all'azione”.

Come è noto, le uniche parti del procedimento di separazione e divorzio sono i genitori, oltre al pubblico ministero se ci sono figli minori.

Al contrario, i nonni o altri ascendenti non possono far valere nessuna pretesa, neppure nell'interesse del minore. Questa norma, probabilmente, aveva la funzione di aggirare tale ostacolo, consentendo anche agli ascendenti di proporre ricorso per mantenere un rapporto con i minori.

Tuttavia, solo questi ultimi sono i depositari del diritto ad una crescita sana ed equilibrata che non subisca pregiudizio neppure a seguito della frattura familiare. In questo senso, mantenere la relazione, già significativa, con i nonni, può contribuire alla crescita armoniosa e corretta dei minori.

Il “diritto” (meglio la legittimazione) degli ascendenti a mantenere rapporti con i nipoti, richiede un'ulteriore condizione e, cioè,

che fosse preesistente una relazione affettiva, che il Legislatore, analogamente a quanto previsto in materia di adozione dalla Legge n. 184/1983, definisce “significativa”.

Preesistenza
significa-
tiva di una
relazione
affettiva

Si deve ritenere che la rilevanza della relazione debba essere valutata in rapporto al minore e non già al solo ascendente. In altri termini, al fine di considerare significativo il rapporto con i nipoti deve essere analizzato il punto di vista di questi ultimi. Non potrebbe agire, ad esempio, una nonna che non avesse mai intrattenuto una costante e stabile relazione con il nipote, ma che lo avesse visto saltuariamente ed avesse avuto con lui un rapporto superficiale³⁷.

Inoltre, la possibilità dell'ascendente di ricorrere all'autorità giudiziaria per tutelare il suo pregresso rapporto significativo con il nipote, incontra il limite inderogabile dell'esclusivo interesse del minore. Pertanto, sarà compito del giudice valutare se il mantenimento del rapporto con gli ascendenti risponda al suo interesse ovvero possa arrecargli pregiudizio.

La competenza è del Tribunale per i minorenni, secondo quanto stabilito dal novellato art. 38 disp. att. C.C.

Tuttavia, con ordinanza del 5 maggio 2014, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 disp. att. C.C. da parte del Tribunale per i minorenni di Bologna³⁸.

Il giudice minorile emiliano ha ritenuto rilevante ed ammissibile la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 38, comma 1, disp. att. C.C., per eccesso di delega legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Costituzione, nella parte in cui attri-

37) In questo senso, in materia di adozione, si esprime in maniera concorde anche la giurisprudenza di legittimità (cfr. *ex plurimis* Cass., 9 maggio 2002, n. 6629; Cass., 27 agosto 2004, n. 17110; Cass. 14 maggio 2005, n. 10126), la quale segnatamente chiarisce: «*In tema di dichiarazione di adottabilità e di inidoneità non transitoria dei genitori a prestare le cure necessarie al minore, qualora si manifesti, da parte di figure parentali sostitutive, la disponibilità a prestare assistenza e cure al minore, essenziale presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono è la presenza di siffatti rapporti dello stesso con dette persone, giacché la Legge n. 184 del 1983 – specie dopo le modifiche introdotte dalla Legge n. 149 del 2001 – attribuisce rilievo alla parentela, ai fini dell'esclusione dello stato di abbandono, solo se accompagnata dalle relazioni psicologiche e affettive che normalmente la caratterizzano (Nella specie, in applicazione del riferito principio, la Suprema corte ha confermato la pronuncia del giudice di merito che aveva ritenuto irrilevante, al fine di escludere lo stato di abbandono, la circostanza che i nonni materni avessero dato la propria disponibilità ad accogliere il minore, facendo difetto un pregresso rapporto significativo da costoro instaurato con il nipote)*» (Cass. 10 agosto 2006, n. 18113).

38) Sul web www.altalex.it.

buisce al Tribunale per i minorenni la competenza funzionale ed inderogabile a trattare le controversie relative alla legittimazione dei nonni di conservare rapporti significativi con i nipoti.

Il giudice *a quo* ha osservato come tale scelta legislativa, che peraltro pecca per eccesso di delega, determini la frantumazione della tutela processuale, nel caso in cui penda un giudizio innanzi al Tribunale ordinario ai sensi dell'art. 337-ter C.C., con una proliferazione di processi che non tiene conto dell'interesse del minore. Inoltre, l'art. 317-bis si pone in contrasto anche con gli artt. 3 e 111 Costituzione per irragionevolezza e rottura del principio di concentrazione processuale, perché impedisce di trattare nello stesso giudizio la regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli e di questi ultimi con i nonni. Inoltre, si consideri il caso in cui anche i genitori facciano valere il diritto dei minori di cui all'art. 337-ter C.C. di mantenere rapporti con i parenti. In questo ultimo caso il giudice competente sarebbe il Tribunale ordinario, sicché non solo vi sarebbero due procedimenti differenti, ma due autorità giudiziarie sarebbero chiamate a pronunciarsi sulla stessa questione.

Merita però di essere considerato che l'art. 38 disp. att. C.C. prevede la *vis attractiva* del Tribunale ordinario nei procedimenti *ex* art. 333 C.C. quando penda giudizio di separazione, divorzio o, ai sensi dell'art. 316 C.C., “tra le stesse parti”. Gli ascendenti, come si è detto, non sono parti in nessuno dei predetti procedimenti incardinati innanzi al giudice ordinario, sicché il criterio con cui nei procedimenti previsti dall'art. 317-bis C.C. è stata attribuita la competenza al Tribunale per i minorenni appare corretto.

Infatti, nei procedimenti di cui all'art. 333 C.C., gli ascendenti sono legittimati a partecipare ed a far valere il diritto del minore a mantenere il rapporto significativo con i suoi parenti, rilevante per la crescita corretta e armoniosa.

Pur condividendo l'osservazione relativa all'eccesso di delega, probabilmente la questione non era rilevante ai fini della incostituzionalità.

5.3 Il novellato art. 38 disp. att. C.C.

L'art. 38 disp. att. C.C. – che attribuisce la competenza al Tribunale per i minorenni nei casi tassativamente stabiliti e che, come visto,

è stato sottoposto al sindacato di legittimità costituzionale – è stato riformulato dapprima dalla Legge n. 219/2012 e poi dal D.Lgs. n. 154/2013.

L'intervento di maggiore rilievo è avvenuto da parte della legge delega che ha limitato la competenza del Tribunale per i minorenni. Il D.Lgs. n. 154/2013, infatti, si è limitato ad aggiungere alla competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati nell'art. 251 C.C. e, come si è visto al paragrafo precedente, quelli di cui all'art. 317-bis, in relazione al quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale.

La norma stabilisce che sono di competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, C.C. Per i procedimenti di cui all'art. 333 C.C. resta esclusa la competenza del Tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 C.C.; in tale ipotesi per tutta la durata del processo, la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono, altresì, di competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti di cui agli artt. 251 e 317-bis.

Competenze
Tribunale
per i
minorenni

A parere di chi scrive, considerato che il Capo II del Titolo IX si riferisce all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio, e che nello stesso è stato introdotto l'art. 337-bis C.C. che regola il procedimento in tutti i predetti casi, sarebbe stato preferibile fare riferimento non già a separazione, divorzio e all'art. 316 C.C., innovato dal D.Lgs. 154/2013, ma ai procedimenti di cui all'art. 337-bis C.C.

Nella specie, si è posto il problema di stabilire quando nei procedimenti generalmente di competenza del giudice specializzato sia competente il giudice ordinario.

Preliminarmente è necessario osservare che, a mente dell'art. 38 disp. att. C.C., devono sussistere due condizioni. La prima è che già sia stato instaurato un giudizio innanzi al giudice ordinario. In caso contrario, infatti, se, per esempio si dovesse ritenere competente il giudice ordinario della separazione introdotta successivamente all'instaurazione di un procedimento *de potestate*

innanzi al Tribunale per i minorenni, si violerebbe il principio del giudice naturale e le parti potrebbero scegliersi il giudice secondo la propria volontà. Al contrario l'art. 38 disp. att. C.C. stabilisce che deve essere “*in corso*” un giudizio per separazione, divorzio o ai sensi dell'art. 316 C.C.

La seconda è che il procedimento deve essere “tra le stesse parti”. Non si può ipotizzare la *vis attrattiva* del giudizio ordinario rispetto a quello che sarebbe di competenza del giudice minorile se le parti sono differenti. Così, se un nonno vuole poter vedere il nipote minorenni che, a seguito della crisi della coppia genitoriale, non incontra più, dovrà promuovere il giudizio innanzi al T.M., perché egli non è parte nel procedimento di separazione.

Condizioni
di compe-
tenza del
giudice
ordinario

Quindi le condizioni essenziali perché il giudice ordinario sia competente in procedimenti generalmente di competenza del Tribunale per i minorenni sono che penda già un giudizio innanzi al giudice ordinario e che anche l'altro procedimento sia tra le stesse parti. A ciò si aggiunga che la competenza del giudice ordinario riguarda solo i procedimenti di cui all'art. 333 C.C.

Inoltre, come si è visto, l'art. 38 disp. att. C.C. stabilisce che in questo caso e per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle norme contenute nel primo periodo (artt. 84, 90, 330, 332, 334, 335 e 337, ultimo comma, C.C.), è del giudice ordinario.

Tale ultima questione ha dato luogo a dubbi interpretativi, risolti diversamente dalla giurisprudenza. Così il Tribunale per i minorenni di Bari³⁹, probabilmente il primo ad affrontare la questione, si è dichiarato incompetente in un procedimento relativo alla decadenza dalla potestà (all'epoca, oggi responsabilità), poiché innanzi al Tribunale ordinario pendeva un giudizio di separazione. Al contrario il Tribunale ordinario di Milano ha dichiarato la propria incompetenza in tutte le ipotesi che esulino dall'art. 333 C.C., essendo esclusa la competenza del giudice ordinario nell'emanazione di provvedimenti *ex art.* 330 C.C.⁴⁰

A parere di chi scrive, sembra preferibile la tesi⁴¹ secondo cui – qualora penda tra le stesse parti un giudizio di separazione,

39) Tribunale per i minorenni di Bari, Decreto 30 marzo 2013 in *Foro It.*, 2014, 4, I, 1326 e ss. con nota di B. Polisenio.

40) Trib. di Milano, Sez. IX, 10 dicembre 2013, in web all'indirizzo www.altalex.it.

41) Così CEA, “Profili processuali della Legge n. 219/2012”, in *Questione Giustizia* in www.magistraturademocratica.it.

divorzio o previsto dall'art. 316 – in deroga ai principi generali è competente il Tribunale ordinario nei “procedimenti” previsti dall'art. 333 C.C. (cioè provvedimenti convenienti per il figlio). Tuttavia, in quella sede, il giudice ordinario può emanare anche “provvedimenti” diversi da quelli *ex art. 333 C.C.*, cioè tutti quelli contenuti nel primo periodo dell'art. 38 disp. att. C.C. Questa interpretazione è più corretta, perché conforme al dettato normativo che stabilisce: *«Per i procedimenti di cui all'art. 333 resta esclusa la competenza del Tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso tra le stesse parti giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del Codice Civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario»*.

Un esempio può aiutare a comprendere la questione. Due genitori hanno proposto ricorso per separazione personale. Successivamente, uno di essi propone ricorso innanzi al medesimo Tribunale affinché assuma provvedimenti di cui all'art. 333 C.C. nei riguardi dell'altro genitore. In questo caso, qualora il giudice ordinario accerti la sussistenza di un pregiudizio patito dal figlio per cui deve essere emesso un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 330 C.C., potrà legittimamente pronunciare un provvedimento di ablazione dalla responsabilità genitoriale, come previsto dall'art. 38 disp. att. C.C.

Esempio

Per il resto, l'art. 38 dispone che sono emessi dal Tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e ss. C.P.C.

Fermo quanto previsto per le azioni di stato, il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal Tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla Sezione di Corte di appello per i minorenni.

Conclusivamente, si deve sottolineare quanto sarebbe utile, al fine di dare organicità alla tutela giurisdizionale in materia, una sezione specializzata del Tribunale che si occupasse di famiglia e

minori, con l'ausilio, oltre ai magistrati appartenenti all'ordine giudiziario, di giudici onorari con specifiche competenze in materia.

5.4 Altre modifiche alle disposizioni di attuazione del Codice Civile

Senza dubbio, la modifica dell'art. 38 disp. att. C.C. e l'introduzione dell'art. 38-bis disp. att. C.C., rappresentano i più rilevanti mutamenti operati dalla riforma della filiazione sulle disposizioni di attuazione del Codice Civile.

Ad esse devono aggiungersi altre innovazioni che di seguito verranno analizzate.

L'art. 35 disp. att. C.C. (che faceva riferimento al riconoscimento dei figli cd. "incestuosi") stabilisce soltanto che sulla domanda di adozione e di revoca dell'adozione di minore di età provvede il Tribunale per i minorenni.

Inoltre è stato inserito l'art. 37-bis disp. att. C.C. il quale definisce il concetto di *handicap* in relazione ai figli maggiorenni. La norma specifica che i figli maggiorenni portatori di handicap grave previsti dall'art. 337-septies, comma 2, C.C., sono coloro i quali siano portatori di *handicap* ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Legge n. 104/1992.

5.5 Modifiche alla legge sul divorzio

Il D.Lgs. n. 154/2014, ha apportato mutamenti anche alla Legge n. 898/1970, più nota come legge sul divorzio. In verità, non si tratta di cambiamenti particolarmente rilevanti, più che altro consistenti nell'espunzione di aggettivi o nella sostituzione di articoli.

Nello specifico, sono stati modificati tre articoli.

Art. 4 L'art. 4, comma 4 è stato sostituito ed oggi prevede che nel ricorso deve essere indicata l'esistenza di figli di entrambi i coniugi; l'attuale formulazione del comma 8 ha modificato l'aspetto riguardante l'ascolto del minore disponendo sul punto che deve essere disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Art. 6 L'art. 6, comma 1, non contiene più il riferimento agli artt. 147 e 148 C.C., ma agli artt. 315-bis e 316-bis C.C.. Si tratta di una scel-

ta discutibile, considerato che il divorzio riguarda esclusivamente i figli nati nel matrimonio, per cui il riferimento agli artt. 147 e 148 C.C. era assolutamente corretto. Inoltre, è stato sostituito anche il comma 2 il quale dispone che il Tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio applica, riguardo ai figli, le disposizioni contenute nel Capo II, Titolo IX, del Libro I del Codice Civile. Sono stati abrogati i commi 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 e 12; mentre al comma 7 la parola “potestà” è stata sostituita dalla locuzione “responsabilità genitoriale”.

Infine all’art. 12, come già si è scritto nel capitolo I, la parola “naturale” è stata sostituita dall’espressione “figli nati fuori del matrimonio”. Art. 12

Certamente condivisibile è stata la scelta di unificare la disciplina relativa ai figli in caso di crisi della coppia genitoriale, prevista dal Capo II, Titolo IX del I Libro. Scelta da cui dipende l’abrogazione dei commi su richiamati dell’art. 6 e che garantisce maggiore uniformità di disciplina, nonostante la normativa sia restata pressoché identica.

5.6 Le modifiche intervenute sulla Legge 4 maggio 1983, n. 184 (legge sull’adozione)

Le modifiche intervenute in materia riguardano prevalentemente la sostituzione di termini su cui ci siamo soffermati nel capitolo I.

In questa sede, appare opportuno analizzare le innovazioni sostanziali, invero poche, alla Legge n. 184/1983, come modificata dalla Legge n. 149/2001.

In particolare, si osservi che il D.Lgs. n. 154/2013, in ossequio alla delega contenuta nell’art. 2, lett. n), della Legge n. 219/2012, ha modificato l’art. 15, comma 1, lett. c). Art. 15

La norma in commento prevede che a conclusione delle indagini e degli accertamenti previsti dagli articoli precedenti, volti a provare la sussistenza della situazione di abbandono del minore, è dichiarato lo stato di adottabilità, purché vi siano una serie di requisiti:

- a) i genitori e i parenti convocati non si sono presentati senza giustificato motivo;
- b) l’audizione dei predetti ha dimostrato il persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la non disponibilità ad ovviarvi;

Requisiti per
adottabilità

- c) le prescrizioni impartite ai sensi dell'art. 12 (relative all'assistenza morale e materiale, all'istruzione ed all'educazione) sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori, ovvero è provata l'irrecuperabilità delle capacità dei genitori in un tempo ragionevole.

La modifica riguarda proprio il riferimento all'irrecuperabilità delle capacità genitoriali che deve essere provata. Inoltre, è richiesto il requisito del tempo ragionevole. In altri termini, qualora sia aperto un procedimento di abbandono in favore di un minore, l'accertamento delle capacità genitoriali non può prolungarsi per un tempo troppo lungo.

La circostanza che dopo diversi anni un genitore recuperi la capacità di svolgere responsabilmente e correttamente il proprio ruolo, non può di per sé determinare la chiusura di un provvedimento di abbandono, considerato che nel frattempo il figlio minore ha iniziato un nuovo e corretto percorso di vita.

Art. 79-bis

L'altra innovazione rilevante in materia è contenuta nell'art. 79-bis, introdotto dal decreto delegato. La norma stabilisce che il giudice segnala ai Comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia.

Come è noto, la Legge n. 184/1983, nonostante sia comunemente definita "la legge sull'adozione", è rubricata "Diritto di un minore ad una famiglia".

In particolare, la legge tende a garantire il vincolo che il minore ha instaurato con la propria famiglia biologica, anche in ossequio alla legislazione internazionale, segnatamente all'art. 6 della "Dichiarazione dei diritti del fanciullo", approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 20 novembre 1959, nonché all'art. 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con la Legge n. 176/1991.

Specificamente, l'art. 1, nell'affermare che il minore ha diritto di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia e che le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio della responsabilità genitoriale, stabilisce, tra le altre cose, che lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono con idonei interventi, nel rispetto delle loro autonomie e dei limiti delle risorse finanziarie

disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia.

In questo senso l'art. 79-bis prevede un collegamento ed un coordinamento tra l'autorità giudiziaria e gli Enti locali al fine di prevenire situazioni pregiudizievoli per i minorenni che possano tradursi in situazioni di abbandono.

In tal modo il Legislatore ha predisposto un ulteriore strumento per garantire al minore il diritto a crescere ed essere educato nella propria famiglia.

5.7 Modifiche alle norme regolamentari in materia di stato civile

L'art. 5 della Legge n. 219/2012 prevede alcune modifiche ai regolamenti dello stato civile.

In particolare, con regolamento emanato su proposta delle Amministrazioni di cui al comma 3 dell'art. 2 della stessa legge, ai sensi dell'art. 17, comma 1 della Legge n. 400/1988 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto o dei decreti legislativi di cui all'art. 2 della medesima Legge n. 219/2012 (il D.Lgs. n. 154/2013 è entrato in vigore il 28 febbraio, quindi il termine finale dovrebbe essere il 28 agosto 2014), sono apportate le necessarie modifiche alla disciplina dettata in materia di ordinamento dello stato civile dal regolamento di cui al D.P.R. n. 396/2000.

Inoltre, è stato modificato l'art. 35 del D.P.R. n. 396/2000, il quale oggi stabilisce che il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso e può essere costituito da un solo nome o da più nomi, anche separati, non superiori a tre.

Nel caso siano imposti due o più nomi separati da virgola, negli estratti e nei certificati rilasciati dall'ufficiale dello stato civile e dall'ufficiale dell'anagrafe, deve essere riportato solo il primo dei nomi.

5.8 Disposizioni transitorie

Per concludere appare opportuno un rapido riferimento alle disposizioni transitorie, contenute sia nella Legge n. 219/2012, sia nel D.Lgs. n. 154/2013.

Art. 4 Legge
n. 219/2012

L'art. 4 della Legge n. 219/2012, con riferimento alle disposizioni relative al riparto di competenza fra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni, nonché alle disposizioni a garanzia dei diritti della prole agli alimenti e al mantenimento, stabilisce che tali disposizioni contenute nell'art. 3 si applicano ai giudizi instaurati a decorrere dall'entrata in vigore della predetta legge, entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

Come si vede, si tratta di una deroga al principio generale del *tempus regit actum* in base al quale gli atti processuali sono regolati dalla legge vigente al momento in cui vengono compiuti.

Il comma 2 prevede che ai processi relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli di genitori non coniugati, pendenti davanti al Tribunale per i minorenni alla data di entrata in vigore della medesima Legge n. 219/2012, si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e ss. C.P.C. e il comma 2 dell'art. 3 della medesima legge (relativo alle disposizioni a garanzia del mantenimento dei figli su cui ci siamo soffermati al capitolo III). Invero, questo secondo comma appare ultroneo e, come ha affermato la dottrina, probabilmente frutto dei numerosi rimaneggiamenti legislativi⁴².

Art. 104
D.Lgs. n.
154/2013

Anche l'art. 104 del D.Lgs. n. 154/2013 reca disposizioni transitorie. Si tratta di un lungo elenco contenente tutte le materie trattate dal decreto delegato (successioni, azioni di stato, ecc.), pertanto, appare più agevole rinviare alla lettura della norma. Tuttavia, in esso è contenuto un principio unico in base al quale, fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219/2012, quindi anteriormente al 1° gennaio 2013, si applica la nuova disciplina normativa.

42) V. MONTARULI, "Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219", relazione tenuta all'incontro di studi "Legge 219/2012. Nuove applicazioni e criticità", organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati in Bari il 25 ottobre 2013, in *Judicium.it*.

L'ultimo capoverso stabilisce, infine, che restano validi e non possono essere modificati gli atti dello stato civile già formati secondo le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della Legge n. 219/2012, salve le modifiche risultanti da provvedimenti giudiziari.

