

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

La riforma della filiazione: riflessioni sul d.lgs. 154/13

Articolo di **Alessandra MEI**

Brevi cenni sulla evoluzione socio-giuridica della famiglia e della filiazione

L'idea di "famiglia" che il legislatore aveva in mente quando scrisse le disposizioni regolanti i rapporti familiari nel c.c. del 1942 era unicamente quella "fondata sul matrimonio" senza che vi fosse alcuno spazio per situazioni diverse. Già con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale quella "porta chiusa"¹ iniziava ad essere "socchiusa" per essere eventualmente aperta a nuovi modelli di relazioni familiari "diversi" da quello "tradizionale"². Invero, come rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, da una lettura combinata delle disposizioni degli artt. 29 co. 1 e 2 Cost., al di là dell'apparente definizione del termine famiglia resa dal legislatore alla prima delle citate norme, il nostro ordinamento giuridico, all'art. 2 Cost., nel sancire i principi di riconoscimento e di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, ha specificato che

¹ Rif. alla possibilità di costituire famiglie "diverse" da quello "tradizionale" che il legislatore del 1942 conosceva.

² Riferimento all'art. 29 co. 1 Cost "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come una società naturale fondata sul matrimonio"

questi ultimi sono riconosciuti e tutelati "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità." Tra queste ultime³ rientra anche la "società naturale" dell'uomo quale è la famiglia, così definita ai sensi dell'art. 29 co. 1 Cost. Invero, in forza di questo inciso, la dottrina e la giurisprudenza hanno da sempre interpretato queste disposizioni nel senso che il legislatore doveva adeguare le disposizioni legislative in materia familiare alla evoluzione delle relazioni sociali di quest'ultima in quanto nel tempo queste "relazioni sociali" possono mutare (come è accaduto) dando vita a nuovi modelli di famiglie "diversi" da quello tradizionale "fondato sul matrimonio." Invero, mentre nel 1942 e fino agli anni 1970⁴ l'unico tipo di famiglia sentito dalla società del tempo e presente nel nostro c.c. era quello "tradizionale"⁵ all'interno del quale potevamo distinguere diversi sottomodelli: quello "patriarcale"⁶ e quello "allargato"⁷, oggi senz'altro parlare di famiglia ha un significato diverso e ben più ampio di allora in quanto: in primis, a seguito della entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia⁸, nel c.c. sono andati costituendosi nuovi modelli di relazioni familiari: la cd. famiglia nucleare⁹ che si è sostituita a quella "patriarcale" previgente, e quella "allargata".

La nuova società accanto a queste classiche forme di "famiglia" ha creato nuovi modelli di relazioni familiari tra i quali possiamo individuare le cd. famiglie di fatto¹⁰, la famiglia ricomposta¹¹ e quella monoparentale¹².

A tale mutamento senz'altro ha dato un notevole contributo l'introduzione nel nostro ordinamento del diritto al divorzio¹³ nonché la riforma del diritto di famiglia del 1975. Invero, a seguito delle predette "conquiste giuridiche" si sono andati registrando un trend sempre crescente tanto delle separazioni¹⁴

³ Rif. formazioni sociali ex art. 2 Cost.

⁴ Rif. alla vigilia dell'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975.

⁵ Fondato sul matrimonio

⁶ Nel quale moglie e figli erano assoggettati alla potestà del pater familias.

⁷ Che comprende i parenti e gli affini

⁸ Introdotta con la legge 151 del 19.5.1975.

⁹ composta dai coniugi e se esistenti dai figli. In questo nuovo modello familiare, a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, con il matrimonio entrambi i coniugi acquisiscono gli stessi diritti ed assumono i medesimi obblighi nei confronti del nucleo familiare. Peraltro, venendo sostituita la figura del "pater familias" con la pari dignità dei coniugi, anche l'esercizio della potestà da competenza esclusiva del capofamiglia diviene un potere/dovere attribuito ad entrambi i genitori sui figli minori.

¹⁰ Rif. ai conviventi more uxorio con o senza figli "naturali"

¹¹ Ove i partner, coniugati o conviventi, coabitano con i figli nati da precedenti relazioni.

Sul punto, da una indagine statistica su "la misurazione delle tipologie familiari nelle indagini di popolazione" pubblicata dall'ISTAT in "metodi e norme" n. 46 del 2010 è emerso che queste sono aumentate dagli anni 1994-1995 dal 4,1% al 5,6% delle famiglie negli anni 2006-2007.

¹² Nella quale i figli convivono con un solo genitore.

Da una indagine statistica su "la misurazione delle tipologie familiari nelle indagini di popolazione" pubblicata dall'ISTAT in "metodi e norme" n. 46 del 2010 è emerso che anche questo modello di famiglia è aumentato nel tempo registrando il 10,9% delle famiglie negli anni 1994-1995 salendo fino a 12,7% delle famiglie negli anni 2006-2007.

¹³ Introdotta e regolata dalla legge 898 del 1970

¹⁴ Al riguardo le statistiche report del 27.5.2013 pubblicate su www.istat.it rilevano un numero di separazioni nel 2011 pari a 88.797. Nel 1995 per ogni 1000 matrimoni si

dei coniugi quanto dei divorzi¹⁵. A questo fenomeno, peraltro, specie in questi ultimi anni si è registrata una forte contrazione del numero dei matrimoni celebrati¹⁶ affiancato ad un nuovo modo di crearsi una famiglia: la convivenza more uxorio¹⁷.

Ed invero, con la legge n. 898 del 1.12.1970, il legislatore ha riconosciuto, nei casi previsti dalla medesima legge, la possibilità di sciogliere i coniugi dal vincolo del matrimonio nel caso in cui questo sia stato contratto con il rito civile o acattolico ovvero far cessare gli effetti civili derivanti dal matrimonio ove quest'ultimo sia stato contratto con il rito concordatario.

Tra le cause legittimanti il divorzio vi è quella del decorso dei tre anni dalla separazione personale dei coniugi il cui termine decorre dalla udienza¹⁸ di comparizione personale delle parti innanzi al Presidente del Tribunale.

La riforma¹⁹ del diritto di famiglia del 1975, invece, ha avuto il pregio (oltre che di aver affermato il principio della "par condicio" dei coniugi, in forza del quale questi ultimi, con il matrimonio, acquisiscono gli stessi diritti ed assumono i medesimi doveri (artt. 143,144, 145 e 147 c.c.) nei confronti della famiglia) di aver riconosciuto ai coniugi il diritto potestativo di ottenere la separazione svincolato dal principio della colpa preesistente e subordinando la separazione medesima al verificarsi di "fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole" (art. 151 c.c.). Tuttavia, in caso di separazione personale dei coniugi, i figli venivano di norma affidati esclusivamente²⁰ ad uno soltanto dei

contavano 158 separazioni e dunque il 15,8% di separazioni; nel 2011 su 1000 matrimoni si registrano 311 separazioni con un aumento percentuale di quasi il 50%.

¹⁵ Al riguardo le statistiche report del 27.5.13, pubblicate su www.istat.it rilevano nel 2011 un numero di divorzi pari a 53.806. Nel 1995 per ogni 1000 matrimoni si registravano 80 divorzi mentre nel 2011 sul campione di 1000 matrimoni il numero di divorzi sale a 182..

¹⁶ Sul punto i dati istat pubblicati il 13.11.2013 relativi al 2011-2012, rilevano che nel 2012 sono stati celebrati 207.138 matrimoni (3,5 ogni 1000 abitanti) 2.308 in più rispetto al 2011. Questo lieve aumento si inserisce in una tendenza alla diminuzione dei matrimoni in atto dal 1972. In particolare, negli ultimi 20 anni il calo annuo è stato in media dell'1,2%, mentre dal 2008 al 2011 si sono avute oltre 45 mila celebrazioni in meno (in termini relativi -4,8% annuo tra il 2007 e il 2011). Le nozze sono sempre più tardive. L'età media al primo matrimonio degli uomini è pari a 34 anni e quella delle donne a 31 anni.

¹⁷ I dati statistici pubblicati il 15.11.11 relativi al 2009 rilevano che le libere unioni nel 2009 sono 897 mila e rappresentano il 5,9% delle coppie. Sono più diffuse nel Nord-est, presentano un titolo di studio più elevato e una quota di coppie in cui ambedue lavorano più alta di quelle coniugate.

Le rilevazioni statistiche pubblicate il 15.11.11 rilevano altresì che quasi 6 milioni di persone hanno sperimentato nel corso della loro vita la convivenza, considerando sia quelle che continuano a convivere, sia quelle che si sono sposate con il partner con cui convivevano, che quelle che hanno concluso definitivamente l'unione.

¹⁸ al termine della quale quest'ultimo dopo aver esperito il tentativo di riconciliazione dei coniugi, con ordinanza autorizza le parti a vivere separatamente ed emette i provvedimenti relativi all'affidamento della prole, all'assegnazione della casa coniugale al genitore convivente con i figli e disponendo la misura dell'assegno di mantenimento in favore della prole e del coniuge al quale non sia addebitabile la separazione se richiesto e se sussistono i presupposti per la concessione

¹⁹ Rif. legge n. 151 del 19.5.1975

²⁰ Invero, in merito all'affidamento esclusivo previgente alla entrata in vigore della legge n. 54 dell'8.2.06, i dati istat pubblicati in "statistiche report" in data 27.5.13, rilevano che fino al

genitori mentre al genitore non affidatario era riconosciuto il cd. diritto di visita. La potestà veniva attribuita al genitore affidatario mentre all'altro competeva il potere di vigilanza e controllo sul corretto esercizio della potestà del genitore affidatario della prole.

Con la legge n. 54 dell'8.2.06 si è passati dall'affidamento esclusivo al diritto del minore alla bigenitorialità e alla conservazione di significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale (art. 151 c.c.). L'attribuzione del diritto del minore alla bigenitorialità ha comportato un nuovo modo "ordinario" di affidamento dei figli in caso di separazione personale dei suoi genitori : quello condiviso²¹ mentre l'affidamento esclusivo, nella ratio della legge del 2006, doveva essere l'eccezione solo per fatti gravi e certo non per l'alta conflittualità dei genitori.

Il diritto del minore alla bigenitorialità: l'affido condiviso nella legge e nelle applicazioni giurisprudenziali dalla l. 54/2006 alla vigilia della legge 219/12

Nella ratio della legge 54/06, il legislatore non voleva soltanto cambiare nome all'affidamento ma ha riconosciuto ai figli il diritto soggettivo alla frequentazione di entrambi i genitori e al fine di garantire il supremo diritto del minore alla bigenitorialità, invitava i genitori ad essere responsabili e presenti nella crescita dei figli. Invero, all'art. 155 c.c. il legislatore impartiva al giudice i criteri/principi che quest'ultimo doveva applicare al fine di tutelare in concreto il diritto del minore alla bigenitorialità e alla conservazione di "significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale" di cui al comma 1 della predetta norma. Invero, al comma 2 proseguiva indicando al giudice in che modo avrebbe dovuto tutelare i suddetti diritti del minore e allo scopo disponeva che il giudice della separazione personale dei coniugi, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole doveva:

- 1) tenere conto dell'interesse morale e materiale di quest'ultima;
- 2) valutare innanzitutto la possibilità che i figli restassero affidati ad entrambi oppure indicando a quale di essi i figli erano affidati,
- 3) determinare i tempi e modi della presenza di questi presso ciascun genitore,

2005 nell'80,5% delle separazioni e nell'82,7% dei divorzi i figli minori venivano affidati alle madri. Ai padri, invece, tale diritto era concesso soltanto nel 3,4% delle separazioni e nel 5,1% dei divorzi. Peraltro, con riferimento ai dati relativi all'affido esclusivo ai papà, i dati suddetti includono gli affidi congiunti e quelli alternati; il che evidenzia una ingiusta tendenza a concepire il padre quasi come "non necessario" per una sana crescita del figlio. Nel 2006, con l'entrata in vigore della legge sull'affido condiviso, gli affidamenti esclusivi alla madre hanno subito una forte riduzione pari al 25,6% delle separazioni nel 2007 e nel 2011 arrivano addirittura all'8,5% delle separazioni in favore del nuovo affido condiviso.

²¹ Con l'entrata in vigore della legge 54/06, i dati Istat pubblicati in "statistiche report " in data l 27.5.13 rilevano che, con riferimento all'anno 2007, la quota di separazioni con affidi condivisi dei figli è stata pari al 72,1% delle separazioni mentre nel 2011 la percentuale delle separazioni con affido condiviso sale al 90,3%.

- 4) fissare il modo e la misura con cui ciascun genitore doveva contribuire al mantenimento, alla cura, all'educazione e all'istruzione dei figli;
- 5) prendere atto di eventuali accordi intervenuti tra i genitori (purché non contrari al supremo interesse del minore);
- 6) adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole.

Essendo mutata la modalità ordinaria di affidamento dei figli da esclusivo a condiviso, anche la potestà genitoriale tornava ad essere un potere/dovere di ciascun genitore ancorché questo fosse separato dal coniuge. Pertanto, le decisioni più importanti relative all'istruzione, alla salute e all'educazione dovevano essere adottate in modo concorde da entrambi i genitori. In caso di disaccordo queste decisioni erano assunte dal giudice tenendo conto dell'interesse del minore.

Inoltre, anche le disposizioni relative all'assegno di mantenimento in favore della prole hanno subito un cambiamento, anche se la prassi di tutti gli operatori del diritto non l'ha recepita come avrebbero dovuto, finendo così per cambiare denominazione all'assegno che diveniva "perequativo" ma nella sostanza rimaneva il classico assegno di mantenimento indiretto in favore del figlio come prima.

Invero, se il legislatore del 2006 voleva una partecipazione il più inalterata possibile della presenza dei genitori nella crescita, cura, assistenza, istruzione ed educazione dei figli, il legislatore preferiva che i genitori mantenessero i loro figli in modo diretto rendendo così i genitori stessi responsabili in toto dei bisogni dei figli in proporzione alle capacità economiche di ciascuno e al tempo in cui questi ultimi erano presso ciascun genitore. Tuttavia, lo stesso legislatore, tra il sogno ambito di rendere quanto più inalterato possibile il rapporto del figlio con ciascun genitore e la consapevolezza che la quotidianità e gli impegni di ciascun membro della famiglia avrebbero reso difficile per non dire "impossibile" una partecipazione "quotidiana" di entrambi i genitori alla vita dei figli, è per tale motivo che, dettava dei principi²² dei quali il giudice doveva attenersi nel disporre, se richiesto e ove necessario, un assegno periodico (denominato dalla dottrina e dalla giurisprudenza "perequativo"²³) che tenesse conto: delle esigenze del figlio, del tenore di vita goduto dal figlio durante il matrimonio dei suoi genitori, dei tempi di permanenza presso ciascun genitore, delle risorse economiche di entrambi i genitori, del valore economico dei compiti domestici e di cura assunto da ciascun coniuge.

Invero, nello spirito della disposizione legislativa che pretende una compartecipazione dei genitori alla cura, educazione, istruzione e crescita del figlio nella vita quotidiana stante la separazione dei coniugi, il legislatore stesso evidenziava come, ancor prima dell'attribuzione di un diritto di essere padri/madri, i genitori sono titolari di alcuni doveri genitoriali nei confronti dei

²² Rif. art. 155 co. 4

²³ in quanto volto a riconoscere una valenza economica ai "compiti" dei genitori per il tempo in cui questi ultimi hanno avuto cura della prole.

loro figli: di mantenimento, educazione, cura ed istruzione. Come noto, laddove l'ordinamento giuridico prescrive in capo ad un soggetto²⁴ degli obblighi giuridici; il risvolto della medaglia è l'attribuzione in capo al titolare della situazione tutelata dall'ordinamento (figlio) di diritti soggettivi. Invero, il legislatore, riconosce ai figli i diritti di questi ultimi a ricevere: mantenimento, educazione, cura ed istruzione dai suoi genitori. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 54/06, regolante il cd. affidamento condiviso dei figli, ai suddetti doveri²⁵ e diritti²⁶ il legislatore ha attribuito ai figli degli ulteriori diritti: quello del minore alla conservazione della "bigenitorialità"²⁷ anche in caso di separazione personale dei suoi genitori e quello alla conservazione di "significativi rapporti"²⁸ con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale. Nella prassi giurisprudenziale si è sovente verificata una sostituzione delle parole "affido condiviso" nei vecchi modelli che disponevano di regola l'affido esclusivo al coniuge affidatario riconoscendo il diritto di visita all'altro. Certamente non era questo lo spirito della legge 54/06 che pretendeva una maggiore responsabilità dei genitori nell'assolvimento dei loro doveri nei confronti dei figli e non un "finto affido condiviso" cosa che purtroppo è stata tutt'altro che infrequente.

Perché era necessaria e tanto attesa una riforma della filiazione?

La legge sull'affido condiviso sebbene ha avuto il merito di operare una rivoluzione copernicana in materia familiare ponendo al centro il supremo interesse della prole, in particolare se minore, e nonostante fosse applicabile non soltanto ai procedimenti di separazione, di divorzio e di modifica delle condizioni personali e/o economiche dei predetti ma anche ai procedimenti in materia di affidamento dei figli di coppie conviventi che cessino di coabitare, aveva il limite di non prevedere il diritto del figlio naturale alla parentela e pertanto, era necessario un intervento legislativo volto all'uguaglianza sostanziale di tutti i figli indipendentemente dal fatto se questi fossero "nati nel matrimonio", "nati fuori da quest'ultimo" ovvero "adottati" in modo da poter garantire anche a tutti i figli non legittimi, purché riconosciuti, di avere legami di parentela con ascendenti e parenti di ciascun genitore con gli effetti ereditari e di mantenimento conseguenti.

Invero, in difetto di un intervento legislativo di uguaglianza sostanziale dei figli, quelli naturali finivano per forza di cose con il non avere diritto a mantenere significativi rapporti con gli ascendenti e parenti di entrambi i genitori che li avevano riconosciuti, con violazione palese del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

²⁴ Nella specie ilgenitori

²⁵ Dei genitori

²⁶ Dei figli

²⁷ Introdotto dalla legge 54/06 art. 155 co. 1 c.c.

²⁸ Rif. al nuovo testo art. 155 co. 1 c.c.come modificato dalla legge 54/06

Per non parlare delle discriminazioni preesistenti tra figli legittimi e naturali sul piano successorio in quanto i primi potevano liquidare²⁹ la quota ereditaria spettante a questi ultimi in denaro al fine di conservare nella famiglia legittima l' eredità del dante causa

Tale intervento era peraltro doveroso anche per il numero ogni anno sempre crescente di figli naturali che, mentre fino agli anni 70 erano sporadiche eccezioni, oggi possiamo dire che si è registrato un notevole incremento dei figli nati fuori dal matrimonio (sebbene l'Italia registri rispetto agli altri paesi europei il numero percentuale più basso di nascite di figli fuori dal matrimonio) in questi ultimi 20 anni in particolare il numero delle convivenze è nettamente superiore a quello de matrimoni.

Peraltro, le stesse disposizioni costituzionali in materia familiare invitavano il legislatore ad adeguare le norme in materia di diritto di famiglia all'evoluzione sociale delle relazioni familiari.

La legge n. 219 del 10.12.12 e la delega al Governo ex art. 2 della predetta legge

Con la legge n. 219/12, pubblicata nella G.U. n. 293 il 17.12.12, in vigore dal 1.1.13, il legislatore, ponendo nuovamente al centro il supremo interesse del minore quale principio ispiratore dell'intera legge, ha voluto dare pari dignità allo status di figlio al fine di raggiungere un'uguaglianza giuridica tra i figli legittimi, naturali e adottivi denominandoli tutti figli a prescindere dal fatto se siano frutto dell'amore tra coniugi ovvero tra coppie conviventi (art. 315 c.c.). Invero, la richiamata legge sulla filiazione ha avuto il pregio di riconoscere ai "figli nati fuori dal matrimonio"³⁰ il diritto ad avere e a conservare rapporti con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale da cui sono stati riconosciuti³¹ con i conseguenti riconoscimenti ai figli nati fuori dal matrimonio dei diritti ereditari e di mantenimento. Invero, la nuova disposizione ex art. 74 co. 1 c.c. dispone che "la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta nel matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo." Con riferimento a questi ultimi tuttavia, il legislatore esclude la parentela nel caso in cui l'adottato sia maggiorenne.

Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore della legge 219/12, il giudice naturale dei procedimenti afferenti i provvedimenti sul figlio minore nato fuori dal matrimonio è divenuto il giudice Ordinario e non più il Tribunale per i Minorenni.

L'art. 2 della predetta legge delegava il governo ad emanare uno o più decreti legislativi al fine di modificare le disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione di adottabilità al fine di favorire l'uguaglianza sostanziale dei figli rimuovendo qualsiasi residua disparità di trattamento tra figli legittimi, naturali e adottivi nel rispetto dell'art. 30 Cost. osservando, oltre ai principi di cui agli

²⁹ Rif. diritto di commutazione ex art. 537 co. 2 c.c..

³⁰ Denominazione così sostituita con riferimento ai figli denominati dalla previgente normativa come "naturali"

³¹ Rif. artt. 74 e 258 c.c.

art. 315³² e 315 bis³³ c.c., i criteri elencati alle lettere a-p della legge delega che ivi si riportano

- a) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai «figli legittimi» e ai «figli naturali» con riferimenti ai «figli», salvo l'utilizzo delle denominazioni di «figli nati nel matrimonio» o di «figli nati fuori del matrimonio» quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative;
- b) modificazione del titolo VII del libro primo del codice civile, in particolare:
- 1) sostituendo la rubrica del titolo VII con la seguente: «Dello stato di figlio»;
 - 2) sostituendo la rubrica del capo I con la seguente: «Della presunzione di paternita'»;
 - 3) trasponendo nel nuovo capo I i contenuti della sezione I del capo I;
 - 4) trasponendo i contenuti della sezione II del capo I in un nuovo capo II, avente la seguente rubrica: «Delle prove della filiazione»;
 - 5) trasponendo i contenuti della sezione III del capo I in un nuovo capo III, avente la seguente rubrica: «Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio»;
 - 6) trasponendo i contenuti del paragrafo 1 della sezione I del capo II in un nuovo capo IV, avente la seguente rubrica: «Del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio»;
 - 7) trasponendo i contenuti del paragrafo 2 della sezione I del capo II in un nuovo capo V, avente la seguente rubrica: «Della dichiarazione giudiziale della paternita' e della maternita'»;
 - 8) abrogando le disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione;
- c) ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione prevedendo che la filiazione fuori del matrimonio puo' essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo;
- d) estensione della presunzione di paternita' del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio e ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternita', con riferimento in particolare all'articolo 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3), del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali;
- e) modificazione della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio con la previsione che:
- 1) 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 compatibilita' di cui all'articolo 30, terzo comma, della Costituzione;
 - 2) il principio dell'inammissibilita' del riconoscimento di cui all'articolo 253 del codice civile sia esteso a tutte le ipotesi in cui il riconoscimento medesimo e' in contrasto con lo stato di figlio riconosciuto o giudizialmente dichiarato;

³² Disposizione modificata dalla legge 219/12

³³ Norma introdotta dalla legge 219/12

- f) modificazione degli articoli 244, 264 e 273 del codice civile prevedendo l'abbassamento dell'età del minore dal sedicesimo al quattordicesimo anno di età;
- g) modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati;
- h) unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti 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;
- i) disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato;
- l) adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, 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 naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile;
- m) adattamento e riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell'unificazione dello stato di figlio;
- n) specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia;
- o) previsione della segnalazione ai comuni, da parte dei tribunali per i minorenni, delle situazioni di indigenza di nuclei familiari che, ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, richiedano interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia, nonché previsione di controlli che il tribunale per i minorenni effettua sulle situazioni segnalate agli enti locali;
- p) previsione della legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori."

Per meglio comprendere la riforma della filiazione e valutare l'operato dell'Organo delegato è opportuno esaminare i contenuti del d.lgs 154/13³⁴ rimandando le riflessioni all'esame di quest'ultimo al fine di valutare se, tra le

³⁴ Attuativo della legge delega

disposizioni adottate dal Governo, c'è qualcosa di troppo rispetto a quanto chiesto dal delegante nella suddetta legge delega.

Cosa dispone il d.lgs. 154/13: contenuti e riflessioni

Con il d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013 il Governo ha modificato, in esecuzione della delega conferitagli dal Parlamento all'art. 2 della legge n. 219 del 10.12.12³⁵, le disposizioni vigenti in materia di filiazione, parificando "i figli nati fuori dal matrimonio"³⁶ a quelli nati nel matrimonio eliminando ogni residua discriminazione tra "figli naturali" e "figli legittimi".

Invero, con riferimento ai primi³⁷, il legislatore con la richiamata legge 219 del 10.12.2012 aveva sostituito tale espressione con quella "figli nati fuori dal matrimonio"; i "figli legittimi" invece venivano denominati "figli nati nel matrimonio".

Tra le novità più significative del decreto legislativo in commento possiamo individuare:

- 1) la codificazione di un ulteriore dovere genitoriale (art. 147 c.c.³⁸) (accanto a quelli preesistenti di mantenere, istruire ed educare) di assistenza morale dei figli ;
- 2) l'introduzione di alcune disposizioni (art. 337 bis - 337 octies c.c.)³⁹ regolanti i rapporti genitoriali con abrogazione delle disposizioni di cui agli artt. 155 bis- 155 sexies c.c. e dell'art. 6 commi 3,4,5 e 8-12 della legge 898/70⁴⁰ sul divorzio;
- 3) la sostituzione della parola "potestà genitoriale" con l'espressione "responsabilità genitoriale"⁴¹ in ogni disposizione legislativa in cui sia presente cogliendo altresì il pretesto per conferire al Giudice il potere di attribuire il potere decisionale al genitore più idoneo a curare l'interesse del figlio, in caso di disaccordo dei genitori, a quale
- 4) il riconoscimento delle legittimazione attiva dei nonni⁴² nel caso in cui i genitori impediscano ai figli di mantenere significativi rapporti con i nonni e gli zii ferma restando la valutazione delle istanze tenendo conto del supremo interesse del minore, ciò in quanto è quest'ultimo il titolare del diritto alla conservazione del rapporto con gli ascendenti di ambo i genitori e, a questi ultimi con il presente d.lgs. 154/13 è stato esteso

³⁵ Entrata in vigore il 1.1.2013.

³⁶ Denominazione così sostituita con riferimento ai figli "naturali" a seguito della legge n. 219 del 10.12.12

³⁷ Rif. figli naturali

³⁸ Norma così modificata dall'art. 3 d.lgs. 154/13

³⁹ Tali disposizioni sono state introdotte dall'art. 55 d.lgs. 154/13

⁴⁰ Cd. Legge sul divorzio

⁴¹ Rif. al nuovo testo art. 337 c.c., così modificato ex art. 54 d.lgs. 154/13 in esecuzione dell'art. 2 let. h) della legge 219/12

⁴² Rif. art. 317 bis c.c. così modificato dall'art. 42 d.lgs. 154/13 in esecuzione della delega ex art. 2 let. p) l. 219/12.

- anche a costoro che pertanto dal 7.2.14 potranno presentare le loro istanze al Giudice del luogo di residenza abituale del nipote minore;
- 5) l'ascolto del minore diventa obbligatorio nei processi che lo riguardano ad eccezione del caso in cui esso sia dannoso per il minore stesso⁴³;
 - 6) infine una maggiore tutela⁴⁴ viene riconosciuta ai figli maggiorenni portatori di "grave handicap"⁴⁵ per i quali trovano applicazioni le disposizioni previste in favore dei figli minori.

Da un'attenta lettura delle disposizioni⁴⁶ della legge delega, in alcuna di esse troviamo la volontà di espellere dal c.c. le norme regolanti la separazione personale dei coniugi contenute negli artt. 155- 155 octies c.c. che non sono stati semplicemente trasposti nei nuovi artt. 337 bis - 337 octies c.c. ma sostanzialmente modificati con palese violazione dell'art. 76 Cost. in forza del quale l'organo esecutivo delegato deve strettamente attenersi ai criteri e ai principi contenuti nella legge delega in quanto la nostra Repubblica è basata sul principio della separazione dei poteri⁴⁷ in forza del quale il potere legislativo appartiene al Parlamento (art. 70 Cost) che lo esercita nelle forme e nei modi previsti dalla stessa Carta Costituzionale salvo i casi tassativamente elencati in cui tale funzione è attribuita al Governo ex art. 76⁴⁸ e 77⁴⁹ Cost.

Con riferimento all'art. 76 Cost. il Governo può adottare il decreto legislativo nei limiti della delega ricevuta dal Parlamento che deve necessariamente contenere i principi e i criteri direttivi che il delegato deve osservare nell'adottare il provvedimento legislativo delegato.

Tuttavia, in caso di mancata osservanza dei principi contenuti nella legge delega o di esecuzione del delegato in eccesso rispetto al mandato conferitogli dal Parlamento, il d.lgs è viziato da incostituzionalità ma, nelle more della pronuncia della Suprema Corte Costituzionale, la normativa, frattanto "valida ed efficace", arrecherà non pochi danni in capo ai figli i quali purtroppo pagheranno la "distrazione" di un Governo tardo e frettoloso ad eseguire la delega.

Invero, il Governo, delegato a modificare le disposizioni del c.c. secondo i criteri dettati all'art.2 lett.a) -p), ha riscritto le disposizioni contenute negli artt. 155 - 155 octies c.c. modificando la prima e abrogando gli artt. 155 bis-155octies c.c. le cui disposizioni non sono state solamente trasposte in

⁴³ Rif. art. 336 bis c.c. introdotto ex art. 53 d.lgs. 154/13 in esecuzione della delega art. 2 let. i) l.219/12.

⁴⁴ Rif. art. 337 septies co. 2 introdotto ex art. 55 d.lgs.154/13..

⁴⁵ Con tale accezione si intende la definizione dettata dal legislatore all'art. co. 1 e 3 della l. 104/92 cui si rinvia

⁴⁶ Il cui elenco è stato interamente trasposto al paragrafo precedente.

⁴⁷ Il cui potere legislativo appartiene al Parlamento che lo esercita nelle forme e nei modi previsti dalla Costituzione

⁴⁸ Regolante il cd. decreto legislativo

⁴⁹ Regolante il cd. decreto legge che deve essere convertito in legge entro i successivi 60 giorni pena l'inefficacia ex tunc delle disposizioni eventualmente previsti con salvezza degli effetti materiali prodottisi nelle more dei 60 giorni di vigenza dello stesso.

un nuovo corpus normativo (artt.337 bis- 337 octies c.c.) nel rispetto della legge delega ma in taluni casi, si è spinto ben oltre, modificando nella sostanza le disposizioni sull'affido condiviso ed in tal modo contraddicendo i principi ispiratori della stessa legge 219/12 contenuti nella delega.

In merito, la scrivente si chiede come abbia potuto il Governo credere che il legislatore del 2012 intendesse un mutamento della "responsabilità genitoriale" come quella adottata nel decreto in commento laddove, nella ratio dell'intera legge 219/12, il legislatore pretendeva di spostare l'attenzione dal potere al dovere genitoriale valorizzando così la personalità individuale del minore della quale i genitori dovevano tenere conto, nell'adottare le decisioni sull'educazione, cura, istruzione, del minore tenendo conto delle inclinazioni e delle attitudini di quest'ultimo e certo non voleva essere l'occasione per introdurre il concetto di "residenza abituale del minore concordata"⁵⁰. Invero, al fine di dare attuazione al diritto del minore alla bigenitorialità, introdotto dalla legge 54 dell'8.2.06 all'art. 155 co. 1 c.c. e riaffermato nell'art. 337 ter co. 1 c.c., al più avrebbe dovuto introdurre il concetto di "residenza congiunta" ovvero quello di "doppia residenza" ma giammai quello adottato di "residenza abituale concordata del minore" come invece ha fatto il Governo nel decreto in commento che, nel riscrivere l'art. 316 c.c. ha introdotto al comma 1 ultima parte un concetto nuovo "di residenza abituale del minore concordata" affermando testualmente che *"se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene più idoneo a curare l'interesse del figlio"* (art. 316 co. 3 ultima parte). Tale previsione porterà inevitabilmente a favorire ancora una volta la madre o comunque il genitore collocatario e quel diritto del minore alla bigenitorialità tornerà ad essere un sogno ma certo giammai una realtà. Peraltro, anche nel nuovo testo dell'art. 337 quater c.c., il Governo non si è limitato a trasporre all'interno di questa il contenuto del vecchio testo dell'art. 155 bis c.c. ma ha aggiunto alla disposizione previgente un 3° comma che attribuisce al genitore avente l'affidamento esclusivo l'esercizio esclusivo della "responsabilità genitoriale" (prima denominata potestà genitoriale). E' evidente come l'affidamento esclusivo comporterà di fatto la perdita della "responsabilità genitoriale" così rinominata laddove prima era denominata "potestà".

La cosa più "oscena", introdotta con modifiche dal Governo nel richiamato d.lgs. 154/13, è l'art. 337 sexies c.c. regolante "l'assegnazione della casa coniugale e prescrizioni in tema di residenza" in quanto oltre alla trasposizione dell'art. 155 quater co. 1 c.c., il governo ha modificato il secondo comma dell'art. 155 quater c.c. affermando che *"in presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine di 30 giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente"*

⁵⁰ Concetto introdotto all'art. 316 1° comma, ultima parte c.c.

verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto". Orbene, come è possibile pensare che questo inciso sia in armonia con il tenore e i presupposti di un affidamento condiviso dei figli se viene permesso al genitore convivente di stabilire unilateralmente la residenza o il domicilio della famiglia senza previo assenso dell'altro ma con una mera comunicazione a "giochi fatti"? Certamente una disposizione del genere è in netto contrasto con il riaffermato diritto del minore alla bigenitorialità se si consente, come è accaduto con eccesso di delega, ad un legislatore frettoloso, di cogliere l'occasione per introdurre il concetto di "residenza abituale del minore concordata" nonché il potere di cambiarla unilateralmente, senza previa consultazione dell'altro genitore, il quale verrà informato con successiva comunicazione a decisione ormai assunta quando il genitore e il figlio convivente con questo si saranno già trasferiti, con possibili difficoltà per il genitore non affidatario di poter partecipare effettivamente alla crescita del figlio. In merito, la scrivente rileva altresì come tale disposizione è quantomeno contraddittoria con lo spirito della legge che da una parte (art. 337 ter co.1 c.c.)⁵¹ conferma e rinforza il diritto del minore alla bigenitorialità introdotto dalla previgente normativa sull'affido condiviso (ex l.54/06 art. 155 co.1 c.c.) c.c. e dall'altra⁵² permette unilateralmente al genitore convivente con il minore di modificare quella residenza abituale della prole con onere di comunicazione entro 30 giorni dal trasferimento a "giochi fatti" senza preventivo assenso dell'altro genitore.

Per una grossolanità e leggerezza di un organo delegato che ha redatto frettolosamente (a 3 giorni dalla scadenza del termine) il decreto in commento, ancora una volta, qualcuno, in questo caso i minori, pagherà sulla propria pelle l'incapacità di un Governo a legiferare nel rispetto dei poteri attribuitigli e che, nelle more della pronuncia della Corte costituzionale (che presto si vedrà chiamata a decidere sulla incostituzionalità del d.lgs. 154/13 con riferimento all'art. 76 Cost.) la normativa produrrà i suoi effetti in capo ai minori.

Fortunatamente nel d.lgs. 154/13 c'è anche qualcosa di bello ma pericoloso: la legittimazione attiva dei nonni nel caso in cui al nipote minore sia impedito, senza giustificato motivo, il mantenimento di significativi rapporti con agli ascendenti e i parenti del minore stesso.

La legittimazione attiva dei nonni

Invero, a tal proposito si evidenzia come, in esecuzione della delega

⁵¹ Che testualmente recita "il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale"

⁵² Rif. art. 337 sexies c.c.

conferita all'art.2 lett. p) della legge 219/12, il Governo ha altresì riconosciuto a tutti i nonni il diritto di rivolgersi al giudice ordinario del luogo di residenza abituale del nipote minore nel caso in cui i genitori di quest'ultimo impediscano senza giustificato motivo al bambino di frequentare i nonni. A tal fine questi ultimi potranno ricorrere al giudice il quale nel valutare le istanze dovrà tenere conto dell'interesse supremo del minore.

Tra i primi commenti a caldo è emersa la riflessione se non sia troppo pericolosa un'ingerenza dei nonni nelle decisioni che interessano i rapporti genitori-figli e se un uso distorto di tale strumento non rischi di aumentare la conflittualità in seno ai genitori. La scrivente auspica che, in virtù della stessa ratio⁵³ per cui il legislatore ha inteso riconoscere la legittimazione attiva dei nonni, questi ne facciano un uso conforme al "bene per il minore" e che il buon senso prevalga sulla eventuale conflittualità tra nonni e genitori di quello stesso minore che tutti vogliono tutelare ma che non tutti lo amano ancorché credano di farlo.

In nome dell'amore per quel figlio o nipote che sia, nessuno dimentichi i pilastri e i sacrifici che un sentimento affettivo così forte impone, anche se questo talvolta comporta quella sofferenza nell'animo per l'accettazione delle scelte non condivise. Nonni e genitori sono due colonne indispensabili per la crescita sana di un bambino che ha diritto di essere amato ed accettato senza sentirsi in colpa per il fatto di voler bene sia ai primi che a questi ultimi. Se ogni adulto si fermasse a riflettere sugli effetti, spesso deleteri, causati da un ingiusto impedimento⁵⁴ alla frequentazione tra nipote-nonni, forse sarebbe opportuno che questi, avendo tutti il medesimo interesse: "la salute psicofisica del minore", facessero un passo avanti e/o uno indietro al fine di attuare il diritto del minore alla conservazione di significativi rapporti con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale facendo ricorso al buon senso anziché al giudice. Invero nessuna aula di giustizia è in grado di dare attuazione al diritto del minore all'affettività dei genitori dei nonni e degli zii senza arrecare a costui dei danni scaturenti dai sensi di colpa che in questo potrebbero ingenerarsi a causa della conflittualità non soltanto tra i suoi genitori ma anche tra questi ultimi e i nonni. Peraltro, nella ipotesi in cui questi ultimi presentassero istanze volte a tutelare il diritto del minore alla conservazione di significativi rapporti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale, se questo dovesse costituire la causa di un inasprimento del conflitto tra i suoi genitori, siamo sicuri che i nonni non escano perdenti oltre che dal giudizio anche sul piano umano rischiando così di perdere l'amore e/o il rispetto che provavano per aver fatto nuovamente litigare i suoi genitori?

La scrivente auspica che l'amore per il minore prevalga e appiani ogni

⁵³ Riferimento al cd supremo interesse del minore

⁵⁴ spesso dettata soltanto da rancori personali degli adulti

conflitto mettendo da parte qualsiasi altro sentimento ostativo al supremo interesse del minore facendo ricorso al buon senso anziché al giudice del luogo di residenza abituale del minore.

La Nuova Procedura Civile