

## **Verso la rivoluzione copernicana della filiazione e la consacrazione della responsabilità genitoriale.**

di Valeria Montaruli

### *1. Affermazioni di principio e persistente divario fra teoria e prassi.*

Con l'entrata in vigore del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, a norma dell'art. 2 l. 10 dicembre 2012, n. 219, in GU n.5 del 8-1-2014), può dirsi compiuto l'ultimo passaggio normativo verso una riforma epocale in materia di filiazione e di rapporti parentali.

Gli strumenti normativi su cui si articola tale riforma sono contenuti nella l. 10 dicembre 2012 n. 219, emanata alla fine della scorsa legislatura e contenente la delega di cui all'art. 2, nonché il consequenziale decreto legislativo, che ha dato attuazione ai principi affermati nella suddetta legge.

Possono individuarsi due binari sostanziali su cui si articola la complessa disciplina: l'unificazione dello *status* di figlio, indipendentemente dalla sussistenza del vincolo coniugale tra i genitori, come previsto dall'art. 2 lett. a) l. n. 219/2012; e la sostituzione della tradizionale categoria della potestà genitoriale, con quella della responsabilità genitoriale, secondo la previsione di cui agli artt. 330 – 333 c.c., come modificati dal d. lgs. n. 154/2013.

Invero, sul primo pilastro si fonda la l. n. 219/2012, intitolata contraddittoriamente “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, che modifica l'assetto giuridico della filiazione, prevedendo la sostituzione (poi attuata con il consequenziale decreto legislativo), nel codice civile e negli altri testi di legge, delle espressioni “figli legittimi” e “figli naturali” con la parola “figli”. La *ratio* sottesa a tale intervento normativo è quella di depotenziare, nell'ambito dei rapporti familiari, la centralità del vincolo coniugale e di mettere in primo piano i diritti dei figli. Logica conseguenza della parificazione di stato nella filiazione, è l'abrogazione delle norme relative alla legittimazione del figlio naturale.

Tale previsione sottende una rivoluzione culturale, iniziata nel secolo scorso, che ha conferito centralità sempre maggiore al figlio, in ambito familiare, come *trait – union* della diade genitoriale e come destinatario del *munus* genitoriale. In questa convergenza si individua la tensione della riflessione in materia minorile e familiare, nel ripensare l'interesse del minore, sulla scia delle fonti di diritto internazionale, che hanno rilanciato la categoria del “superiore” interesse del minore.

Inoltre, la riforma, salutata come rivoluzionaria sul piano dell'improcrastinabile affermazione di tali importanti principi, è stata ben lontana dall'attuare tali obiettivi sul versante processuale. Invero, la modifica dell'art. 38 disp. att. c.c., operata dall'art. 3 l.n. 219/2012, ha notevolmente ridotto l'elenco delle materie di competenza del tribunale per i minorenni, che erano state peraltro ampliate dopo l'entrata in vigore della l.n. 54/2006, a seguito dell'interpretazione della riforma che ha portato la giurisprudenza a ritenere che la

competenza relativa alle controversie sul mantenimento, oltre che sull'affidamento della prole naturale, fosse implicitamente attribuita al giudice speciale, in caso di contestualità tra le due domande<sup>1</sup>.

Invero, nei lavori della Commissione Bianca, relativi alla proposta di decreto legislativo recentemente licenziato, si è dato atto dell'impossibilità di formulare soluzioni processuali definitive, mancando principi di delega in relazione alle disposizioni processuali. Tuttavia, la Commissione, chiamata a rendere il proprio parere, di fronte alla scelta del varare la legge con una lacunosa disposizione processuale, ovvero rinviare l'approvazione dell'intera legge alla successiva legislatura, ha ritenuto prevalente l'interesse all'approvazione del disegno di legge, per conseguire l'importante risultato di superare le discriminazioni tra figli e di garantire parità di trattamento in tema di rapporti di parentela e diritti successori, rendendo in tal modo la normativa italiana finalmente conforme alla legislazione sovranazionale e al sentire sociale. La Commissione ha espresso, altresì, l'auspicio che si prosegua nell'impegno di proporre e sostenere una riforma, al fine di far cessare la frammentazione di competenze ora esistente tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, e che, in linea con quanto previsto dalle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore (adottate il 17 novembre 2010), si proceda alla creazione di organi giurisdizionali specializzati nella materia della famiglia e dei minori.

Invero, nonostante gli auspici provenienti da tutti gli operatori del diritto, tale riforma ordinamentale è ben lungi dall'essere attuata<sup>2</sup>. Conseguentemente, è destinata a proseguire la frammentazione di competenze in materia familiare e minorile, con notevoli difformità dal punto di vista del rito. Ancora oggi, i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati vengono celebrati, sulla base della previsione di cui al novellato art. 38 disp. att. cc, che rimanda per tali controversie alla disciplina di cui all'art. 737 cpc, con rito camerale e secondo modalità diverse in ragione delle prassi invalsa nei singoli tribunali. Gli operatori del diritto dovranno, dunque, continuare ad attrezzarsi, sulla base dell'elaborazione di prassi condivise, al fine di razionalizzare il sistema e di evitare irragionevoli disparità di trattamento.

## 2 – *La nuova categoria della responsabilità genitoriale.*

Uno dei profili più celebrati della riforma della filiazione, completata con il decreto legislativo di prossima entrata in vigore, è costituito dalla sostituzione di ogni riferimento codicistico alla potestà genitoriale, con la categoria di nuova introduzione della responsabilità genitoriale, in adesione ai principi introdotti nella normativa comunitaria, e alle riflessioni della nostra dottrina.

---

<sup>1</sup> Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2007, n. 19406, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), che ha dato seguito all'indirizzo interpretativo che la stessa Corte regolatrice, in tema di affidamento e mantenimento dei figli naturali, aveva assunto con la precedente ordinanza Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in *Il civilista* 2009, 5, 19 con nota di Rovacchi.

<sup>2</sup> Cfr., da ultimo, il documento elaborato dal direttivo AIMMF in data 8 luglio 2012, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it) avente ad oggetto la richiesta di audizione e le osservazioni dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia sui disegni di legge n. 3323 (Casellati ed altri) e n. 3266 (Allegrini ed altri) all'esame della Commissione Giustizia del Senato in materia di istituzione di sezioni specializzate della famiglia e delle persone presso i tribunali e le corti di appello.

Secondo la più avveduta dottrina, la potestà genitoriale è costituita un potere attribuito ai genitori, non già nell'interesse personale e neppure nell'interesse della famiglia come collettività, bensì nell'esclusivo interesse dei figli. Esso non si riduceva, dunque, a un potere sui figli, ma costituiva un potere per i figli. Conseguentemente, non dava luogo all'attribuzione di un diritto soggettivo, ma costituiva un *munus*, in cui la discrezionalità attribuita al genitore era funzionale allo svolgimento del processo educativo del figlio<sup>3</sup>.

Il fondamento della nozione di potestà genitoriale così intesa, veniva ravvisato nell'art. 30 co. 3° Cost., in virtù del quale al genitore viene attribuito un potere di scelta nell'interesse del figlio, senza alcuna interferenza del giudice<sup>4</sup>. Tale interpretazione è in linea con la nota pronuncia Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, che la qualifica come “diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio il suo fondamento e il suo limite”<sup>5</sup>.

Un'ulteriore spinta evolutiva, che ha condotto all'elaborazione della nuova categoria della responsabilità genitoriale, è venuta dalla normativa sovranazionale e comunitaria. Determinanti sono state, sotto il primo profilo, la Convenzione Onu sui diritti del minore del 1989 e quella di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del minore, e sotto il secondo profilo il Regolamento Cee 27 novembre 2003 n. 2203, e la Convenzione de L'Aia 19 ottobre 1996. Questi ultimi testi non utilizzano l'espressione “potestà” dei genitori, ma introducono la categoria della “responsabilità genitoriale”, che viene definita come “l'insieme dei diritti e dei doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione dei giudiziaria, della legge, o di un accordo in vigore, riguardanti la persona e i beni del minore”. Questo concetto richiama con forza il suo titolare ai doveri di cura, di educazione e di protezione del minore, proprio del ruolo genitoriale<sup>6</sup>. Pur dovendosi plaudire alle coraggiose innovazioni introdotte dal decreto attuativo, non mancano tuttavia profili critici rispetto alla drastica operazione dal medesimo compiuta, mediante l'integrale epurazione dal codice del termine “potestà”. Invero, tale operazione sembra sconfinare dai limiti della delega contenuta nell'art. 2 lett. h) l. n. 219/2012, che prevedeva, in relazione all'unificazione della disciplina della filiazione, che fosse delineata “la nozione di responsabilità genitoriale, quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale”. Peraltro, che la volontà del legislatore delegante non fosse quella di eliminare *tout court* la nozione di potestà genitoriale, pare emergere anche dall'art. 1 comma 9 della l. n. 219/2012, che ha previsto l'aggiunta dell'art. 448 *bis* c.c. in materia di cessazione dell'obbligo alimentare, in conseguenza di una pronuncia di “decadenza dalla potestà”.

L'uso allargato della locuzione “responsabilità genitoriale” rischia, invero, di determinare fraintendimenti, soprattutto con riferimento alla modifica degli artt. 330 – 333 c.c., a seguito della sostituzione delle

---

<sup>3</sup> Cfr. A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2012, 194, il quale evidenzia che tale nozione si è evoluta a seguito della del diritto di famiglia del 1975, e soprattutto della legge 8 febbraio 2006 n. 54 sull'affidamento condiviso, con l'introduzione di una disciplina dei rapporti tra genitori e figli nell'ambito del procedimento di separazione giudiziale, e che travalicano altresì nella famiglia di fatto.

<sup>4</sup> Cfr. P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori e i rapporti tra genitori e figli*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2012, 1234

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost. 27 marzo 1992, n. 13, in *Giur. cost.* 1992, 1108.

<sup>6</sup> Cfr. A. C. MORO, *op. cit.*, 195, che evidenzia come l'espressione responsabilità genitoriale abbia un maggiore valore semantico, con riferimento ai doveri genitoriali nei confronti del minore, rispetto al termine potestà.

tradizionali categorie della limitazione o decadenza dalla potestà genitoriale, e alle omologhe locuzioni riferite alla responsabilità genitoriale. Invero, l'utilizzazione dell'espressione responsabilità genitoriale in tale contesto, potrebbe ingenerare il fraintendimento che da tali pronunce derivi la cessazione dei persistenti doveri materiali e morali del genitore nei confronti del figlio. Sarà evidentemente compito della giurisprudenza delineare con più precisione i contorni di questa nuova categoria e gli addentellati con la potestà genitoriale e con il potere decisionale attribuito ai genitori nell'interesse del figlio.

### 3 – *Le più significative modifiche della disciplina della filiazione.*

Di sicuro rilievo è la previsione alla lett. p), della **legittimazione degli ascendenti** a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. Tale principio trova attuazione nell'art. 42 del d.lgs. 154/2013, che così sostituisce l'art. 317-*bis* c.c. L'anzidetto diritto veniva espressamente disciplinato nel previgente articolo 155 c.c., come modificato dalla l. n. 54/2006. L'attuazione di questo principio ha incontrato difficoltà, stante l'impossibilità degli ascendenti di intervenire nei giudizi, quali quelli di separazione o divorzio, nel corso dei quali i genitori richiedono al tribunale di adottare provvedimenti per la disciplina delle condizioni di affidamento dei figli <sup>7</sup>.

Con il novellato art. 317-*bis* c.c., si prevede il diritto dell'ascendente, che prospetti impedimenti all'esercizio di tale diritto, di ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei, nell'esclusivo interesse del minore stesso, operando, quanto agli aspetti procedurali, un rinvio all'articolo 336, 2° comma, c.c. La competenza per tali procedimenti è attribuita al tribunale per i minorenni dall'art. 96, nella parte in cui modifica l'art. 38 disp. att. c.c.), in ossequio all'orientamento giurisprudenziale dominante che riconduce tali controversie nell'alveo dell'articolo 333 c.c. Sarà, invero, compito non semplice della giurisprudenza, quello di coordinare questa nuova competenza con la complessa e contraddittoria disciplina del nuovo riparto di competenze di cui all'art. 38 disp. att. c.c. Dovrà darsi una lettura restrittiva della stessa, limitandola ai soli casi di impedimento del diritto di visita dell'ascendente, cui non siano ricollegabili ulteriori profili di pregiudizio per il minore. Appare comunque apprezzabile l'intento del legislatore delegato di evitare l'insorgere di un ulteriore fronte di conflittualità nei giudizi di separazione, escludendo l'intervento in essi di altri soggetti.

Di più immediato impatto procedurale è il principio enunciato nella legge delega dall'art. 2 lett. i), in materia di disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'**ascolto del minore**. L'art. 53 del citato decreto delegato introduce nel nostro ordinamento l'articolo 336 *bis* c.c. Il nuovo articolo, dando attuazione al principio contenuto nella lett. i) del 1° comma art. 2 legge delega, disciplina l'ascolto del minore. La norma, in aderenza al richiamato principio, prevede che all'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni e

---

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22081, in *Dir. famiglia* 2010, 4, 1547, con nota di Danovi, che afferma il principio per cui, nella separazione e nel divorzio, il diritto del figlio minore a conservare un rapporto ed una relazione affettiva significativa con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale, sancito dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54, non è sufficiente, in mancanza di un'espressa norma di legge, ad attribuire a soggetti diversi dai coniugi la legittimazione ad essere parti del giudizio.

anche di età inferiore, se capace di discernimento, provveda il presidente del tribunale o un giudice da questi delegato nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano.

Applicando un principio espresso oltre che dalla Suprema Corte, anche dalle Corti sovranazionali, la norma chiarisce che l'ascolto è un diritto del minore, dal quale non deriva un "obbligo" del giudice di procedervi, poiché in ogni caso occorrerà valutare, oltre all'età ed alla capacità di discernimento del minore stesso, anche che l'audizione non possa nuocere, alla luce delle circostanze del caso concreto, al suo superiore interesse<sup>8</sup>. Per questo, l'ultima parte del 1° comma dell'art. 336-*bis* c.c. prevede che, qualora l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore, il giudice non procederà all'adempimento, dandone atto con provvedimento motivato. Un ulteriore temperamento dell'obbligo di ascolto del minore, è costituito dall'ipotesi in cui l'ascolto sia "manifestamente superfluo". La dottrina ha avanzato perplessità su questa clausola, che sembra limitare la portata del pieno diritto all'ascolto attribuito al minore.<sup>9</sup>

La pratica giudiziaria evidenzia, peraltro, alcuni casi in cui l'ascolto del minore appare ultroneo, quando per esempio si controverte su questioni patrimoniali o che non lo coinvolgono direttamente. Appare, peraltro, opportuno limitare al massimo l'ascolto del minore su questioni relative a domande di addebito della separazione, al fine non incentivare perversi meccanismi di triangolazione e laceranti conflitti di lealtà. Qualche perplessità potrà poi sorgere rispetto alle separazioni consensuali o ai divorzi congiunti, in cui le consolidate prassi giurisprudenziali hanno sempre escluso detto adempimento. Invero, appare più conforme alla *ratio* dell'art. 336 *bis* c.c. procedere anche in tale sede a una breve audizione del minore, in ordine al suo gradimento dell'accordo tra i genitori sui profili che lo riguardano. In definitiva, anche se l'avverbio "manifestamente" sottolinea il carattere eccezionale della deroga, l'indeterminatezza semantica del termine "superfluo" demanderà alle prassi giurisprudenziali l'individuazione dell'ambito e dei limiti di tale deroga.

Nel 2° comma dell'art. 336 *bis* c.c. vengono disciplinate le modalità dell'ascolto. E' previsto che l'ascolto possa essere condotto dal giudice anche avvalendosi di esperti e ausiliari; infatti potrebbe essere necessario avvalersi di specifiche competenze (psicologiche, neuropsichiatriche, etc.) qualora, in ragione delle circostanze del caso concreto, si ravvisi l'opportunità di un'assistenza qualificata che integri le competenza del magistrato procedente. Tale previsione appare eccessivamente rigida, nella parte in cui esclude altre modalità di ascolto indiretto. La seconda parte del 2° comma prevede che i genitori (anche quando sono parti del procedimento e come tali legittimati a partecipare ad ogni fase e udienza dello stesso), i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero (parte necessaria nella quasi

---

<sup>8</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, *Dir. famiglia* 2010, 4, 1565, con nota di Tarricone, che, in materia di sottrazione internazionale di minori, prevede che dall'omesso immotivato ascolto del minore, discenda la nullità del procedimento; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust. civ.* 2011, 6, 1483 e, a livello sovranazionale, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 22 dicembre 2010, nella causa C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, in *eur-lex.europa.eu*.

<sup>9</sup> Cfr. F. Tommaseo, *Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposte dalla Commissione ministeriale*, in *Fam. e dir.* n. 6/2013, 629, il quale ritiene non condivisibile la Relazione illustrativa, nella parte in cui argomenta la superfluità dell'ascolto, quando verta su circostanze acclarate o non contestate, atteso che l'ascolto essendo privo di finalità istruttorie, non rileva come dichiarazione di scienza, ma serve soltanto a raccogliere una manifestazione di volontà del minore. Per tale ragione, la clausola della manifesta superfluità viene ritenuta equivoca e pericolosa, poiché il minore ha il *diritto* d'essere ascoltato, un diritto che attua l'interesse del minore e che può essere limitato e compresso, solo quando sia accertata la contrarietà a tale suo superiore interesse.

totalità dei procedimenti che riguardano i minori) potranno partecipare all'ascolto solo se autorizzati dal giudice. La disposizione recepisce gli orientamenti dominanti emersi nei richiamati corsi tematici organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, in cui sono stati analizzati molti dei protocolli stipulati a livello locale tra organi giurisdizionali (tribunali ordinari e per i minorenni) e consigli dell'ordine degli avvocati, sulla base dei quali si ritiene che la contemporanea presenza nel medesimo locale di tutte le parti processuali, è suscettibile di recare nocimento alla genuinità dell'ascolto, potendo il minore essere indotto a tacere ovvero a privare di spontaneità comportamenti e risposte, a causa della eccessiva "formalità" di tale adempimento, qualora questo si strutturi come un'ordinaria udienza civile.

Quanto alla disciplina del **riconoscimento dei figli incestuosi**, introdotta dall'art. 1 co. 3° l.n. 219/2012, l'art. 22 del decreto legislativo modifica l'art. 251 cpv. c.c., nel senso che alle parole "tribunale per i minorenni" viene sostituita l'espressione "giudice". Tale disposizione non modifica l'attribuzione della competenza al tribunale per i minorenni, atteso che va coordinata con l'ulteriore modifica della disciplina della competenza, di cui all'art. 38 disp. att. c.c., mediante l'aggiunta dell'inciso "Sono, altresì, di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 251 e 317-*bis* del codice civile."

Tale competenza è stata, invero, opportunamente attribuita dal d.lgs. 154/2013 al tribunale per i minorenni, stante la delicatezza dei profili psicologici e personali coinvolti in tale valutazione, che possono essere verificati in modo più pregnante dal giudice specializzato.