LA RIVOLUZIONE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA

FINALMENTE IL DIRITTO AD ESSERE FIGLI: ADDIO ALL'ETICHETTA "FIGLI NATURALI".

IL DIVORZIO FACILE NON E' ANCORA IL DIVORZIO BREVE.

di Laura Annoni

Il susseguirsi degli interventi legislativi in materia di Diritto di Famiglia (a partire dal Codice Civile del 1865 e poi dall'attuale Corpus in vigore che risale al 1942) ha profondamente ridisegnato i lineamenti delle relazioni familiari e sociali: si pensi alle trasformazioni introdotte dalla **Legge sul Divorzio del 1970 (L. 898/70 e succ. mod.),** che ha dato un nuovo assetto all'istituto dell'affidamento della prole fondato sulla valorizzazione dell'interesse morale e materiale del minore, alla **legge istitutiva degli Asili Nido del 1971 (L. 1044/71)** e finalmente alla **Legge 19 maggio 1975 n. 151 c.d. Riforma del Diritto di Famiglia,** che ha creato un insieme di norme poste a protezione della famiglia legittima, passando poi attraverso la **Legge n. 54/2006,** che ha introdotto **l'affido condiviso dei figli** nelle separazioni e divorzi, al fine di assicurare al figlio di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori anche in caso di cessazione della convivenza tra di essi.

Da ultimo, in tema di protezione del minore, la **Legge 219/2012** che ha trovato attuazione nel **DLgs 28 dicembre 2013 n. 154,** è intervenuta in maniera innovativa ed evolutiva sullo *status* dei figli c.d. *naturali* (e su quelli adottivi), eliminando il diversificato trattamento normativo in ragione della nascita da una unione non matrimoniale.

Ciò che conta dopo la novella legislativa e il mutamento sociale registrato dalla giurisprudenza è dunque solo e comunque l'interesse prevalente del minore, principio base delle norme fondanti il diritto internazionale, a partire dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 (CEDU): -la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York 20.11.1989; -il Regolamento CE n. 2201/2003; -la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel 2000 e divenuta vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1°Dicembre del 2009; quest'ultima ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e alla stessa si ispira la giurisprudenza della **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo** e anche la legislazione interna degli Stati aderenti. Quanto a contenuti, le norme comunitarie non sembrano, a primo impatto, aggiungere nulla in più rispetto a quanto previsto dalla nostra Costituzione. Tuttavia, tale impressione è facilmente smentita non appena si consideri che la portata delle regole sottoscritte nell'ambito della Convenzione internazionale è stata, nel corso degli anni, non solo specificata, ma notevolmente ampliata attraverso la Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, essendo sostanzialmente una Corte di *Common Law*, non solo ha funzione interpretativa eminente rispetto alla Convenzione, ma ha il potere di estendere, sulla base della casistica presentata alla sua attenzione, la portata stessa delle relative disposizioni.

E noto a tutti che, sebbene il nostro quadro costituzionale sia indubbiamente garantista al riguardo, nel corso della prima decade del 2000 e purtroppo anche recentemente, lo Stato italiano ha ricevuto svariate condanne da parte di tale

organo giurisdizionale internazionale, con specifico riferimento al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della CEDU.[1]

Anche la Corte Costituzionale, con riferimento all'art. 117 della Costituzione[2], attribuisce ai giudici nazionali il dovere di "leggere" la norma nazionale muovendo verso un interpretazione che sia conforme alle disposizione della CEDU secondo l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia di Strasburgo, affermando come un incremento di tutela discendente dagli effetti della normativa CEDU non viola gli articoli della Costituzione ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, alzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali (sentenza Corte Costituzionale n. 317/2009).

Devesi affermare che oggi la famiglia esiste non tanto sul piano dei partners, ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela dei figli, i quali "hanno tutti lo stesso stato giuridico" (art. 315 Codice Civile[3], in collegamento con le altre disposizioni fondanti la *Grundnorm* della riforma e cioè l'art. 30 della Costituzione[4] e l'art. 315-bis del Codice Civile[5] sui diritti e doveri dei figli, articoli che, si badi

---

[1] Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – art. 8 : *" 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."*

[2] Costituzione Italiana – estratto art. 117: *" la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*

[3] art. 315 cod. civ.: " *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico"*

[4] Costituzione Italiana – art. 30 : *" E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge prevede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diriti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità"*

[5] art. 315 bis cod. civ.: *" 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*

bene, non sono più ricompresi nella parte del Codice Civile relativa al matrimonio).

Nel valutare il *best interest* per il minore ciò che conta è il legame genitore-figli e non il legame fra i genitori.

E' evidente l'attuale realtà sociale e culturale della famiglia –o, per meglio dire, dei molteplici tipi di famiglia- che va oltre l'unione matrimoniale ed è variamente definita, da famiglia unipersonale a famiglia arcobaleno, con un decrescente numero di matrimoni e prevalenza di matrimoni civili rispetto a quelli concordatari (dal 2000 al 2013 i matrimoni hanno subito un calo del 40%) a fronte di un aumentato numero di separazioni e divorzi. Si pensi, poi, al fatto che oggi la famiglia è arrivata a prescindere anche dalla diversità dei sessi e dal fatto che i partners abbiano la medesima residenza abituale (I dati ISTAT hanno al riguardo appurato la nascita del c.d. "pendolarismo familiare" laddove per motivi lavorativi o di studio i coniugi hanno residenze separate e momenti di vita comune inferiori a quelli di vita separata).

Diritto e società ormai non conoscono più "La Famiglia" bensì diversi modelli di convivenza tra "Partners" in cui il vincolo affettivo e stabile e la condivisione di un progetto di vita denotano la sussistenza di una "Compagine familiare" tutelata direttamente dall'art. 2 della Costituzione[6] in quanto formazione sociale. La verità dei rapporti consolidati e la comunione di vita oggi possono a buon diritto prevalere anche sui rapporti genetici e sulle unioni suggellate da matrimonio.

---

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."

[6] Costituzione Italiana – art. 2 : "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*

Alcuni dati a riguardo di quanto appena affermato:

Le libere unioni rappresentano attualmente il 9-10% delle coppie conviventi ,nel 2009 erano 897mila e rappresentavano il 5,9% delle coppie. Erano 533mila nel 2003 e 343mila nel 1998. Di queste libere unioni si registra oggi un numero di coppie omosessuali pari a 100.000.

Le coppie coniugate con figli rappresentano oggi il 36,4% delle famiglie, mentre nel 1998 erano il 46,2.

Rispetto al 1995 le separazioni oggi sono aumentate di oltre il 64% e i divorzi sono praticamente raddoppiati (+ 101%).

A partire dal 2011, la Cassazione inizia a riconoscere la validità della Famiglia di Fatto, attraverso numerose sentenze che sottolineano tutte l'importanza della stabile comunione e progettualità di vita tra partners, mentre si tende ad abbandonare il vecchio termine di "convivenza more uxorio".

In ambito europeo, soprattutto attraverso le pronunce innovative della Corte di Strasburgo a partire dal 2010 (affaire Schalk and Kops contro Austria del 24/06/2010, affaire Vallianatos contro Grecia del 7/11/2013 fino alla più recente Hamalainen contro Finlandia del 2014) viene riconosciuto il Diritto al Matrimonio anche alle coppie omosessuali, con la conseguenza che le relazioni omosessuali non saranno più comprese soltanto nella nozione di "vita Privata" bensì nella nozione di "vita Familiare" contenuta nell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Contestualmente, però, la Corte Europea ribadisce che è riservato allo Stato, poi, disciplinare e introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale a livello interno di ogni singolo stato.

L'esigenza di adeguamento del diritto interno alla giurisprudenza internazionale dei Diritti, ha provocato la reazione delle Alte Corti italiane, con l'affermazione, contenuta nella sentenza della Cassazione n. 4184 del 2012, che oggi non è più condivisibile la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi sia presupposto indispensabile per così dire naturalistico della stessa esistenza del matrimonio, alla luce del mutato quadro sociale ed europeo. Si afferma l'esistenza di uno Statuto dei Diritti e dei Doveri reciproci dei conviventi (siano essi eterosessuali o omosessuali), assimilabile a quanto codificato e affermato per i coniugi all'interno dell'unione matrimoniale.

L'intrascrivibilità delle unioni omosessuali pertanto dipende non tanto dalla loro inesistenza e neppure dalla loro invalidità, ma dalla inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, in assenza di specifica legge, circostanza che ancora in una recente sentenza ha indotto la Suprema Corte a richiamare il Legislatore italiano ad una maggiore attenzione nei confronti delle coppie di fatto le quali, specie se omosessuali, non hanno in Italia diritti sanciti da norme cogenti. Diversa la situazione in altri paesi europei, come la Spagna, dove è da tempo riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e come la Francia e l'Inghilterra, dove proprio in questo inizio dell'anno 2015 è stato approvato un progetto di legge in tal senso.

In Italia, seppur timidamente e con l'avversione delle opposte forze politiche, è in fase di esame il disegno di legge Cirinnà, la cui approvazione potrebbe condurre alla affermazione della c.d. "Unione Civile" tra persone dello stesso sesso, con previsione dell'assistenza morale e materiale, diritti successori e assistenza sanitaria e penitenziaria, ma con esclusione delle adozioni (al massimo potrebbe prevedersi il diritto di adottare il figlio dell'altra parte dell'unione civile).

Orbene, al di là delle opinioni personali, condizionate da valori etici, religiosi, culturali e morali, che attengono all'intimo sentire dell'animo umano, la questione strettamente tecnico-giuridica attiene alla esistenza o meno di norme del nostro ordinamento che ostino al riconoscimento giuridico delle nozze gay. Ebbene, il riconoscimento giuridico di altri tipi di famiglia rispetto a quella tradizionale non comporterebbe alcun disconoscimento delle famiglie fondate sul matrimonio eterosessuale e non potrebbe quindi violare il disposto dell'art. 29 della Costituzione[7].

Consideriamo che, se la Costituzione è un corpo normativo vivo che influenza i valori della società, a propria volta essa ne è influenzata.

Secondo la recente giurisprudenza della Cassazione, anche se non può essere contratto in Italia matrimonio omosessuale e l'eventuale matrimonio contratto all'estero non può essere trascritto per carenza di una legge interna che lo preveda, non si può parlare di rapporti inesistenti né invalidi per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative di legge. Al contrario, anche da questo tipo di unioni scaturisce il diritto alla tutela giurisdizionale di altri diritti fondamentali e il Giudice deve assicurare un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata (Cass. Civ. 4184/2012).

Nello stesso senso e recentemente (Cass.Sez. I Civ. 30/10/14-9/02/15 n 2400) è stato ribadito, innanzitutto, che la questione relativa alla legittimità e conformità costituzionale del diniego di procedere alle pubblicazioni matrimoniali relative ad un'unione tra due persone dello stesso sesso è identica a quella già affrontata dalla Corte Costituzionale n. 138 del 2010 che aveva indicato come obbligata la

[7] Costituzione Italiana – art. 29: *"La Repubblica garantisce i diritti della Famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare"*

strada legislativa. Quindi, conclude il Supremo Collegio che *"*nel nostro ordinamento giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Il nucleo affettivo–relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione (…)".

Il raggiungimento di questo obiettivo di tutela giuridica da riconoscersi alla vita familiare fuori dal matrimonio, anche omosessuale, si rende necessario perché in futuro si possa aprire la strada anche al riconoscimento per via legislativa del diritto all'adozione di minori per le coppie di fatto e le coppie omosessuali. Il presupposto per la tutela delle coppie di fatto, eterosessuali o omosessuali, è duplice: da un lato vi è il concetto di comunione e identità di vita tra persone, basata sull'esistenza di un rapporto affettivo, di assistenza e di solidarietà, che comporta che tali unioni debbano essere ricomprese, ai sensi dell'art.2 della Costituzione, tra le formazioni sociali garantite dal nostro ordinamento; dall'altro, conseguentemente, la mancata tutela di tali relazioni si traduce in una illegittima forma di **discriminazione** che viola la previsione normativa in materia di Diritti dell'Uomo di cui alla CEDU (art. 14 CEDU [8])

[8] Divieto di discriminazione – Art. 14 CEDU: *"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione"*

Il concetto di Ordine Pubblico ai fini internazional-privatistici si identifica con "l'Ordine Pubblico Internazionale", individuato sulla base della giurisprudenza CEDU sui diritti fondamentali della persona e sulla tutela della vita privata e familiare (art. 8 Conv.), da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purchè accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale.

Rivoluzionaria in materia la sentenza della Corte d'Appello di Torino (sezione famiglia, decreto 29/10/2014), con la quale è stata autorizzata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato in Spagna da due madri a seguito di una pratica di fecondazione assistita eterologa, in quanto non sussiste contrarietà all'ordine pubblico. L'importanza della pronuncia sta nella affermazione dell'interesse preminente del minore al mantenimento di rapporti parentali e della tutela del diritto allo status e all'identità personale del figlio. In questo senso, la mancata trascrizione dell'atto di nascita del minore avrebbe creato il disconoscimento di un rapporto di fatto già validamente costituito tra la co-madre e il figlio con conseguenze pregiudizievoli per il minore.

Non si può inoltre non considerare l'intervento della Corte Costituzionale che ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo (corte cost. n. 162/2014): il rapporto di filiazione si sta allontanando dal concetto di filiazione genetica, proprio perché con l'introduzione delle nuove tecniche riproduttive si creano più figure genitoriali: la madre genetica che dona l'ovocita fecondato, la madre biologica che porta avanti la gestazione, la madre sociale

che esprime la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale, il padre genetico e il padre sociale.

Anche la riforma legislativa sulla filiazione di cui stiamo discorrendo si aggancia al principio che la verità biologica non deve prevalere a tutti i costi, dovendosi pur sempre privilegiare lo status del minore, assicurandogli con il riconoscimento di un legame i diritti di cura, educazione ed istruzione emanazione della responsabilità genitoriale, nonché la capacità successoria nei confronti dei propri rami parentali.

Altre pronunce nel medesimo senso si rinvengono in Tribunali di merito quale il Tribunale di Roma (ordinanza 8 agosto 2014), all'interno della nota vicenda di scambio di embrioni che aveva portato alla esistenza di due padri e due madri per i gemelli nati a seguito di fecondazione eterologa: i Giudici hanno qui affermato il principio secondo cui la verità genetica nei rapporti di filiazione non possa essere sovraordinata rispetto agli altri interessi in conflitto; in tal senso anche Tribunale per i Minorenni di Roma (sentenza 30 giugno 2014) ha consentito che una minore nata da due madri –unite in matrimonio in Spagna- a mezzo fecondazione eterologa, dichiarata figlia della sola donna che l'aveva partorita, potesse essere adottata anche dalla madre non biologica, definita "madre sociale", dopo che quest'ultima ha dimostrato al Tribunale e ai servizi sociali di essere una brava genitrice e di essere parte di una stabile unione affettiva.

In questi casi, la mancata trascrizione dell'atto di nascita del minore limiterebbe e comprimerebbe il diritto all'identità personale del minore e il suo status sul territorio italiano, in quanto il minore verrebbe privato dell'esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con

riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre alla privazione dei rapporti successori.

Queste innovative decisioni aprono il varco ad una svolta nel diritto di famiglia italiano sul versante della filiazione, essendo imperniate sulla tutela del principio di identità personale e sociale di ciascuno. La creazione di rapporti parentali viene pertanto vista sempre più come una risorsa e come il soddisfacimento di un diritto fondamentale. Anche l'impegno genitoriale cambia connotazione e denominazione, laddove la riforma sostituisce il desueto termine "Potestà Genitoriale" in "Responsabilità Genitoriale", in considerazione della evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli e del necessario adeguamento agli strumenti internazionali (si pensi, tra tutti, al Regolamento CE n. 2201/2003 che disciplina all'interno dell'Unione Europea la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale).

Vi sono all'interno della riforma della filiazione diverse norme che dimostrano la volontà innovativa del legislatore, ad esempio laddove è stata ridisegnata la disciplina dell'azione di disconoscimento di paternità, prevedendo un termine di 5 anni per l'esercizio dell'azione (prima imprescrittibile), dimostrandosi così una chiara prevalenza dell'interesse del minore alla stabilità del rapporto (ricordiamo l'abnormità delle norme ante 2006 allorquando per procedere al disconoscimento di paternità si doveva necessariamente portare in Tribunale la prova dell'adulterio). Il legislatore ha applicato il principio in base al quale la tutela del diritto allo status e alla identità personale può anche non identificarsi con la verità genetica.

E' riaffermato (art. 336-bis Codice Civile[9]) il diritto del minore –che abbia compiuto i 12 anni- all'ascolto in tutti i procedimenti in cui si debba procedere a decisioni circa l'affidamento vuoi a terzi soggetti (Servizi Sociali) vuoi ad uno dei genitori con esclusione dell'altro e naturalmente mai nelle questioni economiche e qualora l'audizione sia manifestamente superflua o addirittura contrastante col suo interesse. Il minore non diviene in tal modo "testimone", deve essere sentito e non interrogato, dal Giudice (Presidente o Delegato) mentre fino alla riforma era prevista l'audizione mediata dal CTU o da altri ausiliari del Giudice, con modalità che assicurino l'esercizio effettivo da parte del minore di esprimere liberamente la propria opinione.

Quando l'audizione è assicurata con idonei mezzi tecnici (vetro-specchio e impianto citofonico), l'art. 38-bis delle disposizioni di attuazione del Codice Civile dispone che i difensori possano seguire l'ascolto del minore, in luogo diverso da quello in cui si svolge, anche senza autorizzazione del Giudice (autorizzazione che per i genitori è comunque sempre necessaria, onde evitare condizionamenti psicologici).

Permane naturalmente la figura del Giudice Tutelare presente in ogni Tribunale, il quale soprintende alle tutele e curatele ed inoltre vigila sull'osservanza delle

---

[9] Art. 336-bis Codice Civile: *" 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 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."*

condizioni che il Tribunale abbia stabilito per l'esercizio della responsabilità genitoriale e per l'amministrazione dei beni (art. 337 Codice Civile).

La Successione cambia assetto, laddove vi è l'equiparazione assoluta tra i figli (ex) legittimi e i figli (ex) naturali e gli adottivi, tutti "figli" (non altrimenti qualificati, avendo tutti identico stato ex art. 315 Codice Civile novellato) e tutti concorrenti in parti uguali alla successione al padre e alla madre (art. 566 del Codice Civile). Allo smantellamento delle differenze prima esistenti nell'istituto mediante le correzioni linguistiche si affianca il livellamento della tutela riservata al chiamato all'eredità. Quindi la riforma attua il principio per cui la filiazione fuori dal matrimonio produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti allo stesso modo in cui li produce la filiazione nel matrimonio.

Tra le principali novità della Legge sulla Filiazione vi è l'introduzione del Diritto dei Nonni a vedere i nipoti, previsto dal nuovo art. 317-bis del Codice Civile[10], che attribuisce legittimazione attiva degli ascendenti ad agire presso il Tribunale dei Minorenni qualora detto diritto dovesse essere loro precluso. Recentemente, la Corte Europea di Strasburgo è intervenuta per riconoscere detto diritto a due nonni di Torino, stigmatizzando l'atteggiamento tenuto dalle Autorità italiane, specie del Tribunale dei Minorenni e dei Servizi Sociali, che "non hanno fatto tutti gli sforzi necessari per salvaguardare il legame familiare e non hanno reagito con la coscienza richiesta".

---

[10] Art. 317 bis Cod. Civ.: *" 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 affinchè siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. Si applica l'articolo 336, secondo comma."*

Si può evidenziare come si tratti di un problema essenzialmente culturale oltre che normativo, poiché accanto alla norma specifica recentemente introdotta dal Dlgs 154/2013 manca ancora un'adeguata sensibilità culturale da parte degli operatori del diritto.

La valorizzazione dei rapporti parentali coi minori, oltre ad abbassare i toni degli scontri nelle procedure di separazione e divorzio, al di là della semplificazione delle procedure e dei progetti di legge che vogliono ridurre i tempi dei processi, riconosce ai nonni e agli altri parenti del minore dei diritti oltre ai già esistenti doveri squisitamente economici, quale l'obbligo di sopperire al mantenimento dei nipoti in caso di impossibilità dei genitori.

SEPARARSI E DIVORZIARE OGGI IN MANIERA NON GIURISDIZIONALE

Con il D.L. 132/2014 convertito in legge con modifiche il 10 novembre 2014 dalla legge n. 162, nell'ambito del riassetto del processo civile e per la riduzione dell'arretrato giudiziario, la coppia che consensualmente vuole separarsi o divorziare non dovrà necessariamente rivolgersi al giudice, ma avrà la possibilità di scegliere tre strade:

-Presentare -come fino ad oggi è stato e continuerà ad essere- un ricorso congiunto al **Tribunale** e ottenere l'omologa della separazione, la sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili,

oppure scegliere tra due **nuove opzioni,** che apparentemente ridurrebbero notevolmente i tempi della procedura:

-la **negoziazione assistita** da avvocati (art. 6, D.L. 132/2014) e

-la conclusione di un **Accordo presso l'ufficio dello Stato Civile** (art. 12 D.L. 132/2014).

Il fine della norma è di stimolare le parti al raggiungimento di una soluzione di separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio o scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, senza adire l'autorità giudiziaria, affidando, da una parte il ruolo di negoziatore all'avvocato, dall'altra, in presenza di situazioni che non riguardino soggetti deboli da tutelare, come ad esempio i figli minori, coinvolgendo direttamente l'Ufficio Comunale.

Negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio.

La convenzione è definita dalla legge **un accordo** mediante il quale le parti, assistite dai rispettivi avvocati, convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere una controversia (art. 2), deve essere redatta in **forma scritta a pena di nullità** e deve contenere la previsione di un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a tre mesi – prorogabile su accordo delle parti di altri trenta giorni - entro il quale concludere o meno l'accordo. Oggetto della convenzione sono le condizioni di separazione e divorzio, siano esse riguardanti l'affidamento o il mantenimento dei figli, l'assegno di mantenimento per il coniuge o i trasferimenti di tipo patrimoniale nell'ambito delle soluzioni alla crisi coniugale. Attraverso la negoziazione assistita si può procedere anche alla modifica delle condizioni concordate di separazione e divorzio.

L'avvocato certifica l'autografia delle firme delle parti che partecipano alla convenzione così come pure la data nella quale sono state apposte, ai fini della decorrenza dei termini. Sono rilevanti i compiti e le funzioni attribuite all'avvocato,

il cui ruolo consiste nel tutelare i diritti dei coniugi anche al di fuori di un procedimento giudiziale, favorendo la conciliazione tra i coniugi. Sono, infatti, attribuite al professionista, funzioni proprie del negoziatore o, facendo una similitudine, del giudice all'udienza presidenziale di separazione o divorzio.

L'avvocato deve, infatti, avvisare le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare e deve tentare la conciliazione tra i coniugi. In caso di figli minori, egli deve ricordare alle parti l'importanza che i figli trascorrano tempi adeguati con entrambi i genitori. Di queste attività deve essere dato atto nel testo dell'accordo redatto a seguito della negoziazione.

Infine, l'avvocato deve dichiarare sotto la propria responsabilità che gli accordi non sono contrari a norme imperative di legge e all'ordine pubblico, ossia che non siano presenti condizioni che ledano diritti considerati indisponibili. La non contrarietà alle norme imperative di legge e all'ordine pubblico può presentare confini incerti in quanto i concetti sono in continuo divenire e la giurisprudenza sta ampliando notevolmente il concetto di autonomia contrattuale delle parti. Al momento la giurisprudenza della Cassazione è concorde nel ritenere alcuni diritti di ordine patrimoniale indisponibili e intoccabili. Sono ritenuti invalidi, ad esempio, gli accordi economici che abbiano a oggetto la rinuncia a un futuro diritto o la limitazione della libertà processuale delle parti – ossia la rinuncia al futuro assegno di divorzio o alla revisione dell'assegno - per il motivo che avrebbero una causa illecita. Gli accordi possono comunque contenere previsioni di assegno di mantenimento, di soluzioni *una tantum*, di trasferimenti immobiliari in luogo del mantenimento ecc.. Ciò che conta è l'applicazione del principio secondo cui, mutate le circostanze di fatto e di diritto, il coniuge possa sempre ottenere tutela in sede di modifica delle condizioni di separazione, o in sede di divorzio.

L’Accordo deve essere inviato al Procuratore della Repubblica presso il tribunale competente (Di recente la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, con documento datato 16 dicembre 2014, ha specificato alcune linee guida per gli adempimenti previsti dall’art. 6 della legge 162/2014). Il controllo della procura si limita alla “regolarità” nel caso di coppia coniugata senza figli minori o incapaci o non economicamente autosufficienti. Il Tribunale appone sull’accordo il nullaosta del P.M. se le condizioni sono rispondenti all’interesse dei figli, o in caso contrario lo trasmette al Presidente del Tribunale che fisserà, entro i successivi trenta giorni, un’udienza per la comparizione delle parti.

Una volta ottenuto il nullaosta o l’autorizzazione, nella fase conclusiva della procedura, l’avvocato è gravato di una particolare responsabilità, in quanto l’accordo, in copia autenticata dall’avvocato stesso, dovrà essere trasmesso entro il termine di dieci giorni all’Ufficiale dello stato civile e annotato sia negli atti di nascita dei coniugi sia nell’atto di matrimonio. La conseguenza di un eventuale ritardo o omissione comporta per l’avvocato l’applicazione di sanzioni pecuniarie gravi, che saranno irrogate dal Comune ricevente l’atto. In fase di ricezione ogni Comune sta adottando prassi diverse anche secondo il grado d’informatizzazione degli uffici.

L’accordo raggiunto a seguito della convenzione - dice il comma 3 dell’art. 6 - produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di separazione, divorzio e modifica delle condizioni di questi. Dalla data certificata nell’accordo di separazione concluso a seguito di negoziazione assistita, decorre il termine di tre anni per la domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, come espressamente previsto dal novellato art. 3 della Legge Divorzile.

Separazione consensuale e divorzio congiunto innanzi all'ufficiale dello stato civile.

La terza strada prevista dal legislatore è quella più rapida ma **è preclusa alle coppie con figli minori, maggiorenni non autosufficienti, portatori di handicap o incapaci** (art. 12).

I coniugi possono recarsi presso il Comune di residenza di uno degli sposi o il comune in cui il matrimonio è stato iscritto o trascritto e, innanzi al Sindaco quale ufficiale dello stato civile, concludere un accordo di separazione o di divorzio alle condizioni da loro stessi concordate. La stessa cosa può avvenire per la modifica delle precedenti condizioni di separazione e divorzio. Tutto ciò, personalmente o con l'assistenza facoltativa di un avvocato.

L'accordo non può contenere, dice il 2° comma dell'art. 12, patti di trasferimento patrimoniali.

La sopra citata circolare del Ministero dell'Interno n. 19/2014, ha specificato che la r*atio* della previsione è di escludere qualunque valutazione di natura economica o finanziaria nella redazione dell'atto di competenza dell'ufficiale giudiziario. Al momento, in assenza di specifiche indicazioni normative, i Comuni non accetteranno accordi con clausole aventi carattere dispositivo sul piano patrimoniale, come ad esempio l'uso della casa coniugale, l'assegno di mantenimento e qualunque altra utilità economica tra i coniugi.

Anche l'accordo concluso innanzi all'Ufficiale dello stato civile produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di separazione o divorzio. I tre anni di separazione legale ai fini della richiesta successiva di divorzio decorreranno dalla data dell'atto contenente l'accordo e non quella della conferma, secondo quanto specificato dalla circolare 19/2014.

Si è molto discusso di questa terza opportunità per i coniugi poiché almeno potenzialmente, visto che la presenza di un legale è solo facoltativa, il rischio di accordi ingiusti o lesivi dei diritti di una parte, è possibile, poiché non è previsto il vaglio del P.M. e l'Ufficiale dello Stato civile non ha alcuna funzione di controllo riguardo al merito dell'accordo.

Monza, 25 Febbraio 2015