

## **AUDIZIONE DEL PROF. FRANCESCO SAVERIO MARINI AL**

### **SENATO DELLA REPUBBLICA (29 gennaio 2019)**

#### **Su taluni possibili profili d'incostituzionalità del disegno di legge S735**

##### **sulla co-genitorialità**

Ha suscitato molto interesse e un acceso dibattito, sia in ambito politico-istituzionale che giuridico, il disegno di legge con primo firmatario il Senatore Pillon (AS375) sulla c.d. co-genitorialità ed è su questo disegno di legge che concentrerò questi brevi note e, specificamente, sui profili di possibile incostituzionalità della proposta.

I principi sui quali si muove il disegno di legge sono individuabili: nell'introduzione della mediazione civile obbligatoria per le questioni in cui siano coinvolti i figli minorenni; nell'equilibrio tra entrambe le figure genitoriali, perseguito attraverso la determinazione di tempi tendenzialmente paritari per ciascun genitore da trascorrere con i figli; nell'introduzione del mantenimento in forma diretta; nel contrasto, infine, della c.d. "alienazione genitoriale".

La delicatezza della materia, la rilevanza e complessità degli interessi coinvolti e la problematicità di trovare un punto di sintesi soddisfacente non hanno agevolato sinora il confronto dialettico e si sono tradotte, spesso, in prese di posizione radicali o preconcepite, che, altrettanto spesso, hanno evocato violazioni costituzionali della proposta legislativa. Limitandoci a quest'ultimo aspetto e prescindendo da valutazioni di opportunità politica, il primo punto di possibile criticità è l'asserito contrasto delle disposizioni previste nell'articolato rispetto

all'interesse della prole, di cui pacificamente si ammette la (ragionevole) prevalenza rispetto a quello dei genitori.

Più in particolare, si evidenzia come il diretto intervento del legislatore sui concreti tempi e modi di permanenza dei figli presso i genitori sia tutto orientato a garantire a questi ultimi un “paritario godimento” della prole, trascurando le ripercussioni che gli spostamenti, i continui adattamenti e l'instabilità possono provocare sul minore. In questa prospettiva il disegno di legge sembrerebbe suscitare dubbi di costituzionalità. Tuttavia, pur presentando alcune rigidità, che andrebbero corrette nel corso del procedimento legislativo, l'assetto delineato nell'articolato non sembra, soprattutto se interpretato in modo costituzionalmente orientato, esporsi a censure di legittimità: ferma la necessità di assicurare la (si ripete, costituzionalmente imposta) prevalenza degli interessi della prole rispetto a quello dei genitori, la determinazione di quale sia la modalità più adeguata per soddisfare le esigenze dei minori Laura valutazione affidata alla discrezionalità del legislatore e, prima ancora, alla scienza psicologica, pedagogica e comportamentale. E a tal riguardo, in ambito scientifico si contendono il campo, con altrettanta autorevolezza, tesi volte a sostenere che per il minore (esclusi casi patologici di violenza domestica, abusi o negligenze verso la prole) sia comunque più opportuno avere un “centro” di riferimento fisso e stabile, così come tesi che, all'opposto, ritengono necessario conservare il più possibile il rapporto, anche fisico, con entrambi i genitori. In questa prospettiva di incertezza nel contesto scientifico di riferimento, spetta al legislatore individuare il punto di equilibrio;

violazioni della Costituzione possono prospettarsi solo in caso di apprezzamenti manifestamente irragionevoli, che nella specie non appaiono ravvisabili.

Del resto, la previsione sembra rispondere anche alle sollecitazioni contenute nella risoluzione n. 2079 del 2 ottobre 2015 del Consiglio d'Europa, la quale consiglia gli Stati membri di adottare legislazioni che assicurino l'effettiva uguaglianza tra padre e madre nei confronti dei propri figli e che prevedano il principio della doppia residenza o del doppio domicilio dei figli in caso di separazione, limitando le eccezioni ai casi di abuso o di negligenza verso un minore, o di violenza domestica.

Un secondo profilo di dubbia costituzionalità riguarderebbe la disciplina dell'assegnazione della casa coniugale. L'articolato in esame dispone, in proposito, che "il giudice può stabilire nell'interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare, indicando in caso di disaccordo quale dei due genitori può continuare a risiedervi. Quest'ultimo è comunque tenuto a versare al proprietario dell'immobile un indennizzo pari al canone di locazione computato sulla base dei correnti prezzi di mercato". Analogamente, poi, a quanto già attualmente previsto nel codice civile, si aggiunge che non possa "continuare a risiedere nella casa familiare il genitore che non ne sia proprietario o titolare di specifico diritto di usufrutto, uso, abitazione, comodato o locazione e che non abiti o cessa di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contraiga nuovo matrimonio".

Il dubbio è duplice: anzitutto si potrebbe contestare il pagamento del canone di locazione per la casa affidata; in secondo luogo potrebbero suscitare perplessità gli automatismi relativi alla perdita del diritto di risiedere nella casa familiare.

Sotto il primo profilo, la questione è più apparente che reale, perché lo stesso disegno di legge, e prima ancora la Costituzione, impone ad entrambi i genitori di concorrere al mantenimento dei figli, in misura proporzionale al proprio reddito e alla proprie possibilità economiche. Tra le spese ordinarie non possono non rientrare, infatti, anche quelle relative alla residenza del minore, con l'effetto che in caso di significative differenze economiche tra i due genitori, il piano genitoriale dovrà prevedere un contributo anche per la residenza della prole quando si trova con l'altro genitore. Il canone di locazione potrebbe essere, quindi, integralmente o parzialmente compensato dal contributo del genitore più abbiente per la residenza della prole.

Quanto, invece, agli automatismi relativi alla perdita del diritto di risiedere nella casa familiare, appare dirimente quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza, interpretativa di rigetto, n. 308 del 2008. La sentenza, infatti, è stata resa su una questione in larga parte coincidente, riguardante l'art. 155-quater c.c., e dalla quale si ricava il principio per cui devono ritenersi tendenzialmente illegittime le revoche automatiche dell'assegnazione (anche in caso di convivenza *more uxorio* o nuovo matrimonio), non subordinate ad un effettivo accertamento circa l'interesse della prole. Per la Corte, infatti *“non solo l'assegnazione della casa familiare, ma anche la cessazione della stessa, è stata sempre subordinata, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole. Ne deriva*

*che l'art. 155-quater cod. civ., ove interpretato, sulla base del dato letterale, nel senso che la convivenza more uxorio o il nuovo matrimonio dell'assegnatario della casa sono circostanze idonee, di per se stesse, a determinare la cessazione dell'assegnazione, non è coerente con i fini di tutela della prole, per i quale l'istituto è sorto. La coerenza della disciplina e la sua costituzionalità possono essere recuperate ove la normativa sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore. Tale lettura non fa altro che evidenziare un principio in realtà già presente nell'ordinamento, e consente di attribuire alla norma censurata un contenuto conforme ai parametri costituzionali, come, del resto, già ritenuto da diversi giudici di merito e dalla prevalente dottrina'.*

Sulla base di quanto precede si può dunque ritenere che la menzionata decisione del giudice costituzionale se, da un lato, esclude l'incostituzionalità, attraverso una lettura costituzionalmente orientata, dell'art. 155-quater cod. civ. e, quindi, della analoga formulazione contenuta nel disegno di legge; dall'altro, sollecita (e di questo il ddl de quo dovrebbe far tesoro) un'opportuna puntualizzazione da parte del legislatore, attraverso l'introduzione di un'espressa clausola di salvaguardia che faccia salvo, anche relativamente alla revoca, l'interesse prioritario della prole.

Un ultimo aspetto sul quale sono state sollevate perplessità di ordine costituzionale riguarda la previsione della mediazione obbligatoria. Anche a tale riguardo, le censure appaiono infondate: nel configurare la disciplina, si sono, infatti, tenuti presenti i principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui la mediazione, anche obbligatoria, è legittima, purché

non si traduca in una preclusione assoluta o anche solo irragionevole del diritto di agire in giudizio ex art. 24 Cost. (cfr., fra le molte, le sentt. nn. 272 del 2012 e 276 del 2000).

Dello stesso avviso è stata la Corte di Giustizia dell'UE, sent. 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini*, la quale ha statuito tra l'altro che non urta contro il principio di effettività della tutela giurisdizionale la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione, che generi “*costi non ingenti*”.

In proposito attiene, semmai, ad un profilo di opportunità il coordinamento fra i “tempi brevi” previsti di recente per la separazione e il divorzio e i “tempi lunghi” implicati dalla mediazione.

Un altro aspetto che merita attenzione l'art. 23 del ddl, il quale riconosce espressamente l'applicabilità della legge sopravvenuta ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della medesima. La proposta, riqualificando un fatto ontologicamente passato e ricollegando ad esso effetti diversi rispetto a quelli originariamente previsti, ha carattere retroattivo e impone, dunque, un vaglio di costituzionalità.

Anche, però, sotto questo profilo le censure non appaiono fondate, essendo la norma conforme all'assetto costituzionale – che stabilisce la regola della irretroattività esclusivamente per la legge penale – e all'orientamento giurisprudenziale prevalente (v. Cass. civ., Sez. Un., 27.10.2016, n. 21691; Corte cost., 09.11.2011, sent. n. 303). Infatti, “il principio generale della irretroattività delle leggi – attualmente enunciato dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in

generale – (...) non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale ... Per le materie diverse da quella penale, l'osservanza del tradizionale principio è dunque rimessa alla prudente valutazione del Legislatore” (Corte cost., 98.07.1957, n. 118).

Pertanto, sulla premessa che nel nostro ordinamento nulla vieta, in linea di principio, al potere legislativo di regolamentare in materia civile diritti risultanti da leggi in vigore con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, la disciplina transitoria di cui all'art. 23 è pacificamente ammissibile poiché, tra l'altro, consente di superare la discriminazione tra situazioni che altrimenti si realizzerebbe in base alla circostanza, del tutto accidentale, della data di pendenza della lite (Corte cost., 08.07.2009, sent. n. 214).

In tale contesto, tuttavia, non escludere che in singole materie l'emanazione di una legge retroattiva possa porsi in contrasto con qualche specifico precetto costituzionale, la Corte ha preteso l'osservanza del principio di ragionevolezza (Corte cost., 15.07.2015, sent. n. 345).

Nel dettaglio, la verifica della ragionevolezza, sub specie di non arbitrarietà della lesione del principio di affidamento “da parte di una norma che sacrifica posizioni individuali già acquisite (e perciò assistita da retroattività impropria), deve passare attraverso il riscontro dell'«adeguatezza e congruenza dell'esigenza di interesse pubblico» sotteso all'emanazione della nuova disciplina nonché attraverso il connesso giudizio di proporzionalità tra il suo perseguimento (...) e «il grado di offensività» della disciplina retroattiva” (Corte cost., 15.07.2015, sent. n. 345).

Rispetto al disegno di legge in questione, l'esito di questa verifica deve ritenersi positivo sia nel senso della conformità dell'art. 23 all'ordinamento giuridico sia nel senso dell'osservanza dei limiti fissati in via giurisprudenziale.

Apparentemente più controverso, invece, è il problema dell'incidenza della presente legge sui procedimenti già definiti da accordo omologato – in caso di separazione consensuale – ovvero da una sentenza di separazione giudiziale o di divorzio passata in giudicato.

Ciò sulla scorta del fatto che l'immediata applicazione della legge sostanziale nuova, ancorché retroattiva, trova sempre il suo limite nella formazione del giudicato, in nome del principio di certezza del diritto (ex multis, Cass. civ., Sez. I, 30.07.2014, n. 17271).

In questo caso, la soluzione al problema degli effetti dello *ius superveniens* sui rapporti giuridici già conclusi per intervenuto giudicato passa attraverso la definizione dell'oggetto su cui si forma il giudicato medesimo.

A questo riguardo si deve constatare quanto segue. La circostanza che le situazioni in questione siano legate a vicende familiari in continua evoluzione ha determinato l'ontologica necessità di modificare le obbligazioni nascenti dalla sentenza con riguardo ai coniugi e alla prole (v. art. 337 quinquies c.c. e 6, L. 1 dicembre 1970, n. 898). Ne è derivata, salvo che per la decisione relativa allo status – suscettibile di giudicato – la rivedibilità in ogni tempo delle condizioni della separazione e del divorzio – clausole c.d. *rebus sic stantibus* – ex art. 710, co. 1, c.p.c. e art. 711, ult. co. c.p.c. (che rinvia alla disciplina contenuta nell'articolo precedente) e art. 9, co. 1, L. 1 dicembre 1970, n. 898.



Inequivocabilmente, infatti, l'art. 710 c.p.c. – cui rinvia l'art. 711 c.p.c. – stabilisce che “le parti possono sempre chiedere, con le forme del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione” e l'art. 9 che “qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, in camera di consiglio, e per i provvedimenti relativi ai figli con la partecipazione del pubblico ministero, può, su istanza di parte, disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli articoli 5 e 6”.

Già dall'insieme di queste considerazioni dovrebbe essere pacifica la retroattività della nuova legge nel senso della possibilità per il coniuge, separato ovvero divorziato con sentenza irrevocabile (nel caso di separazione giudiziale: con accordo omologato), che agisca per la revisione dei provvedimenti de quibus per sopravvenienza normativa, di richiederne l'applicazione (pena la creazione di figli di serie A e figli di serie B, censurabile per violazione almeno dell'art. 3 Cost.).

Non solo. I rilievi sinora svolti sarebbero addirittura sufficienti a convincere dell'automatica retroattività della legge, la quale, perché sia invocabile nel giudizio di revisione, non necessiterebbe di apposita – esplicita – clausola.

Tuttavia, in considerazione di un orientamento giurisprudenziale che tende a condizionare la rivedibilità della decisione all'occorrenza di una sopravvenienza fattuale (ex multis, Cass. civ., Sez. VI, 06.06.2014, n. 12781; Cass. civ., Sez. I, 17.06.2009, n. 14093;), potrebbe essere preferibile, onde evitare possibili

discriminazioni e contrasti, l'adozione di una esplicita clausola di retroattività del medesimo tenore letterale dell'art. 4 della L. 8 febbraio 2006, n. 54 (legge sull'affido condiviso).

Infatti, l'art. 4, nel dettare le disposizioni finali, stabilisce che: *“1. Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge. 2. Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”*.

Quanto alle forme di questo giudizio di revisione in cui si applica la *nova lex*, il ricorso dell'interessato è deciso con decreto motivato (salvo che la legge disponga altrimenti) dal tribunale in camera di consiglio.