

Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato
martedì 27 settembre 2011

Osservazioni di
Gilda Ferrando
Professore ordinario di Diritto privato
Università dei Genova

I principi

La legge n. 54 del 2006, contenente disposizioni in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, detta una nuova regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli, una nuova disciplina della potestà, dell'obbligo di mantenimento, dell'assegnazione della casa familiare. La legge si apprezza per i principi che la ispirano, il riferimento ai quali consente di sciogliere i numerosi dubbi interpretativi che essa solleva.

La nuova disciplina, pur trovando formale collocazione negli artt. 155 ss. del codice civile relativi alla separazione tra coniugi, si applica in ogni caso in cui cessa la convivenza tra i coniugi (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio) o tra i genitori non coniugati conviventi (v. art. 4).

Si giunge in tal modo ad una unificazione della disciplina degli effetti della crisi riguardo ai figli – a prescindere dai modi in cui essa viene formalizzata – che si spiega in considerazione della comunanza delle problematiche che ne risultano. All'atto della crisi si manifesta, infatti, la medesima esigenza di modificare il rapporto tra genitori e figli per salvaguardare, nel mutato contesto, la continuità delle relazioni.

La nuova disciplina è inoltre applicabile anche alla separazione delle coppie non coniugate con figli. In tal modo la legge disciplina in modo unitario le relazioni tra genitori e figli all'atto della separazione, a prescindere dall'esistenza del matrimonio tra i genitori, realizzando, in questo campo, la piena eguaglianza dei figli nati nel o fuori del matrimonio (ed anticipando l'auspicata riforma della filiazione).

L'art. 155 intende garantire il diritto del figlio “di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno” dei genitori, ricevendo da essi cura, educazione ed istruzione. In tal modo viene data attuazione nell'ordinamento interno a principi enunciati a livello internazionale e già fatti propri da altri ordinamenti europei.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (20 novembre 1989, ratificata con l. n. 176/1991), riconosce “il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo (art. 9, comma 3). E all'art. 18, fa riferimento al “*principio comune* secondo il quale entrambi i genitori hanno una *responsabilità* per quanto riguarda l'educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori”. Questi principi sono stati ripresi dalla Carta di Nizza – ora parte del Trattato di Lisbona - per la quale il bambino ha il “diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse” (art. 24, comma 3). La Corte europea di Strasburgo, a sua volta, ha sottolineato che la piena tutela dei figli nei confronti dei genitori e dei parenti costituisce un aspetto irrinunciabile dell'obbligo di rispetto della vita privata e familiare (a partire da Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Markx c. Belgio*, 13 giugno 1979). Nel momento della crisi coniugale il diritto del bambino alla propria famiglia comprende quello di intrattenere relazioni con entrambi i genitori, senza che siano frapposti ingiustificati ostacoli al loro svolgimento (Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Bove c. Italia*, 30 giugno 2005; Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Piazzì c. Italia*, 2 novembre 2010).

La legge n. 54 si colloca nel solco dell'evoluzione del diritto di famiglia che segna il passaggio dalla concezione del bambino come oggetto dei diritti degli adulti - ancora ben salda nel codice civile del 1942 che riconosceva al padre una "patria potestà" in larga misura incontrollata - ad un'altra concezione secondo cui il bambino è soggetto di diritti e portatore di un interesse preminente rispetto a quello degli adulti. La grande svolta si è avuta con la legge n. 341/1967 sull'adozione speciale: per la prima volta la legge - al verificarsi di una situazione di abbandono morale e materiale - consente di spezzare il vincolo biologico di filiazione e di inserire il bambino in una famiglia adottiva capace di prendersi cura di lui e di cui diviene figlio a pieno titolo. In tal modo il centro dell'universo familiare si sposta dagli adulti al bambino i cui diritti prevalgono su quelli, un tempo considerati inviolabili, dei genitori. Ed in tal modo la legge dà attuazione al disposto degli artt. 2 e 30 Cost.. La concezione del minore portatore di diritti prevalenti su quelli dei genitori viene ulteriormente sviluppata dalla legge di riforma del diritto di famiglia (n. 151/1975), dalle successive riforme dell'adozione, dalle legge sulla violenza in ambito familiare, per citare solo le più importanti. La tutela dei diritti del bambino porta con sé la tutela delle relazioni familiari (art. 31 Cost.). Nel diritto interno il diritto del bambino alla propria famiglia è riconosciuto dall'art. 1 l. adoz., con riferimento alle situazioni di disagio e difficoltà educative della famiglia. La norma costituisce attuazione dei principi costituzionali (artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost.) dai quali si desume una più generale tutela delle relazioni familiari, del rapporto tra genitori e figli nel duplice senso di rispetto della loro privacy e di obbligo di sostegno da parte dello Stato.

La legge n. 54/2006

In coerenza con questi principi e con questa linea evolutiva, l'affido condiviso intende attuare, nel contesto della crisi familiare, il preminente interesse del bambino, garantire la protezione delle relazioni familiari, la continuità del rapporto di cura, educazione ed istruzione con l'uno e l'altro genitore. Anche dopo la crisi i genitori sono entrambi parimenti responsabili della formazione dei figli. Ed è per questa ragione che l'affidamento condiviso costituisce la regola, mentre quello esclusivo va inteso come eccezione, che il giudice può disporre "con provvedimento motivato" solo quando ritenga che "l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore" (artt. 155, 155-bis). Si tratta di una misura intesa a "incentivare e consentire il coinvolgimento di entrambi i genitori allo sviluppo educativo dei figli" (Trib. Modena, 18 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 512), a conservare i rapporti del figlio con entrambi, modalità di elezione nella regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli all'atto della crisi che non può essere ostacolata da circostanze di fatto come l'aspra conflittualità tra i genitori (Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 63. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 621, Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1689; Trib. Bologna, 15 gennaio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1682; Trib. Catania, 1° giugno 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2412), o la situazione di lontananza delle rispettive abitazioni (Trib. Min. Abruzzo, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, I, p. 545), di per sé ininfluenti sul diritto del bambino ad avere un padre ed una madre che, sullo stesso piano, si prendano cura di lui. Solo un cattivo rapporto tra genitore e figlio, o altra grave ragione, può far ritenere l'affidamento all'altro contrario all'interesse del figlio e dunque da evitare (Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, cit.; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Fam. dir.*, 2010, p. 681).

L'affido condiviso che, nella disciplina previgente (l'art.6, c. 2, della l. n. 898/1970 prevedeva che il giudice potesse disporre l'affidamento congiunto o alternato), costituiva una ipotesi residuale diviene ora la regola generale di organizzazione dei rapporti tra genitori e figli in occasione della crisi. L'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori costituisce ora modalità residuale da attuare solo qualora il giudice ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore" (art. 155-bis, comma 1)).

La deroga dell'affido condiviso deve dunque essere giustificata in considerazione della situazione concreta dell'altro genitore e deve essere oggetto di specifica motivazione (Cass., 18 giugno 2008, n.

16593; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587; Cass. 7 dicembre 2010, n. 24841). Non basta dunque una generica motivazione riferita alla non appropriatezza dell'affido congiunto nella specifica situazione, deve essere l'affido all'altro genitore contrario all'interesse del figlio.

La legge n. 54 ha dunque operato una rivoluzione profonda, specie se si tiene conto che prima della riforma l'affido esclusivo alla madre costituiva la modalità assolutamente prevalente di affidamento. E' dunque comprensibile che in una prima fase si siano avute incertezze e orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di merito. Va riconosciuto alla Corte di Cassazione il merito di aver offerto soluzioni equilibrate chiarendo che, quanto ai suoi **presupposti**, l'affido condiviso:

- è la modalità di affido che di regola deve essere applicata (la modalità per così dire standard)
- è compatibile con una situazione di conflitto, o di lontananza tra le abitazioni dei genitori
- l'affido esclusivo è modalità assolutamente residuale da applicare solo quando sia provato che l'affido all'altro possa recare pregiudizio al bambino

Quanto alla sua **disciplina**, affido condiviso

- non significa eguale presenza del figlio presso entrambi i genitori, ma significa invece condivisione del rapporto personale e delle responsabilità genitoriali, esercizio della potestà da parte di entrambi. Si vuole, in altri termini, far sì che, nonostante la separazione, entrambi i genitori conservino la possibilità di seguire i figli, accompagnarli nel loro percorso di crescita, guidarli e indirizzarli nelle scelte esistenziali.

Quanto ai **tempi di permanenza** del figlio presso i genitori

- la legge non impone una suddivisione rigidamente paritaria (come pure in qualche caso si è ritenuto: v. Trib. Min. L'Aquila, 2 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 188)
- l'affido condiviso non richiede l'eguale presenza del figlio nelle abitazioni dei due genitori.

Quanto **all'abitazione**

- La necessità di assicurare al figlio una equilibrata frequentazione di entrambi i genitori non incide sulla soluzione abitativa in quanto può essere disposta, come generalmente avviene, la "collocazione" del figlio presso uno dei genitori.

Un elemento testuale a favore di questa tesi si ravvisa nella disciplina dell'assegnazione della casa familiare. L'art. 155-*quater*, nell'indicare l'interesse prioritario del figlio come criterio di assegnazione della casa familiare ad uno dei genitori, guarda alla casa come al punto di riferimento stabile della sua vita.

Ancor prima è la *ratio* complessiva della legge, che mette in primo piano i diritti e l'interesse del bambino, a suggerire questa soluzione.

Questa lettura della legge è coerente con i principi costituzionali di diritto interno ed internazionale che ho appena ricordato. Il principio fondamentale, ricordiamolo, è la tutela dei diritti del bambino e del suo preminente interesse. La tutela della bigenitorialità ne costituisce un aspetto importante, ma è pur sempre una conseguenza del primo principio, da attuare secondo modalità compatibili con l'interesse del bambino.

Il principio ispiratore della l. 54 va dunque pienamente condiviso in quanto si tratta di una legge a tutela del bambino, dei suoi diritti c.d. "relazionali" e non di una legge a tutela dei diritti dei genitori sui figli. L'interpretazione e la riforma non devono distorcere questa lettura, l'unica che ci pone in linea con i principi costituzionali ed europei.

L'interesse del bambino

E qui veniamo al secondo punto. Come va attuato l'interesse del bambino nella crisi della famiglia? chi deve decidere che cosa è il miglior interesse di ogni bambino, ciascuno diverso dall'altro?

L'interesse del bambino costituisce un criterio di decisione caso per caso. Lo spiega molto bene la Convenzione di New York secondo cui "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente" (art. 3,1.176/1991). Se ogni singola decisione deve tener conto dell'interesse di quel

bambino, allora l'interesse del bambino non può essere stabilito una volta per tutte, in astratto, dal legislatore, ma deve essere stabilito di volta in volta dal giudice. La clausola generale dell'interesse del fanciullo costituisce allora lo strumento per dare attuazione, nella varietà delle situazioni concrete, ai preminenti diritti del minore, indirizzando le decisioni che lo riguardano. Essa richiede che il giudice tenga conto non di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, della sua sensibilità, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive, ed in considerazione di ciò prenda la decisione che per lui, in quel momento ed in quell'ambiente, meglio promuova i suoi diritti.

Inteso come strumento per attuare l'interesse del bambino nel contesto della crisi, l'affidamento condiviso non costituisce (e non può costituire) un modello uniforme. Al contrario, esso deve essere disegnato a seconda della situazione concreta, dell'età, della personalità del figlio, del tipo di relazioni esistenti con i genitori (Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, c. 184). I poteri discrezionali del giudice debbono essere esercitati tenendo conto degli elementi fattuali rappresentati in giudizio, anche attraverso l'ascolto del figlio minore (nel senso della necessità dell'ascolto, v. Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238) al fine di regolare le modalità concrete di frequentazione che meglio soddisfino le esigenze esistenziali dei figli.

D'altra parte lo strumento dell'**ascolto del minore** ha proprio lo scopo di offrire elementi di valutazione individualizzata. E' contraddittorio valorizzarlo e, nel contempo, fissare binari rigidi di decisione. In particolare è molto criticabile stabilire come regola generale la paritaria presenza del figlio presso entrambi i genitori.

L'esame della realtà della famiglia italiana dimostra come sia in atto un percorso verso l'effettiva parità dell'uomo e della donna, che tuttavia è ancora incompleto, ben distante dalla realtà di altri Paesi europei. In Italia questo percorso è ostacolato da un mercato del lavoro che penalizza i giovani, e le giovani donne in modo particolare, e da un sistema di sicurezza sociale che, per le ben note difficoltà in cui viviamo, è sempre più debole e sta progressivamente rinunciando ad offrire quei servizi alle famiglie (asili nido, scuole a tempo pieno, sostegno agli alunni disabili, servizi di trasporto scolastico, ecc.) indispensabili per consentire una effettiva parità tra i coniugi e tra genitori. Queste difficoltà costituiscono ragione non ultima di molti fallimenti coniugali. Ed il legislatore non può non tenerne conto.

Per una effettiva realizzazione del principio di bigenitorialità, tanto nella normale vita di coppia, quanto nel momento della crisi, occorre una politica di sostegno della famiglia e una politica del lavoro e dell'occupazione a favore delle giovani generazioni.

Quanto al diritto di famiglia sarebbe necessaria una riforma organica sia del diritto sostanziale, sia di quello processuale, con particolare riferimento all'ordinamento giudiziario, concentrando in un solo giudice (preferibilmente una sezione specializzata del Tribunale ordinario), le competenze ora distribuite fra una pluralità di giudici.

I disegni di legge n. 957 e 2454

Vi sono perciò molti motivi di insoddisfazione e di critica per la riforma proposta con i disegni di legge n. 957 e 2454.

1. Se l'interesse del bambino va valutato in relazione a ciascuna situazione, il legislatore non deve, come fa invece il d.d.l. 957, fissare regole troppo rigide. Ci possono essere state decisioni dei giudici ingiuste, ma questo è inevitabile, specie in sede di prima applicazione di una riforma così innovativa, ma questo non va enfatizzato, come alle volte hanno fatto i media, né deve condizionare il legislatore.

Soprattutto, non va eliminato dal secondo comma dell'art. 155 il riferimento all'interesse del minore come criterio fondamentale di decisione da parte del giudice. La sua sostituzione con il

diritto paritetico dei genitori sembra privilegiare i diritti degli adulti su quelli del bambino e ci esporrebbe a sicure censure da parte della Corte costituzionale e di quella di Strasburgo.

2. Altrettanto criticabile è la previsione contenuta nel d.d.l. sul mantenimento dei figli ove si prevede il mantenimento in forma diretta e per capitoli di spesa (anche in caso di affidamento esclusivo!), e viene inoltre soppresso, tra i criteri di quantificazione, il pregresso tenore di vita della famiglia. Tale previsione è intesa come conseguenza della regola che si vorrebbe instaurare secondo cui il figlio sta in modo paritario con entrambi i genitori, di modo che ciascuno provvede al suo mantenimento per il periodo di sua competenza e quindi l' assegno può essere disposto solo in via residuale.

Una regola di questo tipo - che presuppone due genitori con pari reddito e pari disponibilità di tempo - è difficilmente applicabile, specie in una situazione economica difficile come è quella in cui ci troviamo, che penalizza soprattutto i giovani ed in particolare le giovani donne.

Non c'è da sorprendersi se l'assegno continuerà ad essere stabilito dai giudici. Ma la nuova disciplina aumenterà il contenzioso, e soprattutto indebolirà gli strumenti processuali per attuare in modo coattivo il diritto al mantenimento.

Si consideri che, invece, in ambito europeo, la normativa convenzionale ed europea (Reg. n. 4/2009) tende a rafforzare l'attuazione del diritto al mantenimento. In qualche esperienza è anche previsto che, in caso di inadempimento del debitore, lo Stato anticipi all'avente diritto, facendosi poi carico di recuperare il dovuto presso il debitore. Questo per due motivi: 1) il diritto al mantenimento è un diritto fondamentale per la crescita della persona (diritto del bambino); 2) se la famiglia non provvede, deve pensarci lo Stato (interesse pubblico).

3. Vi sono molti altri motivi di disaccordo con il d.d.l. Si segnalano i principali.

- Il d.d.l. opportunamente attribuisce la competenza per le controversie relative a coppie non coniugate al **giudice ordinario** (art. 10), senza tuttavia porsi il problema, a questo punto ineludibile, del giudice della famiglia.
- A mio parere è poi criticabile la modifica **dell'art. 317 bis**. E' giusto che la disciplina dell'affido condiviso sia applicata quando la coppia convivente si separa. Io sarei, invece, contraria ad applicarla nel caso in cui il figlio naturale sia nato al di fuori di un rapporto di convivenza. In questi casi l'affido condiviso può essere stabilito, se del caso, dal giudice, ove ritenuto conforme all'interesse del minore, ma non può essere la prima scelta, specie nel caso di dichiarazione giudiziale, dove il padre ha rifiutato il figlio e si è opposto in giudizio all'accertamento della paternità.
- Mi sembra pericoloso inasprire i **profili sanzionatori**, come invece prevede la riforma dell'art. 709 ter. In questo modo si esaspera la logica sanzionatoria a scapito di quella rimediale che, dal 1970 in poi, aveva ispirato la disciplina della crisi della famiglia. Si accentua il conflitto che invece, proprio nell'interesse del minore, dovrebbe essere depotenziato.
- In modo particolare è criticabile la disposizione del nuovo art. 709 ter secondo cui "nel caso in cui uno dei genitori, anche se affidatario esclusivo, trasferisca la prole senza il consenso scritto dell'altro genitore in luogo tale da interferire con le regole dell'affidamento, il giudice dispone il rientro immediato dei figli e il **risarcimento di ogni conseguente danno**, valutando tale comportamento ai fini dell'affidamento e delle sue modalità di attuazione." Sembrerebbe, ma questo davvero va contro ogni logica e principio, che il giudice possa disporre d'ufficio il risarcimento dei danni.