

L'Esperto risponde

FAMIGLIA

*separazioni
e responsabilità*

1

SPARISCE LA POTESTÀ GENITORIALE

Qual è la nozione di responsabilità genitoriale introdotta dal Dlgs 154/2013?

La legge 219/2012 di riforma della filiazione aveva delegato il Governo a delineare «la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale». Il legislatore delegato ha in realtà sostituito il termine "potestà", di chiara matrice "adultocentrica", con quello più moderno e rispondente ai canoni europeisti di "responsabilità", mantenendone di fatto invariato il contenuto, che viene descritto dal primo comma dell'articolo 316 del Codice civile.

La norma in questione stabilisce che «entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore».

Il principio qui enunciato è quello della bigenitorialità, già introdotto nel nostro ordinamento con la legge 54/2006, che sancisce il diritto del figlio di coltivare un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

ti i figli hanno lo stesso "status" giuridico». Dalla data di entrata in vigore di questa novità, almeno sul piano sostanziale, non vi è più alcuna differenza tra i figli nati dentro e quelli nati fuori dal matrimonio. A rafforzare tale enunciazione di principio vi è poi la previsione, contenuta nel quarto comma dell'articolo 316 del Codice civile, dell'automatismo tra riconoscimento e attribuzione di responsabilità genitoriale. La norma stabilisce infatti che il «genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui» e che «se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta a entrambi».

In che cosa si traduce concretamente l'esercizio della responsabilità genitoriale lo dice l'articolo 315-bis, che rappresenta una sorta di statuto dei diritti e doveri del figlio.

Secondo la norma, il figlio ha diritto a essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni; ha, inoltre, diritto di crescere in famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti; deve, infine, rispettare i genitori e ha altresì il dovere di contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.

2

DAL RICONOSCIMENTO LA RESPONSABILITÀ

Quali sono i diritti che la legge italiana riconosce ai figli nati da genitori non coniugati?

La riforma varata con la legge 219/2012, attraverso la riformulazione dell'articolo 315 del Codice civile, ha proclamato l'unicità dello stato di figlio.

La norma citata, rubricata "Stato giuridico della filiazione", stabilisce infatti che «tut-

3

PARIFICAZIONE MA CON RITI DIVERSI

Quali differenze di trattamento ancora permangono tra i figli nati dentro e fuori dal matrimonio?

Sul piano sostanziale si è finalmente giunti a una completa parificazione tra tutti i figli.

Dal punto di vista processuale, invece, sono ancora previsti due differenti modi di far valere i diritti dei figli, a seconda che i loro genitori siano o meno sposati.

La legge 219/2012 ha individuato nel tribunale ordinario l'unico giudice deputato a conoscere delle controversie relative alla responsabilità genitoriale; tuttavia ha mantenuto una diversità di rito, che finisce con il perpetrare la discriminazione tra i figli.

I figli nati nel matrimonio si avvalgono infatti di un rito caratterizzato dalla cognizione piena, con le conseguenti garanzie difensive, mentre quelli nati fuori dal matrimonio accedono alla tutela giurisdizionale attraverso il rito camerale, concepito per i procedimenti di volontaria giurisdizione e, conseguentemente, poco adatto alla tutela dei diritti soggettivi.

4

LE DECISIONI AFFIDATE AL GIUDICE

Se i genitori che esercitano congiuntamente la responsabilità genitoriale non sono d'accordo su una decisione da assumere nell'interesse del figlio, chi ha il potere di decidere?

In caso di contrasto tra i genitori, se vi è l'urgenza di assumere una decisione, non è più il padre ad avere il potere di decidere, come stabiliva il testo dell'articolo 316 del Codice civile, ora modificato, ma è necessario ricorrere senza formalità al giudice: sarà quest'ultimo, infatti, a suggerire le determinazioni più idonee e, se il contrasto permane, ad attribuire il potere decisionale a quello dei genitori che, nello specifico caso concreto, reputa più idoneo.

È anche bene ricordare che lo stesso articolo 316 del Codice civile, all'ultimo comma, prevede che il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale, pur rimanendone titolare – ad esempio nel caso in cui nell'interesse del minore sia stato disposto l'affidamento esclusivo a un solo genitore –, ha comunque sempre il compito di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio.

5

GENITORI CON DIVERSA CITTADINANZA

Come viene regolamentata la responsabilità genitoriale nel caso i due genitori abbiano diversa cittadinanza?

Con la riforma della filiazione è stato affermato che il riconoscimento dello stato di figlio è regolato dalla legge nazionale del minore, o, se più favorevole, da quella dello Stato di cui sono cittadini i genitori o coloro che vogliono effettuare il riconoscimento. Sul criterio della legge nazionale del minore prevale dunque oggi l'interesse di quest'ultimo. Inoltre la riforma ha stabilito che si deve in ogni caso applicare la legge italiana, nel punto in cui sancisce l'unicità dello stato di figlio, nonché le norme di diritto italiano che:

- a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale;
- b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio;
- c) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio.

6

FAMIGLIE ALLARGATE: QUALI SONO LE TUTELE

Nelle cosiddette famiglie allargate, come è possibile tutelare il legame che si viene a creare tra il figlio e il coniuge del proprio genitore?

L'articolo 44 della legge 184/1983, alla lettera b, consente al coniuge di adottare il figlio minorenni dell'altro.

Pertanto, il minore adottato conserva lo "status" di figlio rispetto ai propri genitori biologici, e conseguentemente conserva tutti i diritti e i doveri nei confronti della famiglia di origine, instaurando tuttavia

un ulteriore legame di parentela con l'adottante.

L'articolo 45 della legge 184/1983 stabilisce che, per procedere all'adozione a norma dell'articolo 44, è necessario il consenso, oltre che dell'adottante, anche dell'adottando che abbia compiuto i 14 anni. Se l'adottando ha compiuto i 12 anni, deve comunque essere personalmente sentito; se ha un'età inferiore, va sentito a seguito di una considerazione della sua capacità di discernimento. In ogni caso, l'articolo 46 della legge citata prevede la necessità dell'assenso dei genitori dell'adottando.

Quando tale assenso è negato, il tribunale, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse del minore, pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale.

La norma riconosce dunque al genitore esercente la responsabilità un diritto incontrastato di negare l'assenso, che non può essere superato neppure dalla valutazione del tribunale.

7

GLI EFFETTI DELL'ADOZIONE

Quali sono gli effetti sull'esercizio della responsabilità genitoriale nel caso di adozione del figlio del coniuge?

L'adottato conserva i diritti e i doveri nei confronti della famiglia di origine. Tuttavia l'adozione comporta anche per l'adottante la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale sull'adottato, e l'obbligo di mantenerlo, istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'articolo 315-bis del Codice civile.

Dottrina e giurisprudenza sono più volte intervenute per cercare di chiarire il rapporto tra la famiglia di origine ed il genitore adottivo in relazione allo svolgimento dei compiti genitoriali, osservando che, a seguito del-

l'adozione, i genitori biologici cessano di rappresentare all'esterno il figlio e di amministrarne il patrimonio, conservando tuttavia il potere/dovere di educazione unitamente ai genitori adottivi. In particolare, in relazione ai casi di adozione ex articolo 44, lettera b, è stato rilevato che l'adozione comporta per l'adottante l'assunzione in via primaria, unitamente alla responsabilità genitoriale, dell'obbligo di mantenimento dell'adottato e il venir meno di tale obbligo per il padre biologico, salva la possibilità – in via sussidiaria – di ripristinare l'obbligo in caso di insufficienza di mezzi dell'adottante e del coniuge.

L'adottato assume il cognome dell'adottante, anteponendolo al proprio. Infine, all'adottante spetta l'amministrazione dei beni dell'adottato, dei quali, tuttavia, non ha l'usufrutto legale, non potendo, pertanto, utilizzare le rendite di questi beni per il mantenimento proprio o del complessivo nucleo familiare, ma esclusivamente a beneficio dell'adottato, con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero.

8

L'ADOTTANTE «MORE UXORIO»

Il convivente "more uxorio" può adottare il figlio della partner?

L'articolo 44, comma 1, lettera b, della legge 184/1983 subordina espressamente tale ipotesi di adozione all'esistenza di un rapporto di "coniugio" tra l'adottante ed il genitore del minore.

Tuttavia è stata ipotizzata la possibilità per il convivente "more uxorio" di accedere all'istituto dell'adozione in casi particolari, attraverso l'applicazione della lettera d del medesimo articolo, che consente al minore di essere adottato «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Con sentenza 626 del 28 marzo 2007, il Tribunale per i minorenni di Milano, ampliando la portata interpretativa della norma, ha ammesso che l'impossibilità di affidamento

preadottivo possa essere non solo di mero fatto, ma altresì di diritto, in assenza, cioè, di una dichiarazione di stato di abbandono del minore (avendo lo stesso almeno un genitore esercente la responsabilità con lo stesso convivente), e ha dichiarato l'adozione da parte del convivente della madre. Tale decisione è stata assunta dopo che il Tribunale aveva valutato il concreto interesse del minore, che nel tempo aveva instaurato un solido legame affettivo con il compagno convivente della propria madre.

9

LA CEDU E LE ADOZIONI OMOSESSUALI

L'adozione, in casi particolari, può essere chiesta dal convivente omosessuale del genitore?

Aderendo all'orientamento giurisprudenziale espresso dal Tribunale per i minorenni di Milano con la sentenza 626 del 28 marzo 2007 - che ammette la possibilità di adozione ex articolo 44, lettera d, per le coppie di conviventi (eterosessuali), sempre che la decisione corrisponda all'interesse primario del minore, si potrebbe ritenere che la medesima conclusione sia applicabile anche nel caso di conviventi del medesimo sesso (sul punto si veda anche l'articolo introduttivo di questo ebook).

Sul punto sembra essere intervenuto soltanto il Tribunale per i minorenni di Roma con la sentenza 30 giugno-30 luglio 2014, che, richiamando la pronuncia della Corte di cassazione 601/2012, ha ribadito che «ferma restando la valutazione della fattispecie concreta... non può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di soggetti del medesimo sesso».

La Corte di cassazione aveva, infatti, chiarito che l'inserimento di un minore in una famiglia composta da due persone dello stesso sesso non è di per sé pregiudizievole al

minore stesso, dovendo il preteso pregiudizio essere adeguatamente comprovato da chi lo deduce. Ne consegue che «se la danoosità di un contesto familiare omosessuale per un minore non può presumersi... non può neppure presumersi che l'interesse preminente del minore non possa realizzarsi in tale contesto». «Pertanto - ha proseguito il Collegio romano - una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore a essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'articolo 44, comma 1, lettera d, della legge 184/1983 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (articolo 3 della Costituzione)».

Infine, è stato altresì ricordato che «una lettura dell'articolo 44, comma 1, lettera d, che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli articoli 14 e 8 della Cedu» (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). La Corte europea dei diritti umani, nella sentenza del 19 febbraio 2013, aveva ritenuto discriminatoria, per violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Cedu, la legge austriaca che non consentiva alle coppie omosessuali l'adozione cosiddetta cogenitoriale (adozione del figlio del convivente), concessa invece alle coppie di fatto eterosessuali.

10

IL LEGAME AFFETTIVO CONSOLIDATO

Quali strumenti hanno i genitori "acquisiti" per mantenere una relazione continuativa con il figlio minore del

proprio convivente dopo l'interruzione della convivenza?

Il tribunale per i minorenni, secondo l'articolo 333 del Codice civile, è chiamato a intervenire, nell'esclusivo interesse del minore, ogni volta che la condotta del genitore, pur non essendo tale da giustificare una pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale, appaia comunque pregiudizievole al figlio.

Conseguentemente, la persona che veda improvvisamente reciso il proprio legame con un minore ha la possibilità di rivolgersi alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore, che, valutata la segnalazione, può decidere di ricorrere allo stesso tribunale affinché assuma i provvedimenti più opportuni.

Nel richiedere tale forma di tutela è possibile richiamare anche la normativa sovranazionale, fonte di rango "super" primario, che sancisce il diritto del minore a una famiglia e al rispetto della vita familiare.

La stessa giurisprudenza minorile ha avuto modo di evidenziare che la mancanza di una espressa previsione di legge non è sufficiente per precludere al giudice di riconoscere e regolamentare, nell'esclusivo interesse del minore, rapporti affettivi consolidati.

11

«GENITORI SOCIALI» ALLA CONSULTA

Il tribunale, in applicazione dell'articolo 337-ter del Codice civile che sancisce il diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, può disciplinare il diritto dei minori di mantenere il rapporto instauratosi con l'ex compagno del loro genitore biologico, riconoscendo conseguentemente la legittimazione attiva – pur funzionale all'interesse dei minori – del cosiddetto genitore sociale?

La Corte d'appello di Palermo (ordinanza 17 luglio – 31 agosto 2015), intervenuta recentemente nel caso di una madre "sociale" che aveva chiesto, ai sensi dell'articolo 337-ter del Codice civile, la regolamentazione delle proprie frequentazioni con i figli della sua ex compagna, nati a seguito di un percorso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo condiviso dalle due donne, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 337 ter nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex "partner" del genitore biologico, per violazione dell'articolo 2 della Costituzione, che ricomprende tra le "formazioni sociali" anche le famiglie di fatto, incluse quelle riguardanti coppie formate da persone dello stesso sesso, e conseguentemente degli articoli 30 e 31 della Costituzione, nonché del successivo articolo 117, che obbliga il legislatore italiano a rispettare i vincoli giuridici imposti dal diritto dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali; ha quindi disposto che gli atti venissero trasmessi alla Corte costituzionale.

12

PREVALE L'INTERESSE DEL MINORE

Qualora l'attribuzione del rapporto di filiazione con i due genitori omosessuali avvenga all'estero, è possibile ottenerne il riconoscimento in Italia?

La Corte d'appello di Torino, con la sentenza del 29 ottobre 2014, ha affermato che, ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, si deve avere prioritario riguardo all'interesse superiore del minore, che è stato ribadito in ambito comunitario con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra

genitori e figli dall'articolo 23 del regolamento Ce 2201/2003, il quale stabilisce espressamente che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico dev'essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del figlio.

Nel caso di minore nato all'estero, da una coppia omosessuale, in seguito a un procedimento di fecondazione medicalmente assistita eterologa, l'atto di nascita può essere trascritto in Italia, secondo quanto affermato dalla Corte d'appello di Torino, poiché non si tratta di introdurre "ex no-

vo" una situazione giuridica inesistente, ma di garantire la copertura giuridica a una situazione di fatto, in essere da diverso tempo, di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge del Paese di provenienza riconosce entrambe come madri.

Nel valutare il "best interest" per il minore non devono essere legati tra loro il piano del legame fra i genitori e quello fra genitori e figli: l'interesse del minore pone, "in primis", un vincolo al riconoscimento di un rapporto di fatto.