

La separazione nella famiglia di fatto La giurisprudenza

dott. Raffaele Mea

Tribunale per i minorenni di Salerno

Salerno 14 maggio 2009

SOMMARIO: 1. La famiglia di fatto nel Diritto romano e nelle legislazioni successive. 2. Cenni alle legislazioni straniere. 3. La giurisprudenza dopo la novella del 1975. 4. La legge n. 54 del 2006. 5. Le questioni sulla competenza. 6. Conclusioni.

1. *La famiglia di fatto nel Diritto romano e nelle legislazioni successive.*

La famiglia di fatto rappresenta un'evoluzione concettuale rispetto all'antica definizione di convivenza *more uxorio*. In dottrina¹ è stata, infatti, definita come “una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo ed una donna che si comportano come se fossero marito e moglie”.

La rilevanza sociale e per certi aspetti anche giuridica, della famiglia di fatto è ormai generalmente riconosciuta. Manca, però, la sua piena legittimazione da parte dell'ordinamento giuridico e soprattutto una sua puntuale regolamentazione.

Per i predetti motivi, assume una particolare rilevanza l'opera giurisprudenziale, che ha contribuito in maniera determinante a delinearne la disciplina.

In diritto romano, in assenza di matrimonio, i figli di coloro che davano origine al *concubinatus* furono definiti “*liberi naturales*”, il cui status rispetto ai figli nati in costanza di matrimonio non comportava differenze rilevanti, anche perché in seguito il loro riconoscimento fu reso possibile attraverso l'istituto della “*legittimatio*”².

Il richiamo al diritto romano, nel tema che ci occupa, è particolarmente opportuno. In epoca preclassica, in particolare, l'individuazione stessa dei caratteri del matrimonio³ presupponeva la cosiddetta “casa familiare”.

Di contro, il concubinato, almeno in epoca classica, non avendo particolari riconoscimenti giuridici se non quello di essere considerato un’**“unione paramatrimoniale non incriminabile”**, non aveva alcuna caratterizzazione legata alla dimora familiare.

Nelle legislazioni successive, anche grazie alle notevoli influenze di natura religiosa, si è sempre assistito ad un regime di sfavore nei confronti della famiglia di fatto, registrando nel Codice Napoleonico delle timide aperture per i figli naturali, non ampliate in seguito e successivamente trasfuse nel codice civile del 1865⁴.

La cosiddetta “svolta laica”⁵ del codice francese del 1804 sarebbe stata sostanzialmente confermata nei contenuti anche dal codice civile del 1942⁶.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 ed i successivi interventi legislativi, non hanno definito una disciplina della convivenza *more uxorio*, regolando esclusivamente alcuni aspetti della vita dei figli naturali.

Degna di nota al riguardo è la novità prevista dalla legge n. 154/2001 che, nel prevedere misure contro la violenza nelle relazioni familiari, parla di coniuge o di convivente, sanzionando la condotta pregiudizievole, per l'uno o per l'altro, con l'allontanamento dalla casa familiare.

Non a caso la normativa citata, per essere concretamente incisiva, ha equiparato il coniuge al convivente considerando le reali situazioni domestiche.

Del resto, qualora non fosse stata effettuata la predetta equiparazione, l'operatività della norma sarebbe stata preclusa nei confronti dei genitori naturali non coniugati, privando quindi della relativa tutela i minori nelle famiglie di fatto.

¹ Dogliotti, Adozione dei minori e famiglia di fatto, in *Famiglia e diritto* del 1994 pag. 485.

² *Diritto Privato Romano* – A. Guarino – cit. pag. 495.

³ *Diritto Privato Romano* – A. Guarino – cit. pag. 511: “... che la *deductio uxoris in domum mariti* fosse considerata praticamente indispensabile è dimostrata dalla terminologia “*uxorem ducere*” per indicare l'andata a nozze del marito e “*nubere marito*” (coprirsi il capo di un velo nell'entrare in casa del marito) per l'andata a nozze della moglie.

⁴ Art. 186 del codice civile del 1865.

⁵ *La separazione nella famiglia di fatto* – di Bruno De Filippis ed altri – Torino – 2008 – pag. 9.

⁶ Art. 261 del codice civile del 1942 poi modificato nel 1975 – art. 147 c.c. in caso di matrimonio.

Per queste ultime l'opera illuminante della giurisprudenza⁷ aveva consentito timidi riconoscimenti, inizialmente con particolare riferimento all'aspetto economico e solo successivamente prendendo in considerazione il più complesso ed articolato aspetto psicologico.

La scelta di non regolare legislativamente l'istituto in parola consente il richiamo alla nota "Polemica sulla codificazione" che contrappose i celebri giuristi dell'epoca romantica Thibaut e Savigny⁸.

E' bene richiamare le contrapposte posizioni anche in onore del Centro Studi che ci ospita. Infatti, mentre il Thibaut riteneva assolutamente indispensabile la codificazione, Savigny affermava, invece, che la sua assenza rappresentava un chiaro indice di evoluzione. Infatti, a riprova di ciò, sosteneva che l'impero romano aveva attraversato la propria fase di decadenza proprio in occasione della codificazione giustiniana, prima della quale non era stata avvertita l'esigenza di riordino delle fonti. Ebbene, proprio in quella fase, alla quale secondo la diversa interpretazione di Dante si deve l'eliminazione dalle leggi del "troppo e del vano", si affermava il ruolo e l'opera di Teodora, moglie di Giustiniano, a cui meritoriamente si richiama il Centro studi di diritto di famiglia.

2. Cenni alle legislazioni straniere.

L'Unione Europea, già con Raccomandazione del 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani, chiese agli Stati membri di "garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie ed alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali". In epoca più recente, con la Risoluzione del 4 settembre 2003 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, il Parlamento ha ribadito le proprie posizioni⁹.

In alcuni Paesi, già in precedenza, era stata adottata la cosiddetta unione registrata, chiamata partnership o coabitazione registrata, che garantisce alcuni diritti e doveri sia alle convivenze eterosessuali che a quelle omosessuali.

Al riguardo spicca l'esperienza francese in cui la predetta registrazione è consentita alle coppie etero non sposate.

La legge francese del 15 novembre 1999¹⁰, che ha istituito il Patto civile di solidarietà, offre ampia tutela alla convivenza riconoscendo diritti di rilevanza pubblicistica, regolamentando il rapporto di locazione e contemplando misure fiscali. I Pacs non possono, però, essere equiparati al matrimonio, in quanto questo comporta, per legge, effetti giuridici indipendentemente dalla volontà degli sposi, mentre gli effetti giuridici dei contratti di convivenza sono concordati volta per volta dalle parti, secondo una libera scelta.

Particolarmente innovative si presentano poi le esperienze di Paesi come l'Olanda, il Belgio e la Spagna in cui oltre al riconoscimento giuridico delle coppie non coniugate di qualunque sesso, è stato consentito il matrimonio alle coppie omosessuali¹¹.

Particolarmente interessante si rivela l'esperienza belga¹² per quanto attiene alla casa familiare. A tale riguardo, infatti, alla convivenza si applicano, per analogia, tre articoli del codice civile contemplati in caso di matrimonio.

Il primo degli articoli citati, il 215, prevede una disciplina analitica in merito all'immobile adibito ad alloggio principale della famiglia, con il divieto di disporne, a qualsiasi titolo, senza un preventivo accordo.

Anche in Olanda, già dal 1998, vi è il pieno riconoscimento delle unioni civili¹³.

Le coppie, anche dello stesso sesso, possono richiedere la registrazione presso il comune di residenza, ottenendo gli stessi diritti delle coppie sposate.

In Spagna alcune regioni¹⁴ hanno riconosciuto diritti alle coppie di fatto a partire dal 1998. In particolare, le predette disposizioni legislative regolamentano puntualmente, fra l'altro, l'uso della casa comune e la responsabilità

⁷ Prima fra tutte la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 6381 del 1993 in www.italgiureweb.it. Parziali riconoscimenti anche in Corte Cost. n. 281 del 1994 in Famiglia e Diritto n. 5/94. Riconoscimenti giuridici per il convivente *more uxorio* anche in Corte Cost. n. 404 del 1988 in www.consultaonline.it

⁸ Thibaut e Savigny, *La polemica sulla codificazione* – ESI – Napoli, 1999

⁹ J. I. Alonso Perez, *El reconocimiento de las uniones matrimoniales en la Union Europea. Analisis y sinopsis de las leyes autonomicas en vigor* – Bosch – Barcellona . 2007

¹⁰ Legge n. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité

¹¹ J. I. Alonso Perez, *El reconocimiento* cit.

¹² La legge belga è del 23 novembre 1998.

¹³ La legge olandese è del 5 luglio 1997.

¹⁴ E' il caso della Catalogna con la legge n. 10 del 1998.

solidale per le spese domestiche. Successivamente altre dieci regioni spagnole hanno approvato normative a tutela delle unioni di fatto.

Nel Regno Unito, il Civil Partnership Act, entrato in vigore nel dicembre del 2005, riconosce anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di vincolarsi in un'unione registrata, non dissimile dal matrimonio. Anche alle coabitazioni non registrate è accordata una varietà di diritti e facoltà che ne favorisce la scelta.

In Germania, infine, l'istituto giuridico della convivenza registrata¹⁵ è stato introdotto nel febbraio 2001¹⁶, applicando ai conviventi disposizioni analoghe a quelle contenute nel codice civile tedesco, ma non equiparando a tutti gli effetti la convivenza al matrimonio.

Quanto alla filiazione, è stata introdotta una forma di potestà limitata, consentendo ai partner di essere associati alle decisioni che riguardano le scelte di vita del minore e di richiedere l'affidamento in caso di morte del genitore naturale.

3. La giurisprudenza dopo la novella del 1975.

Le applicazioni giurisprudenziali del dettato normativo scaturito dalla storica novella del diritto di famiglia sono state foriere di profonde dispute dottrinali¹⁷.

La Consulta¹⁸, già nel 1997, evocando una sua precedente pronuncia¹⁹, aveva richiesto l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, che postula la soddisfazione delle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dal suo status.

Nel 1998, con la sentenza n. 166²⁰, considerata una "pietra miliare", il Giudice delle leggi richiamò una serie di norme del codice civile, tra cui spiccava l'art. 317 bis ed il 261 (i genitori naturali hanno gli stessi doveri che hanno i genitori legittimi), nonché l'art. 30 della Costituzione.

La straordinaria importanza della pronuncia della Consulta risiede anche nella precisa indicazione del fondamento del mantenimento, che "si sostanzia nell'assicurare ai figli l'idoneità della dimora, intesa quale luogo di formazione e sviluppo della personalità psicofisica".

La predetta pronuncia ritenne, in particolare, che "la tutela del minore attraverso l'assegnazione in godimento dell'abitazione è immanente nell'ordinamento".

La successiva argomentazione del Giudice delle leggi avrebbe poi condizionato le scelte legislative fino ai giorni nostri, definendo anche i contenuti sui quali la dottrina avrebbe lungamente discusso.

Precisa, infatti, che l'attuazione dell'obbligo di mantenimento "non può in alcun modo essere condizionata dall'assenza del vincolo coniugale tra i genitori, poiché la fonte dell'obbligo è unica..... : quella del rapporto di filiazione".

Il contenuto innovativo della citata pronuncia della Corte Costituzionale, oltre che nell'asserita immanenza della tutela dei figli naturali nei principi dell'ordinamento, emerge anche dal peso conferito all'aspetto psico-sociologico del concetto di mantenimento, rispetto a quello eminentemente economico che, a conti fatti, risulta recessivo²¹.

La predetta pronuncia rappresenta un ulteriore passo nel lento, ma inesorabile avvicinamento alla completa equiparazione dello status di figlio naturale a quello di figlio legittimo.

In dottrina²², al riguardo, si è osservato che l'interesse del minore e la responsabilità genitoriale si confermano categorie concettuali in grado di forzare i principi generali, a tutto vantaggio di soluzioni interne al diritto di famiglia.

¹⁵ *Eingetragene Lebenspartnerschaft*

¹⁶ La legge tedesca: *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*.

¹⁷ Il Diritto di Famiglia – di G. Bonilini e G. Cattaneo – I vol. MILANO ed. pag. 739.

¹⁸ Corte Costituzionale n. 99 del 1997 in www.consultaonline.it

¹⁹ Corte Costituzionale n. 23 del 1996 in www.consultaonline.it

²⁰ Corte Costituzionale n. 166 del 1998 in www.consultaonline.it e in *Famiglia e diritto* n. 3 del 1998 pag. 205 e ss. con nota di V. Carbone – "Il diritto dei figli naturali all'abitazione non è condizionato dal riconoscimento della famiglia di fatto".

²¹ P. Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corriere Giur.*, 2006, n. 3 pag. 304 : "sarà inevitabile continuare a garantire ai figli un alloggio in cui possano avere la loro residenza stabile ed il centro dei loro abiti, giochi, amici, ecc – e sarebbe altrimenti un guaio privarli di una sicurezza di questo tipo".

²² Gianfranco Dosi - *Casa coniugale: mai più figli e figliastri. Pari dignità per il diritto di abitazione – Sulla trascrizione del titolo non serve una norma esplicita*. In www.unipa.it - 2005

Tali considerazioni, inoltre, rendono agevole sostenere come la giurisprudenza prima ed il legislatore poi abbiano preferito conferire tutela ed in seguito regolamentare esclusivamente gli effetti della convivenza *more uxorio*, ma non la sua causa.

A riprova di tale incontrovertibile assunto vi è una successiva pronuncia²³ della Consulta con la quale è stata esclusa la successione nel contratto di locazione per il convivente *more uxorio* in caso di cessazione della convivenza senza prole comune.

Così come costante si rivela la giurisprudenza nel ritenere un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente "*more uxorio*" quale adempimento di un'obbligazione naturale, a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del "*solvens*"²⁴.

4. La legge n. 54 del 2006. In particolare l'assegnazione della casa familiare.

Le spinte dottrinali e la costante opera giurisprudenziale hanno indotto il legislatore ad adottare la già citata riforma contenuta nella legge n. 54 del febbraio 2006²⁵.

Il dato sistematico induce la dottrina a ritenere²⁶ che le norme di cui agli articoli 155 bis – *sexies* c.c. facciano tutte riferimento a misure in favore della prole, senza innovare i profili concernenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

La diretta applicazione della norma citata ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati è stata poi sancita dall'art. 4 comma 2 della stessa legge di riforma.

Quest'ultima disposizione normativa ha suscitato un notevole dibattito sulla ripartizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni nelle questioni attinenti la filiazione naturale²⁷, paventando fra l'altro "il pericoloso incremento di liti"²⁸.

Le prime interpretazioni dei giudici di merito²⁹ hanno sottolineato la netta distinzione di quanto disciplinato dall'art. 155 *quater* c.c. in merito all'assegnazione della casa familiare, rispetto alla determinazione dell'assegno periodico di mantenimento contemplato dal quinto comma dell'art. 155 c.c..

Nel primo caso, infatti, secondo il Tribunale, la decisione deve essere dettata dalla valutazione prioritaria dell'interesse del minore ed essendo l'assegnazione della casa "una sorta di presupposto per le modalità dell'affido di competenza del Tribunale per i minorenni nel caso di convivenza di fatto", anche tale assegnazione va ritenuta di competenza del predetto Tribunale.

Varie, però in dottrina³⁰, le voci critiche, che hanno lamentato la mancata soluzione delle problematiche legate all'individuazione del giudice competente.

Anche in tal caso, grazie all'opera della giurisprudenza di legittimità si è registrato un intervento chiarificatore³¹, con cui si è precisato che l'organo giudiziario competente a conoscere dei procedimenti di affidamento dei figli naturali e ad emanare i provvedimenti di carattere economico relativi al loro mantenimento è il tribunale per i minorenni.

Molteplici sono le tematiche affrontate dalla predetta pronuncia, prima fra tutte la conferma della piena legittimità costituzionale della ripartizione della competenza tra tribunale per i minorenni ed ordinario riguardo ai

²³ Corte Cost. Ordinanza 11/06/2003 n. 204 in www.consultaonline.it

²⁴ Corte di Cass. II Sez. n. 3713 del 13/03/2002 in www.Italgiureweb.it.

²⁵ "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" in www.camera.it

²⁶ M. Paladini – Suola Superiore S. Anna di Pisa – in www.associazionemagistrati.it – incontri.

²⁷ Particolarmente interessanti si rivelano gli atti del Convegno: "Affido Condiviso: verso una prassi condivisibile", organizzato dall'Ass. Naz. Mag. e dall'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia tenutosi a Roma il 29 maggio 2006 nell'Aula Magna del Palazzo di Giustizia.

Va segnalato inoltre il Convegno sulle novità introdotte dalla Legge n. 54/2006 organizzato dalla Sezione di Napoli dell'Associazione Nazionale dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia tenutosi a Nisida il 9 giugno 2006.

²⁸ P. Schlesinger, L'affidamento condiviso, cit. pag. 302.

²⁹ Sentenza-Ordinanza del Tribunale per i minorenni di Napoli del 29/09/2006 – in www.minoriefamiglia.it ed in www.affidamentocondiviso.it. Nonché Tribunale di Catania Ord. del 15/12/2006 e Tribunale di Messina Decreto del 30/11/2006 in www.affidamentocondiviso.it

³⁰ L. Laera - Intervento alla tavola rotonda organizzata a Milano il 17.2.2006 da Unicost sulla nuova legge in tema di affido condiviso – su www.unicostmilano.it pag. 2

³¹ Corte di Cassazione I sez. Civ. Ordinanza del 3 aprile 2007 n. 8362 in www.cortedicassazione.it. La pronuncia è riportata anche in *Famiglia e min.*, 2007, 5, 15, con nota di L. Spina e C. Padalino; in *Fam., Pers. e Succ.*, 6, 2007, 508, con nota di F. Danovi, nonché in *Foro it.*, 2007, I, 2049, con nota di G. De Marzo, G. Casaburi e M.G. Civinini.

provvedimenti relativi ai figli naturali, “avendo la Corte costituzionale ravvisato nella duplicità di regime l’espressione di una scelta di politica del diritto rientrante nella discrezionalità legislativa....”.

Entrando poi nello specifico, la Suprema Corte ha affermato che l’art. 317 bis c.c., anche dopo l’entrata in vigore della legge sull’affidamento condiviso, resta il referente normativo della potestà e dell’affidamento nella filiazione naturale, anche qualora cessi la convivenza dei genitori naturali, arricchendosi, secondo la dottrina³², dei contenuti oggetto della nuova legge³³.

In forza di tale interpretazione, la Corte ha sostenuto che il giudice specializzato è chiamato, “nell’interesse del figlio”, ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura ed alle modalità del mantenimento, ricomprendendo espressamente la cura, l’istruzione e l’educazione oltre che l’aspetto patrimoniale³⁴.

Come già affermato in precedenza, l’evoluzione del concetto di mantenimento e la sua continua rimodulazione, hanno condotto ad un cospicuo arricchimento dello stesso.

Porre al centro della *ratio legis* l’interesse del minore, così come auspicato da sempre da autorevole dottrina³⁵, non può che confermare la coerenza del sistema, che anche in sede interpretativa, vede nel tribunale per i minorenni l’organo deputato a perseguire il predetto interesse.

Rientra necessariamente in tale contesto anche il potere di attribuire la casa già familiare, per tutto ciò che essa rappresenta, quasi indipendentemente dal suo intrinseco valore patrimoniale.

La validità di tale assunto è confermato da due recenti sentenze della Suprema Corte, le quali, in caso di separazione personale di coniugi, subordinano l’adottabilità del provvedimento di assegnazione della casa coniugale alla presenza di figli³⁶.

Il Giudice di legittimità ha in tal modo confermato il netto rifiuto, nonostante le precedenti pronunce discordanti, di quell’orientamento secondo il quale l’assegnazione della casa familiare troverebbe una giustificazione in sede di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Alla luce della recente novella sull’affidamento condiviso, si sono registrate in dottrina³⁷ e nella giurisprudenza di merito³⁸ alcune importanti aperture sulla possibilità di affidare al coniuge la casa familiare anche in assenza di figli.

Oltre al costante orientamento della Suprema Corte, anche in dottrina³⁹ è stata criticata la scelta di assegnare la casa già familiare in assenza di prole, sia perché ritenuta non sufficientemente fondata, sia perché difforme dai predetti autorevoli precedenti.

Particolarmente utile, anche per delimitare al meglio l’operatività degli arresti giurisprudenziali citati, si rivela l’esame di un’altra pronuncia⁴⁰, che ha visto la Suprema Corte fissare un ulteriore principio: i soggetti per i quali la tutela è preordinata, devono necessariamente essere figli di entrambi i coniugi o conviventi.

Il Supremo Collegio, infatti, ha stigmatizzato il richiamo effettuato dal ricorrente alla nota sentenza della Consulta n. 166 del 1998, dal cui contenuto è invece agevole desumere ulteriori argomenti in virtù dei quali “i figli

³² P. Schlesinger, L’affidamento condiviso, cit. pag. 303.

³³ La Cassazione nell’Ordinanza n. 8362/2007 afferma: “Tali procedimenti (relativi ai figli di genitori non coniugati ndr) vengono richiamati per trapiantare in essi i nuovi principi e le nuove regole sull’affidamento condiviso, non già per modificarne i presupposti processuali”.

³⁴ A proposito degli interessi rilevanti si veda E. Quadri, Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell’affidamento, in *Famiglia e Dir.*, 2007 pag. 961.

³⁵ A. C. Moro, Manuale di diritto minorile – Bologna Ed- 2000

³⁶ Corte di Cassazione, sez. I, 24 luglio 2007 n. 16398 in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008 pag. 695 – Corte di Cassazione Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3934 in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008 pag. 698 – con nota di G. Grasso.

³⁷ C.M. Bianca – La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni, in *Diritto di Fam.*, 2006 pag. 676, secondo il quale il fatto che il godimento della casa familiare sia ora attribuito tenendo “prioritariamente” conto dell’interesse dei figli “conferma la preminente considerazione dei figli ma lascia intendere che tale considerazione non è l’unica, dovendosi anche aver riguardo alle esigenze dei genitori. La nuova disciplina ha quindi chiaramente accolto la visione “polifunzionale” dell’assegnazione della casa familiare”.

³⁸ Trib. di Viterbo, 12/10/2006 in *Famiglia e Dir.* del 2007 pag. 370 – Trib. di Lodi, 17/05/2006 in *Giustizia a Milano* del 2006, 6, pag. 42.

³⁹ M. Paladini, L’applicazione del nuovo art. 155 quater non può trascurare i precedenti approdi delle sezioni unite in tema di assegnazione della casa familiare, in *Corr. Merito* del 2007 pag. 325, nella quale, annotando la sentenza del Trib di Viterbo del 12/10/2006, afferma che “pur essendo pacifico il valore non vincolante del precedente giurisprudenziale, la dovuta considerazione per le esigenze di certezza del diritto, che si esprimono nell’autorevolezza delle sentenze emanate dalla massima espressione del Supremo Collegio, avrebbero imposto, nel caso di specie, una rigorosa disamina di quanto ritenuto in precedenza dalla Sezioni Unite”.

⁴⁰ Corte di Cass. sez. I, del 2/10/2007 n. 20688 in *Famiglia e Dir.* n. 3/2008 pag. 241 con nota di L. A. Marchiondelli: L’assegnazione della casa familiare quale strumento di tutela dei figli di entrambe i coniugi.

alla cui tutela deve essere preordinata l'assegnazione della casa coniugale sono proprio quelli nati dai genitori della cui separazione si discute".

A riprova di ciò è agevole dedurre argomentazioni anche dall'ulteriore disposizione in virtù della quale il diritto al godimento della casa viene meno qualora l'assegnatario conviva *more uxorio* o contragga nuove nozze.

La *ratio* di tale norma non può che individuarsi, ancora una volta, nella volontà di preservare l'ambiente domestico in cui il minore è cresciuto⁴¹.

La precisa individuazione delle finalità della norma è stata puntualmente ribadita anche da un'altra importante pronuncia⁴² sul finire del 2007.

Nella delicata articolazione dei rapporti scaturenti dalla separazione della famiglia di fatto, particolarmente interessante si rivela infine una pronuncia di merito di un Tribunale ligure⁴³, che fa rientrare la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra *partners* nell'ambito dei contratti atipici ex art. 1322 del codice civile. Nella stessa pronuncia, in maniera decisamente originale, si ritiene applicabile anche l'istituto della presupposizione o l'istituto residuale dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., che consentirebbe però di ottenere esclusivamente un indennizzo pari alla diminuzione patrimoniale subita nei limiti dell'arricchimento dell'altra parte.

Il predetto richiamo serve ad evidenziare come la mancanza di un'esplicita regolamentazione normativa non preclude il riconoscimento di tutela, anche se risulta decisamente sacrificato il principio di certezza del diritto.

5. Le questioni sulla competenza.

A seguito della citata ordinanza⁴⁴ della Suprema Corte, è stata confermata la competenza del tribunale per i minorenni ad emanare i provvedimenti sull'affidamento e l'esercizio della potestà dei figli naturali, estendendola ai provvedimenti di natura economica con i quali ciascuno dei genitori è chiamato a contribuire al mantenimento dei figli.

Era prevedibile che, nonostante l'autorevolezza dell'intervento, non sarebbero mancate voci critiche ed ulteriori dubbi sulla competenza.

In dottrina, peraltro, le questioni sulla competenza, lungi dall'essere sopite, hanno trovato nuova linfa dal recente dettato normativo⁴⁵ giungendo anche a delineare posizioni originali, che ritengono del tutto inalterata la disciplina rispetto al passato⁴⁶.

Di recente, infatti, è stata sollevata un'eccezione di illegittimità costituzionale⁴⁷ con riferimento all'art. 4 comma 2 della legge n. 54 del 2006 nella quale la presunta violazione del dettato costituzionale riguarderebbe le incongruenze di natura processuale e la violazione del principio della concentrazione delle tutele.

In particolare, gli artt. 155 e ss. del codice civile postulerebbero il rito processuale speciale di cui all'art. 706 del codice di procedura civile, che secondo l'ordinanza di rimessione alla Consulta, sarebbe incompatibile con il rito camerale tipico del tribunale per i minorenni.

⁴¹ M. Padalini, Le nuove cause cit.

⁴² Corte di Cass. Sez. I civ. n. 26574 del 8/11/2007 su www.italgiureweb.it

⁴³ Tribunale di Savona, 24/06/2008 n. 549 – est. Longo in Famiglia e diritto del 2009 pag. 385

⁴⁴ Corte di Cassazione I sez. Civ. Ordinanza del 3 aprile 2007 n. 8362 cit. nota 52.

⁴⁵ Favorevole alla permanenza in capo al tribunale ordinario di tutte le questioni è Zamagni, Villani Affidato condiviso: quale competenza per i figli naturali, in www.minoriefamiglia.it – Graziosi, Profili processuali della legge n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli, in Dir. di Fam. E delle Pers., 2006 pag. 1886. In giurisprudenza: Tribunale per i minorenni di Milano, decr. 12/05/2006 in Dir. e Giust. 2006, n. 23 pag. 43.

Favorevole alla concentrazione in capo al tribunale per i minorenni di tutte le questioni è Tommaseo, Le disposizioni processuali della legge sull'affidamento condiviso, in www.csm.it – Dosi – L'affidamento condiviso in www.minoriefamiglia.it – Ceccarelli, La competenza del tribunale dei minori per i provvedimenti patrimoniali e personali nei procedimenti relativi a figli naturali di genitori non coniugati (art. 4 L. n. 54/2006) in www.famigliaeminori.it In giurisprudenza hanno seguito questo orientamento il Tribunale per i minorenni di Trento decr. Del 11/04/2006 e Tribunale di Milano 21/07/2006.

⁴⁶ Filippo Danovi – Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali. – in Famiglia e Diritto n. 6/2008 pag. 599. Anche nel Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo – Torino 2007, II ed. vol I, 2, pag. 1087.

⁴⁷ Tribunale di Siena, Ord. Del 11 gennaio 2008, in Famiglia e Dir. n. 6/2008 pag 597. Le ragioni critiche che inducono a ritenere preferibile far confluire tutte le controversie nella competenza del tribunale ordinario, richiamano gli atti parlamentari in cui si cercava di evitare le “lungaggini tipiche dell'intervento del tribunale per i minorenni”(Cfr. atto di discussione n. 600 del 10/03/2005).

Viene dunque adombrata una disparità di trattamento tra i minori nati in costanza di matrimonio, per i quali è assicurata la garanzia processuale propria del rito ordinario, ed i figli naturali le cui questioni sono assoggettate al rito camerale.

Le premesse da cui parte l'ordinanza di rimessione sono state, proprio in dottrina⁴⁸, oggetto di critica in quanto si è affermato che “la legge non prevede un'estensione delle regole processuali circa la separazione alla crisi della coppia di fatto, ma ha inteso estendere le nuove regole essenzialmente per quanto attiene agli effetti”. Del resto, in giurisprudenza sono stati ripetutamente chiariti i necessari correttivi per “ammantare anche il rito camerale dei crismi e delle garanzie del giusto processo”⁴⁹.

Anche la Suprema Corte, in tal senso, ha richiesto una corretta contrapposizione tra le parti, anche mediante la presenza attiva di una difesa di carattere tecnico, realizzando in tal modo una piena estrinsecazione del principio del contraddittorio⁵⁰.

Ma vi è di più. Alla natura camerale è stata storicamente attribuita una valenza “neutra”⁵¹ per la sua capacità di adattarsi anche a contesti contenziosi e di assicurare il rispetto delle garanzie fondamentali della giurisdizione, proprio grazie alla sua proverbiale “plasmabilità”.

Al riguardo l'esperienza dei tribunali per i minorenni ha già testimoniato un vero e proprio “adeguamento” del rito camerale alle garanzie insopprimibili della giurisdizione⁵².

Meritano menzione, anche per il notevole clamore suscitato e per le conseguenze apparentemente paradossali, due pronunce di Tribunali umbri⁵³, con le quali si è sostanzialmente equiparata la tutela accordata alla famiglia di fatto rispetto a quella fondata sul matrimonio.

La convergenza delle predette decisioni ha evidentemente scongiurato un potenziale conflitto giurisprudenziale, foriero di pericolose conseguenze.

Non sembra, comunque, essere percorribile la strada dell'incostituzionalità derivante dalla diversità del rito camerale e dalla sua pretesa mancanza di garanzie.

La stessa Corte Costituzionale⁵⁴, per un'analogia eccezione d'incostituzionalità avanzata dal Tribunale per i minorenni di Palermo, non ha mancato di lasciare inalterato il dettato legislativo, ritenendo la questione “formulata in modo ancipite”.

Nel caso di specie, il giudice *a quo*, pur avendo prospettato le varie alternative esegetiche possibili, aveva omesso di concentrare il quesito sull'una o l'altra delle predette alternative.

Maggior seguito potrebbe, invece, avere un'altra voce critica della scelta di campo effettuata dalla Suprema Corte, che si è ispirata alla “inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento”⁵⁵.

La critica⁵⁶ si fonda sull'introduzione da parte del Supremo Collegio di un criterio di competenza “sdoppiato”, determinato dalla compresenza delle domande di mantenimento ed affidamento ovvero dalla loro proposizione in via autonoma.

In particolare, si parla di una competenza “*secundum instantiam*”, sicuramente da criticare da un punto di vista sistematico, che determinerebbe il giudice designato in base ad una scelta di parte, con evidente violazione del principio di ragionevolezza.

Emerge, al riguardo, in tutta la sua evidenza la necessaria concentrazione dell'intero contenzioso relativo ai figli naturali in capo ad un giudice predeterminato, nel perseguimento del principio mai abbastanza valorizzato di certezza del diritto.

A riprova di ciò, nell'agosto 2008 la Prima sezione civile della Suprema corte⁵⁷ ha emesso due importanti ordinanze con le quali, in tema di figli naturali, ha sancito la competenza del tribunale ordinario, qualora la controversia riguardi esclusivamente diritti patrimoniali.

⁴⁸ Tommaseo –Le disposizioni processuali cit.

⁴⁹ F. Danovi – Competenza del giudice minorile.... cit. pag. 602.

⁵⁰ Cass. 25/01/2007 n. 565 in www.italgiureweb.it.

⁵¹ Carratta – La procedura camerale come “contenitore neutro” e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori, in Giur. It. del 1996, I, pag. 1301.

⁵² Si fa riferimento alla relazione di Domanico – La competenza sull'affidamento e il mantenimento dei figli naturali dopo l'ordinanza della Cassazione n. 8362 del 3/4/2007- tenuta al seminario AIAF del 16/05/2007.

⁵³ Tribunale di Spoleto . Ord. del 12/09/2008 in www.papaseparati.org – Tribunale per i minorenni di Perugia citata ma inedita.

⁵⁴ Corte Costituzionale Ord. N. 185 del 19 maggio 2008 in www.consultaonline.it.

⁵⁵ Corte di Cassaz. Ord. N. 8362/2007 cit.

⁵⁶ Danovi – Competenza del giudice minorile cit. pag.604.

La dottrina prevalente⁵⁸, anche sulla base del mancato inserimento nell'art. 38 delle Disp di Att. al codice civile dell'art. 148⁵⁹ dello stesso codice, si era già espressa in tal senso, ritenendo che “qualora la domanda di mantenimento sia proposta isolatamente sulla base di un accordo dei genitori naturali sull'affidamento oppure, per le ragioni più varie, in un tempo diverso, la competenza è del giudice ordinario”.

Proprio queste ultime affermazioni riguardo alla conclusione di accordi tra genitori, dovrebbero indurre a riflettere sulla natura e sulle funzioni delle decisioni assunte dai diversi organi giudiziari.

6. Conclusioni.

La definizione di “accordi” tra genitori, espressamente contemplata dinanzi al giudice ordinario, risulta quantomeno ardua nel giudizio minorile.

Il superiore interesse del minore non appare, infatti, in alcun caso negoziabile ed essendosi evoluto in vero e proprio diritto⁶⁰, merita considerazioni peculiari, che esulano da prospettive eminentemente privatistiche.

In tal senso, il breve quanto sommario *excursus* giurisprudenziale sembra dimostrare il lento evolversi, nel delicato assetto relativo alla separazione della famiglia di fatto, dello *status* di figlio naturale, con tutto ciò che tale evoluzione comporta.

Lo stesso concetto di mantenimento, proprio da quanto emerge, viene ad essere assorbito in quello di affidamento, quando la richiesta di intervento contempla entrambi.

Il mantenimento, pertanto, sembra essere strumentale o, per meglio dire, funzionale all'affidamento alla cui definizione contribuiscono tutte le misure idonee alla tutela dell'interesse del minore.

Si fa espresso riferimento alle scelte relative all'educazione, allo stile di vita ed alle abitudini familiari, nella cui sfera non può che rientrare il cosiddetto *habitat* domestico più volte richiamato.

L'auspicata equiparazione dello status di figlio naturale a quello di figlio legittimo, sancita dal coraggio della giurisprudenza e successivamente confermata dal legislatore, dovrebbe ormai rappresentare un fondamento del nostro vivere civile.

La progressiva diminuzione delle relative questioni di merito potrebbe rappresentare un chiaro indicatore di un cambiamento in tal senso del comune sentire, anche se il considerevole aumento delle convivenze *more uxorio* induce a ritenere opportuno un intervento organico da parte del Legislatore.

⁵⁷ Corte di Cassazione Ord. Del 25/08/2008 n. 21755 in www.italgiureweb.it ed in www.affidamentocondiviso.it – Regolamento di competenza richiesto dal Trib. per i min. di Roma in data 12/11/2007 in *Famiglia e minori*, 2008 – I- pag. 78. Nonchè Corte di Cassazione Ord. n. 21756 del 26/08/2008 in www.italgiureweb.it.

⁵⁸ C. Padalino – Affidamento e mantenimento dei figli naturali: l'inestricabile nodo gordiano, in www.minoriefamiglia.it e M.G. Civinini – nota a Cass, sez. I. civ. ord. 8362/2007 cit.

⁵⁹ Sul procedimento monitorio di cui all'art. 148 cod.civ. C. Padalino- M.F. Pricoco – L. Spina , *La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, Torino – 2007 pag. 219.

⁶⁰ G. Dosi – Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni in *Dir. della Fam. E delle pers.* 1995, pag. 1129. A.C. Moro – *Manuale di diritto minorile* cit. – Assante, Giannino, Mazziotti- *Manuale di diritto minorile* cit.