

# Famiglia di fatto: profilo costituzionale e nuovo orientamento giurisprudenziale

di *Luisa Basile*

La Corte di Cassazione è intervenuta a risolvere una delle questioni interpretative più importanti della legge 54/2006, legge sull'affido condiviso, introducendo una significativa innovazione nella sfera di competenza del Tribunale dei minorenni per le vicende relative all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali, ossia figli nati fuori dal matrimonio. L'ordinanza<sup>1</sup> trae origine da un conflitto di competenza sorto tra il Tribunale dei minori e il Tribunale ordinario di Milano, quest'ultimo ha poi sollevato d'ufficio davanti alla Corte di Cassazione regolamento di competenza, per la soluzione della questione. Con ricorso in data 16 marzo 2006 MF., dopo una convivenza *more uxorio* con MS. iniziata nel 1999, dalla quale è nato un figlio legalmente riconosciuto da entrambi, ha chiesto al Tribunale dei minorenni di Milano, essendo finita la convivenza, di disporre l'affidamento esclusivo del minore a essa madre, prevedendo le modalità degli incontri con il padre e stabilendo a carico di quest'ultimo un assegno di mantenimento per il figlio, da corrispondere mensilmente.

Instauratosi il contraddittorio, il Tribunale dei minori di Milano, con decreto depositato in data 15 maggio 2006, ha dichiarato non luogo a provvedere, stabilendo la competenza del Tribunale ordinario. La motivazione di tale decisione sta nel fatto che la legge n.54 del 8/2/2006, recante nuove disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento dei figli, prevede una disciplina unitaria relativa alle controversie sull'affidamento e sul mantenimento, nonché sull'assegnazione della casa, non consentendo più la divisione delle competenze, che in passato costringeva i genitori naturali a adire più istanze giurisdizionali, con notevole dilatazione di costi e tempi. Per il Tribunale dei minori: visto che l'art. 4 della legge 54/2006, secondo comma prevede: «l'applicazione ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati delle disposizioni della presente legge», esso includerebbe anche le norme processuali, incompatibili però con il procedimento in ca-

<sup>1</sup> Corte di Cassazione I sez civ. ordinanza. n. 8236 del 22 marzo/3 aprile 2007.

mera di consiglio dettato dall'art.38 disp.att.c.c. proprio del Tribunale dei minorenni. La nuova normativa avrebbe abrogato l'art 317 bis c.c. (che rimane in vigore per le parti residue), introducendo una disciplina unitaria in materia di filiazione naturale sia sotto il profilo sostanziale che processuale, con la conseguenza che competente a decidere su tutte le questioni riguardanti i figli di genitori non coniugati è, come per i figli nati in costanza di matrimonio, il Tribunale ordinario.

Il Tribunale ordinario, dinanzi al quale la causa è stata riassunta, ha richiesto d'ufficio con ordinanza in data 21 luglio 2006, regolamento di competenza, prospettando la propria incompetenza per materia e riconoscendo quella funzionale del giudice specializzato. Per i giudici ordinari di Milano rimane fermo il binomio Tribunale dei minori/Tribunale ordinario. A avviso del Tribunale confliggente la legge 54/2006 non ha modificato la competenza del Tribunale dei minorenni in relazione alle controversie relative all'affidamento dei figli, ma ha arricchito la portata sostanziale dell'art. 317 bis c.c. in forza dell'estensione dei principi espressi dal novellato art 155 c.c. ai sensi della nuova legge citata. In tale prospettiva il dato normativo dell'art 317 c.c. resterebbe pienamente in vigore in materia di affidamento dei figli naturali rispetto alle controversie relative alla prole naturale, devolute alla competenza del Tribunale dei minorenni ex art. 38 disp. att. c.c. Per quanto attiene poi, agli obblighi economici dei genitori ai fini del concorso al mantenimento dei figli naturali, rimane competente il Tribunale ordinario ai sensi dell'art. 148c.c. In tale contesto si inserisce l'ordinanza della Corte di Cassazione che costituisce un ulteriore rafforzamento della tutela giuridica dei figli della coppie di fatto, in linea con un'interpretazione della normativa che dal punto di vista sostanziale fa riferimento ai principi di uguaglianza e di pari dignità dei figli all'interno della famiglia, ai sensi degli articoli 3 e 30 della Carta costituzionale; dal punto di vista processuale, al principio della concentrazione delle tutele come aspetto centrale della ragionevole durata del processo (art. 111 della Costituzione)<sup>2</sup>.

Ai fini dell'esame della questione, bisogna premettere che fin dall'entrata in vigore della legge 54/2006 il regime di competenza a emanare provvedimenti riguardanti figli naturali, in caso di cessazione della convivenza, era ripartito sulla base di una distinzione tra controversie riguardanti l'affidamento e controversie riguardanti gli aspetti patrimoniali, ovvero il mantenimento. Il nostro ordinamento ha colto nell'art. 317 bis c.c. il referente normativo per giustificare l'intervento del giudice in materia. Infatti questa disposizione non si limita a prevedere che la potestà è esercitata da

<sup>2</sup> "Famiglia e diritto", (2007) n. 5, p. 446 ss.

entrambi genitori, e in caso di cessazione della convivenza dal genitore con il quale il minore convive; ma conferisce al giudice ampi poteri nel disciplinare in concreto l'esercizio della potestà, in modo particolare la disposizione della disciplina dell'affidamento. In questa prospettiva il richiamo dell'art. 38 disp.att c.c., comma 1, dei provvedimenti contemplati dall'art. 317 bis c.c. tra quelli riservati alla competenza del Tribunale dei minorenni, ha spinto la giurisprudenza a ritenere i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali devoluti al Tribunale specializzato, mentre i provvedimenti attinenti al mantenimento della prole nata da genitori non coniugati attribuiti al Tribunale ordinario, mancando una specifica disposizione, ai sensi dell'art 38 disp.att. c.c.comma 2. Tale ripartizione di competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale dei minorenni, in relazione alle problematiche relative ai figli naturali, durante la crisi dell'unione di fatto, ha superato lo scrutinio di legittimità della Corte costituzionale, avendo il giudice delle leggi ravvisato nella duplicità di regime, l'espressione di una scelta legislativa discrezionale non contrastante con il principio di eguaglianza.

Con la sentenza n.166 del 1998 poi la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità avente a oggetto il combinato disposto dell'art 151 c.c. comma 1, e art. 155 c.c. nella parte in cui non consente di estendere alle crisi di fatto la disciplina processuale prevista per le famiglie legittime ai sensi degli art. 706 e ss. c.p.c. La motivazione consiste nel fatto che l'estensione automatica delle regole alla famiglia di fatto potrebbe comportare una violazione dei principi di libera determinazione delle parti, perchè la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una libera scelta di distacco dalle regole del codice relative al matrimonio. Questo però non comporta una minore efficacia nella tutela dei figli legittimi e naturali, il cui interesse è sempre preminente, nonostante la diversità dei percorsi procedurali, ai sensi degli art. 2, 3, 24, 30 della Carta Costituzionale.

La Corte di Cassazione, seguendo le motivazioni del Tribunale ordinario di Milano, ha ritenuto che la legge nuova in materia, n.54 del 2006 (legge sull'affido condiviso), non prevede l'abrogazione dell'art. 317 bis c.c., ma ha solo rinnovato e ampliato il contenuto, nel senso che il giudice minorile, investito di una questione riguardante l'affidamento di un figlio di genitori non coniugati, dovrà applicare il dettame disposto dall'art. 155 c.c. modificato dalla legge stessa e le disposizioni seguenti che privilegiano la realizzazione del principio di bigenitorialità. Per quanto concerne invece le questioni economiche, attinenti al mantenimento dei figli naturali, la Corte si discosta da entrambi i tribunali e assume un criterio risolutivo: quello della simultaneità del processo, precisando che quando vi è contestualità della domanda relativa all'affidamento con quella di natura patrimoniale,

il giudice competente per attrazione diventa il Tribunale dei minorenni. Il dato testuale di riferimento è l'art 155 c.c. secondo comma che recita: «il giudice provvede sull'affidamento dei figli minori, determina altresì la misura del mantenimento». La riforma quindi secondo la Corte di Cassazione ha introdotto la regola dell'inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali, con la conseguenza che il Tribunale dei minori investito di una questione sull'affidamento di un figlio naturale dovrà decidere se richiesto anche sull'aspetto economico<sup>3</sup>.

Si tratta di una soluzione interpretativa che è maggiormente orientata alla realizzazione dei principi espressi dalla Costituzione. Da una lato il principio di eguaglianza, perché il matrimonio non può essere considerato un elemento discriminante nei rapporti tra genitori e figli, essendo identici i diritti e i doveri reciproci, e gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, come dispone l'art. 30 della Costituzione. Il Collegio ritiene che lo sdoppiamento delle competenze, con la necessità per il genitore di dover adire separatamente due giudici diversi, comporterebbe la perdita di una valutazione globale degli aspetti relativi all'affidamento e al mantenimento, con la conseguenza di un trattamento peggiore per il figlio naturale. Lo sdoppiamento di competenze, poi, comporta un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 della Costituzione.

La nuova ordinanza della Corte di Cassazione è stata per lungo tempo attesa negli ambienti della giustizia minorile, perché ha risolto dei dubbi riguardo al giudice competente in determinata materia. Tali problematiche sono sorte con l'entrata in vigore della legge 54/2006, il cui principale oggetto è la disciplina dei rapporti tra genitori e figli nella crisi della famiglia legittima. Il legislatore rimane indifferente però di fronte alla dissoluzione della coppia di fatto, preoccupandosi solo dell'interesse dei minori. Questa indicazione emerge dall'art. 4 comma 2 della legge che recita così: «le disposizioni si applicano ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati». Giudice dell'esercizio della potestà nella filiazione naturale è ancora il Tribunale dei minorenni. Quest'ultimo oggi è chiamato a pronunciarsi non solo sulle questioni relative all'affidamento e all'esercizio della potestà, ma anche sulle connesse questioni patrimoniali, che in passato erano attribuite al Tribunale ordinario. Si tratta di una interpretazione imposta dall'orientamento della Corte Costituzionale, e ciò per attuare da un lato il principio di uguaglianza che esclude discipline differenziate, dall'altro l'eco-

<sup>3</sup> F. Tommaseo, *Filiazione Naturale ed esercizio della potestà: La Cassazione conferma la competenza del Tribunale Minorile*, in "Famiglia e diritto", (2007) n. 5, p. 453.

nomia processuale che trova specifico richiamo nel principio di ragionevole durata del processo.

Nell'analizzare il tema della famiglia di fatto alla luce della giurisprudenza costituzionale si rileva che esso rientra in quell'insieme di rapporti ispirati da una normatività che gli uomini e le società ritraggono dalla loro attualità storica, e in modo particolare dal raggiungimento della libera e consapevole responsabilità di allacciare rapporti con gli altri secondo il principio fondamentale e comune di autonomia<sup>4</sup>. Il quadro che è emerso dall'indagine conoscitiva sulle condizioni sociali delle famiglie in Italia, approvata dalla commissione affari sociali e presentata alla Camera dei deputati nell'aprile 2007, mostra, pur essendo prevalente il modello tradizionale di coppia coniugata con figli, la crescita di altri modelli familiari, formati da persone sole, da conviventi *more uxorio* con figli, o da coppie senza figli. In termini giuridici si assiste alla progressiva "degiuridicizzazione" della famiglia legittima e alla corrispondente "giuridicizzazione" della famiglia di fatto<sup>5</sup>, e si pone così l'accento sulle diversità delle realtà sociali e sul convincimento che gli attori sociali sono capaci di inventare nuove regole.

Il modello di famiglia particolarmente ricco e articolato è tracciato in Costituzione da un insieme di disposizioni, che non delineano però uno schema definito e immutabile, anche perché confluisce nelle norme più direttamente volte alla famiglia la sostanza dei principi contrattualistici e legalitari del liberalismo, dello spirito solidaristico di matrice socialista, e di quello di derivazione cattolica.<sup>6</sup> Una prima prospettiva di analisi si concentra sulla definizione di famiglia portata dall'art. 29 comma 1 Cost., quale «società naturale fondata sul matrimonio», proponendo un'interpretazione in chiave giusnaturalistica della famiglia e del matrimonio.<sup>7</sup> L'idea di una "società naturale" porta a postulare l'esistenza di un qualcosa che precede il diritto e lo Stato, con la conseguenza che l'articolo 29 Cost. affermerebbe il riconoscimento da parte della Repubblica dei diritti della famiglia, come preesistenti all'ordinamento giuridico, poiché derivano dalla "natura delle cose" e non dal diritto stesso. È stato precisato però che l'espressione "società naturale" deve essere intesa nel senso che la famiglia, nonostante la carenza di una propria personalità giuridica, si pone come centro autonomo di imputazione e di riferimento per alcuni diritti; i quali si denominano appunto

<sup>4</sup> G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova 2001, p. 38 s.

<sup>5</sup> L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in "Iustitia", (1990), p. 3.

<sup>6</sup> A. Vincenti, *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 644.

<sup>7</sup> T. Martinez, *Manuale di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova 2000.

come familiari per il fatto che vengono esercitati nel suo interesse dai suoi componenti per l'utilità di questi nel loro insieme, e che si pongono come necessario e opportuno temperamento ai diritti e alle libertà individuali. Questa società definita "naturale" non può essere integralmente retta dalle regole del diritto contrattuale, perché le sue fondamenta poggiano non sul diritto ma sugli affetti, sulla morale, sulla religione. Una parte della dottrina ha ritenuto però che la Costituzione non riconosce come società naturale una compagine che non si fonda su un successivo atto costitutivo rappresentato dal matrimonio (art. 29 Cost., comma 1), escludendo che in assenza di questo possano concretarsi forme di società positivamente apprezzabili<sup>8</sup>. Nella convivenza *more uxorio*, dove si prescinde dal vincolo matrimoniale formale e specifico, non è completamente riscontrabile quindi quella reciprocità di diritti e di doveri, perché la potenziale recedibilità *ad nutum* dal relativo rapporto espone i soggetti dell'unione più deboli psicologicamente e economicamente a un affievolimento di protezione. Si deve ritenere però, ai fini di una corretta analisi del fenomeno, che non vi è un modello generale e immutabile o un concetto universalmente valido di famiglia, ma la struttura e funzione di quest'ultima si evolvono e si trasformano attraverso le varie epoche storiche, subendo l'influenza del tipo di organizzazione sociale prevalente in quel momento storico. Deve essere interpretato in questo modo il primo comma dell'art. 29 Cost., dove l'espressione società naturale assume valore recettizio, valendo come riconoscimento da parte del nostro ordinamento di quello che *secondo natura* si intende per famiglia in un dato momento dell'evoluzione storica, con riguardo alle strutture sociali nelle quali la famiglia si inserisce<sup>9</sup>.

Sulla base di questa interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, l'orientamento dottrinale maggioritario, pur riconoscendo, in virtù delle espresse indicazioni contenute nell'art. 29 Cost., che alla famiglia legittima spetta una posizione di rilievo, ritiene che famiglia legittima e famiglia di fatto possano essere equiparate sulla base degli articoli 29 e 2 della Costituzione, tutte le volte in cui l'unione libera di coloro che sono anche genitori assicuri l'adempimento delle funzioni di mantenimento, istruzione e educazione della prole<sup>10</sup>. Infatti il nucleo originario della convivenza *more uxorio*, pur non presentando i caratteri formali della famiglia legittima, appare,

<sup>8</sup> C. Grassetti, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario sistematico della Costituzione*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Roma 1950.

<sup>9</sup> T. Mancini, *Eguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in "Rivista di diritto civile", (1963), n.1, p. 223.

<sup>10</sup> M. Bessone, *L'individuo e la famiglia*, in *Elementi di diritto civile*, Giuffrè, Milano 1990.

secondo il principio fondamentale fissato dall'art. 2 Cost., come una formazione sociale che consente l'avvio di un processo di crescita e di sviluppo della persona, proprio della famiglia nell'attuale fase di evoluzione della società. Il riconoscimento della famiglia di fatto è allora legato all'art. 2 Cost, il quale offre garanzia a tutte le formazioni sociali in concreto idonee a sviluppare la personalità dell'individuo. La norma prevista dall'art. 2 Cost., se considerata come norma aperta, è in grado di assicurare in via immediata tutela giuridica a tutte quelle forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista della piena realizzazione del singolo. Sotto questo profilo quindi la famiglia di fatto risulta tutelata, in quanto essa svolge sia nel rapporto di coppia sia in quello genitori-figli una funzione di socializzazione della persona. Ciò è confermato dall'art 30, comma 1 Cost., che parifica il rapporto tra genitore e figlio legittimo a quello tra genitore e figlio naturale, assegnando a essi identità di contenuto, di diritti e di doveri. Tale norma quindi non può essere interpretata in maniera restrittiva ai rapporti isolati di ciascun genitore con il figlio, ma deve prendere in considerazione l'esistenza di un eventuale nucleo familiare di fatto<sup>11</sup>. Questo orientamento è stato determinato anche dal nuovo modo di concepire la stessa istituzione familiare, che nel nostro sistema positivo è funzionale alla realizzazione dell'individuo, e quindi non è una entità che ha "valore in sé" ma uno strumento di promozione e crescita della persona. In tale prospettiva anche un rapporto di libera convivenza può risultare funzionale agli scopi enunciati, e come tale meritevole di tutela. Inoltre l'affermazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. apre la famiglia a interventi esterni, limitando fortemente la pretesa di questa ad agire sulla base di prescrizioni prodotte al suo interno; la norma infatti costituisce la garanzia del ruolo dei singoli all'interno del nucleo familiare e lo strumento di tutela delle proprie richieste. La prevalenza del principio di eguaglianza permette di fare una considerazione sul processo di valorizzazione della sfera individuale dei singoli componenti del nucleo familiare e di loro crescita, segnata dal reciproco rispetto, in adesione anche al disposto dell'art.2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> De Luca, *La famiglia non coniugale e gli orientamenti della giurisprudenza*, Cedam, Padova 1997; P. Donati, *La famiglia di fatto come realtà e come problema sociale oggi*, in "Iustitia", (1990); M. Bessone, *Giurisprudenza del diritto di famiglia, rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, la famiglia di fatto*, vol. II, Giuffrè, Milano 2002.

<sup>12</sup> Corte di Cassazione civile, I sez. civ., sentenza 18 maggio 2005, n. 9801.

L'assunzione di un nucleo familiare di fatto nell'ambito delle formazioni sociali costituzionalmente rilevanti non può farsi dipendere solo da criteri temporali e quantitativi, ma anche dal consolidarsi dell'unione libera nella comunione spirituale e materiale di vita attraverso l'*affectio*. La giurisprudenza della Corte Costituzionale, pur affermando la posizione di privilegio della famiglia legittima, per effetto del *favor matrimonii* del primo comma dell'art. 29 Cost., confermato dal terzo comma dell'art. 30 Cost., riconosce che la lettura dell'art. 29 non permette di escludere il valore di forme di rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, che fruiscono della tutela apprestata dall'art. 2 Cost. ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali. L'applicazione infine dell'art. 3 della Costituzione ai fini della realizzazione del principio di ragionevolezza comporta la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari delle due tipologie di famiglia; ma al di fuori dei casi specifici in cui è necessaria una identità di disciplina ogni intervento rientra nella sfera discrezionale del legislatore. Attraverso tale interpretazione si individua la *regola iuris* riguardante anche i rapporti fra genitori e figli, fondata sul rispetto della responsabilità genitoriale, che impone la soddisfazione delle esigenze della prole prescindendo dalla qualificazione dello *status* della stessa, per cui il matrimonio non può essere considerato un elemento di discriminazione nel rapporto fra genitori e figli legittimi e naturali riconosciuti. Identico è il contenuto dei doveri e dei diritti degli uni nei confronti degli altri, e pertanto ogni intervento legislativo, primo fra tutti la legge 1975 n. 151, di riforma del diritto di famiglia, ogni interpretazione giurisprudenziale, ogni decisione del giudice deve essere orientata e ispirata dalla norma fondamentale espressa nel principio di eguaglianza e nel principio di parità di trattamento previsti dagli art. 3 e 30 della Carta Costituzionale.