

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“La tutela del minore nella famiglia disgregata”

Roma, 15 - 17 marzo 2010
Ergife Palace Hotel

I modelli educativi e religiosi rispetto al minore di genitori separati

Relatore
Dott. Giacomo OBERTO
Giudice del Tribunale di Torino

Giacomo OBERTO

MODELLI EDUCATIVI IDEOLOGICI, CULTURALI E RELIGIOSI RISPETTO AL MINORE DI GENITORI IN CRISI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Modelli educativi ideologici, culturali, religiosi e dovere di rispetto della vita privata e familiare. – 2. Il divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e la sua proiezione sull'affidamento della prole nella crisi del rapporto di coppia eterosessuale. – 3. Il divieto di discriminazioni basate sulle scelte «di vita», ideologiche, culturali e religiose e la sua proiezione sull'affidamento della prole nella crisi del rapporto di coppia. – 4. Il ruolo della volontà del minore nella determinazione del giudice. – 5. Affidamento della prole e questioni religiose. In particolare: l'affidamento al genitore testimone di Geova. – 6. Il contrasto su scelte «di vita», ideologiche, culturali e religiose non influenti sull'affidamento e l'intervento del giudice. – 7. Gli accordi tra i coniugi in crisi sul tipo di educazione (ivi compresa quella religiosa) da impartire ai figli e i poteri del giudice. – 8. Gli accordi tra i coniugi sui moduli educativi legati a determinate scelte «di vita», o di tipo ideologico, culturale o religioso nel contesto degli accordi di carattere non patrimoniale. L'affidamento consensuale a terze persone. Le clausole di natura patrimoniale a garanzia degli accordi di carattere non patrimoniale. – 9. La disciplina pattizia dei rapporti con la prole nella crisi della famiglia di fatto. Gli elementi ricavabili dalla riforma sull'affidamento condiviso. – 10. Accordi sulla prole naturale, titolo esecutivo e «omologazione». – 11. I problemi posti dalla separazione della coppia omogenitoriale.

1. Introduzione. Modelli educativi ideologici, culturali, religiosi e dovere di rispetto della vita privata e familiare.

Il tema del rilievo che i modelli educativi ideologici, culturali e religiosi possono assumere rispetto al trattamento giuridico del minore di genitori il cui rapporto sia entrato in crisi si iscrive in quella assai più vasta area concettuale e giuridica che va sotto il nome di «vita privata e familiare», con riguardo alla quale due rilevanti strumenti di livello internazionale fondano un vero e proprio «diritto». Ci si intende, naturalmente, riferire all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ⁽¹⁾, nonché all'art. 7 della Carta di Nizza ⁽²⁾.

Diffusa è l'opinione che la famiglia cui fa richiamo tale ultimo articolo, specie alla luce del fondamentale principio di non discriminazione, scolpito nell'art. 21 della medesima Carta europea ⁽³⁾, risponda ad una «nozione aperta», nell'intento di capovolgere la regola in base alla quale la definizione di famiglia dovrebbe necessariamente coincidere con il modello tradizionale, fondato sul matrimonio (inteso, oltre tutto, come sola unione eterosessuale), e di introdurre, così, il principio della libertà dei modelli familiari nell'ordinamento dell'Unione Europea ⁽⁴⁾.

Pur nella perdurante assenza di un diritto europeo *della* famiglia ⁽⁵⁾, occorre constatare come si sia oggi in presenza di un (ricco ed articolato) diritto europeo *sulla* famiglia, di cui i regolamenti comunitari del settore ⁽⁶⁾, ma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, soprattutto, della Corte Europea dei diritti dell'uomo costituiscono già una poderosa ossatura. Proprio con riguardo alla giurisprudenza di Strasburgo, si è esattamente rimarcato che, con specifico riferimento al diritto al rispetto della vita familiare, si va, da qualche tempo, affiancando all'approccio originario una nuova lettura dell'art. 8 cit., secondo cui tale norma non solo vieta un'ingerenza ingiustificata nello svolgimento delle relazioni familiari, ma impone ad ogni singolo stato di legiferare in materia (c.d. *affirmative obligation, affirmative action*), cioè di intervenire laddove un'assenza di legislazione, una carenza di strumenti di tutela si concretizza in un mancato rispetto della vita familiare; laddove, inoltre, questa stessa carenza di regolamentazione non permette un normale svolgimento di un determinato stile di vita familiare ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Art. 8: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare. – 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui». La norma va però anche letta in relazione al successivo art. 12, a mente del quale, «Diritto al matrimonio. – Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

⁽²⁾ Art. 7: «Rispetto della vita privata e della vita familiare. – Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». Cfr. anche il successivo art. 9: «Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. – Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

⁽³⁾ Art. 21: «Non discriminazione. – 1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

⁽⁴⁾ Sul tema v. in generale CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 212 ss.; v. inoltre OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2010 (in corso di pubblicazione).

⁽⁵⁾ La possibilità di un diritto della famiglia europeo è prospettata da BOELE - WOELKI, *The road towards a European Family Law*, in *E.J.C.L.*, November, 1997; HAMILTON, STANDLEY e HODSON, *Family Law in Europe*, London-Dublin-Edinburgh, 1995; JAREBORG, *Towards Universal Law: Trends in national, European and International Lawmaking*, Uppsala, 1995; MASSIP, *L'harmonisation du droit des personnes et de la famille : la contribution de la CIEC*, in *La Commission Internationale de l'Etat Civil*, Strasbourg, 1992; RIEG, *L'harmonisation européenne du droit de la famille. Mythe ou réalité? Conflicts et harmonisation*, Fribourg, 1990. Nel panorama italiano, v. i materiali raccolti in AA. VV., *Separazione, divorzio e affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa? Atti del Convegno*, Bologna, 17-18 aprile 1998, a cura di M. SESTA, Milano, 2000, nonché, per i profili patrimoniali, OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 367 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, p. 205 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000; v. inoltre il successivo Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁽⁷⁾ La nuova lettura dell'art. 8 della Convenzione è descritta da KLEJKAMP, *Family Life and Family Interests. A Comparative Study on the Influence of the European Convention of Human Rights on Dutch Family Law and the Influence of the United States Constitution on American Family Law*, London, 1999, p. 28, secondo la quale questo approccio riflette una concezione sociale dei diritti umani in accordo alla quale vi è un

Significativa l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea con riguardo alla nozione stessa di famiglia. E' noto che i giudici di Strasburgo hanno, in un primo momento, privilegiato un'interpretazione unitaria dell'art. 8 e dell'art. 12 della Convenzione, nel senso della tutela dell'unica forma di vita familiare quale è quella fondata sul matrimonio, inteso come unione di persone di sesso diverso⁽⁸⁾. Successivamente, in considerazione della natura della Convenzione quale strumento vivente, da interpretare cioè in modo evolutivo alla luce delle concezioni prevalenti negli Stati partecipanti, la Corte ha orientato la propria lettura delle norme convenzionali in maniera più ampia. Ha ritenuto cioè che alla base della famiglia di cui all'art. 8 della Convenzione vi sia la cellula uomo-donna costituente un rapporto coniugale od altra relazione affettiva che, pur se non riconducibile al matrimonio, ne condivida gli aspetti essenziali. In applicazione del principio di effettività, la Corte ha poi inteso far rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8, primo comma, oltre alle relazioni fondate sul matrimonio, soltanto i rapporti affettivi costituiti da persone di diverso sesso conviventi *more uxorio* per un certo periodo di tempo e connotati da un sufficiente carattere di stabilità – desumibile, ad esempio, dalla coabitazione durevole e dalla nascita di figli – nonché dalla volontà di costituire una famiglia⁽⁹⁾.

Simile evoluzione nella giurisprudenza della Corte europea rinviene del resto il suo parallelo nel percorso che lo stesso giudice di Strasburgo ha compiuto in materia di rapporti genitori-figli, laddove esso ha, fin da anni lontani, assicurato, in base all'art. 8, protezione ai rapporti tra genitori e figli naturali⁽¹⁰⁾, estendendo inoltre la tutela della vita familiare oltre lo stretto ambito delle relazioni tra genitori e figli per abbracciare quelle con i parenti⁽¹¹⁾.

dovere dello Stato di assumere qualsiasi iniziativa necessaria per promuovere la dignità e il valore umano. Cfr. anche CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, cit., p. 212 ss.

⁽⁸⁾ L'insegnamento tradizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo è che «In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (Art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 (Art. 12) is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family» (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rees v. United Kingdom*, 17 ottobre 1986, par. 49-51).

⁽⁹⁾ Con riferimento all'equiparazione delle coppie conviventi *more uxorio* con quelle coniugate, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa nel senso che «Article 8 applies to the "family life" of the "illegitimate" family as well as to that of the "legitimate" family. (...) it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (...) constitute a "family" for the purposes of article 8. They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage. The notion of the "family" (...) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other the *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage»: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 1979, *Marckx v. Belgium*, par. 31 e par. 56; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Johnston and Others Case*, 18 dicembre 1986, par. 55; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 maggio 1994, *Keegan v. Ireland*, par. 44.

⁽¹⁰⁾ Sul principio di eguaglianza tra figli legittimi e naturali cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 1979, *Marckx v. Belgium*, cit.; v. inoltre Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 novembre 1991, *Vermeire v. Belgium*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 1986, *Johnston et al. v. Ireland*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 ottobre 1987, *Inze v. Austria*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° febbraio 2000, *Mazurek v. France*, in *D.*, 2000, p. 332, con nota di THIERRY; tale ultima decisione ha censurato – per violazione degli artt. 8 e 14 – la discriminazione a danno dei figli adulterini contenuta nell'art. 760 c.c. fr., che attribuiva ad essi un quota ereditaria pari alla metà di quella spettante ai figli legittimi. A questa sentenza ha risposto il legislatore francese con la l. n. 2001/1135 del 3 dicembre 2001, che ha eliminato ogni residua differenza tra figli legittimi e naturali. Sul tema v. in dottrina per tutti FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1049 ss.

⁽¹¹⁾ Il citato caso *Marckx v. Belgium* (1979) è esemplare in quanto in esso erano in questione non solo le norme del codice civile belga che subordinavano l'accertamento della filiazione nei confronti della madre nubile ad un riconoscimento da parte di questa e quelle che limitavano i diritti successori del figlio, ma anche le norme che limitavano gli effetti del riconoscimento ai soli rapporti tra la madre ed il figlio (con l'esclusione dei parenti). La Carta di Nizza espressamente indica la «nascita» tra le circostanze che non consentono un trattamento giuridicamente differenziato dei figli (art. 21). In alcuni dei giudizi nei quali i ricorrenti denunciavano la violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte di quegli Stati che, nelle loro legislazioni, trattavano in modo discriminatorio i figli naturali rispetto ai figli legittimi (cfr. il già citato caso *Marckx v. Belgium*) o che non prevedevano, sul piano processuale, la costituzione del padre naturale in sede di dichiarazione dello stato di adottabilità del figlio (cfr. *Keegan v. Ireland*, dove si è affermato che un legame con il figlio, equivalente ad una relazione familiare, continua esistere anche se, al tempo della nascita del figlio, i genitori avevano smesso di coabitare o il loro rapporto si era concluso), la Corte europea dei diritti umani si è soffermata nel definire il contenuto da attribuire all'espressione generica di «vita familiare» in modo da stabilire se il caso concreto poteva essere ricondotto in tale contesto e, quindi, eventualmente beneficiare della tutela garantita dalla norma. Da notare che, dalla lettura delle decisioni, si apprende che la definizione di vita familiare, accolta nella sua giurisprudenza, non si limita a comprendere la famiglia legittima, ma si allarga fino ad abbracciare le relazioni tra soggetti di fatto conviventi. L'accertamento dell'esistenza di una convivenza e, quindi, di una relazione riconducibile ad un fenomeno di «vita familiare» rispetto al modello tradizionale di famiglia, è un'indagine di fatto che investe elementi determinanti come l'esistenza di una relazione di lungo periodo, l'impegno nella gestione del *ménage*, il reciproco affidamento nell'assistenza dell'altro *partner*, l'eventuale concepimento di un figlio. Nella dottrina italiana, per una definizione di «famiglia» orientata a far emergere gli elementi sostanziali della relazione, cfr. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 789, il quale sottolinea che la caratteristica delle «relazioni familiari non è tanto la struttura estrinseca della fonte quanto la tutela giuridica di quegli interessi fondamentali al reciproco rispetto, alla fedeltà, alla non ingerenza di terzi estranei, alla coesione e all'unità del gruppo, che si manifestano unicamente nell'ambito di questo tipo di comunità sociale». Su questo punto, nella perdurante inerzia del legislatore, FERRANDO, *op. loc. ult. cit.*, si augura, più che condivisibilmente, che, nel nuovo clima di collaborazione tra Corti europee e nazionali, la Corte costituzionale si interroghi sulla perdurante validità dell'orientamento fino ad ora seguito in tema di parentela naturale. Se ciò avvenisse, ben potrebbe, tra l'altro, evidenziarsi ulteriormente quel ruolo dei giudici, quali «costruttori di passerelle tra i diversi ordinamenti», ben posto in luce da CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 3 ss., 41 ss. (cfr. anche ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, p. 136 ss., 146).

Analogo percorso evolutivo non può dirsi ancora integralmente compiuto dalla Corte europea con riguardo alle coppie composte da soggetti del medesimo sesso ⁽¹²⁾, ancorché – come si vedrà tra breve ⁽¹³⁾ – alcune decisioni sembrano preludere ad un prossimo riconoscimento della necessità di un’*affirmative action* da parte degli Stati membri anche in questo peculiare settore.

Rispetto della vita privata e familiare – specie in un contesto in cui, come si è appena visto, la stessa nozione di «famiglia» appare destinata ad allargarsi – significa dunque anche rispetto della pluralità dei modelli educativi del minore, sempre, beninteso, nell’ambito della tutela dell’interesse esclusivo della prole: un interesse che non può però non conformarsi proprio con riguardo alla considerazione del predetto pluralismo. E’ chiaro, poi, che la valutazione in concreto di tale interesse, anche secondo la ormai consolidata lettura operata dalla giurisprudenza, non deve essere lo strumento per introdurre nel giudizio *standard* medi di valutazione o, ancor peggio, convinzioni personali del giudice. Esso deve servire per soddisfare l’interesse di quel particolare minore (inteso, quindi, quale individuo concreto, e non già alla stregua di una figura teorica ed astratta), cresciuto ed educato all’interno di quel particolare nucleo familiare (da avere, del pari, presente nella sua realtà concreta di pulsioni, valori e progetti).

Rilevante diviene, a questo punto, la ricerca di quali siano le differenti situazioni nelle quali diversi «stili di vita» e modelli ideologici, culturali e religiosi nell’educazione della prole (o comunque influenti sull’educazione della prole) possono venire a prospettarsi ed eventualmente a confliggere tra di loro. Il primo di questi «stili di vita» o «modelli culturali» ⁽¹⁴⁾ che può venire in considerazione come confliggente rispetto a quello «tradizionale» attiene all’omosessualità di uno dei genitori: al tema sarà dedicato il § immediatamente seguente. Si tratterà poi di analizzare i modelli culturali fondati su altri particolari «stili di vita», nonché quelli legati all’appartenenza a confessioni religiose differenti. Una volta esaminato l’atteggiamento dei giudici (italiani, stranieri e sovranazionali) sul tema, si passerà infine a vedere se e quale spazio possano avere gli accordi tra i genitori sui moduli educativi della prole, nell’ambito tanto della famiglia legittima, che di quella di fatto.

2. Il divieto di discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e la sua proiezione sull’affidamento della prole nella crisi del rapporto di coppia eterosessuale.

Iniziando, dunque, dalla questione dell’omosessualità di un genitore, va rimarcato come essa appaia strettamente legata al tema del divieto di discriminazioni basate sull’orientamento sessuale. Il problema è stato affrontato sia a livello sovranazionale, che sul piano della disciplina interna. Per quanto riguarda il primo aspetto – fermo restando quanto posto in luce in altra sede con riferimento alla Carta di Nizza ed alle altre considerazioni attinenti agli interventi dell’Unione Europea ⁽¹⁵⁾ – sarà opportuno tenere presenti alcune prese di posizione della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

Se è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo si è (per lo meno sino ad ora) rifiutata di estendere alle coppie omosessuali i principi attinenti alla legislazione matrimoniale, con le conseguenti norme «di favore» verso i nubendi, essa ha chiaramente preso posizione in senso contrario all’applicazione di principi «di sfavore» (e dunque discriminatori) verso genitori omosessuali.

⁽¹²⁾ Cfr. FANTETTI, *Famiglia, individui e convivenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 342. Osserva LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 187 che sia la Corte europea dei diritti dell’uomo, sia la Corte di Giustizia CE manifestano una grande cautela nell’estendere ai conviventi omosessuali i diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali. Secondo la Corte del Lussemburgo, infatti, «allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto» (cfr. Corte di Giustizia CE, 17 febbraio 1998, *Lisa Grant v. South-West Trains*, http://www.hrcr.org/safrica/equality/Grant_South-West%20Trains.htm, par. 38). La consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo rifiuta, dal canto suo, di riconoscere l’esistenza di una «vita familiare» tra omosessuali, ritenendo invece sempre applicabile alle questioni concernenti gli omosessuali l’art. 8 sotto il profilo del diritto al rispetto della «vita privata».

⁽¹³⁾ V. *infra*, § 2.

⁽¹⁴⁾ E’ evidente che in una società civile, matura ed evoluta parlare dell’omosessualità come di uno «stile di vita» o di un «modello culturale» avrebbe valenza identica a quella del ragionamento di chi volesse legare simili etichette al fatto di essere alti un metro e settanta, o di avere gli occhi azzurri. Ma è altrettanto inutile dire che, purtroppo, è con un modello di società assai diverso che, piaccia o meno, abbiamo quotidianamente a che fare.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tutti OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, cit.

