

Introduzione	2
CAPITOLO 1	4
1. La tutela del minore, ieri oggi e domani	4
1.1. Il minore da oggetto a soggetto di diritto	4
1.2. Profili sostanziali e processuali della normativa vigente	11
1.3. Problematiche attuali e prospettive future	23
1.4. Recenti orientamenti sull'affido condiviso	27
CAPITOLO 2	31
2. La fine del legame coniugale	31
2.1. Separazione e divorzio	31
2.2. L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio	33
2.3. La responsabilità genitoriale	40
2.4. Il principio di bigenitorialità e l'alienazione parentale	44
2.5. La tutela del minore nella crisi della "famiglia ricomposta": rapporti col "genitore sociale"	50
CAPITOLO 3	54
3. Forme di tutela dell'interesse del minore.....	54
3.1. L'ascolto del minore	54
3.2. La mediazione familiare.....	58
3.3. L'illecito endofamiliare: il danno da privazione genitoriale.....	65
Conclusioni	76
BIBLIOGRAFIA	78

Introduzione

Obiettivo di questa tesi è affrontare il delicato e discusso tema dell'*interesse del minore* in riferimento alle ipotesi di crisi del rapporto coniugale. Indubbiamente, tra i numerosi problemi che scaturiscono dal conflitto fra i coniugi, quelli che riguardano la prole sono particolarmente gravi. I figli, infatti, sono le vittime incolpevoli della disgregazione familiare, poiché la crisi si ripercuote inevitabilmente sullo sviluppo della loro personalità ed è compito principale del legislatore quello di garantire la realizzazione del *superiore interesse del fanciullo*, tenendolo indenne il più possibile dalle ripercussioni del conflitto.

Ormai, per il nostro ordinamento giuridico, il soggetto in formazione è titolare di autentici diritti il cui godimento deve essere garantito, ma tale conquista si è realizzata soltanto nel corso del secolo scorso, a seguito di una lunga e travagliata evoluzione storica che prende le mosse dalla *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* del 1924 e trova il suo apice nella *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*, approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 Novembre 1989. Da tale evoluzione parte questo elaborato, ripercorrendo, nel primo capitolo, le tappe fondamentali del lungo cammino che ha sancito la preminenza dell'*interesse del minore* rispetto agli altri interessi in gioco, analizzando, poi, la normativa attualmente in vigore nel nostro paese, le criticità che essa presenta e gli sviluppi futuri auspicabili.

Sarà esaminato poi, nel secondo capitolo, il tema della rottura del rapporto coniugale e delle conseguenze pregiudizievoli che essa comporta per i figli minori.

Si analizzeranno gli istituti della separazione e del divorzio, dalla loro effettiva introduzione nell'ordinamento italiano con la legge n. 898 del 1970, alle modifiche che negli anni si sono succedute. Tratterò, quindi, dello strumento dell'affido condiviso, introdotto dalla legge 54/06, che ha affermato il fondamentale principio della bigenitorialità e analizzerò, in seguito, le difficoltà che frequentemente incontrano i coniugi nel mantenere un rapporto civile e collaborativo nell'interesse dei figli che dovrebbero essere accompagnati e sostenuti nell'affrontare questa dolorosa circostanza ma che, tuttavia, spesso sono strumenti di ricatto usati dai genitori che si concentrano unicamente sui loro sentimenti e che, nei casi peggiori, "alienano" il figlio denigrando rabbiosamente l'altro genitore e distruggendo la relazione genitore-figlio: nei casi più gravi i bambini arrivano a rifiutare qualunque contatto, anche solamente telefonico, con il genitore alienato. Approfondirò, infine, il fenomeno delle cosiddette

famiglie ricomposte che, in caso di disgregazione, non ricevono nessuna tutela dal legislatore il quale non è intervenuto a regolamentare i rapporti tra minore e genitore sociale.

Infine nel terzo capitolo, saranno analizzati i vari istituti predisposti per la difesa del minore, in una specifica proiezione di protezione del suo interesse morale e materiale, quali l'ascolto del minore che si svolge nei processi i cui esiti sono destinati a incidere sulla vita del minore stesso e la mediazione familiare, attraverso la quale un mediatore familiare aiuta a chiarire i dubbi, le incertezze e tutte le difficoltà che occorre affrontare nell'accordo di separazione personale dei coniugi cercando di eliminare la dolorosa atmosfera del vincitore-vinto tipica dei divorzi antagonistici e favorendo, grazie ad un recuperato dialogo, la ricerca reciproca di soluzioni ragionevoli e condivise da entrambi i genitori. Descriverò brevemente l'illecito endofamiliare, soffermandomi su quel comportamento consistente nel mostrare un pervicace disinteresse nei confronti del proprio figlio, privandolo della figura genitoriale e idoneo ad integrare una fattispecie generatrice di responsabilità aquilana. In particolare, la domanda di risarcimento del danno che un componente della famiglia ritenesse di aver subito ingiustamente a causa del comportamento illecito tenuto da altri familiari, viene spesso avanzata non tanto, ragionevolmente, perché mosso da un desiderio di vendetta quanto perché ci si rende conto di essere stati privati di un bene, di un diritto, di una possibilità di vita diversa, di avere cioè subito un vero e proprio danno morale, più che economico. Ed è in questo contesto che si inserisce la valutazione dell'eventuale nesso intercorrente tra l'illecito cagionato da condotte o fonti interne alla famiglia e l'applicabilità delle norme dettate in tema di risarcimento del danno ingiusto. Segnalerò la recente giurisprudenza che si è occupata di tali casi e il corrispondente orientamento della Suprema Corte.

CAPITOLO 1

1. La tutela del minore, ieri oggi e domani

1.1. Il minore da oggetto a soggetto di diritto

La concezione del minore nel tessuto sociale e giuridico ha subito, nel corso degli anni notevoli trasformazioni, determinando dapprima sul piano internazionale e poi, gradualmente, a livello dei singoli ordinamenti statali, una profonda evoluzione nel grado e nelle modalità di tutela del minore¹.

Risale all'inizio del secolo scorso il primo strumento internazionale a tutela dei diritti dell'infanzia: la “*Convenzione sull'età minima*”, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nel 1919². Vengono stipulate, in quegli anni, altre convenzioni, riguardanti il lavoro minorile o la tratta di donne e fanciulli. Ma è nel 1924 che si assiste ad una prima, vera e propria attestazione dei diritti del bambino, con la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, o Dichiarazione di Ginevra, adottata all'unanimità dall'Assemblea Generale della Società della Nazioni. Il testo della Dichiarazione è volutamente breve e conciso, nato in risposta ai drammatici eventi che hanno caratterizzato gli inizi del 900, consta di cinque punti in cui si affermano doveri di assistenza e protezione nei confronti dei minori³.

La Dichiarazione non si rivolge direttamente agli stati, imponendo nei loro confronti veri e propri obblighi, ma chiama in causa gli uomini e le donne dell'umanità intera, con valore quindi raccomandatorio e non vincolante. Inoltre, il bambino, nel testo della

¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2014, pp. 230 e ss.

² Informazioni consultate e consultabili al sito www.unicef.it, visitato il 02 ottobre 2019

³ I principi enunciati dalla Dichiarazione:

“1. Al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale.
2. Il fanciullo che ha fame deve essere nutrito; il fanciullo malato deve essere curato; il fanciullo il cui sviluppo è arretrato deve essere aiutato; il minore delinquente deve essere recuperato; l'orfano ed il trovatello devono essere ospitati e soccorsi.

3. Il fanciullo deve essere il primo a ricevere assistenza in tempo di miseria.

4. Il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento.

5. Il fanciullo deve essere allevato nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini.”

Dichiarazione, è concepito ancora come destinatario passivo e non come titolare dei diritti in essa enunciati.

Dopo la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite⁴ la tutela dei minori trova nuova conferma nella “*Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*” del 1948, laddove si sancisce l'uguaglianza di ogni essere umano in dignità e diritti, si enunciano i diritti e le libertà fondamentali di ogni individuo ed in particolare, nell'articolo 25, si sottolinea la necessità di garantire a maternità e infanzia una speciale cura e protezione. Il 20 Novembre 1959, col fine di integrare la Dichiarazione del '48 e sottolineare i bisogni specifici del bambino, viene approvata all'unanimità dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite una nuova *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, che richiama i diritti enunciati nelle precedenti Dichiarazioni, e ne introduce di nuovi⁵. Anche la nuova Dichiarazione però non è uno strumento vincolante ma una mera dichiarazione di principi, seppur dotata di notevole autorevolezza morale. È il primo documento, inoltre, a guardare al minore quale soggetto di diritti⁶.

I documenti richiamati, nati con l'obiettivo di offrire una specifica tutela a determinate categorie di soggetti, come i minori, ritenute meritevoli di particolare protezione in ragione del loro *status* di “soggetti deboli”, come si è accennato non obbligano giuridicamente gli Stati; tuttavia i principi in essi contenuti vengono riconosciuti ed attuati dalla maggior parte degli stessi, orientando il legislatore nazionale e soprattutto aprendo la strada alla stipulazione di Convenzioni, questa volta aventi valore di norme giuridicamente vincolanti.

Il passo più importante nell'evoluzione della tutela del soggetto in formazione è certamente costituito dall'approvazione della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, adottata il 20 Novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia nel 1991⁷. Si tratta della Convenzione che ha ricevuto il maggior numero di ratifiche, a

⁴ Il 24 ottobre 1945, subito dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, sulla scia della vecchia Società delle Nazioni. All'organizzazione aderiscono 193 stati del mondo sul totale dei 196 riconosciuti sovrani.

⁵ La Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 si compone di dieci principi, nei quali si affermano, tra gli altri: il diritto del fanciullo ad avere, sin dalla nascita, un nome e una nazionalità; il diritto a crescere e svilupparsi in modo sano, ricevendo cure mediche e protezioni sociali adeguate; il bisogno del fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità, di amore e comprensione e di crescere, per quanto possibile, sotto le cure e la responsabilità dei genitori.

⁶ Informazioni consultate e consultabili al sito www.unicef.it, visitato il 02 ottobre 2019

⁷ Attraverso la legge di ratifica, lo Stato si obbliga all'osservanza della Convenzione, che diventa dunque vincolante per lo stesso, e i cui principi e norme divengono parte integrante del diritto interno.

dimostrazione della importanza riconosciuta dagli stati all'oggetto della disciplina: ad oggi tutte le nazioni del mondo vi hanno aderito, ad eccezione degli Stati Uniti.

In essa finalmente si afferma l'idea di un bambino, non più considerato soltanto come un soggetto passivo, da proteggere e tutelare, ma come vero e proprio soggetto di diritti, con propri valori e una propria dignità.

Dopo aver definito, all'articolo 1, il fanciullo come l'essere umano che non ha ancora compiuto i diciotto anni di età, la Convenzione enuncia una serie di principi fondamentali che costituiscono il criterio guida dell'intero complesso del diritto minorile. All'articolo 2, essa impone agli stati di garantire i diritti contenuti nella Convenzione a tutti i minori senza distinzioni di sorta e ad adottare tutti i provvedimenti necessari a tutelare il fanciullo contro ogni forma di discriminazione.

Con l'art. 12 si riconosce al minore il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa, ed in particolare di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi. Il diritto all'ascolto, di cui si parlerà più avanti, costituisce un importantissimo passo avanti nell'assicurare la miglior tutela possibile al minore.

Ma, soprattutto, l'art. 3 sancisce che *“in ogni decisione relativa al fanciullo, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”*. Si afferma così uno dei principi più importanti in materia di tutela dei bambini: quello del *“superiore interesse del fanciullo”*, confermato poi anche dall'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*⁸. È un principio che oggi si ritrova ovunque, in ogni provvedimento giurisdizionale che riguardi un bambino, nelle legislazioni nazionali e nelle carte internazionali, nel dibattito parlamentare, ed è anche oggetto della critica di una parte della dottrina⁹.

Gli strumenti internazionali non offrono alcuna definizione del principio, lasciando quindi all'interprete il compito, non facile, di riempire di contenuto tale concetto. Certamente non aiuta il fatto che la traduzione italiana non corrisponda a quella

⁸ Il comma 2 recita: *“In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”*.

⁹ Per un'analisi del principio del *“Best interests of the child”* nella tradizione anglo-americana e la sua collocazione in quella europeo-continentale cfr E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, pp. 34 e ss.

inglese, laddove si parla di “*interests*”, al plurale, inducendo a ritenere che tra i diversi interessi di cui è portatore il minore, i migliori, ossia i più importanti, siano presi in considerazione da chi decide e che quindi sia, con la decisione, assicurato il miglior risultato possibile per il benessere del bambino. Lì manca qualsiasi comparazione tra gli interessi del fanciullo e quelli di altri soggetti. Al contrario, nella formulazione italiana, affiora questa comparazione, giacché viene usato il singolare, “interesse”: quello del minore, definito “superiore” e dunque da considerarsi sempre prevalente.

L’incertezza sul punto persiste: chi può dire con sicurezza quale sia la soluzione che risponda effettivamente all’interesse di un bambino? Quali parametri il giudice deve considerare per fondare la sua decisione? Vanno considerate le conseguenze immediate o quelle a lungo termine del provvedimento? Le variabili sono moltissime, poiché la tutela dell’infanzia è un settore del diritto in continua evoluzione, mutando al mutare del tessuto sociale sottostante. Forse, dunque, è proprio l’astrattezza del principio ad essere la sua forza principale. Se nel secolo scorso il minore era considerato come oggetto del diritto dei suoi genitori, parte passiva delle relazioni familiari, il suo superiore interesse si ancorava ad una visione verticistica della famiglia. Oggi che il bambino è pieno soggetto di diritto il principio del superiore interesse del fanciullo si riempie di nuovi contenuti e diviene criterio generale per la protezione giuridica di questo riaffermato soggetto del diritto: il minore.

Per comprendere appieno come la tutela del minore abbia subito un’evoluzione nel corso del tempo giova partire, per quanto concerne il nostro ordinamento, dalle norme costituzionali.

Il minore trova tutela nell’ambito di un modello tradizionale di famiglia, ovvero quella fondata sul matrimonio, ciò nonostante non si disconosce meritevolezza giuridica, e quindi tutela, al minore all’interno di altre forme di unione tra persone (del resto la formula di cui all’art. 2 della Costituzione¹⁰ è volutamente generica). A ben vedere quella scelta fu dovuta alla necessità di rispecchiare il modello di relazioni familiari di fatto prevalente nella cultura e nella società italiana di quell’epoca¹¹. Quel modello di

¹⁰ P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, pp. 56 e ss.

¹¹ G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, p. 939.

famiglia è ispirato ai principi di parità morale e giuridica dei coniugi e alla pari dignità dei figli legittimi e naturali¹².

Tali principi hanno ispirato il legislatore ordinario nell'adeguamento della disciplina di tale tipo legale ai principi costituzionali¹³ a seguito della ampia riforma del diritto di famiglia del 1975,¹⁴ seguita all'introduzione della legge sul divorzio¹⁵. Sebbene dalla complessiva disciplina in tema di famiglia e dall'apparato delle norme costituzionali non emerga un esplicito riferimento a modelli di famiglia, alternativi o anche solo diversi rispetto a quella nascente dal matrimonio, è anche vero che ciò non esclude che la Costituzione riconosca e legittimi tali modelli alternativi, sebbene tale possibilità non sia stata espressamente formalizzata nella Carta costituzionale.¹⁶

L'ordinamento non tutela solo lo *status* familiare del minore, i suoi diritti patrimoniali, l'esigenza di integrare la sua capacità di agire nell'ambito delle relazioni economiche, bensì si estende.

In particolare, ormai da anni il dibattito sulla tutela del minore, sulla sua condizione personale e familiare, grazie alla riforma del diritto di famiglia ha condotto verso il riconoscimento del diritto fondamentale al pieno sviluppo della persona umana enunciato negli artt. 2 e 3 della Costituzione, quale diritto pieno ed indiscutibile.

La condizione del minore si caratterizza per il rapporto affettivo con i genitori e gli altri adulti che si occupano di lui. Si tratta di un rapporto fondamentale per il normale sviluppo della sua personalità, e che presenta anche una valenza educativa. Tale relazione cambia a seconda della cultura, dall'ambiente sociale in cui la vita familiare si svolge, e della personalità dei membri della famiglia e dei soggetti che interagiscono con il minore.

¹² P. PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. famiglia*, 2009, p. 856.

¹³ G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modello o unità categoriale?* in www.dejure.it, 2006, pp. 1219 e ss.

¹⁴ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, p. 7.

¹⁵ A. MORACE PINELLI, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 89 e ss.; I. MUSIO, *Il divorzio: profili generali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza: La separazione, il divorzio, l'affido condiviso*, (a cura di) G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2011, p. 56.

¹⁶ G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, n. 2, pp. 439 e ss.

Si tratta di relazioni che hanno acquistato un rilievo giuridico preciso.

Si anticipa che gli artt. 147 e 261 c.c. stabiliscono che i genitori hanno il dovere di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. Il testo novellato dell'art. 330 c.c. prevede la pronuncia della decadenza dalla potestà del genitore che non solo viola e trascura i suoi doveri, ma che abusa dei poteri inerenti alla potestà con grave pregiudizio del figlio.

Fatta tale premessa si comprendono le ragioni per le quali la tutela giuridica del minore comprende la dimensione personale, e comporta la valutazione delle concrete modalità in cui si atteggia il rapporto educativo, dell'effettiva condizione del minore nell'ambito familiare.

Si precisa che l'ordinamento giuridico solo di recente ha "invaso" la sfera più intima e delicata della vita dei soggetti, quella in cui si compie la sua formazione, che è innanzitutto affettiva, umana, individuale. Del resto, tradizionalmente, la tutela giuridica del minore riguardava solo l'integrazione della sua capacità di agire nel campo degli affari.

Tale interesse si è tradotto nel ruolo di protezione che il giudice minorile dovrebbe rivestire nei confronti del minore.

Va tuttavia ribadito che l'attenzione del legislatore nei confronti dei soggetti più deboli trova origine nell'art. 3 della Costituzione, del resto la protezione del soggetto più debole è una scelta del legislatore, ed il giudice deve assicurare la tutela dei diritti di tutti i soggetti¹⁷.

Il minore oggi trova tutela nell'ambito del più diffuso e noto modello sociale "alternativo", ovvero la c.d. convivenza *more uxorio*; si fa riferimento a un tipo di convivenza che, per essere tutelata adeguatamente, deve rispettare i principi di stabilità e serietà. Tali qualità si desumono, ad esempio proprio dalla presenza di figli che siano stati riconosciuti, ovvero dalla stipula di un contratto di mutuo che abbia ad oggetto la casa della convivenza. La convivenza *more uxorio* è anche definita famiglia di fatto;¹⁸ quanto ad essa si rinvergono spiragli di tutela e riconoscimento in taluni interventi legislativi, seppure in modo non organico, o anche in alcune importanti pronunzie

¹⁷ G. SERGIO, *Tutela dei minori e garanzie dei diritti nel processo camerale minorile: interazione ed interferenze tra amministrazione e giurisdizione*, dir. famiglia, 1998, p. 1585

¹⁸ D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, pp. 3 e ss.

giurisprudenziali, ma solo con riferimento a singole occasioni, in particolare con l'obiettivo della protezione di talune posizioni individuali¹⁹.

Si vuol dire che, ogni qualvolta sia stato necessario apprestare una congrua tutela a posizioni giuridiche meritevoli e derivanti dalla c.d. famiglia di fatto²⁰, ciò è accaduto sempre e solo a salvaguardia di singole posizioni soggettive e non di un centro di imputazione di effetti giuridici autonomo, come accade, invece, per la famiglia fondata sul matrimonio.²¹

Il modello tradizionale di famiglia, descritto dalla Carta costituzionale italiana, è caratterizzato dalla eterosessualità, dalla bigenitorialità e si basa sul binomio matrimonio-famiglia nonché sulla responsabilità e sulla solidarietà. Tuttavia, pare che tale schema sia ormai aperto a nuove prospettive a favore di fenomeni di relazioni affettive la cui diversità non appare sufficiente a escludere la necessità di una riflessione finalizzata a un confronto con il modello legale tipico²².

Oggi non si può negare che i nuovi modelli di famiglia siano una realtà composita, si pensi anche alle coppie di persone separate o divorziate le quali, a loro volta, possono convivere come coniugi, ovvero aver contratto un nuovo matrimonio e, in ogni caso, convivere stabilmente in presenza dei rispettivi figli, anche se avuti da precedenti unioni o matrimoni. Nel sistema di *Common Law* tali modelli sono definiti *step families* o famiglie ricomposte (o anche *blended families*); esse costituiscono, analogamente alle convivenze *more uxorio* pure e semplici, e delle quali sono almeno in un caso una sorta di *species*, un fenomeno di costume crescente e socialmente rilevante²³.

¹⁹ S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. Patti-M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, pp. 90 e ss.

²⁰ B. SACCÀ, *Crisi del matrimonio e crisi della famiglia. Joint custody e affidamento a terze persone*, in www.dejure.it, 2006, pp. 1453 e ss.

²¹ P. ZATTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, Milano, 2002, p. 5.

²² G. ZANETTI- M. SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, nn. 4 e 5.

²³ E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 433.

Le situazioni in discorso sono suscettibili di mettere in evidenza la questione del rilievo da assegnare²⁴ ai rapporti che si creano a seguito del matrimonio ovvero della instaurazione di una convivenza dei *partners*, segnatamente ai legami che si generano per effetto di essi, e al di là della possibilità di adozione nell'ipotesi di una sussistenza del rapporto di coniugio, tra ciascun *partner* e i figli dell'altro, nati dalle precedenti unioni, nonché tra questi ultimi e i figli eventualmente nati dalla nuova relazione di coppia.

Tali situazioni di fatto, che esigono di ricevere l'attenzione necessaria dal diritto per la soluzione di alcuni importanti problemi che da esse discendono, sono tra loro eterogenee; ciò nel senso che fondano la propria domanda di riconoscimento su esigenze solo parzialmente coincidenti e, per certi versi, opposte.

E tuttavia, la sempre crescente richiesta di riconoscimento di relazioni affettive non fondate sul matrimonio ha spinto e motivato, da un lato, la giurisprudenza, in particolare della Corte Costituzionale, in tema di coppie di fatto, dall'altro le iniziative di molte autorità locali²⁵ volte a utilizzare taluni strumenti giuridici, al fine di offrire riconoscimento e tutela ai minori all'interno di quelle situazioni²⁶.

1.2. Profili sostanziali e processuali della normativa vigente

Come anticipato nel precedente paragrafo, la Costituzione italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, dedica ai minori alcuni articoli specifici:

²⁴ F. ASTIGGIANO, *Convivenza more uxorio con un terzo e diritto all'assegno divorziale da parte dell'ex coniuge onerato: problematiche e prospettive*, in *Fam. e dir.*, 2007, pp. 329 e ss.

²⁵ M. SELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Trattati* (a cura di P. Cendon), Milano, Giuffrè, 2007, I, pp. 521 e ss.

²⁶ M. BONINI BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam. dir.*, 2005, pp. 411 e ss.; G. DOSI, *La Spagna è lontana: niente nozze gay. Quel sì è contrario all'ordine pubblico*, in *Dir. giust.*, 2005, p. 35.

si ricordano in particolare l'art. 29 Cost.²⁷ e l'art. 30 con riferimento ai diritti e doveri dei genitori²⁸.

La disposizione da ultimo citata evidenzia come i genitori abbiano prima un dovere e poi un diritto nell'educazione dei figli; inoltre i diritti dei genitori non sono diritti sui figli, ma per i figli, ossia funzionali allo sviluppo della loro personalità. La norma riconosce un autentico diritto al minore e non una mera aspettativa allo svolgimento di una funzione essenziale per la sua crescita. Il dovere dei genitori viene esteso ugualmente anche ai figli nati fuori dal matrimonio, affermando quindi il principio di non discriminazione tra figli legittimi e figli naturali.²⁹

Il nostro ordinamento giuridico, anche a livello costituzionale, riconosce, dunque, che il diritto del figlio è incomprimibile, perché attiene ai diritti fondamentali di personalità, ma considera il correlativo diritto dei genitori subordinato all'adempimento dei doveri necessari allo svolgimento della funzione.³⁰ Ancora si ricorda la disposizione di cui all'art. 31 sulle misure economiche a sostegno della famiglia³¹.

Tale norma, al primo comma, riconosce il ruolo della famiglia quale ambito di crescita e di sviluppo dei figli e impone allo Stato di intervenire a supporto di questa importante funzione. Al secondo comma viene ribadita l'importanza della maternità, infanzia e gioventù, che devono essere protette attraverso interventi legislativi, amministrativi e attraverso la realizzazione di strutture assistenziali, di formazione, del tempo libero *etc.* adeguate allo sviluppo della personalità e individualità del minore. L'intervento a

²⁷ Norma che prevede che *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”*.

²⁸ La norma prevede che *“[è] dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.”*

²⁹ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, V ed., Zanichelli, Bologna, 1998, pp. 10 e ss.

³⁰ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit. p. 187

³¹ La norma prevede che *“[l]a Repubblica agevola, con misure economiche e altre provvidenze, la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.”*

favore del minore si inserisce in tal modo all'interno di un più vasto intervento a favore della famiglia.

Numerose sono, altresì, le norme del Codice civile rivolte alla famiglia e ai minori che, nel corso degli anni sono state oggetto di sostanziali modifiche, frutto sia di elaborazioni giurisprudenziali sia di importanti riforme che hanno condotto ad un ampliamento dei diritti dei minori e all'individuazione degli strumenti per promuoverli, tutelarli e difenderli³².

In particolare, l'art. 147 c.c. prevede che “[i]l matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315”³³

La triplice ripartizione dei diritti (mantenimento, istruzione, educazione) in realtà non è che l'articolazione di un unico, fondamentale e globale diritto del minore ad ottenere durante la sua crescita sostegno, guida e protezione affinché si strutturi adeguatamente come persona. I genitori hanno la responsabilità di rispondere a questi diritti³⁴

³² C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 e ss.; M. DOSSETTI - M. MORETTI - C. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*. L. 10 dicembre 2012, n. 219, Zanichelli Editore, Bologna, 2013; A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 245 e ss.; Id., *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 89 e ss.

³³ Articolo così modificato con d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014.

³⁴ L'art. 316 c.c. dispone che “[e]ntrambi 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. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. [...]”

L'articolo 336-bis c.c. prescrive: “Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato. L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto.”

attraverso funzioni di positiva promozione dello sviluppo psicofisico del minore, di tutela e di protezione.³⁵

Per realizzare tali finalità, nei casi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio il legislatore ha introdotto l'art. 337 ter.^{36 37}

Negli ultimi anni, sono entrate in vigore due normative con l'obiettivo di garantire ai figli di genitori separati la maggiore tutela possibile dal punto di vista familiare, psicologico oltre che economico.

La prima è la legge 54 dell'8 febbraio 2006 sull'affidamento condiviso che mira alla centralità del minore ed al suo superiore interesse, capovolgendo quindi la precedente prospettiva giuridica.

Fino all'entrata in vigore di tale legge, la nostra normativa prevedeva, come principale forma di affido, l'affido esclusivo, il quale limitava l'esercizio della potestà di un genitore (quello non affidatario), mentre costituiva eccezione l'affido congiunto applicato, se richiesto da entrambi i coniugi, in base alla normativa sul divorzio del 1970.

Con l'entrata in vigore della legge 54/2006, è stato stabilito il principio della bigenitorialità, ossia il diritto dei figli a continuare a mantenere rapporti di frequentazione con ciascun genitore. L'affido condiviso risponde all'orientamento che

L'art. 337-ter statuisce: *“Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.”*

³⁵ A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 189.

³⁶ Articolo aggiunto dall'art. 55 del D. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, il quale riporta, con modificazioni, il contenuto della versione previgente dell'art. 155.

³⁷ *“Il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori... determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli.... La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al Giudice.... Salvo diversi accordi ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito”*

aiuta e favorisce un modello sociopsicoeducativo “più efficace”: condiviso nel senso che non è più esclusivo, cogenitoriale nel senso che non è più unigenitoriale. La Suprema Corte è tornata di recente con forza sul principio di bigenitorialità, giungendo al superamento della *maternal preference*: non basta un incontro tra padre e figlio ogni quindici giorni durante il fine settimana, perché i figli hanno il diritto a frequentare il genitore con cui non vivono prevalentemente anche nel corso della settimana.³⁸

Il profilo più innovativo della normativa 54/2006 risiede nella centralità riconosciuta al minore ed alla sua esigenza di continuare a mantenere immutati i rapporti con i genitori. In tal senso è stato previsto un meccanismo che consente ad entrambi i genitori di partecipare attivamente alla vita del figlio anche dopo la disgregazione del nucleo familiare, abbandonando la tradizionale distinzione di ruoli tra genitore che si occupa del figlio e genitore del “tempo libero”.

L'interesse morale e materiale del minore diviene linea guida nella decisione del giudice. In tal modo cambia l'ottica dell'affidamento e l'esercizio della potestà, che viene esercitata in maniera condivisa da entrambi i genitori. L'affidamento condiviso diviene pertanto la norma, mentre quello esclusivo viene valutato caso per caso, sempre nell'effettivo interesse del minore.³⁹

Il 1° gennaio 2013 è entrata in vigore, poi, la L. 219 del 10 dicembre 2012, che ha uniformato la materia alle norme di diritto europeo e sovranazionale.

Tale legge elimina la distinzione tra figli legittimi e naturali e trasferisce le competenze dal tribunale dei minorenni al giudice ordinario su una serie di decisioni che riguardano la tutela dei figli in caso di separazione, siano essi nati nel matrimonio o no.

La legge, oltre a cancellare formalmente la definizione di figli “legittimi” e “naturali”, sostituendole con quelle di figli “del matrimonio” e “nati fuori dal matrimonio”, comporta nella pratica una sostanziale uguaglianza del trattamento processuale di tutti i figli.

Il nuovo testo stabilisce che il tribunale ordinario sia l'organo che regola anche i casi di rottura di una relazione “di fatto” tra genitori, in merito a questioni quali: frequentazioni, modalità di visita, contributo economico. Vengono, quindi, estese anche ai figli di genitori non sposati tutte le garanzie previste per i figli nati nel matrimonio.

³⁸ Cass., 8 aprile 2019, n. 9764, in *Foro it.*, 2019, c. 367

³⁹A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., pp. 226 e ss.

Nel nostro ordinamento giuridico, con l'introduzione dell'art. 155 *sexies* c.c. (ora art. 337-*octies* c.c., dopo il completamento della riforma della filiazione degli anni 2012 e 2013), recante le disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli, è stato previsto, inoltre, lo strumento della mediazione familiare, quale tecnica utilizzabile dal giudice, qualora la ritenesse opportuna, nel corso del procedimento per il componimento pattizio dei conflitti tramite esperti.⁴⁰

La dottrina osserva che si tratta *“unicamente dell'introduzione di un nuovo potere discrezionale del giudice dato che questi può, alla luce della menzionata disposizione di legge, rimettere le parti in causa dinanzi un collegio di esperti di modo che ivi possano nascere accordi tra i coniugi atti a regolamentare il nuovo assetto familiare successivamente alla crisi coniugale”*⁴¹.

La valutazione sommaria del giudice di rimettere le parti di fronte al collegio di esperti è discrezionale e insindacabile. Esse devono essere sentite e aver prestato il loro consenso. È plausibile che il giudice conceda siffatta possibilità qualora pensi che essa possa essere avvalorata dal successo dell'iniziativa. La citata dottrina osserva che il giudice non deve valutare le probabilità di riuscita della mediazione, piuttosto l'incidenza positiva del tentativo sul comportamento delle parti stesse. In questo caso *“parte”* è un termine che va inteso in senso sostanziale, pertanto, l'avvocato non potrà sostituire il suo assistito in siffatta attività. Qualora le parti raggiungano un accordo, il giudice lo omologa, trasformando il rito contenzioso in un procedimento consensuale. In una prospettiva di ottimizzazione del nostro sistema giuridico a favore dei bambini e degli adolescenti sono stati, inoltre, programmati interventi di modifica sul diritto all'ascolto dei minori⁴².

L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nel settembre del 2018 ha realizzato la *“Carta dei Diritti dei Figli nella separazione dei genitori”*.

⁴⁰ R. FANTETTI, *La mediazione familiare come facoltà del Giudice*, in *Famiglia e Diritto*, 1, 2011, p. 39.

⁴¹ R. FANTETTI, *La mediazione familiare come facoltà del Giudice*, *cit.*, pp. 42 e ss.

⁴² Cfr. sul punto il testo dell'art. 337 *octies* c.c., mutuato dal testo precedentemente in vigore dell'art. 155 *sexies*, comma 2, c.c. afferma che: *“Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337 ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo”*.

L’Autorità, nella parte di introduzione e premessa, ha evidenziato come questa iniziativa trovi spunto ed ispirazione nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, la quale sottolinea, fin dal preambolo, l’importanza della famiglia nella vita di ogni bambino e adolescente, quale “*unità fondamentale della società e di un ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli*”.⁴³

Il ruolo fondamentale della famiglia come formazione sociale in cui il minore cresce e sviluppa la sua personalità emerge chiaramente dal fatto che molti dei diritti che spettano al minore sono riconosciuti allo stesso nella sua qualità di figlio e ruotano intorno alle sue relazioni familiari ed, in particolare, a quella con i genitori: il diritto di preservare le relazioni familiari (art. 8), il diritto di non essere separato dai genitori (art. 9) e di mantenere rapporti regolari e frequenti con ciascuno di essi, anche se risiedono in Stati diversi (art. 10), il diritto di esprimere liberamente la propria opinione nelle questioni che lo riguardano e di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa (art. 12).

La Carta dei diritti dei figli nella separazione è un documento in cui l’Autorità garante fornisce un vero e proprio *vademecum* per i genitori, che affrontano la crisi della loro unione, un monito agli stessi a non coinvolgere i figli, che necessariamente subiscono la dolorosa scelta della separazione, nel conflitto che si protrae, sovente, anche dopo la fine del rapporto di coppia.⁴⁴

I bambini che vivono la contemporaneità, infatti, non solo sono chiamati a far fronte al già difficile compito di crescere e trovare la propria identità personale, ma anche, sempre più spesso, devono affrontare questo compito all’interno di un clima di conflitto e in una situazione ambientale in cui il principale punto di certezza e sicurezza, qual è la famiglia, si disgrega o, quantomeno, va in crisi.

Per questa ragione, dunque, l’Autorità garante, per il tramite della Carta, ha voluto sottolineare l’importanza di proteggere i bambini dai conflitti dei grandi e la necessità di assicurarli rispetto al futuro e all’amore che i genitori hanno per loro, anche durante e dopo la crisi della coppia (artt. 1, 2, 5-10).

⁴³ Sul punto cfr. le dichiarazioni riportate dalla Garante per l’infanzia e l’adolescenza F. ALBANO, in www.garanteinfanzia.org

⁴⁴ A. FODRA, *Alla ricerca di buone prassi nel contenzioso famiglia: l’esperienza del Tribunale di Livorno*, in *Questione Giustizia*, 2018, pp. 129 e ss.

Questo sembra essere il contenuto e il significato essenziale della Carta.⁴⁵

Ma è possibile parlare veramente di diritti? E soprattutto, rispetto a tali diritti - o meglio legittime aspettative dei figli costretti a subire la separazione dei genitori – è possibile parlare di doveri, di obblighi giuridici coercibili in capo agli adulti?⁴⁶

Tutti quelli che operano nelle aule di tribunale nell'ambito delle controversie della famiglia sanno che nulla è più impossibile che costringere qualcuno, anche un genitore, ad amare qualcun altro, anche un figlio.

I genitori che rimangono stritolati nella crisi della coppia, tanto da essere sordi rispetto al dolore e al disagio che ciò provoca nei figli, spesso vivono una situazione psicologica di forte inadeguatezza e incapacità, che non permette loro di percepire il disvalore del comportamento tenuto. Ma la carta contiene regole di comportamento che non sono coercibili e che, spessissimo, sono violate da persone che non sono consapevoli di violarle. Pertanto, è auspicabile che le istituzioni siano consapevoli che per garantire il sereno sviluppo e il benessere dei bambini è necessario investire, non solo culturalmente, ma anche economicamente, garantendo maggiori servizi di aiuto e supporto alla famiglia in crisi.

Un intervento tempestivo e adeguato, anche sotto il profilo delle risorse professionali messe in campo durante la separazione, da parte dei Servizi sociali territoriali, degli organi di mediazione o anche delle unità sanitarie che si occupano della salute mentale della infanzia e degli adulti, è infatti spesso quello che fa la differenza all'interno di un processo di famiglia. Quando questo intervento è possibile e i servizi hanno le risorse per metterlo in atto in tempi brevi, allora si apre la possibilità che le dinamiche disfunzionali che la famiglia in crisi vive vengano superate e che i diritti individuati nella Carta dei diritti dei fanciulli nella separazione vengano attuati e, soprattutto, "rispettati" dai genitori. Dove le capacità dei genitori non sono adeguate ad affrontare la crisi in modo sano e rispettoso dei figli, non basta un decalogo di regole comportamentali di buon senso e d'amore, ma serve la messa in campo di risorse

⁴⁵ A. FODRA, *Alla ricerca di buone prassi nel contenzioso famiglia: l'esperienza del Tribunale di Livorno*, cit., p. 130

⁴⁶ A. FODRA, *Alla ricerca di buone prassi nel contenzioso famiglia: l'esperienza del Tribunale di Livorno*, cit. pp. 132 e ss.

organizzative ed economiche adeguate rispetto alla esigenza di dover garantire ai bambini dei nostri tempi una crescita sana e non soffocata dal conflitto degli adulti.⁴⁷ Oltre che alla coppia in crisi il legislatore tuttavia si mostra aperto ad accogliere anche diverse questioni da alcuni anni di costante attualità.

Merita, difatti, un cenno un'ulteriore questione che mette ancor più in evidenza, ove ne fosse bisogno, come il minore sia al centro del dibattito in un'epoca, come quella attuale, in costante evoluzione verso nuove forme di genitorialità. Si intende accennare al problema dell'adozione di minori in stato di abbandono anche ad opera di genitori dello stesso sesso.

Il dibattito che ha accompagnato l'elaborazione della legge n. 76/2016 in tema di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e di disciplina delle convivenze e quello che sta ora facendo seguito alla sua entrata in vigore⁴⁸, ha riproposto all'attenzione degli interpreti anche i due distinti problemi dell'estensione anche alle coppie di conviventi, di sesso differente o dello stesso sesso, della regola di *stepchild adoption* e della possibilità per le stesse coppie di adottare minori in stato di abbandono. Entrambe le questioni, poi, si pongono ora anche rispetto alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto l'unione civile.

In verità il legislatore del 2016 non ha ritenuto di adottare soluzioni innovative su nessuna delle problematiche indicate. E ciò né con riferimento alle coppie conviventi, formate da persone di sesso differente o dello stesso sesso, né con riferimento alle coppie unite civilmente. Com'è ben noto, tuttavia, almeno in tema di adozione coparentale nelle coppie formate da persone dello stesso sesso, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 76/2016, si è registrato un significativo attivismo giurisprudenziale, che ha coinvolto ormai anche i giudici di legittimità.⁴⁹ Inoltre, al di là della questione dell'ammissibilità di una *stepchild adoption* omogenitoriale, in giurisprudenza emergono pure singolari prese di posizione favorevoli al riconoscimento in Italia di rapporti genitoriali costituiti in capo al *partner* dello stesso sesso del genitore biologico in ordinamenti che ammettono la maternità surrogata e

⁴⁷ A. FODRA, *La carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori* in *Questione Giustizia*, 2018, pp.140 e ss.

⁴⁸ P. RESCIGNO e V. CUFFARO (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, *Giur. It.*, 2016, 1771 e ss., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, 1663 e ss. e in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 845 e ss.

⁴⁹ L. BOZZI, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in *DPCE online*, 2016/3, pp. 67 e ss.

l'accesso alla fecondazione eterologa anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁵⁰.

Per quanto riguarda poi i requisiti soggettivi per l'adozione dei minori abbandonati, non mancano in dottrina opinioni, anche autorevoli, nel senso di una revisione non più differibile dell'assetto concepito dal legislatore del 1983, considerato non più corrispondente alla legalità costituzionale⁵¹.

Si ritiene in particolare che sia ormai giunto il tempo di consentire l'adozione dei minori abbandonati anche da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Da ultimo, poi, la giurisprudenza di merito ha pure riconosciuto efficacia in Italia a un'adozione disposta all'estero a favore di una coppia di cittadini italiani dello stesso sesso⁵².

Ebbene, considerando anzitutto la questione dell'adozione coparentale, il discorso deve necessariamente prendere le mosse dalla constatazione del consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale favorevole al ricorso alla regola di cui all'art. 44, lettera d), della legge 184/1983 al fine di consentire l'adozione del figlio di un convivente da parte dell'altro, di sesso differente o dello stesso sesso. E ciò in virtù di una lettura estensiva di quella norma, la quale, nel permettere l'adozione c.d. semplice dei minori anche “quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, ricomprenderebbe nel suo ambito di applicazione, oltre al caso del minore dichiarato in stato di abbandono, per il quale la prospettiva di un'adozione piena appaia però concretamente impraticabile (l'ipotesi della cd. impossibilità di fatto), anche il caso del minore che non risulti privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi (l'ipotesi della cd. impossibilità di diritto). Com'è noto, nella giurisprudenza di merito, la possibilità dell'adozione del figlio di un convivente da parte dell'altro è stata anzitutto riconosciuta nel caso di coppie

⁵⁰ A. FIGONE, G. OBERTO, M. BLASI, F. MECENATE, R. CAMPIONE, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, Perugia, 2016; CALÒ, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016; M. GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto* (a cura di), Santarcangelo di Romagna, in *Jus Civile*, 2016.

⁵¹ E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2017, p. 870.

⁵² Trib. Min. Firenze, ord. 8 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, c. 1098 e ss.

conviventi formate da persone di sesso differente. Si è pronunciato in tal senso dapprima il Tribunale di Milano, nel marzo del 2007⁵³. Poi, nell'ottobre del 2012, è stata la volta della Corte di Appello di Firenze. In entrambe i casi, a quanto pare, senza destare⁵⁴ un interesse particolare tra gli studiosi della materia. ⁵⁵

Tutt'altro clamore hanno suscitato invece le decisioni di merito che, ormai piuttosto numerose, a partire da una decisione del Tribunale per i Minorenni di Roma della fine di luglio del 2014⁵⁶, hanno consentito, sempre in forza della regola della lettera d) dell'art. 44, l'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso dell'adottante.

Quella prima pronuncia è stata confermata dal giudice di appello alla fine del 2015⁵⁷. Nel giugno del 2016, poi, la soluzione in questione ha superato indenne anche il vaglio di legittimità da parte della prima sezione civile della Suprema Corte.

Frattanto sono sopraggiunte altre decisioni dello stesso segno sempre del Tribunale di Roma⁵⁸, ma anche di altri importanti giudici italiani di merito, in particolare delle Corti di Appello di Milano e di Torino⁵⁹.

In verità, nella stessa giurisprudenza di merito, non sono mancate neppure prese di posizione di segno contrario: il Tribunale per i Minorenni di Torino ha parlato addirittura di «una lettura eversiva della norma [della lettera d) dell'art. 44], che diviene così, inammissibilmente, un grimaldello per forzare la struttura stessa della tutela offerta al minore».

Nondimeno, in occasione di una recente e importante decisione relativa alla differente questione della trascrivibilità nei registri italiani dello stato civile di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, sempre i giudici della prima sezione civile della Corte di cassazione, in un passaggio della motivazione, hanno

⁵³ App. Firenze, 4 ottobre 2012, in *www.aiaf-avvocati.it*, consultato il 28 dicembre 2019

⁵⁴ Trib. Min. Milano, 28 marzo 2007, in *Foro it.*, 2007, c. 1289

⁵⁵ L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, p. 1712.

⁵⁶ Trib. Min. Roma 30 luglio 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, p. 109 ss., con nota adesiva di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *www.dejure.it*, 2014, pp. 1533 ss.

⁵⁷ App. Roma 23 dicembre 2015, n. 7127, in *www.articolo29.it*, consultato il 28 dicembre 2019.

⁵⁸ Trib. Min. Roma, 22 ottobre 2015, 23 dicembre 2015 e 31 dicembre 2015, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 969 ss., con nota adesiva di FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*.

⁵⁹ App. Torino, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1910 e ss.

avuto modo di ribadire, con una certa enfasi, la validità della propria decisione di giugno⁶⁰. D'altra parte, ancora più di recente, con due elaborate decisioni della fine del mese di ottobre del 2016, a pochi mesi di distanza dunque dal pronunciamento della Suprema Corte, il Tribunale per i Minorenni di Milano ha già avuto modo di prendere posizione in senso contrario. E ciò sia nel caso di una coppia convivente formata da persone di sesso differente sia nel caso di una coppia convivente formata da due persone dello stesso sesso⁶¹.

Quanto alla dottrina, poi, a differenza di quel che è avvenuto per le decisioni relative all'adozione da parte del convivente di sesso differente dal genitore, le prese di posizione in ordine al più recente fermento giurisprudenziale sono state già numerose e di segno assai diverso.

Taluni condividono con entusiasmo l'innovativa proposta interpretativa, auspicata peraltro da una parte della dottrina già prima della decisione del Tribunale di Roma del luglio del 2014⁶². Ma vi è anche chi, autorevolmente, non esita a riconoscerne, senza mezzi termini, la non conformità al diritto vigente⁶³.

Il riferimento alla regola della lettera *d*) dell'art. 44 appare in effetti sorprendente. Non sembra infatti inesatto suddividere i “casi particolari” di adozione dei minori in due gruppi a seconda che la costituzione in capo al minore di un ulteriore rapporto di filiazione serva a far fronte a una situazione patologica di definitiva mancanza di accudimento da parte dei genitori ovvero a favorirne la crescita serena e armonica in un contesto familiare stabile e unitario anche laddove non vi sia un *deficit* di cura genitoriale. Al primo gruppo devono essere ricondotte le ipotesi di cui alle lettere *a*),

⁶⁰ Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 e ss.

⁶¹ Trib. Min. Milano 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, 171 ss., con nota critica di G. FERRANDO, A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare: la prima decisione ha escluso la possibilità, ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. 184/1983, di un'adozione semplice cd. incrociata, e cioè dell'adozione da parte di ciascuna delle due partner del figlio dell'altra; la seconda decisione ha invece respinto l'istanza di adozione, sempre ai sensi dell'art. 44, lett. d), da parte del convivente di sesso maschile della madre del minore e ha pure ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, lett. b), nella parte in cui non consente l'adozione coparentale anche da parte del convivente more uxorio del genitore — biologico o adottivo — di un minore.

⁶² G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 320.

⁶³ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 223 ss.

c) e d) dell'art. 44, mentre la seconda tipologia particolare di adozione s'identifica sostanzialmente con la regola di *stepchild adoption* di cui alla lettera b)⁶⁴.

Ora, com'è evidente, almeno di regola, la spinta ad adottare il figlio del proprio convivente — di sesso differente o dello stesso sesso — non nasce dall'esigenza di far fronte a una situazione di definitiva mancanza di cura da parte del genitore. Una simile eventualità è marginale e, almeno nel caso della morte dell'unico genitore accidentato, si presta agevolmente a essere risolta col ricorso alla regola della lettera a) dell'art. 44. L'obiettivo che normalmente ci si prefigge attraverso il ricorso alla regola di *stepchild adoption* è piuttosto quello di dar vita, in una situazione di piena efficienza del rapporto genitoriale esistente, a un contesto familiare stabile e unitario, in cui il minore possa crescere serenamente con due figure genitoriali di riferimento.

La regola della lettera d) dell'art. 44 non ha però nulla a che vedere col soddisfacimento di una simile esigenza, giacché, come s'è detto, a differenza di quella della lettera b), ma similmente a quelle delle lettere a) e c), è pur sempre chiamata a risolvere un problema di difetto di cura genitoriale. Non sembra infatti sostenibile l'idea di una parte della giurisprudenza, ora accolta anche dai giudici della Suprema Corte, secondo cui la lettera d) deve intendersi come una sorta di clausola residuale applicabile a prescindere dall'occorrenza di una situazione patologica di definitiva mancanza di assistenza del minore da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi⁶⁵.

1.3. Problematiche attuali e prospettive future

La consistente normativa che si occupa della tutela dei minori, tracciata nel paragrafo precedente, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto sottolineare l'importanza di proteggere i bambini dai conflitti degli adulti e la necessità di rassicurarli rispetto al futuro e all'amore che i genitori hanno per loro, anche durante e dopo la crisi della coppia e la disgregazione della famiglia. *“Nondimeno, tutti quelli*

⁶⁴ E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare, ius conditum, “vivens”, condendum*, in *www.dejure.it*, 2016, II, pp. 264 e ss.

⁶⁵ G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, *La filiazione 2*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, Milano, 2012, 977 ss.; L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, 4, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1997, pp. 469 e ss.

che operano nelle aule di tribunale nell'ambito delle controversie della famiglia sanno che nulla è più impossibile che costringere qualcuno, anche un genitore, ad amare qualcun altro, anche un figlio. I genitori che rimangono stritolati nella crisi della coppia, tanto da essere sordi rispetto al dolore e al disagio che ciò provoca nei figli, spesso vivono una situazione psicologica di forte inadeguatezza e incapacità, che non permette loro di percepire il disvalore del comportamento tenuto".⁶⁶

Spesso, i genitori che si separano e non riescono a superare il clima di conflitto con l'ex partner, neppure si rendono conto del fatto che i figli effettivamente soffrono e non si accorgono di violare le regole oggi prescritte a tutela dei propri figli.

E allora bisogna chiedersi se è possibile parlare veramente di diritti e, soprattutto, se rispetto a tali diritti – o meglio legittime aspettative dei figli costretti a subire la separazione dei genitori – è possibile parlare di doveri, di obblighi giuridici coercibili in capo agli adulti.

La legge 54/06 ha costituito un falso traguardo: dopo i primi anni di mancata applicazione ha iniziato ed essere definita, negli stessi ambienti forensi, “*la legge tradita*”. Completamente svuotata dei suoi contenuti, frequentemente disapplicata nelle aule dei tribunali, l'orientamento giurisprudenziale prevalente non è riuscito ad abbandonare il solco tracciato dalla normativa precedente.

La bigenitorialità è un diritto spesso negato, nella peggiore delle ipotesi un minore conteso finisce col subire la perdita di uno dei genitori.

La conflittualità tra i coniugi, in particolare, è la più ricorrente tra le motivazioni che ostacolano l'affidamento ad entrambi i genitori⁶⁷.

In aggiunta, nonostante tutte le critiche che da oltre dieci anni sono formulate contro questo sistema della collocazione dei figli minori, nel 2016 una sentenza della Cassazione ha dato il colpo di grazia, affermando che i bambini vanno di preferenza collocati presso la mamma.⁶⁸ Nell'agosto 2018 è stato assegnato alla commissione Giustizia del Senato il disegno di legge 735, “definito ddl Pillon” con il nome di chi

⁶⁶ A. FODRA, *Alla ricerca di buone prassi nel contenzioso famiglia: l'esperienza del Tribunale di Livorno* in *Questione Giustizia*, 2018 pp. 203 e ss.

⁶⁷ Esemplare in questo senso è la sentenza con la quale la corte di Appello di Bari (19 gennaio 2007) ha espresso il seguente principio di diritto: l'affidamento condiviso, pur in astratto possibile, per essere concretizzato richiede da parte dei coniugi una convergenza di intenti ed una consapevole adesione ad un programma educativo comune difficilmente realizzabile tra chi ha scelto di por termine al consorzio familiare con toni d'acceso conflitto.

⁶⁸ Cfr. Cass., 14 settembre 2016, n. 8087. in *Foro it.*, 2016, c. 1309 e ss.

ne ha la paternità: il senatore della Lega Simone Pillon, avvocato e mediatore familiare, uno degli organizzatori del Family Day.

Il testo del disegno di legge Atto S. 735 (di iniziativa di nove senatori, fra cui l'on. Simone Pillon, da cui la riforma prende il nome), è stato presentato il 1° agosto 2018 e titolato “Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità”. Esso risulta strutturato in 24 articoli. Tale disegno di legge sta suscitando, a partire dal suo ingresso, ampie polemiche nella misura in cui si propone come riforma che innova profondamente il diritto di famiglia, soprattutto quanto alla disciplina della crisi di coppie, coniugate o non più coniugate, con figli.

Dalla relazione emerge che la riforma mirerebbe ad accompagnare tale delicata materia verso *“una progressiva degiurisdizionalizzazione, rimettendo al centro la famiglia e i genitori e soprattutto restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori”*.⁶⁹

Le questioni maggiormente dibattute e i principali contenuti del disegno di legge riguardano gli strumenti di attuazione del principio di bigenitorialità nel contesto della crisi della coppia genitoriale, fra cui le modalità e i tempi di frequentazione dei figli, il mantenimento diretto della prole, la sorte della casa familiare, le ADR in materia giusfamiliare, la lotta al fenomeno dell'alienazione parentale, nonché alcuni istituti a tutela del minore⁷⁰. Il dibattito attuale rispetto al d.d.l. Pillon si fonda, fra le tante, sul fatto che il legislatore, per rimediare alla vaghezza degli attuali criteri di regolazione dell'affidamento condiviso propone il ricorso a criteri specificativi dell'interesse dei minori che sono oggetto di critica per la loro rigidità.

Giova precisare che uno dei punti più interessanti del testo attiene certamente alla valorizzazione del ruolo di entrambi i genitori nell'affidamento del figlio minore, in particolare nella parte in cui ci si allinea all'evoluzione e alla crescente importanza che viene ormai riconosciuta anche alla figura paterna nel nostro ordinamento.

Ecco che allora si favorisce una soluzione concordata (affidamento condiviso, piano genitoriale) che tenda a riequilibrare, rispetto ad un persistente *favor* giudiziale per

⁶⁹ AA.VV., *Luci ed ombre del ddl Pillon in materia di affidamento condiviso*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 2019, p. 1.

⁷⁰ Cfr. *Ddl Pillon sull'affidamento condiviso dei figli: una riforma necessaria?* In www.quotidianogiuridico.it, (consultato il 18 dicembre 2019).

l'affidamento esclusivo alla madre, la posizione dei due genitori anche mediante una distribuzione tendenzialmente paritaria del tempo trascorso da ciascuno col bambino, si pensi, ad esempio, al doppio domicilio.

In tal senso vi è dunque una linea di continuità rispetto alla legge n. 54 del 2006, poiché si persegue l'obiettivo di attuare il diritto del bambino alla bi-genitorialità, garantito e promosso anche a livello internazionale, consentendogli di conservare e alimentare i vincoli affettivi con entrambi i suoi genitori e con i relativi parenti.

Sempre secondo tale linea di tendenza il d.d.l. suggerisce al giudice la scelta prioritaria per l'affidamento condiviso, già previsto dalla normativa vigente ma scarsamente applicato, sulla base di un piano genitoriale predisposto da entrambi i genitori, pur lasciando spazio alla scelta per l'affidamento esclusivo qualora il primo risulti non praticabile o sia in evidente contrasto con l'interesse del minore.

Appare tuttavia discutibile, secondo la dottrina⁷¹, l'istituto della mediazione familiare obbligatoria, il cui esperimento è previsto nel progetto come condizione di procedibilità per il ricorso al giudice nei procedimenti per l'affidamento del minore.

In particolare, le obiezioni che possono essere mosse riguardano la circostanza che la tutela dei minori e il relativo affidamento ricadono nell'ambito dei diritti non disponibili (da parte dei genitori), ponendosi quindi al di fuori della sfera di applicazione delle procedure di mediazione e di conciliazione in materia civile (d.lgs. n. 28 del 2010, art. 2); il carattere inderogabile della tutela giudiziale dei diritti, a fortiori di quelli indisponibili (art. 24, co. 1, Cost.); la inderogabilità del diritto di difesa (art. 24, co. 2 Cost.), che non sarebbe assicurato al minore nel procedimento di mediazione familiare, il quale è definito nel testo in discussione come "informale e riservato" e al quale parteciperebbero, oltre al mediatore, le parti (i genitori) e i rispettivi legali, non il minore se non almeno dodicenne e solo con il consenso di tutte le parti, mentre sarebbe necessaria la presenza quanto meno di un garante esterno dei suoi diritti (il pubblico ministero) non solo in fase di omologazione dell'eventuale accordo tra i genitori davanti al tribunale ma già in quella della sua formazione. In definitiva nell'ottica della mediazione il minore finirebbe per essere l'oggetto e non il soggetto primario del procedimento di affidamento, titolare di propri diritti

⁷¹ AA.VV., *Luci ed ombre del ddl Pillon in materia di affidamento condiviso*, in www.inx.ispitalia.org, (consultato il 18 Dicembre 2019).

inalienabili.

1.4. Recenti orientamenti sull'affido condiviso

A conclusione della prima parte della presente trattazione e al fine di comprendere appieno il senso del problema si ripropone in estrema sintesi un caso di recente affrontato dalla Giurisprudenza⁷².

Nella fattispecie di cui in discussione un padre contestava in Cassazione la violazione o falsa applicazione dell'art. 155 c.c. (sostituito dall'art. 337-ter c.c. con la riforma sulla filiazione) da parte della Corte d'appello che, confermando la decisione del tribunale, aveva da un lato statuito l'affidamento condiviso, dall'altro limitato i rapporti figlio-padre ad un solo giorno alla settimana.

Il ricorrente sosteneva che i giudici di merito avrebbero fatto dell'affido condiviso una mera enunciazione, disciplinandolo in concreto come un affido esclusivo, perché i ridottissimi tempi per la relazione figlio-padre comportavano una lesione del diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti equilibrati con i parenti di ciascun ramo genitoriale, secondo quanto dispone la norma da applicare (oggi contenuta nell'art. 337-ter, comma 1, c.c.).

La questione ripropone il problema della disciplina dell'affidamento condiviso ove è previsto che il giudice determini i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore; ma nella consolidata interpretazione giurisprudenziale della norma la cornice giuridica dell'affidamento condiviso “non esclude che il minore sia collocato presso uno dei genitori” e che “sia stabilito uno specifico regime di visita con l'altro”⁷³. In verità, questo assetto non solo non è escluso ma costituisce proprio la forma tipica dell'affidamento condiviso. A ciò si deve aggiungere che se il giudice di merito offre, di tale assetto, un'adeguata motivazione, questa non può essere oggetto di sindacato in sede di legittimità. Così definito l'ambito del tema, il ricorrente ha posto la questione di un provvedimento che, di fatto, più che regolare l'affidamento condiviso, lo svuota della sua sostanza, con effetti contrari alla *ratio* e alle finalità della previsione.

⁷² Cass., 12 settembre 2018, n.22219, in *Foro it.*, 2018, c. 1120

⁷³ Cfr. Cass., 26 luglio 2013 n. 18131, in *Foro it.*, 2013, c. 890.

La Cassazione respinge il ricorso con due argomentazioni. La prima è un richiamo all'istituto giurisprudenziale del collocamento e conseguente regolazione dei tempi di frequentazione del figlio col genitore non collocatario; una soluzione di cui conferma la perfetta compatibilità con l'istituto dell'affidamento condiviso.

La seconda argomentazione è che poiché la sentenza impugnata aveva motivato la regolazione dei tempi, la doglianza del ricorrente rappresenta un tentativo di svolgere un controllo sul merito delle motivazioni stesse.

Nella specie il giudice di merito aveva registrato le buone condizioni della minore, pur in presenza di un'esasperata conflittualità e aveva regolamentato in maniera rigida i rapporti col padre, per sedare il continuo contrasto tra i genitori ed evitare che la bambina fosse costretta difendersi dai loro conflitti.

La Corte definisce poi il limite entro il quale è possibile chiedere un sindacato di legittimità sulla regolazione dei rapporti figlio genitore non collocatario, affermando che: «in sede di giudizio di legittimità è possibile denunciare che il giudice di merito abbia disciplinato la frequentazione con i genitori dichiarando di ispirarsi ad un criterio diverso da quello fondamentale dell'esclusivo interesse morale e materiale dei figli».

Una prima osservazione è relativa all'affermazione secondo cui il ricorso in Cassazione contro provvedimenti di regolazione dei tempi figli genitori sarebbe possibile solo ove il giudice «dichiari di ispirarsi a un criterio diverso da quello dell'interesse morale e materiale dei figli».

Da un lato appare abbastanza improbabile che un Tribunale o una Corte d'appello dichiarino di porre a fondamento dei loro provvedimenti un criterio differente; dall'altro la Cassazione sembra tagliar fuori tutte le ipotesi, ben più frequenti, in cui, al richiamo del principio segua una decisione che – mentre dichiara di applicarlo - lo tradisce, il che attiene alla violazione o falsa applicazione di norme e può rivelarsi nella motivazione.

Pare quasi che il richiamo all'esclusivo interesse della prole divenga una "formula magica", che esaurisce l'onere di adeguata motivazione e, di conseguenza, preclude un sindacato di legittimità della pronuncia.

La dottrina ha messo in evidenza vantaggi e svantaggi del ricorso a una formula così ampia e dell'opzione opposta di una rigida specificazione di cosa sia l'interesse del minore. Da una parte si ha il vantaggio di ricomprendere tutte le situazioni possibili che hanno rilevanza esistenziale per il minore, ma si ha anche il rischio di avere pronunce discordanti giustificate dal richiamo alla stessa clausola generale; dall'altra

si ha il vantaggio di una norma specifica di dettaglio che evita incertezze ermeneutiche ed applicative, ma col rischio di lasciare fuori la considerazione di casi non contemplati in sede di composizione del quadro normativo⁷⁴.

Tornando al caso di specie, una seconda osservazione è che la motivazione del giudice di merito appare tutt'altro che ineccepibile ad un vaglio di coerenza logica: non vi è alcun nesso tra l'esigenza di regolazione puntuale dei rapporti e una regolazione restrittiva degli stessi; se ha certamente senso dare regole rigide per ridurre gli spazi di conflittualità, non vi è invece alcuna consequenzialità tra conflittualità e necessità di ridurre i tempi di rapporto con un genitore, per tacere del fatto che in tal caso occorrerebbe anche motivare la scelta del genitore da “sacrificare”.

La Cassazione ha da sempre ribadito che l'alta conflittualità non è di per sé ostativa alla condivisione della responsabilità genitoriale, sempre che non “si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro superiore interesse”⁷⁵.

In tale caso “la pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una puntuale motivazione in ordine, non solo, al pregiudizio potenzialmente arrecato ai figli da un affidamento condiviso ma anche all'idoneità del genitore affidatario e all'inidoneità educativa o alla manifesta carenza dell'altro genitore, non essendo sufficiente addurre quale motivazione l'argomento - generico ed apparente - della necessità di assicurare rapidità nelle decisioni riguardanti i figli”⁷⁶.

Pare che a seguito di tale pronuncia possa dirsi che la conflittualità non è causa di preclusione all'affidamento condiviso, ma il giudice può, nel disciplinare lo stesso, limitare i rapporti tra minore e genitore non collocatario anche prevedendo tempi incompatibili con il mantenimento di una relazione significativa; tale pronuncia non sarà sindacabile in sede di legittimità se il giudice avrà cura di affermare di essersi ispirato all'esclusivo interesse del minore.

Sul punto, e laddove dovesse essere adita la Corte EDU, future interpretazioni, tese a limitare l'affido condiviso e non sorrette da adeguata motivazione, potrebbero in concreto porsi in contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza europea per

⁷⁴ G. BALLARANI, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja Branca, Bologna, 2010, pp. 21 e ss.

⁷⁵ Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Foro it.*, 2008, c. 2446; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *Foro it.*, 2012, c. 1373; Cass. 29 marzo 2012, n. 5108, in *Foro it.*, 2012, 5, I, c. 1374

⁷⁶ Cfr. sul punto Cass. 03 gennaio 2017, n. 27, in *Foro it.*, 2017, c. 1342.

violazione dei diritti, spettanti al figlio, di essere accudito da entrambe le figure genitoriali e di vivere serenamente la propria vita familiare nel suo complesso.

CAPITOLO 2

2. La fine del legame coniugale

2.1. Separazione e divorzio

L'art. 29 Cost. prevede che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Nei precedenti paragrafi abbiamo constatato che è possibile parlare di famiglia in senso stretto e famiglia in senso ampio.

I cambiamenti nelle relazioni familiari e l'emergere di nuovi "modelli" di famiglia nella società hanno indotto il legislatore italiano a modificare progressivamente la disciplina dei rapporti giuridici in ambito familiare. Si tenga conto che tale materia è sì imperniata sui principi della morale e dell'etica familiare, ma resta pur sempre regolata dal diritto.

Il legislatore soltanto negli anni Settanta ha introdotto la legge sul divorzio⁷⁷ consentendo, così, lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Tracciando per sommi capi i tratti fondamentali della disciplina sulla separazione personale dei coniugi, si fa rilevare che con essa vengono meno i doveri di coabitazione e di fedeltà che discendono dal matrimonio e rimane a carico di ciascun coniuge l'obbligo di mantenere, educare ed istruire i figli; il dovere di assistenza reciproca si riduce a un mantenimento economico del coniuge che versi in stato di bisogno e non abbia un reddito proprio⁷⁸.

La separazione può essere giudiziale o consensuale. Con la prima uno dei coniugi può ricorrere al giudice per chiedere la separazione dall'altro in relazione ad un'insostenibile conduzione della vita coniugale, la quale pregiudicherebbe anche l'educazione degli eventuali figli; al giudice, inoltre, può essere richiesta, da parte di un coniuge, l'addebitabilità della separazione all'altro, qualora questi abbia violato uno o più doveri coniugali: l'addebitabilità comporta la perdita del diritto all'assegno di mantenimento.

⁷⁷ A. GALOPPINI, *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, pp. 1-73; A. GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, pp. 10 e ss.

⁷⁸ L. GRASSI, *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1975, p. 258.

Nei procedimenti in questione, il giudice, in virtù dell'art. 337-ter c.c., adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa, al fine di garantire al figlio minore il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore e di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi.

Deve, inoltre, valutare prioritariamente la possibilità di affidare i figli minori a entrambi i genitori e, solo ove tale affidamento sia contrario all'interesse del minore, stabilire a quale dei genitori siano affidati e in quale misura l'altro debba contribuire al loro mantenimento, cura, istruzione ed educazione.

Con la separazione consensuale sono i coniugi a stabilire, di comune accordo, i termini di mantenimento della prole e le relative condizioni della separazione: l'accordo dovrà essere omologato dal giudice, nel senso che, per essere efficace, deve passare il filtro del controllo di validità dell'Autorità giurisdizionale la quale emetterà un decreto, definito appunto, di omologazione. La separazione può cessare anche per tacita volontà dei coniugi⁷⁹.

Lo scioglimento del matrimonio avviene o a causa della morte di uno dei due coniugi o a seguito della pronuncia di una sentenza di divorzio; esso avrà luogo solo dal momento della morte di un coniuge o dal momento in cui è annotata sui registri dello stato civile la sentenza di divorzio. Lo scioglimento differisce dall'annullamento, il quale ultimo elimina fin dall'origine ogni effetto giuridico. Il divorzio, introdotto in Italia solo con la legge n. 898 del 1970, può essere richiesto sempre che siano trascorsi sei mesi dalla separazione consensuale o un anno da quella giudiziale, in luogo dei tre anni precedentemente previsti⁸⁰; nei casi in cui ci sia stata condanna dell'altro coniuge all'ergastolo, al carcere superiore a quindici anni o per gravi reati commessi anche prima del vincolo matrimoniale; non ci sia stata consumazione del matrimonio; l'altro coniuge abbia contratto all'estero nuovo matrimonio.⁸¹

Anche il matrimonio cattolico può, negli stessi casi, essere sciolto. Sebbene la Chiesa consideri il matrimonio cattolico indissolubile, lo Stato, tuttavia, considera cessato il vincolo matrimoniale, il quale può essere sciolto per divorzio.

⁷⁹ P. LUISO, *Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 233 e ss.

⁸⁰ Sul punto si ricorda che l'abbreviazione dei tempi per ottenere la pronuncia di divorzio è stata introdotta dalla legge 55/2015.

⁸¹ Cfr. art. 3 l. 898/70.

Il giudice deve, prima di pronunciare la sentenza di divorzio, tentare di riconciliare i coniugi; esperimento ogni tentativo, potrà procedere alla declaratoria di divorzio. Con la sentenza di divorzio, il giudice stabilisce a quale coniuge affidare la prole⁸² e indica in quale misura l'altro coniuge debba concorrere al mantenimento della stessa⁸³. Può, inoltre, decidere la corresponsione di un assegno nei riguardi del coniuge che non disponga di un reddito proprio: la decisione è presa sulla base di un criterio assistenziale, risarcitorio e compensativo⁸⁴. L'assegno non spetta al coniuge che abbia mezzi sufficienti per mantenersi o le possibilità per procurarsi il proprio sostentamento. Lo scioglimento del matrimonio può infine essere determinato per il cambiamento sessuale di uno dei due coniugi⁸⁵.

2.2. L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio

Nel corso delle successive pagine verranno analizzate le criticità legate all'affido del minore in caso di crisi coniugale. Tale momento della vita familiare pone problemi complessi perché spesso legati a forti contrasti e sofferenze, non soltanto per i figli. La storia normativa della crisi familiare trova le sue origini in una visione della famiglia quale istituzione, portatrice di un interesse, seppur non puramente pubblicistico, comunque qualificato "superiore".

⁸² M. SESTA *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per quale Europa?*, Atti del Convegno svoltosi a Bologna nei giorni 17-18 aprile 1998, Milano, 2000, pp. 239 e ss.

⁸³ P. LUISO, *Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 233 e ss.; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 31 e ss.; A. FRACCON, *I processi di separazione e di divorzio tra normativa e prassi (la linea del Tribunale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 73 e ss.; F. DANOVÌ, *Il rito ambrosiano della separazione e del divorzio e le implicazioni sulla disciplina sostanziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, II, p. 1012; E. VULLO, *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, pp. 139 e ss.

⁸⁴ F. CIPRIANI, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 385.

⁸⁵ M. CALOGERO, *La separazione giudiziale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, in *Famiglia e matrimonio*, vol. I, tomo II, *Separazione – divorzio*, seconda edizione, Milano, 2011.

Sul punto, il legislatore costituzionale ha assunto un approccio sintetizzabile nella formula "processo di privatizzazione della famiglia"⁸⁶, teso all'affermazione anche al suo interno dei valori della persona nel suo essere e nel suo divenire. In tale direzione, come visto nel primo capitolo della presente trattazione, si è mosso anche il legislatore del 1975⁸⁷.

Della crisi coniugale si interessano due clausole generali, quella sull'intollerabilità della convivenza e il grave pregiudizio all'educazione della prole (art. 151 c.c.), destinate ad affermare, anche all'interno della famiglia, una visione antropocentrica dei rapporti proposta dal Costituente⁸⁸.

In questa dimensione, si disciplinano anche i rapporti con i figli susseguenti allo stato di crisi coniugale, e si afferma, non a caso, di fronte a ogni altro, la preminenza del loro interesse a un corretto e armonico sviluppo della personalità. Tuttavia, con il passare degli anni, in particolare con riguardo agli effetti della separazione nei confronti dei figli, le scelte del legislatore⁸⁹ si sono rivelate inadeguate, spesso anche a causa di un'applicazione non sempre felice, in quanto sempre fondata su una visione "patriarcale" della famiglia, nella quale il ruolo della donna continuava a essere relegato alla sua tradizionale "funzione familiare."

Occorrerà attendere gli anni '80 e '90 del secolo scorso perché si inizino a intravedere prospettive di riforma della disciplina legislativa prevista dall'art. 155 c.c., anche e soprattutto attraverso la proposizione di disegni di legge, a volte isolatamente, altre volte accorpati in un unico progetto⁹⁰.

⁸⁶ P. ZATTI, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, *Introduzione*, Milano, 2002, pp. 19 e ss.

⁸⁷ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, 1, Milano, 1999, pp. 45 e ss.

⁸⁸ F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 151.

⁸⁹ Si intende far riferimento alle leggi figlie di un'impostazione patriarcale della famiglia: il *pater familias*, difatti, gestiva l'intero patrimonio familiare, ivi compresi i beni della moglie e dei figli, rappresentava il nucleo familiare all'esterno in tutti i rapporti contrattuali o extracontrattuali con i terzi. In virtù di tale impostazione il legislatore costituiva in capo al *pater familias* un totalitario obbligo di mantenimento della moglie e della prole, totalizzante ed in grado di ricomprendere qualsiasi ulteriore obbligo civilistico, a carattere risarcitorio o restitutorio.

⁹⁰ G. ALPA, E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I, Milano, 2002, pp. 893 e ss.

Con la l. 8 febbraio 2006 n. 54⁹¹ il legislatore porta a compimento il processo di rinnovamento dell'art. 155 c.c., modificando con un'articolata serie di disposizioni l'intera materia. Nella sua definitiva formulazione è modificato l'originario titolo: non più "*Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli*", ma "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*"; tale mutamento lessicale pare far pensare a un cambiamento di rotta dalla prospettiva coniugale a quella genitoriale⁹².

Con tale riforma, alla quale si è pervenuti dopo un sentiero tortuoso e non scevro da polemiche e divisioni a tutti i livelli, è stato ribaltato il principio dell'affidamento esclusivo, nell'ottica di un effettivo esercizio della bigenitorialità e della tutela dell'interesse del minore.

⁹¹ G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, pp. 178 e ss.

⁹² P. ROSSI, *Il minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in G. CAMPANATO, V. ROSSI, S. ROSSI, *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2005, p. 437.

Si consideri che dal 1975 al 2006 la norma ha subito rilevanti modifiche⁹³ e ancora, a partire dal 2006 fino all'ulteriore intervento legislativo del 2014⁹⁴.

⁹³ Cfr. testo vigente dal 20 settembre 1975 al 15 marzo 2006:

“Il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In particolare, il giudice stabilisce la misura e il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse. L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati

i

figli.

Il giudice dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi che l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nella impossibilità, in un istituto di educazione.

Nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo al loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell'accordo fra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice.

I coniugi hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e le disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo”.

⁹⁴ Il testo vigente dal 2006 al 2014 era il seguente:

“Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non

In particolare, quanto all'ultima citata, ossia la modifica del 2006, la dottrina ha evidenziato quanto tali previsioni siano state per lo più inadeguate, nonostante queste accentrassero sull'esclusivo interesse del minore una disciplina che, se nel conflitto coniugale individua, di regola, il suo fondamento, nei figli scopre i suoi attori involontari e incolpevoli, le vere vittime di una crisi non voluta e, però, subita⁹⁵.

Per tali ragioni, coerentemente al disposto di cui all'art. 30 Cost., il legislatore riconosce a tutti i figli, senza distinzione alcuna, il diritto di sviluppare e di realizzare la propria personalità come singoli e quali partecipi della comunità familiare, garantendo la permanenza di questo diritto anche a seguito del "passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori" (art. 6 l. divorzio)⁹⁶.

Già il legislatore del 1975 subordinava tutti i provvedimenti del giudice relativi ai figli, compreso quello sul loro affidamento, non alle aspettative dei genitori, ma all'esclusivo "*interesse morale e materiale*" della prole (art. 155, comma 1, c.c. del testo abrogato).

contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando: le attuali esigenze del figlio; il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; i tempi di permanenza presso ciascun genitore; le risorse economiche di entrambi i genitori; la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi”.

⁹⁵ F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, cit., pp. 90 e ss.

⁹⁶ G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1997, pp. 595 e ss.

Lo spazio che veniva riconosciuto agli accordi dei genitori esprimeva la consapevolezza che, anche da parte dei figli, le soluzioni liberamente concordate e accettate sono più facilmente realizzabili rispetto a quelle imposte, ma, in ogni caso, imponeva una valutazione di meritevolezza rapportata all'interesse della prole⁹⁷.

Al fine di salvaguardare questo interesse, il legislatore riconosceva al giudice la possibilità di emettere provvedimenti "diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo" (art. 155, comma 7, c.c. del testo abrogato) e dottrina e giurisprudenza ponevano in evidenza che le decisioni o le richieste dei genitori riguardanti i figli dovessero essere riguardate come meri suggerimenti.

Ancora nell'interesse dei figli, accanto all'affidamento c.d. esclusivo, l'articolo 6 della legge sul divorzio (898/1970) ammetteva un affidamento c.d. alternato e un affidamento c.d. congiunto; affidamenti previsti nella legislazione sui casi di scioglimento del matrimonio, ma sull'applicabilità dei quali anche ai casi di separazione personale fra coniugi nessuno ha mai dubitato⁹⁸.

In particolare, poi, con riferimento all'affidamento congiunto, non si mancava nemmeno di precisare che, con la sua previsione, si era posto in essere non tanto un nuovo istituto giuridico, quanto un "nuovo abito mentale" che imponeva a entrambi i genitori l'adozione delle decisioni di maggiore interesse per i figli e chiariva, a un tempo, l'impossibilità "di distribuire all'uno o all'altro genitore più o meno doveri"⁹⁹.

La dottrina sosteneva che, con l'affidamento congiunto, veniva ipotizzato non un tipo di affidamento diverso da quello già disciplinato, ma un affidamento che incideva sull'esercizio della potestà, rendendolo, a volta a volta, "il più possibile comune e non limitato, come nell'ipotesi di affidamento esclusivo, alle questioni di maggiore interesse per i figli"¹⁰⁰. Oggi, dopo la riforma del 2006, "condiviso" ha sostituito il

⁹⁷ E. QUADRI, *Il minore nella crisi coniugale*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 22.

⁹⁸ F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. I rapporti personali*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1996, 140 ss.; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, pp. 320 e ss.

⁹⁹ M. DOGLIOTTI, *Ancora in tema di limiti alla potestà dei genitori. Per una reale tutela dell'interesse del minore*, pp. 748 e ss.; M. DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da G. BONILINI - G. CATTANEO, Torino, 1997, p. 716.

¹⁰⁰ C. M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso. Prime riflessioni*, in *www.dejure.it*, 2006, p. 677.

precedente “congiunto”, facendo riferimento ai tempi di cura ed educazione del figlio, che sono appunto “ripartiti” o da “ripartire” fra i due genitori¹⁰¹.

Il sistema giudiziario, però, per molti anni in seguito alla riforma ha operato sostanzialmente secondo il vecchio modello di affidamento monogenitoriale, seguendo i criteri del “genitore prevalente” e della “domiciliazione privilegiata”.

Del resto, che la novella del 2006 destasse perplessità è dimostrato dal fatto che sul punto si sia espressa anche la Corte Costituzionale nel 2008¹⁰². In quell’occasione fu precisato, a proposito delle ipotesi di convivenza *more uxorio* o di nuovo matrimonio dell’assegnatario della casa che, ai sensi dell'art. 155-*quater* c. c., tali avvenimenti non possono essere intesi quali circostanze idonee, di per sé stesse, *a determinare la cessazione dell'assegnazione, pena il contrasto con i fini di tutela della prole, per i quale l'istituto è sorto.*

"La coerenza della disciplina e la sua costituzionalità possono essere recuperate ove la normativa sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore."

La legislazione precedente alla riforma del 2006 non soltanto imponeva il pregevole perseguimento dell'interesse del minore, ma ipotizzava una disciplina fortemente caratterizzata dalla presenza di clausole generali e da forme di affidamento che, almeno in via di logica astratta, avrebbero dovuto rendere ai figli meno traumatico il processo di potenziale dissolvimento del rapporto coniugale, correlando le specifiche decisioni alle peculiari connotazioni delle concrete circostanze.

Pare evidente che il continuo adeguamento dell'apparato normativo alle trasformazioni sociali è una funzione che l'ordinamento deve non soltanto perseguire, ma anche concretamente svolgere¹⁰³.

¹⁰¹ F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame - Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, *Vita not.*, 2007, pp. 75 e ss.; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, *Fam. e dir.*, 2006, p. 380.

¹⁰² Cfr. Corte cost., n. 308 del 31 luglio 2008, in www.forumcostituzionale.it. (consultato il 07 dicembre 2019).

¹⁰³ S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, pp. 300 e ss.

Attualmente ci si chiede quali siano in effetti le innovazioni della riforma in esame e, atteso il carattere sempre più spesso settoriale dell'intervento legislativo¹⁰⁴, in che modo si inseriscano nel sistema del "diritto di famiglia" e dei valori caratterizzanti l'ordinamento.

2.3. La responsabilità genitoriale

Il tema deve poi necessariamente essere collegato alla questione della responsabilità genitoriale sulla quale sono indispensabili brevi cenni.

Si noti che il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013¹⁰⁵ completa la riforma sulla parità di trattamento sostanziale e processuale dei figli, siano essi adottivi, incestuosi, nati dentro o fuori il matrimonio, avviata con la l. 10 dicembre 2012 n. 219¹⁰⁶.

Tra le tante novità introdotte, sicuramente merita di essere segnalato il passaggio dalla nozione di potestà genitoriale a quella di responsabilità genitoriale, con tutte le relative ed importanti ricadute applicative che comporta¹⁰⁷. In proposito, deve preliminarmente osservarsi che la nozione di responsabilità genitoriale era già stata anticipata dalla l. 219/2012, con l'inserimento nel codice civile dell'art. 315-*bis* rubricato "Diritti e doveri del figlio".

Il testo dell'art. 315-bis c.c. è il seguente: "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive

¹⁰⁴ V. CARBONE, *Le recenti riforme del diritto delle persone e della famiglia. Relazione introduttiva*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 353.

¹⁰⁵ Il decreto, intitolato Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219, in vigore dal 7 febbraio 2014, è pubblicato nella G.U. n. 5 dell'8 gennaio 2014.

¹⁰⁶ La l. 10 dicembre 2012 n. 219, recante Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, è pubblicata nella G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012.

¹⁰⁷ A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, pp. 34 e ss.

con essa¹⁰⁸”. Tuttavia, il legislatore della novella aveva affidato alla legislazione delegata l'ulteriore specificazione di tale nozione, precisando soltanto l'intenzione di configurare la responsabilità genitoriale “quale aspetto dell'esercizio della potestà.¹⁰⁹” Il che, tra l'altro, suscita perplessità se si considera che la responsabilità genitoriale, così come delineata anche in ambito europeo e internazionale, indica una categoria ben più ampia della potestà¹¹⁰.

Basti considerare, a tal riguardo, che la potestà cessa al compimento del diciottesimo anno d'età; di contro, la responsabilità genitoriale è destinata a proseguire anche dopo il raggiungimento della maggiore età: si pensi all'obbligo di mantenimento verso il figlio maggiore d'età che, senza sua colpa, non sia ancora economicamente indipendente.

L'art. 316 c.c., a seguito della Riforma, è apparso completamente innovato¹¹¹.

In quanto mentre prima si discorreva di “potestà”, termine evidentemente ormai obsoleto, oggi si utilizza la ben più ampia nozione di responsabilità genitoriale¹¹².

La norma precisa, al comma primo, che la stessa deve essere «esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del

¹⁰⁸ Cfr. Sul punto C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 1 e ss.; F. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 525 e ss.

¹⁰⁹ M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 279 e ss.

¹¹⁰ G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?* in *www.dejure.it*, 2013, pp. 1475 e ss.

¹¹¹ L'art. 316 c.c. rubricato *Responsabilità genitoriale*, prevede che: “Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle disposizioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Il genitore che ha riconosciuto il figlio, esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale, vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio”.

¹¹² G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, pp. 81 e ss.

figlio». Tuttavia, il combinato disposto di detto articolo con gli artt. 315-*bis* e 147 c.c. fa emergere che accanto al tradizionale diritto al mantenimento, istruzione ed educazione, viene solennemente enunciato il diritto del figlio all'assistenza morale dei genitori¹¹³, i quali, nell'adempimento di tale dovere, dovranno rispettare le sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.

L'importanza di tale modificazione non può sfuggire se soltanto si considera il linguaggio performante, e non meramente descrittivo, utilizzato dal legislatore della riforma, il quale, pur riferendosi nella legge delega alla responsabilità dei genitori «quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale», sembra poi, nella legislazione delegata, abbandonare la tradizionale configurazione autoritaria del rapporto tra genitori e figli¹¹⁴.

Tali novelle hanno fatto sì che si diffondesse la concezione secondo la quale il minore non più oggetto della tutela, bensì soggetto della stessa¹¹⁵.

Più dettagliatamente, si apre la strada alla concezione del minore d'età considerato dall'ordinamento non più quale oggetto dei diritti e delle aspettative, sia pure legittime, dei genitori, bensì quale portatore d'interessi la cui realizzazione debba essere principalmente salvaguardata.

E proprio in tale prospettiva si inseriscono le statuizioni dei commi successivi che, nel prevedere per i genitori il ricorso al giudice nel «caso di contrasto su questioni di particolare importanza» (art. 316, secondo comma, c.c.), dispongono che questi, «sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento», suggerisca le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio» (art. 316, terzo comma, c.c.).

Ebbene, la suddetta previsione segna l'ingresso definitivo nell'ordinamento giuridico vigente del diritto all'ascolto del minore anche di età inferiore ai dodici anni se dotato

¹¹³ L'art. 147 c.c., dopo l'intervento riformatore, così recita: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315-*bis*».

¹¹⁴ P. PERLINGIERI, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2003, p. 1.

¹¹⁵ M. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Soveria Mannelli, 2008, p. 98.

di capacità di discernimento¹¹⁶, finalizzato alla tutela del suo superiore interesse. L'ascolto del minore diviene, così, un momento importante nelle controversie giudiziarie che lo coinvolgono¹¹⁷.

Da quanto detto si desume che la nozione di responsabilità genitoriale, come introdotta dal legislatore delegato, appare sicuramente più confacente rispetto allo stesso dettato costituzionale, che, nel rinvenire l'essenza della qualità di genitore nell'obbligo di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, richiama i genitori all'obbligo di responsabilità.

Sul tema il legislatore europeo dà spunti interessanti al legislatore interno nel senso che già da tempo fa riferimento alla responsabilità genitoriale, evidenziando il profilo del *munus*, ossia dell'obbligo che i genitori assumono di curare la crescita, l'istruzione e l'educazione dei figli, rispetto a quello della *potestas*¹¹⁸.

Si guardi ad esempio il Regolamento CE 2201/2003, che definisce la “responsabilità parentale” quale “complesso dei diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore, ivi compresi, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita” (art. 2, definizione n. 7); laddove il “diritto di affidamento” riguarda “i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza” (art. 2, definizione n. 9).

E ancora le numerose Convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti dei minori d'età, le quali spesso sottendono una nozione di responsabilità genitoriale quale cura del figlio a 360 gradi. A tal riguardo, deve osservarsi che l'art. 5 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, prevede il diritto-dovere dei genitori, “o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo”, di dare al figlio di età minore “in maniera

¹¹⁶ P. PERLINGIERI, *Minore età e potestà dei genitori*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2008, pp. 121 e ss.

¹¹⁷ G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 590.

¹¹⁸ M. FINOCCHIARO, *Va in soffitta la nozione di «potestà»: ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida dir.*, 3, 2004, 112 ss.; C. RIMINI, *La responsabilità genitoriale nel Reg. CE n. 2201/2003*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 542 e ss.

corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento ed i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla [...] Convenzione¹¹⁹”.

La relazione familiare con i genitori inizia con la nascita del figlio, il quale da quel momento in poi “ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato dagli stessi” (art. 7 Conv. N.Y.). Inoltre, “[g]li Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali¹²⁰”. (art. 8 Conv. N.Y.).

Infine, la previsione operata dall'art. 18 della Convenzione in esame relativa alle modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, che stabilisce che “entrambi i genitori [o i suoi tutori legali] hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e il provvedere al suo sviluppo” e “devono essere guidati principalmente dall'interesse preminente del minore.”

2.4. Il principio di bigenitorialità e l'alienazione parentale

A seguito della riforma del 2006 sembrerebbero emergere, dal nuovo art. 155 c.c. (oggi art. 337-ter c.c.) una serie di "diritti" solo apparentemente nuovi, ma, in realtà, già conosciuti dalla normativa previgente; si pensi al diritto del minore a conservare un rapporto il più stabile possibile con la propria famiglia, attraverso il riconoscimento sia del diritto alla "bigenitorialità", cioè del diritto a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascun genitore, sia del diritto a "conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale".

¹¹⁹ Ratificata con la l. n. 176 del 27 maggio 1991. V. G. SERGIO, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori*, in *Cittadini in crescita, Rivista del Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza*, 1, 2013, pp. 9 e ss.

¹²⁰ Rileva poi l'art. 18 della Convenzione di New York nei commi successivi stabilisce quanto segue: “*Al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione, gli Stati parti accordano gli aiuti appropriati ai genitori e ai tutori legali nell'esercizio della responsabilità che incombe loro di allevare il fanciullo e provvedono alla creazione di istituzioni, Istituti e servizi incaricati di vigilare sul benessere del fanciullo. Gli Stati parti adottano ogni appropriato provvedimento per garantire ai fanciulli i cui genitori lavorano, il diritto di beneficiare dei servizi e degli Istituti di assistenza all'infanzia, per i quali essi abbiano i requisiti necessari*”.

Ancora, alla presunta preferenza, in termini di scelta prioritaria da seguire, assegnata all'affidamento "a entrambi i genitori" ed il conseguente esercizio "condiviso" della potestà; al riconoscimento espressamente attribuito agli accordi dei genitori con riferimento sia all'affidamento, sia al mantenimento.

Dalla riforma del diritto di famiglia del 1975¹²¹ pare che la preoccupazione principale del legislatore sia stata quella di riconoscere espressamente l'esistenza di un "diritto" - il "diritto alla bigenitorialità" - che, espressamente ascrivito al minore, è nella titolarità anche dei genitori: un "diritto" che nessuna disposizione normativa ha mai negato e che, proprio in quanto stabilito e garantito dal Costituente in un rapporto più complesso, l'ordinamento intende riconoscere non per se stesso, ma in correlazione a un "dovere": la stessa potestà è una situazione di rango costituzionale non tanto quale strumento di garanzia per il soggetto che ne è titolare, quanto perché ascritta alle tecniche di tutela predisposte per lo sviluppo della personalità del minore¹²².

Se questo è vero, la presunta "novità" dovrebbe attenersi a ciò che con il "diritto alla bigenitorialità" si intende, cioè l'espressa conservazione a vantaggio del figlio di "un rapporto equilibrato e continuativo" con entrambi i genitori in modo da ricevere da ciascuno di essi "cura, educazione e istruzione" (art. 337-ter, comma 1, c.c.).

Il principio enunciato, nella misura in cui espressamente indica la necessità che il rapporto genitori-figli abbia una sua continuità¹²³, non fa altro che ribadire la rilevanza, oltre che dell'interesse del figlio, dell'interesse del genitore stesso a conservare un rapporto significativo con la prole¹²⁴; contempla un principio sicuramente presente nella precedente normativa¹²⁵, tant'è che si ritiene che il nuovo art. 155 c.c. non introdurrebbe principi nuovi.

Lo stesso già ricordato art. 6, comma 1, l. divorzio richiama, nemmeno tanto implicitamente, questa garanzia quando solennemente afferma che il dovere di mantenere, istruire ed educare la prole "permane anche nel caso di passaggio a nuove

¹²¹ P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301.

¹²² A. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, p. 172.

¹²³ P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge!*, cit., p. 302.

¹²⁴ G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 90.

¹²⁵ L. ROSSI CARLEO, *Famiglie disgregate: le modalità di attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 2004, p. 4.

nozze di uno o di entrambi i genitori"; un dovere che non può che essere ipotizzato nella indiscutibile continuità del rapporto genitori-figli.

Anche con riferimento alle relazioni personali, nessuno dubitava che la "bigenitorialità" dovesse essere valore da salvaguardare ed essere garantita attraverso un'effettiva conservazione di rapporti il più possibile stabili. Tant'è che, da un lato, se il genitore affidatario non si fosse attenuto alle condizioni stabilite, si imponeva al giudice di tener conto di quel comportamento al fine del cambio di affidamento (art. 6, comma 5, l. divorzio); dall'altro, anche in giurisprudenza, proprio a garanzia della conservazione del rapporto tra il figlio e il genitore non affidatario, si riconosceva la risarcibilità del danno sofferto da quest'ultimo a seguito di ingiustificato impedimento da parte del genitore affidatario alle relazioni personali con il figlio¹²⁶. Tale risarcibilità è oggi espressamente prevista dal comma 2 del rinnovato art. 709-ter c.p.c. nelle ipotesi di "gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento."¹²⁷ I provvedimenti relativi ai figli, sotto altro verso, sono presi non soltanto per garantire al minore "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascun genitore e "di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi", ma anche allo scopo di permettergli la conservazione di "rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Qui, con ogni probabilità, è presente una novità poco sottolineata; una novità con riferimento alla quale occorreranno attente valutazioni e applicazioni se, per un verso, non si vorrà riconoscere un vero e proprio diritto dei parenti alle relazioni personali con i minori¹²⁸, e dall'altro, non si vorranno moltiplicare le occasioni di conflitto sia fra i coniugi, sia fra questi e i rispettivi parenti¹²⁹. Merito del nuovo testo, in ogni caso, sembra l'espressa affermazione, accanto al valore, se non preminente, comunque particolare riconosciuto alla "bigenitorialità", di ciò che rappresenta la comunità familiare, quale valore

¹²⁶ V. ROSSI, *Il minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in G. CAMPANATO, V. ROSSI, S. ROSSI, *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2005, p. 437.

¹²⁷ G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso*, cit., pp. 95 e ss.

¹²⁸ S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, cit., pp. 300 e s.

¹²⁹ M. FINOCCHIARO, *Non omologabili gli accordi che escludono i nonni*, in *Guida al diritto*, 18 marzo 2006, n. 11, p. 27.

indiscutibile della persona¹³⁰: un insieme di rapporti che non si esauriscono nella famiglia nucleare, ma che si estendono alle relazioni parentali "di ciascun ramo genitoriale".

In questa logica, la necessità di un rapporto "bigenitoriale" è stata affermata prevedendo, quale soluzione privilegiata e prioritariamente da valutare, l'affidamento dei figli a entrambi i genitori (art. 337-ter, comma 2, c.c.)¹³¹, relegando l'affidamento esclusivo a rimedio residuale e stabilendo espressamente il permanere della potestà, nella sua titolarità e nel suo esercizio, in capo a "entrambi i genitori". Dall'esclusivo interesse del minore, quale clausola generale con la quale si intende indicare la necessità di salvaguardare una personalità in formazione di fronte a qualsiasi altra esigenza, si passa, nondimeno, a un esclusivo interesse soltanto presunto, che, proprio in quanto tale, si può vincere non in relazione a ciò che per il minore¹³² - il titolare di quell'interesse - può essere il più utile strumento di promozione, ma soltanto quando il giudice reputi che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore stesso (art. 337-quater, comma 1, c.c.)¹³³.

La dottrina mette in risalto l'esigenza, soprattutto di fronte a una personalità in formazione, di passare da una valutazione in negativo di "non contrarietà" a una valutazione in positivo di promozione della personalità¹³⁴.

Si dice che il soggetto non è più soltanto il punto di riferimento di situazioni soggettive: in questo il disposto costituzionale è inequivoco nei limiti in cui alla soggettività, intesa quale momento statico dell'essere, sostituisce la persona nel suo dinamico divenire¹³⁵.

La realizzazione dell'interesse del minore, quale persona in formazione, esige, in questi termini, prima ancora che una valutazione di non contrarietà, una valutazione in positivo di meritevolezza della decisione assunta.

¹³⁰ V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985 dedicato alla memoria del prof. Luigi Carraro, Padova, 1986, pp. 273 e ss.

¹³¹ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 146.

¹³² M. FINOCCHIARO, *Commento alla l. 8 febbraio 2006 n. 54*, in *Guida al diritto*, 18 marzo 2006, n. 11, p. 37.

¹³³ P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge!*, cit., p. 302.

¹³⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 90.

¹³⁵ F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., pp. 937 e ss.

Si analizzerà nei medesimi termini il problema dell'affidamento esclusivo¹³⁶. Dal punto di vista del legislatore del 2006, tuttavia, emerge un disfavore nei confronti dell'affidamento esclusivo, nonostante, occorre precisare, il giudice debba comunque fare "salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal comma 1 dell'art. 337-ter c.c.", cioè "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con entrambi i genitori, per modo che questi possano adempiere i doveri di "cura, educazione e istruzione"¹³⁷.

Indipendentemente dall'eventuale diverso accordo raggiunto dai genitori (accordo che non è stato ritenuto dai primi commentatori della riforma vincolante), se non bastasse la prioritaria valutazione del giudice sulla possibilità che i figli restino affidati a entrambi i genitori (art. 337-ter, comma 2, c.c.), l'art. 337-quater c.c., al comma 2, pone una serie di limiti all'espressa richiesta di uno dei genitori affinché il giudice pronunci l'affidamento esclusivo allorquando, pur attribuendo a ciascun genitore la possibilità di chiedere, in qualsiasi momento, l'affidamento esclusivo, "ammonisce" il genitore dal presentare domande "manifestamente infondate": in queste circostanze, infatti, ferma restando l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. per responsabilità aggravata, "il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli". Sul punto, lo scopo del legislatore è quello di evitare domande pretestuose.¹³⁸

Di fronte alla prospettiva di vedere modificate in proprio danno le condizioni dei rapporti con i figli, è chiaro che qualsiasi genitore possa apparire contrariato. Sotto questo profilo, si potrebbe a ragione sostenere che, alla luce di quanto disposto dall'art. 337-quater c.c., l'eventuale affidamento esclusivo che il giudice pronunzierà, piuttosto che essere nell'esclusivo interesse del minore, potrebbe essere provvedimento sanzionatorio nei confronti del genitore istante, con le eventuali difficoltà che ne derivano nel garantire, "i diritti del minore previsti dal comma 1 dell'art. 337-ter". Alla

¹³⁶ M. GIORGIANNI, *Affidamento extrafamiliare e potestà genitoriale*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, pp. 229 e ss.

¹³⁷ P. ROSSI, *Il minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 438.

¹³⁸ M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 382; e S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, cit., p. 302.

luce di quanto detto allora bisognerà valutare infondata la richiesta di affidamento esclusivo in casi eccezionali¹³⁹.

Se l'affidamento a entrambi i genitori costituisce la regola, quello a uno soltanto di essi ne è l'eccezione, e come tale dovrebbe essere disposto, sempre in considerazione dell'esclusivo interesse del minore, in ipotesi particolarissime. Si dovrebbe trattare, pertanto, di casi particolarmente gravi che, non soltanto impediscono il normale svolgimento dei rapporti (si pensi al caso di genitori che vivano in città diverse, o in luoghi così lontani da rendere pregiudizievole al figlio un costante e altalenante rapporto ora con l'uno e ora con l'altro genitore), ma che sconsigliano l'affidamento a quest'ultimo anche per l'incapacità della relazione fra il genitore e il figlio di porsi quale strumento per una serena vita familiare¹⁴⁰. Del resto, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha reputato questo interesse preminente, sospendendo il "diritto di visita" del genitore non affidatario per la sola presenza di una manifesta intollerabilità da parte del figlio, in quanto, se è sicuramente vero "che il minore ha il diritto di mantenere rapporti stabili con entrambi i genitori [...] è altresì vero che ha il diritto di crescere in un contesto stabile ed armonioso¹⁴¹".

Se così non fosse, non si giustificherebbe nemmeno la previsione del comma 1 dell'art. 337-quater c.c., che riconosce la possibilità al giudice di pronunciare l'affidamento esclusivo soltanto se "l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore¹⁴²".

Il presente tema non può che concludersi con brevi cenni al delicatissimo tema della c.d. "alienazione parentale".

Con tale terminologia si intende far riferimento ad una vera e propria "sindrome", in virtù della quale si manifesta il rifiuto e il disprezzo del minore nei confronti del genitore non affidatario, cagionata dalla violenza emotiva che in genere il genitore affidatario rivolge al minore. La "sindrome da alienazione parentale" anche definita nel contesto internazionale PAS, dall'acronimo di *Parental Alienation Syndrome*, ha un riconoscimento scientifico tanto da poter essere adottata come presupposto

¹³⁹ M. FINOCCHIARO, *Commento, cit.*, p. 37.

¹⁴⁰ F. RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale, cit.*, p. 68

¹⁴¹ L. ROSSI CARLEO, *Famiglie disgregate: le modalità di attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma, cit.*, p. 5.

¹⁴² L. ROSSI CARLEO, *Famiglie disgregate: le modalità di attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma, cit.*, p. 7.

principale di un provvedimento avente ad oggetto l'affidamento di un minore. Si ricorda inoltre che tale sindrome è stata approfondita dallo psichiatra statunitense Richard Gardner, che l'ha definita *“un disturbo che insorge primariamente nel contesto di conflitti sulla custodia dei bambini. La sua principale manifestazione è la campagna denigratoria di un bambino contro un genitore, campagna che non ha giustificazione. Il disturbo risulta dalla combinazione di indottrinamento dal genitore alienante e di contributi propri del bambino allo svilimento del genitore alienato. In presenza di abusi veri o di abbandono da parte del genitore, tale animosità può essere giustificata e in questo caso non è possibile utilizzare la PAS come spiegazione dell'animosità del bambino.”*¹⁴³

È possibile affermare che tale disturbo presenti connotati non ancora certamente inquadrabili, tuttavia è chiaro che, in sua presenza, il giudice è chiamato ad una valutazione rigorosa rispetto a differenti forme di disagio¹⁴⁴.

2.5. La tutela del minore nella crisi della “famiglia ricomposta”: rapporti col “genitore sociale”

Per famiglia ricomposta si intende in termini “sociologici”, quel nucleo in cui "gli adulti che formano una nuova coppia dopo la separazione o il divorzio, hanno figli da una precedente unione."¹⁴⁵

Sul punto il codice civile pare essere orientato nel senso di una disciplina parametrata su un solo matrimonio nella vita dei consociati, ovvero tesa alla regolamentazione dello scioglimento per morte del rapporto matrimoniale, in quanto nessuna norma, eccezion fatta per l'art. 328 c.c. e art. 5, 10° comma, L. 898/70 che regolano rapporti patrimoniali, disciplina rapporti personali concorrenti in quanto inseriti contemporaneamente in diversi contesti familiari.

¹⁴³ R. A. GARDNER, *Recommendations for Dealing with Parents who Induce a Parental Alienation Syndrome in their Children. Journal of Divorce & Remarriage* (Philadelphia: Routledge), 1998, p. 28.

¹⁴⁴ G. GULOTTA, *La sindrome di alienazione genitoriale: definizione e descrizione. Pianeta infanzia. Questioni e documenti*, 4, Istituto degli Innocenti di Firenze, 1998; G. GULLOTTA, A. CAVEDON, M. LIBERATORE, *La sindrome da alienazione parentale (Pas). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno all'altro genitore*, 2008; A. CAVEDON, T. MAGRO, *Dalla separazione all'alienazione parentale. Come giungere a una valutazione peritale*, 2010, pp. 34 e ss.

¹⁴⁵ S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 373.

Va tuttavia precisato che diversi sono i problemi che si pongono nella ricomposizione familiare, problemi che sono piuttosto rilevanti nelle ipotesi in cui il rapporto coniugale entri in crisi al punto che si giunga ad una vera e propria pronuncia di separazione¹⁴⁶.

Ciò che rileva in tal sede sono in particolare le questioni attinenti i rapporti tra i figli nati da un precedente matrimonio e il coniuge che contrae nuovo matrimonio col divorziato-affidatario dei figli.

Si tratta di affrontare il tema dei rapporti tra soggetti giuridicamente estranei tra loro ma che per scelta (dei coniugi ad esempio) si trovano ad affrontare una convivenza¹⁴⁷. Tuttavia, va anche precisato che la nozione di “famiglia” intesa quale gruppo nascente da persone unite in matrimonio o da figli nati in costanza del matrimonio, non trova sempre corrispondenza nell’ordinamento legislativo. Si fa l’esempio delle norme in tema di anagrafe e, in particolare, all’art. 4 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, ove si prevede che "agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune".

Una norma del genere a ben vedere si pone in contrasto con la definizione costituzionale di cui all’art. 29 Cost., che, invece, individua nel concetto di famiglia solo quella composta da genitori e figli biologici. In tal senso allora anche la c.d. famiglia ricomposta è considerata appunto una “famiglia” vera e propria

Va inoltre ribadito che la stessa Corte di Cassazione, applicando principi di giustizia sostanziale piuttosto che meramente letterale valorizza, ad esempio in tema di tecniche di procreazione assistita e procedure di inseminazione artificiale c.d. eterologa, il profilo volontaristico derivante dal preventivo accordo dei coniugi di operare con tali metodi, pervenendo al risultato di negare l’interesse ad agire al padre con l’azione di disconoscimento di paternità¹⁴⁸.

Del resto, sono ormai risalenti e generalmente riconosciuti i casi in cui la convivenza è stata ritenuta rilevante per attribuire il diritto alla prosecuzione del rapporto

¹⁴⁶ A. DE MAURO, *Le famiglie ricomposte*, in *Famiglia*, fasc.4-5, 2005, p. 767.

¹⁴⁷ A. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2003, pp. 78 e ss.; P. RESCIGNO, *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, in AA.VV., *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte* a cura di MAZZONI, Milano, 2002, pp. 69 e ss.

¹⁴⁸ Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giur. it.*, 2000, p. 275.

contrattuale di locazione¹⁴⁹, per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla morte del convivente¹⁵⁰.

In definitiva il nucleo familiare, c.d. "ricomposto", caratterizzato dalla convivenza fra soggetti legati da vincoli derivanti dalla condivisione della quotidianità, ha una sua rilevanza giuridica giustificata proprio sulla base della convivenza.

I problemi che si pongono attengono alla disciplina concretamente applicabile, in particolare quanto alla determinazione dei rapporti tra figlio nato in costanza del matrimonio sciolto e nuovo coniuge del genitore.

Esempi concreti sono quelli del figlio minorenne, affidato ad uno dei genitori il quale contragga nuovo matrimonio, ovvero quello del figlio maggiorenne ed economicamente autosufficiente che continui a vivere nella famiglia composta dal suo genitore e dal coniuge di quest'ultimo. Nel primo esempio ci si chiede se il coniuge del genitore sia tenuto a provvedere ai bisogni del figlio del partner, se inoltre possa adottare decisioni che possano incidere sulla funzione educativa.

E' chiaro che la scelta del genitore affidatario di costituire un nuovo nucleo familiare ha effetti sugli interessi del figlio minore, che si trova inserito in un gruppo sociale ricomposto.

Lo stesso quesito si pone in relazione al caso del contributo assistenziale, economico e morale, che il coniuge convivente presta nei confronti del figlio dell'altro coniuge. In entrambi gli esempi fatti si potrebbe affermare che il dovere di assistenza morale e materiale *ex art. 143 c.c.* nei confronti di un soggetto che è affidatario del figlio, possa estendersi anche nei confronti di quest'ultimo.

In sostanza in tale materia andrebbe valorizzato il profilo volontaristico che suggerisce che chi contrae matrimonio con altra persona affidataria del minore scelga con coscienza di assumersi talune responsabilità anche nei confronti del figlio del partner¹⁵¹, anche in attuazione del principio di solidarietà familiare.

Del resto a tutela delle relazioni familiari di fatto, la Corte costituzionale¹⁵² ha dato talune precise indicazioni, ribadendo che l'interruzione ingiustificata, da parte di uno

¹⁴⁹ Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404 in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 766.

¹⁵⁰ Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 873 con nota di LEPRE; App. Perugia 15 maggio 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1998, p. 473.

¹⁵¹ F. D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 119.

¹⁵² Cfr. Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in www.giurcost.org.

o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore pregiudizievole al figlio, in relazione alla quale l'art. 333 c.c. consente al giudice minorile di adottare “i provvedimenti convenienti¹⁵³”.

¹⁵³ Nel caso di specie il Tribunale adiva la Corte per vedere censurata la disposizione di cui all'art. 337-ter cod. civ. (applicabile anche ai “procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio”, di cui al precedente art. 337-bis) nella parte in cui disponeva, al suo primo comma, che “Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”. Ed aggiungeva, al secondo comma, che, per realizzare tale finalità, “il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa [...]”.

Il Tribunale chiedeva un intervento additivo, nel *corpus* di tale norma, alla Corte, nella parte in cui la norma non postulava la parificazione dell'ex partner del genitore biologico alla figura del genitore (naturale od adottivo) nei cui confronti il minore ha “il diritto [...] di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale”, ma più propriamente auspica che il soggetto che – nell'ambito di una (poi interrotta) unione (anche omosessuale) con il genitore biologico di un minore – abbia instaurato un legame affettivo con il minore medesimo, sia equiparato ai “parenti” ai fini della garanzia di conservazione di quel “significativo” rapporto.

Una tale equiparazione, secondo il Giudice rimettente, era, infatti preclusa dall'insuperabile tenore letterale dell'art. 337-ter, univocamente riferito ad uno specifico ed esclusivo contesto di relazioni parentali.

Fatta tale premessa veniva rimessa la questione di legittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 2 Cost., che garantisce le formazioni sociali, in esse comprese le famiglie di fatto, anche composte da persone dello stesso sesso, in ragione del “vuoto di tutela” del minore nell'ambito delle stesse, per il profilo in considerazione.

Inoltre, si lamentava la violazione degli artt. 2, 30 e 31, Cost., per il *vulnus* al principio di ragionevolezza ed al precetto dell'uguaglianza, e per la disparità di trattamento, che ne deriverebbe, tra i figli nati all'interno di una unione eterosessuale e quelli nati nell'ambito di una relazione omosessuale e dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU – oltre che agli obblighi internazionali, genericamente evocati in motivazione e non richiamati in dispositivo, discendenti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989, e ratificata in Italia con L. n. 176/1991, [dal]la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con L. 77 del 2003, [nonché dal]la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo o c.d. Carta di Nizza – in materia di riconoscimento del diritto dei genitori e dei figli, nonché di ulteriori soggetti uniti da vincoli familiari di fatto, a mantenere stabili relazioni pur in caso di crisi della coppia (anche omosessuale), avuto sempre riguardo al preminente interesse del minore.

CAPITOLO 3

3. Forme di tutela dell'interesse del minore

3.1. L'ascolto del minore

La riforma sulla parità di trattamento sostanziale e processuale dei figli, siano essi legittimi, naturali o adottati, iniziata con la l. 10 dicembre 2012 n. 219 è stata completata con il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013¹⁵⁴.

Una delle più rilevanti novità introdotte concerne la nozione di potestà genitoriale che muta in quella di responsabilità genitoriale, già introdotta dalla l. 219/2012, con l'inserimento nel codice civile dell'art. 315-*bis* rubricato *Diritti e doveri del figlio*¹⁵⁵.

Va tuttavia ricordato che la Corte ha escluso che sul punto vi sia il lamentato vuoto di tutela per cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale. In particolare ha affermato che, muovendo dalla corretta premessa che l'intervento del giudice a tutela del diritto del figlio minore a "conservare rapporti significativi" con persone diverse dai genitori, quale previsto e disciplinato dall'art. 337-*ter* cod. civ., abbia esclusivo riguardo a soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale – all'interno, quindi, di un contesto propriamente familiare – il giudice *a quo* perviene direttamente alla conclusione che esista un "vuoto di tutela" quanto all'interesse del minore a mantenere rapporti, non meno significativi, eventualmente intrattenuti con adulti di riferimento che non siano suoi parenti.

E conseguentemente ritiene che a ciò non possa altrimenti porsi rimedio che attraverso la chiesta pronuncia additiva, la quale – con specifico riguardo alla peculiare vicenda per cui è causa – includa, appunto, anche l'ex compagna della genitrice biologica nell'area dei soggetti le cui relazioni con il minore rientrano nel quadro di tutela apprestata dal denunciato art. 337-*ter* cod. civ.

La Corte conclude nel senso che l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 dello stesso codice già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto. E ciò su ricorso del pubblico ministero (a tanto legittimato dall'art. 336 cod. civ.), anche su sollecitazione dell'adulto (non parente) coinvolto nel rapporto in questione.

¹⁵⁴ Cfr. il decreto intitolato *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219*, in vigore dal 7 febbraio 2014, pubblicato nella G.U. n. 5 dell'8 gennaio 2014.

¹⁵⁵ L'art. 315-*bis* c.c. prevede che "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

L'art. 316 c.c.¹⁵⁶ non prevede più il riferimento al vecchio concetto di potestà, bensì alla più ampia nozione di responsabilità genitoriale¹⁵⁷. La norma precisa, al comma primo, che la stessa deve essere “esercitata di comune accordo *tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle disposizioni del figlio*”.

Giova inoltre specificare che, dalla lettura in combinato disposto di detto articolo con gli artt. 315-bis e 147 c.c. si evince che, oltre al tradizionale diritto al mantenimento, istruzione ed educazione, viene enunciato il diritto del figlio all'assistenza morale dei genitori, i quali, nell'adempimento di tale dovere, dovranno rispettare le sue capacità, inclinazioni naturali e disposizioni.

Tale norma assume un'importanza fondamentale in quanto il legislatore della riforma pare superare la tradizionale configurazione autoritaria del rapporto tra genitori e figli. È in tali termini che allora, a maggior ragione, il minore non è più *oggetto* della tutela, bensì *soggetto* della stessa¹⁵⁸.

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”. Sul punto cfr. C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 1 e ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 525 e ss.

¹⁵⁶ L'art. 316 c.c. *Responsabilità genitoriale*, come modificato dall'art. 39 del d.lgs. 154/2013, prevede: “*Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle disposizioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Il genitore che ha riconosciuto il figlio, esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale, vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio*”.

¹⁵⁷ G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, cit., pp. 81 e ss.

¹⁵⁸ P. PERLINGIERI - P. STANZIONE, *Minore età e potestà dei genitori*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2008, pp. 121 e ss.

Su tale scia si innestano le disposizioni dei commi successivi che, nel prevedere per i genitori il ricorso al giudice nel “caso di contrasto su questioni di particolare importanza” (art. 316, secondo comma, c.c.), dispongono che questi, “sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisca le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio” (art. 316, terzo comma, c.c.).

È proprio la citata norma che attesta nel nostro ordinamento, insieme agli artt. 315-bis, 336-bis e 337-octies, la generalizzazione del diritto all'ascolto del minore¹⁵⁹ anche di età inferiore ai dodici anni se dotato di capacità di discernimento finalizzato alla tutela del suo superiore interesse.

L'ascolto del minore è previsto come obbligo, e non come mera facoltà, in tutti i procedimenti che lo riguardano, costituendo così una tra le più importanti modalità di realizzazione del suo diritto ad esprimere le proprie opinioni, ed elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse¹⁶⁰, divenendo in tal modo un momento fondamentale nelle controversie giudiziarie che lo coinvolgono. Tale previsione, giova ribadire, è da salutare positivamente nella misura in cui tende ad esaltare le concrete esigenze del minore. Si precisa che, ai sensi dell'art. 315 bis c.c., il diritto all'ascolto è ancorato alle “questioni e procedure” che riguardano il minore di età.

Sul punto si potrebbe muovere una critica nel senso che sarebbe stato opportuno fissare, senza limiti di età, il diritto del minore ad essere ascoltato in famiglia e in ogni altra formazione sociale ove svolge la sua personalità, quali luoghi fisiologici e naturali di manifestazione dei suoi bisogni, delle sue capacità, delle sue istanze¹⁶¹.

Si consideri, ancora, che nell'art. 315 bis c.c. manca la menzione dell'ascolto preceduto da un'informazione fornita con linguaggio e modalità adeguate in merito alle determinazioni che potrebbero essere assunte, affinché il minore di età possa

¹⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2, 2012, pp. 125 e ss.; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 6, 1999, pp. 590 e ss.

¹⁶⁰ Cass., 26 marzo 2015, n. 6129, in *Foro it.*, 2015, c. 1543 ss.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19327, in *Foro it.*, 2015, c.927.; Cass. S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam e dir.*, 2010, p. 365 ss.

¹⁶¹ G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone(II)*, 2013, p. 1477.

consapevolmente esprimere la propria opinione, in contrasto con quanto indicato nelle fonti europee e internazionali¹⁶².

Si ricordi inoltre che l'informazione deve necessariamente riguardare anche le eventuali conseguenze derivanti dalle soluzioni adottate, soprattutto se contrarie rispetto a quanto espresso dal minore, così da attuare in modo efficace il processo di maturazione e crescita del minore.

La norma difetta sotto tale aspetto, in più vi è da aggiungere che il richiamo, sempre con riferimento all'ascolto, alla capacità di discernimento per coloro che abbiano meno di dodici anni è condivisibile, tuttavia probabilmente sarebbe stato più opportuno legare tale valutazione all'effettivo e reale grado di maturità e comprensione del minore stesso ed alle altre circostanze del caso concreto¹⁶³.

Del resto, si tratta di criteri fondamentali in modo che si mantenga elastico il livello di discernimento del minore di età, pena lo svilimento della concezione del minore quale *persona* appunto. Si consideri inoltre che una delle prime decisioni sulla l. n. 219¹⁶⁴, nel prevedere l'eventuale ascolto del minore, parla soltanto di "accertata capacità di discernimento", che è concetto comunque differente rispetto a quello di "accertata e specifica maturità del minore interessato".

Il giudice, seppur tenuto all'audizione ed a tener conto del suo esito, non è, però, il mero esecutore dei desideri del minore. Si deve perseguire quello che è il suo reale interesse e disporre quanto è possibile per tutelarne una crescita serena ed equilibrata. A tal fine, il giudice deve valutare se la soddisfazione dei desideri espressi dai minori corrisponda effettivamente al loro interesse¹⁶⁵; di conseguenza il provvedimento può anche disattendere la volontà del minore emersa nel corso della sua audizione, con adeguata motivazione.

Sul punto anche la giurisprudenza della Cedu ha precisato che *"la migliore attuazione dell'interesse del minore non può tradursi nell'accordare un peso aprioristicamente prevalente alla sua volontà espressa in sede di ascolto, soprattutto qualora emergano*

¹⁶² Cfr., ad esempio, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, o ancora alla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996.

¹⁶³ M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione, Diritto di famiglia e delle persone (il)*, 2014, p. 1628.

¹⁶⁴ Trib. Varese, 24 gennaio 2013, su www.ilcaso.it (consultato il 03 gennaio 2020)

¹⁶⁵ Cfr. Tribunale Pavia, 7 novembre 2016, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

le manipolazioni subite dal minore stesso e, quindi, il concreto impedimento ad un corretto e libero esercizio del diritto ad esprimere le sue opinioni.”¹⁶⁶

Si consideri che il vero limite ad un indiscriminato ed incontrollato ricorso all'ascolto, anche nei casi in cui non sia opportuno nell'interesse del minore di età, è appunto proprio il riferimento alle effettive esigenze e caratteristiche di quel minore.

Alla luce di quanto detto, taluni hanno difatti paventato il pericolo che la generica formulazione dell'art. 315 *bis* c.c. possa lasciare il campo aperto all'introduzione di un vero e proprio obbligo assoluto di ascolto del minore, indipendentemente dalle peculiarità del caso concreto, finendo per costituire una distorsione dello strumento rispetto agli obiettivi di tutela per i quali è stato previsto¹⁶⁷.

3.2. La mediazione familiare

Nel nostro ordinamento giuridico, con l'introduzione dell'art. 155-*sexies* c.c. ad opera della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (ora art. 337-*octies* c.c., dopo il completamento della riforma della filiazione degli anni 2012 e 2013) recante le disposizioni in materia di separazione dei coniugi ed affidamento condiviso dei figli, è stato previsto lo strumento della mediazione familiare quale tecnica utilizzabile dal giudice, qualora la ritenesse opportuna, nel corso del procedimento per il componimento pattizio dei conflitti tramite esperti

La disposizione dell'art. 155-*sexies*¹⁶⁸ c.c., ha ripreso il contenuto dell'art. 13 della Convenzione di Strasburgo 25 gennaio 1996 sui diritti dei bambini, ratificata con la l. 20 marzo 2003 n. 77, norma di diritto internazionale che incoraggia la mediazione al

¹⁶⁶ G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Cammini, percorsi di riflessione e approfondimento*, collana diretta da M. G. RUO e A. L. PENNETTA, Aprile 2018, pp. 17 e ss.

¹⁶⁷ F. DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 537 e ss.

¹⁶⁸ *"Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.*

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli"

fine di risolvere l'eventuale conflitto in modi alternativo. Vanno inoltre ricordati almeno altri precedenti interventi normativi, fra cui la l. 28 agosto 1997 n. 285 ("Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza"), che all'art. 4, comma 1, lettera i) riconosce la mediazione familiare quale servizio di sostegno e superamento delle difficoltà relazionali in favore dell'infanzia e dell'adolescenza; e, in secondo luogo, la l. 8 novembre 2000 n. 328 ("Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), che all'art. 1, comma 1, enumera le finalità istituzionali del sistema integrato predetto, quali, tra le altre, *"quelle di prevenire, eliminare o ridurre le condizioni di disagio individuale e familiare"*. Si ricorda ancora, la l. 5 aprile 2001 n. 154 ("Misure contro la violenza nelle relazioni familiari"), che all'art. 2 ha inserito l'art. 342-ter c.c., il cui secondo comma prevede: *"Il giudice può disporre altresì, ove occorra, l'intervento dei Servizi sociali del territorio o di un Centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori, o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati"*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Tra gli interventi invece più recenti giova ricordare la normativa di cui al d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (Attuazione dell'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), il cui art. 1 contiene la definizione della mediazione e del mediatore in materia civile e commerciale.

L'art. 1 identifica la mediazione come *"l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*. Lo stesso articolo qualifica mediatore *"la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo"*. Il detto art. 1, inoltre, considera la conciliazione l'esito positivo della composizione della controversia a seguito dello svolgimento dell'azione mediativa. Quanto alle controversie oggetto di mediazione, l'art. 2 del d.lgs. precisa che chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del cit. decreto, che indica una serie di materie per le quali è posto l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della relativa domanda giudiziale, indicando tra le materie oggetto dell'obbligo: il condominio, i diritti reali, le successioni ereditarie, la divisione ed i patti di famiglia, la locazione, il comodato, l'affitto di aziende, il risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, i contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1).

In definitiva da tale breve *excursus* normativo può affermarsi che, nonostante il codice civile non contempra neppure la mediazione familiare preventiva rispetto alla domanda di separazione personale dei coniugi e di divorzio, l'art. 337-*octies*, comma 2, c.c. prevede la sola forma di mediazione familiare volontaria endoprocessuale lasciata, sul consenso delle parti, alla iniziativa ed alla discrezionalità del Presidente del Tribunale o del giudice istruttore, che esercita il suo potere specifico in caso di esistenza di modelli collaborativi condivisi dalla locale classe forense¹⁷⁰.

In dottrina e giurisprudenza la mediazione familiare è stata considerata negli anni un'opzione solo eventuale e meramente facoltativa, tesa alla creazione di uno spazio neutro, ovvero un procedimento non obbligatorio che prevede la presenza di un terzo che aiuti i genitori durante le crisi familiari ad instaurare un dialogo ed a raggiungere un accordo condiviso sulle principali questioni materiali e sentimentali¹⁷¹. Del resto, si parte dall'assunto secondo cui la famiglia deve essere salvaguardata nella sua unità sebbene i genitori addivengano ad una separazione, ovvero al divorzio. In altre parole, si tende alla valorizzazione della mediazione proprio per tutelare i rapporti con i figli. La mediazione può essere definita quale strumento di risoluzione delle controversie domestiche rivolta alle coppie in crisi, (unioni matrimoniali e non matrimoniali). Si tratta a ben vedere di una possibilità eventuale di conciliazione tesa a conferire nuovamente normalità alla vita della famiglia e benessere ai figli.

Tale percorso può avere inizio in tutte le fasi della separazione o del divorzio, o in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali e che è caratterizzato dalla imparzialità verso i soggetti interessati e dalla neutralità verso il giudice.¹⁷² La

Lo stesso comma 4 dell'art. 5 stabilisce, poi, che la norma di cui al comma 1 non è applicabile ai procedimenti per ingiunzione, ai procedimenti di convalida di sfratto, a quelli possessori, a quelli di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, a quelli in camera di consiglio e nell'azione civile esercitata nel processo penale.

¹⁷⁰ Degna di nota sul punto è l'introduzione in taluni Tribunali del servizio pubblico e gratuito dell'ufficio di mediazione familiare. Si ricorda poi ad esempio il caso della regione Umbria ove esiste poi un servizio privato di mediazione familiare a sostegno della genitorialità e delle coppie in crisi con figli, servizio gestito dall'Associazione MIXTIM.

¹⁷¹ G. SPADARO, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2008, pp. 209 e ss.; C. CILIBERTO, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, ibidem, 2009, pp. 293 e ss.

¹⁷² G. MORANI, *Disagio minorile ed intervento dell'Organo giurisdizionale specializzato. Problematiche e prospettive*, Milano, 2001, pp. 277 e ss.

mediazione familiare si pone, quindi, come una risorsa formativa per le famiglie separate, divorziate, ricostituite e di fatto. Il soggetto terzo che interviene tenta delle strategie per accordare le parti in vista di un'intesa¹⁷³.

Quanto al *tempus* in cui interviene il terzo in qualità di mediatore, è possibile contestualizzare il suo operato tanto, in relazione ai rapporti c.d. verticali tra genitori e figli, nelle fasi immediatamente precedenti e successive alla separazione o al divorzio, ovvero durante i relativi procedimenti, secondo l'esplicito disposto dell'art. 337-*octies*, comma 2, c.c. Nelle ipotesi di famiglia di fatto il negoziato può attuarsi prima o dopo la cessazione della convivenza dei *partner*.

Tuttavia, occorre precisare che in quasi tutti gli ordinamenti occidentali il ruolo informale del terzo ha sempre meno spazio, mentre maggior vigore hanno avuto gli interventi giurisdizionali.

La differenza rispetto ad altre forme di mediazione come quelle civili o commerciali che rivestono carattere coattivo, è che la mediazione familiare è rimessa alla prudente valutazione discrezionale del giudice.

Sul punto si fronteggiano diverse interpretazioni.

Secondo una prima, la mediazione familiare rientrerebbe nel *genus* della mediazione civile e commerciale. Tale impostazione si rifà al riconoscimento, ormai consolidato da parte della giurisprudenza, di una negoziabilità molto estesa alle vicende familiari e, pertanto, a quelle separative e divorzili¹⁷⁴.

Vi è poi una seconda interpretazione secondo la quale occorre mettere in evidenza sia il carattere particolare del diritto di famiglia unitamente alla generale non disponibilità dei diritti nell'interesse del minore e, ancora, la stessa esclusione dei procedimenti in camera di consiglio dall'obbligo del previo esperimento della mediazione, esclusione giustificata dal rilievo che la mediazione familiare può dare risultati positivi e, così, far raggiungere un accordo tra le parti, solo se vi si accede spontaneamente.

Sul punto si ricorda che l'art. 2 del d.lgs. 28/2010 dispone: “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili secondo le disposizioni del presente decreto*”.

Si consideri, inoltre, che l'art. 5 del medesimo decreto individua un ventaglio di materie per le quali esiste l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della relativa domanda giudiziale, ed indica tra le materie

¹⁷³ I. QUADRELLI, *Mediare conflitti, ricostruire relazioni*, Roma, 2005, pp. 9 e ss.

¹⁷⁴ Cfr. App. Bari 5 novembre 1999, in *Fam. e dir.*, 2011, 45, nt. 28.

oggetto dell'obbligo anche le successioni ereditarie, la divisione ed i patti di famiglia. Dal canto suo la dottrina¹⁷⁵, sulla scorta della lettura del d.lgs. 28/2010, afferma che oggetto di possibile mediazione civile nell'ambito del diritto di famiglia possono essere tutti i diritti disponibili connessi ai procedimenti di separazione e di divorzio e la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, con orientamento consolidato, riconosce una generalizzata negoziabilità a tutte le vicende familiari in stato di crisi. Si può, dunque, affermare, alla luce di quanto esplicito, che in virtù delle attuali disposizioni i coniugi in sede di separazione personale o di divorzio possono esperire la mediazione civile di cui al d.lgs. 28/2010 in materie particolari, quali l'assegnazione della casa coniugale, l'ammontare dell'assegno e del contributo di mantenimento, la collocazione dei figli, il tempo che i figli trascorreranno con i genitori¹⁷⁶. Fatta tale generale premessa sull'istituto di seguito verranno brevemente esposte le condizioni in virtù delle quali, ai sensi del secondo comma dell'art. 337-*octies*, comma 2, opera la mediazione familiare.

Le condizioni in presenza delle quali è possibile ricorrere alla mediazione sono le seguenti:

- a) l'opportunità del percorso di mediazione rimessa alla discrezionalità del giudice;
 - b) la presenza di un terzo neutrale, imparziale ed indipendente (il mediatore), che svolge, con la garanzia della riservatezza (art. 9, comma 1, d.lgs. 28/2010), la funzione mediativa;
 - c) la prestazione del consenso delle parti che volontariamente, senza costrizione, cercano ed accettano la mediazione;
 - d) le due finalità cui tende la mediazione, cioè l'incontro e l'accordo cui le parti dovrebbero giungere e che si configura come compromesso.
- Sul punto si evidenzia che, quanto al primo requisito, l'opportunità deve essere riferita non ad una prognosi sulle sorti della mediazione, ma ad un esame approssimativo dello stato di conflittualità accertato tra le parti.

In altre parole, il giudice valuta l'opportunità del tentativo, ma non dell'accordo. In relazione al secondo requisito, il giudice può valutare congruamente l'opportunità del ricorso alla mediazione ricorrendo a degli esperti esclusivamente ascoltando le parti. Quest'ultimo adotterà un provvedimento nel contraddittorio con gli interessati.

¹⁷⁵ F. R. FRANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 42 e 45.

¹⁷⁶ G. MORANI, *La mediazione familiare*, *Dir. famiglia*, fasc.3, 2012, p. 1322.

Venendo al terzo requisito, questo è fondamentale ai fini del raggiungimento di un consenso, solo in tali termini, infatti, si giustifica il rinvio, altrimenti ci si troverebbe dinanzi a un allungamento immotivato e contrastante col principio della ragionevole durata del processo stabilito di cui all'art. 111 Cost¹⁷⁷.

Le fasi della mediazione familiare sono quantomeno tre, e cioè una fase iniziale, una fase centrale e una fase finale.

Quanto alla prima, si tratta di un momento di fondamentale importanza, da cui dipende il buon andamento futuro ed il possibile felice esito dell'intervento. È decisiva, infatti, l'instaurazione iniziale di una relazione serena con entrambi i coniugi o *partner*.

Essa tende infatti al raggiungimento dell'accordo, che può conseguirsi allorché i genitori si riconoscono l'un l'altro come possibili, necessari interlocutori e realizzano la trasformazione del campo competitivo proprio di ogni procedura separativa e divorzile in un terreno di comprensione e di fiducia idoneo a far trovare l'accordo.

La fase conclusiva del percorso mediativo comprende la verifica e la formulazione del raggiunto accordo finale¹⁷⁸.

Nel caso di accordo raggiunto il giudice provvede alla c.d. "omologazione" dell'accordo stesso nei modi e nei limiti previsti dalle leggi; diversamente in caso di mancato raggiungimento, il giudice provvede a norma dell'art. 155 ss. c.c.

Vi è inoltre la possibilità di un accordo *in itinere*, ovvero una ipotesi mediana in cui il giudice, sentite le parti, dispone, con il loro consenso, un ultimo rinvio per tentare il loro accordo¹⁷⁹.

Si pone il quesito di quali siano nell'ordinamento giuridico italiano del diritto di famiglia le ipotesi in cui trova concreta applicazione la mediazione familiare. In particolare, se ne individuano tre: la prima è il caso della separazione personale dei coniugi e del divorzio; la seconda è il caso dei contrasti tra i coniugi in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale. In ultimo l'ipotesi dei conflitti tra *partner* e figli, e i relativi rapporti nella famiglia naturale o non matrimoniale.

¹⁷⁷ A. DOMINI, *La mediazione familiare*, in *Dir. e form.*, 2010, p. 703.

¹⁷⁸ R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli 2014; AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, in *Giust. civ.*, pp. 86 e ss., AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 90.

¹⁷⁹ A. DOMINI, *La mediazione familiare*, cit, p. 708

Quanto al caso di separazione personale dei coniugi (giudiziale o consensuale¹⁸⁰) a questa si ricorre laddove “si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole” (art. 151, comma 1, c.c.).

In genere la separazione precede il divorzio, che è l'*extrema ratio* quale condizione terminale del rapporto e che conduce alla sua estinzione con lo scioglimento del matrimonio civile e la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Le cause sono quelle indicate, sia in caso di divorzio contenzioso che congiunto, dall'art. 3 della l. 898/1970 e presuppongono il duplice accertamento dell'ininterrotta, definitiva disgregazione della comunione materiale e spirituale familiare; e della protrazione dello stato di separazione per un periodo di un anno o sei mesi decorrenti dalla comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale che ha pronunciato la separazione giudiziale, o ha omologato la separazione consensuale. Tali questioni — affrontate dagli esperti alla luce degli artt. 155, commi 1, 2, 3, 155 *bis* c.c. e dell'art. 709 *ter* c.p.c. — se trattate dagli esperti medesimi con saggezza, misura e con la particolare competenza professionale del mediatore, possono trovare soluzioni adeguate ed idonee a raggiungere un soddisfacente accordo.

In particolare, un'area in cui la mediazione familiare può raggiungere ottimi risultati è proprio quella dei dissidi tra coniugi in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale¹⁸¹.

Si precisa che la responsabilità genitoriale ha come obiettivo finale il superiore interesse morale e materiale dei minori, inteso come interesse dei figli alla serenità, alla stabilità dei rapporti affettivi con entrambi i genitori.

Si parla a tal proposito di c.d. diritto alla doppia genitorialità in capo ai figli. Ai sensi del terzo comma dell'art. 337-*ter* c.c., in caso di separazione personale, la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori; le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute sono assunte di

¹⁸⁰ G. MORANI, *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa*, in www.dejure.it, 2009, pp. 361 e ss.

¹⁸¹ G. MORANI, *La giurisdizione civile per i minorenni: la competenza ratione materiae del Tribunale per i minorenni in tema di rapporti giuridici personali fra genitori e prole*, in www.dejure.it, 1999, pp. 1314 e ss.; Id., *L'affidamento della prole nelle crisi familiari*, *cit.*, p. 362.

comune accordo, tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. In caso di conflitto tra genitori legittimi uniti (non separati), è poi previsto l'intervento del Tribunale per i minorenni che è organo giurisdizionale specializzato, cui è demandato il controllo sull'esercizio della potestà parentale.

In questi casi la mediazione familiare è come anticipato un mezzo essenziale di risoluzione delle crisi, potenzialmente in grado, se utilizzato con saggezza, di sollecitare i genitori ad una condotta responsabile per trovare il consenso ed evitare i provvedimenti ablativi (come la decadenza dalla responsabilità), i cui presupposti sono indicati nell'art. 330 c.c., o limitativi della responsabilità stessa (si pensi alla sospensione, ovvero all'ordine di allontanamento del minore dalla residenza familiare con sua collocazione presso parenti idonei o l'affido ai Servizi sociali con il compito di seguire il caso ed il mandato specifico agli stessi Servizi sociali di svolgere opera di mediazione e di sostegno presso i genitori allo scopo di ridurre la conflittualità) a norma dell'art. 333 c.c.¹⁸²

Infine, merita cenno l'area di intervento della mediazione familiare con riguardo al caso di conflitto tra genitori naturali e prole nelle unioni non matrimoniali o di fatto. Si consideri che con la dizione oramai di uso comune "famiglia di fatto", si fa riferimento all'unione naturale formata da una coppia di maggiore età ed in genere di sesso diverso, che convive senza alcun legame formale. Di norma trattasi di una relazione temporanea e mutevole, revocabile dalle parti liberamente in ogni istante.

I problemi possono sorgere con riguardo, più che al rapporto orizzontale tra *partner* regolabile con convenzioni o patti privati tra i soggetti interessati a norma della disposizione generale di cui all'art. 1322 c.c., al rapporto verticale tra genitori naturali e figli, regolato dall'art. 337-ter, comma 3, c.c., cioè dalla stessa disciplina propria del rapporto verticale tra genitori legittimi e prole. In tali casi la mediazione familiare può evitare penetranti e "invadenti" interventi protettivi del Tribunale per i minorenni a difesa dei minori a norma dei citati artt. 330 e 333 c.c.¹⁸³

3.3. L'illecito endofamiliare: il danno da privazione genitoriale

¹⁸² G. MORANI, *La giurisdizione civile per i minorenni*, 1999, cit., pp. 1316 e ss.

¹⁸³ T. AULETTA, *Diritto di famiglia. Appendice di aggiornamento alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Torino, 2013, p. 98.

L'ultimo paragrafo della presente trattazione si prefigge l'obiettivo di illustrare, senza pretese di esaustività, il tema degli illeciti endofamiliari. Con tale espressione si intende far riferimento a qualsiasi comportamento dannoso, connotato dalla sussistenza di un rapporto tra danneggiante e danneggiato, in termini di coniugio e/o di filiazione¹⁸⁴.

Per lungo tempo si è negato l'accesso alla violazione dei doveri matrimoniali di cui agli artt. 143-147 c.c. nell'ambito della responsabilità civile, in virtù di una visione della famiglia in senso patriarcale, ovvero dominata dal *pater familias*.

Diversamente, con l'avvento di una concezione tesa a valorizzare il ruolo centrale assunto dalla persona e dal minore come soggetto di diritto, si è passati da una visione della stessa quale società chiusa, autoritaria e gerarchica, a comunione di intenti e affetti, basata sui principi di solidarietà e di eguaglianza¹⁸⁵. La famiglia è oggi tesa alla realizzazione del singolo, oltre che come membro di essa, anche come titolare di situazioni giuridiche soggettive bisognose di tutela¹⁸⁶.

Altro fattore che contribuiva a limitare l'operatività della responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari è stata la natura giuridica dei doveri matrimoniali, che rivestono una connotazione strettamente morale¹⁸⁷.

Diversamente, oggi si assiste a un mutamento di orientamento nel senso della giuridicità, in virtù della norma di cui all'art. 143 c.c., che fa riferimento alle nozioni di dovere, obbligo e diritto, e dell'art. 160 c.c., che sancisce l'inderogabilità dei detti doveri¹⁸⁸. Oggi, dunque, può affermarsi che la considerazione in termini di giuridicità dei vincoli in discussione consente di affermare che la loro violazione, laddove leda

¹⁸⁴ A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.2, 2019, p. 905.

¹⁸⁵ F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, pp. 771 e ss.; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, 2 a ed., Milano 2011, pp. 4 e ss.

¹⁸⁶ E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Dir. e giur.*, 2003, pp. 267 e ss.; A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 163.

¹⁸⁷ V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *AA. VV., La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, pp. 278 e ss.

¹⁸⁸ C. CICERO - M. E. DI FRANCO, *La regola risarcitoria nel rapporto coniugale*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, pp. 196 e ss.

diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c.¹⁸⁹.

Del resto, la tutela civilistica della famiglia anche in tema di responsabilità è diretta derivazione del principio di diritto secondo cui, nell'ambito della famiglia, i singoli componenti ricevono riconoscimento, prima ancora che come coniugi e/o figli, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost¹⁹⁰.

In questi termini la lesione da parte di un componente della famiglia di un diritto di altro membro rappresenta il presupposto logico della responsabilità civile, in adesione al rispetto dei principi di dignità e della personalità di ciascun membro del nucleo familiare.

L'illecito endofamiliare costituisce inoltre un concetto “rafforzato” in quanto può essere sanzionato tanto sotto l'aspetto delle regole proprie del diritto di famiglia che in attuazione delle norme in tema di responsabilità aquiliana¹⁹¹. Si illustreranno, di seguito, le conseguenze dell'ingresso nel nostro ordinamento di responsabilità civile delle relazioni familiari, ovvero il riconoscimento di una tutela di stampo riparatorio nei riguardi dei figli, nel caso in cui siano destinatari, loro malgrado, di lesioni ai loro danni perpetrate da altri membri del gruppo familiare¹⁹².

Dal canto suo la dottrina ha fornito una nozione di illecito endofamiliare legata alla violazione degli obblighi dei genitori rispetto ai figli, sulla base della considerazione secondo la quale la sanzione ad essa collegata non è da rinvenirsi esclusivamente nelle misure tipiche del diritto di famiglia¹⁹³.

È possibile ordinare le lesioni che possono perpetrarsi ai danni dei figli. *In primis* il riferimento è al c.d. fenomeno della privazione genitoriale che, nel rapporto genitore-figlio, ricorre nei casi in cui il primo sia privato della “genitorialità¹⁹⁴” e il secondo della “bigenitorialità”, vale a dire del diritto, in entrambi i casi, ad avere rapporti continuativi e significativi, rispettivamente, con il proprio figlio o con entrambi i

¹⁸⁹ A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, pp. 45 e ss.

¹⁹⁰ C. CAMPANILE, *La responsabilità endo-familiare*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, *La famiglia, Le persone*, II, Agg., Torino, 2008, pp. 327 e ss.

¹⁹¹ G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2ª ed., Torino, 2009, pp. 78 e ss.

¹⁹² G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, Torino, 2011, p. 1147.

¹⁹³ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, pp. 405 e ss.

¹⁹⁴ A. MAZZOLA, *Il danno da deprivazione genitoriale*, Milano, 2018, p. 14.

genitori¹⁹⁵.

Le nozioni di genitorialità e bigenitorialità, rappresentano a ben vedere due facce della stessa medaglia, per cui appare necessario accordare ad entrambe adeguata tutela, in quanto il diritto del minore in tanto può trovare riconoscimento e protezione in quanto il genitore abbia cura di lui¹⁹⁶. Ripercorrendo talune pronunce giurisprudenziali¹⁹⁷ rileva il mancato svolgimento, da parte del genitore, dei doveri che il relativo *status* impone definito “*ipotesi di illecito endofamiliare (...) da privazione del rapporto genitoriale, in cui il soggetto attivo è il genitore che omette di svolgere il ruolo da egli stesso scelto con la procreazione e soggetto passivo è il minore, che perde, senza sua colpa, uno dei genitori*”¹⁹⁸.

Il genitore o i genitori possono violare gli obblighi legali in tre diversi momenti temporali, vale a dire a partire dalla fase antecedente all'instaurazione del rapporto di filiazione, durante l'ordinario svolgimento della vita familiare e, infine, durante il momento patologico cioè quello della crisi della coppia¹⁹⁹.

In merito, giova ripercorrere taluni orientamenti della giurisprudenza, partendo da quelli più risalenti.

Nel 1992 il Tribunale di Torino²⁰⁰, pronunciandosi su una declaratoria di nullità per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio naturale, aveva accolto la domanda risarcitoria avanzata del curatore speciale del minore, volta a ottenere il ristoro del danno non patrimoniale subito dallo stesso, sotto il profilo del "danno psicofisico di carattere anche sociale".

¹⁹⁵ R. ROSSI, *La privazione genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 13.

¹⁹⁶ C. GRASSI, *Il punto su: potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giust. civ.*, 2008, 2, pp. 455 e ss.; A. SCALISI, *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. e dir.*, 2007, pp. 520 e ss.

¹⁹⁷ Cfr. Trib. Genova 26 aprile 2018, in *www.dejure.it*; Trib. Matera 7 dicembre 2017 e Trib. Trieste 22 dicembre 2017, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, pp. 607 e ss., con nota di L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*; Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 4, pp. 397 e ss., con nota di A. SCALERA, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*.

¹⁹⁸ Trib. Milano 23 luglio 2014, cit.

¹⁹⁹ L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.6, 2008, p. 1238.

²⁰⁰ Trib. Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 193, con nota di A. DI CHIARA, *Ancora in tema di statuizioni incidentali del giudice civile in ordine a fatti costituenti reato: appunti a margine*.

Si ricorda inoltre una pronuncia con la quale la Corte di Cassazione²⁰¹ si è espressa sulla seguente questione.

Ad un soggetto veniva attribuita con sentenza la paternità naturale di un ragazzo per cui veniva condannato al versamento di quanto dovuto per il mantenimento del figlio. Il giovane, dal canto suo, agiva per vedersi attribuito *"il risarcimento dei danni personalmente subiti, sia sotto il profilo affettivo che economico"*, in conseguenza del *"comportamento intenzionalmente e pervicacemente defatigatorio del padre naturale"*.

I giudici di merito accoglievano la domanda.

La Cassazione, in quell'occasione, ha precisato che ciò che la Corte *"ha inteso risarcire è la lesione in sé, che dal comportamento del ricorrente (di iniziale ostinato rifiuto di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza), ne è scaturita dei fondamentali diritti della persona, in particolare inerenti alla qualità di figlio e di minore"*.

Si tratta di una lesione di diritti *"collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti"*, che l'ordinamento tutela quale danno-evento *"risolventesi in un danno esistenziale od alla vita di relazione"*.

Da tale premessa si giunge ad affermare che l'art. 2043 c.c., "correlato agli artt. 2 ss. Cost., deve essere *"necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana"*. Si tratta del *"ristoro del danno (non già "morale" da illecito penale, ma) da lesione in sé di suoi diritti fondamentali, in conseguenza della riferita condotta del suo genitore"*. Sul punto, nonostante parte della dottrina²⁰² sia stata anche critica, vi è da dire che trattasi di una pronuncia molto significativa, seguita anche da altre del medesimo tenore.

Si riporta ad esempio un'altra pronuncia di merito con la quale il Tribunale di Venezia²⁰³ si è espresso in ordine alla seguente questione, ovvero quella di una donna rimasta incinta la quale portava a termine la gravidanza contro il parere dell'uomo, con il quale la storia finiva prima del parto. Il padre naturale si disinteressava della figlia, non assolvendo ai propri obblighi alimentari e si sottraeva dunque anche ai tentativi di contatto che la ragazza maggiorenne cercava di instaurare con il padre.

²⁰¹ Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, c. 187.

²⁰² A. D'ADDA, *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio* in *Giur. it.*, 2000, p. 1352.

²⁰³ Cfr. Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Il merito*, 2005, I, 17; in *Guida dir.*, 2004, 42, p. 61.

La domanda risarcitoria mirava a ottenere il danno morale da reato (art. 570 c.p.) poiché l'uomo non aveva mai versato quanto doveva alla figlia e si chiedeva poi il ristoro del danno esistenziale patito dalla figlia. Si poneva il quesito se vi fossero o meno altri danni, non di natura patrimoniale né coincidenti con il già liquidato danno morale. Il Tribunale dava risposta positiva, poiché *"diritti soggettivi assoluti appaiono pacificamente violati: perché il concepimento, che piaccia o meno, non si riduce a fatto meramente materiale, come accade invece in buona parte del regno animale; la nostra Carta costituzionale obbliga i genitori, anche naturali e senza distinzione alcuna sulla natura del vincolo che li lega, ad assistere materialmente e moralmente la prole, dunque un obbligo non meramente patrimoniale ma esteso, com'è ovvio, alla assistenza educativa"*. Nel caso di specie si è verificata la totale assenza della figura genitoriale che ha determinato conseguenze nella crescita della figlia. Anche il Tribunale de L'Aquila²⁰⁴ ha affermato che *"Il padre naturale che si sia deliberatamente sottratto al proprio dovere di assistere ed educare il proprio figlio minore, non avendo mai avuto con lui alcun contatto, così violando il suo diritto, assoluto ed inviolabile, a ricevere l'educazione in una propria famiglia, che promuova e favorisca il pieno sviluppo della sua personalità, è tenuto al risarcimento del danno esistenziale cagionatogli, da liquidarsi in via equitativa in relazione alle circostanze del caso, indipendentemente dalla punibilità in concreto di tale comportamento dal punto di vista penale"*.

Secondo il Tribunale *"il genitore naturale non ha mai (fin dalla nascita del figlio) in alcun modo prestato a quest'ultimo una benché minima assistenza materiale, morale, affettiva e psicologica, rifiutandosi malgrado i reiterati e sofferti tentativi del figlio di avere con lui anche sporadici rapporti d'alcun genere e, perfino, di incontrarlo, provocandogli per ciò, pur nell'assenza, in atto, di apprezzabili effetti patologici d'ordine fisico, un non trascurabile danno esistenziale, scaturito dalla carenza totale, ininterrotta e consolidata di qualsiasi rapporto affettivo, deve al figlio il risarcimento"*.

In definitiva, il Tribunale conclude a favore della condanna del padre naturale il quale non si era mai occupato dell'educazione del figlio, rifiutandosi persino di avere contatti con lui.

²⁰⁴ Cfr. Trib. minorenni di L'Aquila, 8 luglio 2005, in *Dir. fam.*, 2006, p. 191.

Si può pertanto affermare che fonte di responsabilità è il comportamento concretamente tenuto nei riguardi del figlio, come il rifiuto di prendersene cura²⁰⁵. Non vi sono dubbi circa l'accoglibilità della richiesta risarcitoria avanzata da colui il quale, sebbene riconosciuto, sia poi stato abbandonato dal genitore²⁰⁶, mentre dubbi sorgono in relazione alla fattispecie del figlio che, pur non riconosciuto, abbia comunque goduto dell'affetto del genitore.

In casi come questo sarebbe legittimo invocare il danno non patrimoniale da negazione dello *status* sociale che sarebbe derivato dal riconoscimento da parte del genitore²⁰⁷.

Se si analizza invece la condotta di abbandono posta in essere da un genitore, questa origina una privazione genitoriale endofamiliare, mentre esofamiliare, è, al contrario, la privazione, “sostanzialmente” cagionata dal comportamento illecito di un genitore, ma “formalmente” conseguenza del legittimo intervento di terzi, quindi dei provvedimenti giudiziali di cui agli artt. 330 e 333 c.c. Nella specie, in caso di violazione o trascuratezza dei doveri genitoriali o di abuso dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio, il magistrato può ordinare l'allontanamento di quest'ultimo dalla residenza familiare ovvero quello del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Lo stesso dicasi relativamente alla possibilità che il minore, moralmente o materialmente abbandonato, per decisione della pubblica autorità, sia collocato in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione (cfr. art. 403 c.c.).

Si parla ancora di illecito endofamiliare nel caso di azione commessa da soggetti terzi, come nell'ipotesi di colui che, in mala fede, provveda al c.d. riconoscimento per compiacenza, cioè colui che riconosca come proprio un figlio altrui. In tale ipotesi, la privazione, tanto più grave quanto più è durato il finto *status*, si è, dunque, configurata rispetto al “vero” genitore (*rectius*: genitore biologico), con il quale un rapporto di filiazione non si è instaurato²⁰⁸.

²⁰⁵ Trib. Venezia 18 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, c. 9821

²⁰⁶ Cfr. Trib. Roma 11 gennaio 2012, in *www.personaedanno.it*, con nota di P. CENDON, *Padre assente, risarciti danno esistenziale e morale*, in *I diritti dei più fragili*, Milano, 2018, pp. 134 e ss.

²⁰⁷ F. GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 100 e ss.

²⁰⁸ E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio. Linee di una evoluzione*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2011, pp. 373 e ss.

È necessario, a conclusione della presente trattazione, fare un breve cenno ad una recentissima e interessante pronuncia sul tema del diritto al risarcimento della figlia nei confronti del padre.

Il caso trae spunto dall'azione giudiziale di una donna che agiva in giudizio nei confronti del padre per ottenere il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, derivanti dalla presunta violazione dei suoi obblighi di genitore, come quello di mantenerla, istruirla ed educarla. La donna lamentava che la totale noncuranza del padre aveva provocato difficoltà nello sviluppo della sua personalità, tra le cui la scelta di non portare a termine gli studi²⁰⁹.

Mentre la domanda veniva accolta dal Tribunale e il provvedimento confermato in Appello, il padre ricorreva allora in Cassazione, la quale rigettava. Orbene, l'ordinanza della Cassazione ha ad oggetto la possibilità di ravvisare danni in relazione ai doveri gravanti sui genitori nei riguardi dei figli. Secondo la Corte: *“il disinteresse del genitore nei confronti del figlio costituisce infatti non soltanto una grave violazione degli obblighi genitoriali ma, incidendo su beni fondamentali, integra anche un illecito civile e consente un'autonoma azione risarcitoria ex art. 2059 c.c. Si tratta del danno da privazione della figura genitoriale, inquadrabile nella più generale categoria del danno da illecito endofamiliare”*. E, ancora che” *“Tale categoria comprende tutte le ipotesi in cui, nell'ambito di relazioni familiari, si realizzano lesioni ai diritti della persona costituzionalmente garantiti, in conseguenza di una violazione dei doveri familiari. In tal senso si sostiene che i diritti inviolabili della persona rimangono tali anche in ambito familiare, cosicché la loro lesione da parte di altro componente della famiglia può costituire presupposto di responsabilità aquiliana”*²¹⁰.

La Corte di Cassazione, innanzitutto sostiene che la responsabilità del padre per i danni subiti dalla ragazza non può ritenersi esclusa o limitata dalla circostanza che anche la madre possa non aver correttamente adempiuto ai suoi doveri di genitore. Del resto, la S. C. ribadisce che gli obblighi di mantenere, educare, istruire e assistere moralmente

²⁰⁹ S. A. R. GALLUZZO, *Il padre “assente” deve risarcire la figlia trascurata*, Nota a: Cass. civ., 27 maggio 2019, n.14382, sez. III in *Ridare.it*, fasc., 18 novembre 2019, p. 345.

²¹⁰ Cass., 15 settembre 2011, n.18853, in *Foro it.*, 2011; Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Foro it.*, 2013, c. 340.

i figli gravano, dalla nascita, su ciascuno dei due genitori e non soltanto su quello convivente.

Il genitore assente, secondo la Corte, *durante la vita del figlio risponde delle conseguenze del suo inadempimento anche se l'altro era "presente" e non ha fatto nulla per richiamarlo ai suoi doveri*. Si ribadisce che il genitore che non ha riconosciuto il figlio alla nascita resta obbligato al suo mantenimento per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, anche se fino a quel momento l'altro ha provveduto per intero, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori.

Quanto poi al danno patrimoniale la Corte precisa che la liquidazione dei pregiudizi "da perdita di *chance*" non può che avvenire attraverso il criterio equitativo, così come è stato fatto nella specie dalle corti di merito. Era stato infatti accertato che il fatto che il padre avesse trascurato la figlia per anni aveva causato un complessivo disagio materiale e morale per la ragazza, situazione che l'ha portata ad interrompere gli studi. Tale circostanza le ha precluso, precisano gli Ermellini, possibilità di realizzazione professionale con rilievi anche economici. In una siffatta situazione, pertanto, "sussistendo la prova del danno e mancando la ragionevole possibilità di dimostrare la sua precisa entità, risulta certamente consentita la liquidazione di esso in "via equitativa".

Anche il danno non patrimoniale era stato adeguatamente dimostrato, in sede di merito, in particolare in riferimento al pregiudizio morale ed al pregiudizio all'integrità psichica subito dall'attrice in conseguenza dell'inadempimento del padre ai propri obblighi di genitore, ed erano state invece ritenute assenti ulteriori concause.

Tale provvedimento non fa che confermare l'indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza in punto di danno da privazione della figura genitoriale e di lesione del diritto alla bigenitorialità, vale a dire nella privazione del diritto di ogni figlio ad avere un padre ed una madre e a poter contare sul loro aiuto non solo economico ma anche affettivo.

Inoltre, secondo un orientamento giurisprudenziale, la violazione degli obblighi genitoriali, può integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059

c.c. solamente qualora provochi lesione di diritti costituzionalmente protetti, ossia nel caso del cd. danno- conseguenza²¹¹.

Si ricorda, inoltre, che il danno causato al figlio non deve essere necessariamente economico. Nonostante, infatti, il benessere economico il totale disinteresse del genitore nei confronti del figlio e la mancanza di una figura genitoriale protrattasi per tutta la vita determina un'inguaribile ferita nell'individuo e una lesione dei diritti nascenti dal rapporto di filiazione²¹².

Quanto alle modalità con cui è possibile richiedere il ristoro, si fa rilevare che, affinché la domanda risarcitoria concernente i danni, patrimoniali e non, da privazione del rapporto genitoriale venga accolta, occorre accertare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del fatto illecito da individuarsi in una condotta antiggiuridica²¹³, nella lesione alla persona e nel nesso di causalità che lega tali due presupposti, oltre che nel dolo e/o nella colpa.

Quanto all'individuazione dell'elemento soggettivo, la giurisprudenza afferma di non ritenere sufficiente la semplice violazione del dovere familiare, richiedendo così la sussistenza del dolo in capo al genitore "inadempiente".

Rileverà sul punto in termini decisivi la volontaria violazione dei doveri derivanti dall'art. 30 Cost. e, quindi, la consapevolezza del concepimento e del proprio disinteresse manifestato nei confronti della prole²¹⁴.

Inoltre, ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato al figlio, vengono individuate altre due condizioni, vale a dire la gravità della violazione, che vada al di là della normale tollerabilità; in secondo luogo la serietà del danno che non deve cioè tradursi in meri disagi. Sul punto la Corte di Cassazione ha precisato che tali

²¹¹ Cass. civ., sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 3079, in *Foro it.*, 2015, c.2435

²¹² Si veda la sentenza del Trib. Milano 2938/2017 che ha condannato al risarcimento del danno, stabilito in via equitativa, nella somma di 100 mila euro il padre che aveva rifiutato ogni contatto con il figlio disabile. Nella specie il Tribunale aveva sottolineato che la condotta paterna, caratterizzata dal rifiuto di ogni approccio e contatto con il figlio disabile era stata particolarmente odiosa in quanto motivata proprio dalla sua disabilità. Configurava pertanto un illecito rappresentando una perdita per il figlio incidendo significativamente sulla sua delicata identità personale.

²¹³ D. MARCELLO, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*, in *Giur. it.*, 2015, 11, pp. 2322 e ss. (nota a Cass. 16 febbraio 2015 n. 3079).

²¹⁴ Cfr. Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1885.

elementi sono l'espressione del bilanciamento tra il principio di solidarietà verso il danneggiato e il dovere di tolleranza imposto dalla convivenza civile²¹⁵.

Al fine di ottenere il risarcimento, la parte dovrà dimostrare i danni patiti in quanto trattasi non di un danno *in re ipsa*, bensì di un danno-conseguenza²¹⁶. Se così non fosse il risarcimento verrebbe concesso non in seguito all'effettivo accertamento di un danno, ma “*quale pena privata per un comportamento lesivo*”²¹⁷. Basterà dimostrare, anche con presunzioni, delle rilevanti alterazioni negative dei propri assetti individuali, relazionali e vitali e la perdita subita con riferimento ad esempio agli studi, o alle attività lavorative o, ancora, a qualsiasi aspetto relativo alla vita di relazione. Del resto, la giurisprudenza di merito di norma ritiene sufficiente la presunzione dell'effettiva incidenza della privazione degli apporti economici e assistenziali sullo sviluppo formativo del soggetto leso così come fondata sul il richiamo alla minore età dei danneggiati, alla mancanza del genitore e al suo disinteresse verso il figlio²¹⁸.

²¹⁵ Cass., sez. un., 11 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2008, c. 934 ss.

²¹⁶ Cass. 16 febbraio 2015 n. 3079, in *Foro it.*, 2015, c. 673 ss.

²¹⁷ G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, cit., p. 1154.

²¹⁸ Cass., 12 giugno 2006 n. 13546, in *Danno e resp.*, 2006, p. 843 ss.

Conclusioni

Il presente lavoro trae spunto da temi di grande attualità, che inducono a riflettere su questioni che riguardano la famiglia e, in particolare, la tutela del minore nei casi di crisi familiare, di definitiva dissoluzione del matrimonio o della cessazione anche di unioni che, pur non formalizzatesi nell'atto di matrimonio, costituiscono famiglie a tutti gli effetti.

Alla luce delle considerazioni condotte nel corso della trattazione è possibile trarre alcune conclusioni.

Numerose riforme hanno profondamente mutato l'assetto dei rapporti familiari, ormai lontani dalla visione patriarcale e autoritaria del *pater familias*. Per anni la famiglia è stata considerata come una società chiusa, autoritaria e gerarchica, ove diversi erano gli ostacoli anche all'ingresso delle norme in tema di responsabilità civile. La famiglia moderna, al contrario, si caratterizza per il ruolo centrale che assume la persona.

Il nucleo familiare rappresenta, oggi, una comunità di affetti, la cui gestione deve essere improntata ai principi di solidarietà e di eguaglianza. Il figlio, allora, deve potersi realizzare all'interno della famiglia, non solo come membro di essa, ma come persona in quanto tale, titolare di situazioni giuridiche soggettive bisognose di adeguata protezione.

Fondamentali sono stati, in tal senso, gli interventi in tema di responsabilità genitoriale a seguito del decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013, che ha completato la riforma sulla parità di trattamento sostanziale e processuale dei figli, siano essi adottivi, incestuosi, nati dentro o fuori il matrimonio, di cui alla l. 10 dicembre 2012 n. 219. La novella ha, finalmente, chiarito il passaggio fra il concetto di potestà genitoriale a quello di responsabilità.

La vera novità di questa legge è, infatti, rappresentata dal ribaltamento della prospettiva cui guardare il rapporto tra genitori e figli, non più secondo l'ottica dei doveri dei genitori nei confronti del minore, ma piuttosto in ragione dei diritti del minore.

È emerso che l'intero impianto normativo è esplicitamente orientato a riconoscere e garantire al minore il diritto alla bigenitorialità nelle ipotesi di separazione e divorzio dei genitori.

Strumento fondamentale, capace di dimostrare l'evoluzione della concezione di figlio da "oggetto" a "soggetto" di diritto, sono le norme che regolano il diritto di ascolto del minore.

Infine, trattando degli illeciti endofamiliari e da privazione genitoriale, si è reso evidente come l'ingresso della responsabilità civile, con i suoi strumenti, sia stato indispensabile nel diritto di famiglia. Ecco che, allora, si ammette la tutela di stampo riparatorio anche nei riguardi dei figli, nei casi in cui questi siano soggetti passivi di lesioni perpetrate all'interno del contesto familiare.

Del resto, ormai da tempo la giurisprudenza ha ammesso l'illecito endofamiliare, connesso alla violazione degli obblighi dei genitori rispetto ai figli, sulla base della considerazione che la sanzione, collegata a tale violazione, non può essere ricercata solo ed esclusivamente nelle misure tipiche del diritto di famiglia.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La crisi familiare*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da BESSONE, Torino, Giappichelli, 2013.
- AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 90
- AA.VV., *Luci ed ombre del ddl Pillon in materia di affidamento condiviso*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.1, 1 marzo 2019, p. 1
- AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 86 e ss.
- ALPA, G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, pp. 439 e ss.
- ALPA, G., BARGELLI, E., *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 893 e ss.
- ALPA, G., *Il lessico della famiglia*, in *Elogio dell'incertezza. Aspetti della letteratura civilistica (1970-1990)*, Napoli, ESI, 1991.
- ARICO', F., *Riflessioni in tema di affidamento familiare: natura e presupposti dell'istituto* in *Dir. famiglia*, 1996, pp. 561 e ss.
- ASTIGGIANO, F., *Convivenza more uxorio con un terzo e diritto all'assegno divorziale da parte dell'ex coniuge onerato: problematiche e prospettive*, in *Fam. e dir.*, 2007, pp. 329 e ss.
- AULETTA, T., *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, 2005.
- AULETTA, T., *Diritto di famiglia. Appendice di aggiornamento alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Utet, Torino, 2013, p. 98.
- AUTORINO STANZIONE, G., *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 178 e ss.
- BALLARANI, G., in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja Branca, Bologna, 2010, pp. 21 e ss.
- BASINI, G., F., *I provvedimenti relativi alla prole*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1997, pp. 595 e ss.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2014, pp. 230 e ss.
- BIANCA, C. M., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 e ss.

BIANCA, C. M., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 104 e ss.

BIANCA, C., M., *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso. Prime riflessioni*, in *www.dejure.it*, 2006, p. 677

BILOTTI, E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.3, 1 settembre 2017, p. 870

BONINI BARALDI, M., *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam. dir.*, 2005, pp. 411 e ss.

BOZZI, L., *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in *DPCE online*, 2016/3, pp. 67 e ss.

BUSNELLI, F., D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 87 e ss.

BUSNELLI, F., D., *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 119 e ss.

BUSNELLI, F., D., VITUCCI, M., C., *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 771 e ss.

CALÒ, E., *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ESI, Napoli, 2016.

CALOGERO, M., *La separazione giudiziale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, P., a cura di FERRANDO, G., FORTINO, M., RUSCELLO, F., in *Famiglia e matrimonio*, vol. I, tomo II, *Separazione – divorzio*, seconda edizione, Milano, 2011, p. 121 e ss.

CAMPANILE, C., *La responsabilità endo-familiare*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, *La famiglia, Le persone*, II, Agg., Zanichelli, Torino, 2008, p. 327 e ss.

CARBONE, V., *Le recenti riforme del diritto delle persone e della famiglia. Relazione introduttiva*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 353 e ss.

CARINGELLA, F., *Famiglia. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, Giuffrè, 2008.

CAVEDON, A., MAGRO, T., *Dalla separazione all'alienazione parentale. Come giungere a una valutazione peritale*, 2010, p. 34 e ss.

CHIARELLA, M., *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Soveria Mannelli, 2008, p. 98.

CICERO, C., DI FRANCO, M., E., *La regola risarcitoria nel rapporto coniugale*, in *Dir. fam.*, 2012, 1, p. 196 e ss.

CILIBERTO, C., *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, ibidem, 2009, p. 293 e ss.

CIPRIANI, F., *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, p. 244 e ss.

CIPRIANI, F., *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 385 e ss.

COLLURA, G., *L'adozione in casi particolari*, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, *La filiazione 2*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, Milano, 2012, p. 977 e ss.

D'ADDA, A., *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio* in *Giur. it.*, 2000, p. 1352 e ss.

DANOVI, F., *Il rito ambrosiano della separazione e del divorzio e le implicazioni sulla disciplina sostanziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, II, p. 1012 e ss.

DANOVI, F., *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 537 e ss.

DE CUPIS, A., *Osservatorio sul diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1992.

DE FILIPPIS, B., *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 114 e ss.

DE MARZO, G., *L'affidamento condiviso, I Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 90 e ss.

DE MAURO, A., *Le famiglie ricomposte*, in *Famiglia*, fasc.4-5, 2005, p. 767.

DOGLIOTTI, M., *Ancora in tema di limiti alla potestà dei genitori. Per una reale tutela dell'interesse del minore*, n *Giust. civ.*, 1982, I, p. 748

DOGLIOTTI, M., *L'adozione e l'affidamento familiare*, in *Filiazione, adozione, alimenti* a cura di T. AULETTA, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2011.

DOGLIOTTI, M., *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 279 e ss.

DOMINI, A., *La mediazione familiare*, in *Dir. e form.*, 2010, p. 703 e ss.

DOSI, G., *La Spagna è lontana: niente nozze gay. Quel sì è contrario all'ordine pubblico*, in *Dir. giust.*, 2005, p.35 e ss.

DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI, C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, pp 19 e ss.

DOSSETTI, M., *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 1997, p. 716

FACCI, G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2^a ed., Utet, Torino, 2009, pp. 78 e ss.

FACCI, G., *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, Utet, Torino, 2011, p. 1147.

FANTETTI, R., *La mediazione familiare come facoltà del Giudice*, in *Famiglia e Diritto*, 1, 2011, p. 39 e ss..

FARINA, M., *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*. in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, p. 934.

FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013.

FERRANDO, G., *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, p. 939

FERRANDO, G., *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.

FERRANDO, G., *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 e ss.

FIGONE, A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 34 e ss.

FIGONE, A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 34 e ss.

FIGONE, A., OBERTO, G., BLASI, M., MECENATE, F., CAMPIONE, R., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 1 e ss.

FINOCCHIARO, M., *Commento alla l. 8 febbraio 2006 n. 54*, in *Guida al diritto*, 18 marzo 2006, n. 11, p. 27 e ss..

FINOCCHIARO, M., *Non omologabili gli accordi che escludono i nonni*, in *Guida al diritto*, 18 marzo 2006, n. 11, p. 34 e ss..

FINOCCHIARO, M., *Va in soffitta la nozione di «potestà»: ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida dir.*, 3, 2004, p. 112 e ss.

FODRA, A., *Alla ricerca di buone prassi nel contenzioso famiglia: l'esperienza del Tribunale di Livorno* in *Questione Giustizia*, 2018, p. 129 e ss.

FODRA, A., *La carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori in Questione Giustizia*, 2018, p.140 e ss.

FRACCON, A., *I processi di separazione e di divorzio tra normativa e prassi (la linea del Tribunale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 73 e ss.

FRACCON, A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003.

FRANTETTI, F., R., *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 42 e ss..

FRUGGERI, L., *I concetti di mononuclearità e plurinuclearità nella definizione di famiglia*, in *Connessioni*, 2001, p. 11 e ss.

GALGANO, F., *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 100 e ss.

GALLUZZO, S., A., R., *Il padre "assente" deve risarcire la figlia trascurata*, Nota a: Cassazione civile, 27 maggio 2019, n.14382, sez. III in *Ridare.it*, fasc., 18 novembre 2019, p. 345 e ss.

GALOPPINI, A., *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, p. 1 e ss.

GARDNER, R., A., *Recommendations for Dealing with Parents who Induce a Parental Alienation Syndrome in their Children. Journal of Divorce & Remarriage* (Philadelphia: Routledge), 1998, p. 28.

GAUDINO, L., *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1238 e ss.

GIACOBBE, E., FREZZA, G., *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO E RUSCELLO, I, 2, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 239 e ss..

GIACOBBE, E., *Adozione e affidamento familiare, ius conditum, "vivens", condendum*, in *www.dejure.it*, 2016, II, p 264 e ss.

GIACOBBE, G., *Famiglia: molteplicità di modello o unità categoriale?* in *www.dejure.it*, 2006, p. 1219 e ss.

GIORGIANNI, M., *Affidamento extrafamiliare e potestà genitoriale*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, p. 229 e ss.

GIORGIANNI, M., *Della potestà dei genitori, cit.*, p. 336; e FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Libro Primo. *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, p. 46 e ss.

GIORGIANNI, M., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, pp. 320 e ss.

GRASSI, C., *Il punto su: potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giust. civ.*, 2008, 2, p. 455 e ss.

GRASSI, L., *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1975, p. 258 e ss.

GRAZIOSI, A., *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, pp. 10 e ss.

GULLOTTA, G., CAVEDON, A., LIBERATORE, M., *La sindrome da alienazione parentale (Pas). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno all'altro genitore*, Giuffrè editore, 2008.

GULLOTTA, G., *La sindrome di alienazione genitoriale: definizione e descrizione. Pianeta infanzia. Questioni e documenti*, 4, Istituto degli Innocenti di Firenze, 1998.

LA ROSA, E., *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio. Linee di una evoluzione*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2011, p. 373 e ss.

LAMARQUE E., *Prima i bambini*, Milano, ed. Franco Angeli, 2016., pp. 34 e ss.

LENTI, L., *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova Giur. civ. Comm.*, 2016, II, p. 1712 e ss.

LIPARI, N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, p. 7 e ss.

LIPARI, N., *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma di diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*.

LOGIACCO, M., L., *La famiglia in Italia tra normativa europea e legislazione regionale*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1954 e ss.

LONG, J., *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *www.dejure.it*, 2014, p. 1533 e ss.

LUISO, P., *Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, IV. c. 233 e ss.

MARCELLO, D., *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*, in *Giur. it.*, 2015, 11, pp. 2322 e ss. (nota a Cass. 16 febbraio 2015 n. 3079).

MAZZOLA, A., *Il danno da deprivazione genitoriale*, Milano, 2018.

- MAZZONI, S., *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 373
- MENDOLA, A., *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. Fam. Pers. (II)*, fasc.2, 2019, p. 905.
- MESSINETTI, D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 146 e ss.
- MORACE PINELLI, A., *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MORANI, G., *Disagio minorile ed intervento dell'Organo giurisdizionale specializzato. Problematiche e prospettive*, Milano, 2001.
- MORANI, G., *La giurisdizione civile per i minorenni: la competenza ratione materiae del Tribunale per i minorenni in tema di rapporti giuridici personali fra genitori e prole*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, pp. 1314 e ss.
- MORANI, G., *La mediazione familiare*, *Dir. famiglia*, fasc.3, 2012, p. 1322.
- MORANI, G., *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 361 e ss.
- MORO, A. C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 1998.
- MUSIO, I., *Il divorzio: profili generali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza: La separazione, il divorzio, l'affido condiviso*, (a cura di) AUTORINO STANZIONE, G., Torino, Giappichelli, 2011, p. 56 e ss.
- OBERTO, G., *I contratti della crisi coniugale*, 1, Milano, Giuffrè, 1999. pp. 45 e ss.
- PALAZZO, A., *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU, A., MESSINEO, F., MENGONI, L., e continuato da SCHLESINGER, P., Milano, 2013, p. 89 e ss.
- PALAZZO, A., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 e ss.
- PANE, R., (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014.
- PANE, R., *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, Napoli, 1984.
- PATTI, S., *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 300 e ss.
- PATTI, S., *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. Patti-M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 90 e ss.

PERLINGIERI, P., STANZONE, P., *Minore età e potestà dei genitori*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 121 e ss.

PERLINGIERI, P., *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2003, p. 1 e ss.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 64 s.

PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 90.

PERLINGIERI, P., *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2, 2012, pp. 125 ss.

PILLA, V., *La responsabilità civile nella famiglia*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 45 e ss.

POCAR, V., RONFANI, P., *La famiglia e il diritto*, Bari, Laterza, 2008.

PORCELLI, M., *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. Fam. Pers. (il)*, 2014, p. 1628 e ss.

PORCELLI, M., *Note preliminari allo studio sulla unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2013, p. 987 e ss.;

ID., *Riforma dello status di filiazione e diritto successorio*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, , 2013, p. 543 e ss.

PUTTI, P., *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. famiglia*, , 2009, p. 856

QUADRELLI, I., *Mediare conflitti, ricostruire relazioni*, Donzelli Editore, Roma, 2005, p. 9 e ss.

QUADRI, E., *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 433 e ss.

QUADRI, E., *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Dir. e giur.*, 2003, p. 267 e ss.

QUADRI, E., *Il minore nella crisi coniugale*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 22 e ss.

RECINTO, G., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1476 e ss.

RESCIGNO, P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 56 e ss.

RESCIGNO, P., *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, in AA.VV., *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte* a cura di Mazzoni, Milano, 2002, p. 69 e ss.

RESCIGNO, P., CUFFARO, V., (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, *Giur. it.*, 2016, p. 1771 e ss.

RICCIO, D., *La famiglia di fatto*, Padova, Cedam, 2007, p. 3 e ss.

RIMINI, C., *La responsabilità genitoriale nel Reg. CE n. 2201/2003*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 542 e ss.

ROSSI CARLEO, L., *Famiglie disgregate: le modalità di attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 2004, p. 4 e ss.

ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento e le adozioni*, *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 4, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1997, p. 469 e ss.

ROSSI, P., *Il minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in CAMPANATO, G., ROSSI, V., e ROSSI, S., *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2005, p. 437.

ROSSI, R., *La privazione genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2018.

RUSCELLO, F., *"Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 203 e ss.

RUSCELLO, F., *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. famiglia*, fasc.1, 2007, pp. 90 e ss.

RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori. I rapporti personali*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1996.

RUSCELLO, F., *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Famiglia*, I, 2006, p. 563 e ss.

RUSCELLO, F., *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005.

SACCÀ, B., *Crisi del matrimonio e crisi della famiglia. Joint custody e affidamento a terze persone*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1453 e ss.

SALETTI, A., *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da Bonilini e Cattaneo, I, Torino, 1997, p. 583.

SALVANESCHI, L., *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 31 e ss.

SAVI, G., *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, Perugia, 2016.

SCALISI, A., *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 520 e ss.

SCALISI, V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, p. 405 e ss.

SCALISI, V., *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985 dedicato alla memoria del prof. Luigi Carraro, Padova, 1986, p. 273 e ss.

SCANNICCHIO, N., *Commento all'art. 11*, in LIPARI (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Padova, 1988, p. 192 e ss..

SCHLESINGER, P., *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301 e ss.

SELLA, M., *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Trattati* (a cura di P. Cendon), Milano, Giuffrè, 2007.

SERGIO, G., *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 590 e ss.

SERGIO, G., *Tutela dei minori e garanzie dei diritti nel processo camerale minorile: interazione ed interferenze tra amministrazione e giurisdizione*, *dir. famiglia*, 1998, p. 1585 e ss.

SERGIO, G., *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in PANE, R., (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, p. 81 e ss.

SESTA, M., *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia*, a cura di SESTA, M., DOGLIOTTI, M., III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, Torino, 1999, p. 266 e ss..

SESTA, M., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 380 e ss.

SESTA, M., *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per quale Europa?*, Atti del Convegno svoltosi a Bologna nei giorni 17-18 aprile 1998, Milano, 2000, p. 239 e ss.

SPADARO, G., *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 209 e ss.

TAMBURRINO, G., *La filiazione*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* Bigiavi, Torino, 1984.

- TOMMASEO, F., *Nuovo rito civile e procedimento uniforme di separazione e di divorzio*, in Studi in onore di Mandrioli, I, Milano, 1995, p. 415 e ss,
- TRABUCCHI, A., *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in Riv. dir. civ., 1986, I, p. 163.
- VILLANI, R., *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati (Seconda parte)*, in Studium Iuris 2006, p. 667 e ss.
- VULLO, E., *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, in Fam. e dir., 1995, p. 139 e ss.
- ZANATTA, A., *Le nuove famiglie*, Bologna, 2003, p. 78 e ss.
- ZANETTI, G., SESTA, M., *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in Famiglia, 2004, p. 4 e 5 e ss.
- ZATTI, P., *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 5 e ss.
- ZATTI, P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, 2 a ed., Giuffrè, Milano 2011, p. 4 e ss.