

A chi c'è sempre stato, a chi non c'è più,
e a chi deve ancora arrivare.

E a me, per non aver mai smesso
di crederci.

CAPITOLO I: Dal regime di affidamento monogenitoriale (1975) al condiviso (2006)

- 1.1 Excursus normativo dalla Riforma del '75 alla Riforma del 2006
- 1.2 La L.54/2006 tra diritto alla bigenitorialità e interesse del minore, analisi dell'art 337-ter c.c.
 - 1.2.1 Interesse morale e materiale della prole; aspetti psicologici e sociologici
- 1.3 Assegnazione della casa familiare e prescrizioni sulla residenza
 - 1.3.1 Scelta del genitore collocatario, diritto di visita, inadempienze del non collocatario
- 1.4 Ascolto del minore ex art. 336-bis c.c.
- 1.5 Applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.
- 1.6 Problematiche attuative tra dottrina e giurisprudenza

CAPITOLO 2: Dall'affidamento condiviso al monogenitoriale come ipotesi residuale

- 2. Affidamento monogenitoriale come ipotesi residuale ex art.337quarter c.c.
 - 2.1 Interesse del minore e fattispecie quali presupposti per disporre il regime di affidamento esclusivo
 - 2.2 Configurazione dei ruoli del genitore affidatario e del genitore non affidatario
 - 2.2.1 Art 403c.c: le conseguenze dei provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale (art.333 c.c.)
 - 2.2.2 La decadenza della responsabilità genitoriale ex art 330c.c
 - 2.3 Riparto di competenza tra Tribunale Ordinario e Tribunale dei Minorenni

Capitolo 3: Ipotesi di affidamento monogenitoriale rafforzato o super esclusivo

- 3 La ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano, sez. IX civile:

introduzione di un nuovo modello

3.1 Regime e dinamiche dell'affidamento monogenitoriale rafforzato

3.2 Disgregazione del nucleo familiare e Sindrome di Alienazione Parentale (PAS)

CAPITOLO 1

1.Excursus normativo dalla Riforma del 1975 alla Riforma del 2006

“Il secolo scorso ha rappresentato un periodo di rapida evoluzione nell’ambito della tutela dei diritti umani e, nello specifico, dei diritti dell’infanzia. L’ordinamento giuridico nazionale e le numerose fonti internazionali in tema di minori e famiglia fanno riferimento ad un sistema di diritto minorile e familiare fondato sul principio della responsabilità primaria dei genitori nella cura, crescita ed educazione dei propri figli, e del conseguente ruolo vicario dello Stato, chiamato principalmente a garantire alle famiglie le condizioni per assolvere adeguatamente i propri compiti genitoriali” (Moro, 2008).

La cornice storica e sociale all’interno della quale si assiste ai mutamenti e alle riforme del diritto di famiglia, sul concetto di matrimonio e regolamentazione dell'affidamento della prole si colloca dapprima nel periodo dell'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 , successivamente dalla Legge sul divorzio (l. n. 898/1970, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) e dalla Novella del 1975, confermandosi progressivamente una tendenza orientata all'affermazione dei diritti individuali in ambito familiare, specialmente riguardo quelli del minore, che hanno nel tempo acquistato riconoscimento prevalente.

Il contesto cui si fa riferimento risentiva dell'abbandono da parte della società della visione istituzionale della famiglia, contenuta dapprima nel Codice Pisanelli del 1865, di matrice napoleonica, e successivamente nel Codice del 1942, sicché il nuovo assetto richiedeva i necessari adeguamenti in tema di riconoscimento dei diritti individuali distaccandosi dall'ideologia della famiglia, della donna e del minore fino a quel momento vigente.

Mettendo a fuoco l’argomento di cui ci stiamo occupando, un excursus storico-normativo muove necessariamente i passi dal Codice del 1865, che riguardo l'affidamento nel caso di separazione personale dei coniugi disponeva, all'art 154: *“Il Tribunale che pronunzia la separazione dichiarerà quale dei coniugi debba tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione’*. Medesima disposizione la ritroviamo nell'art.155 del Codice del 1942. Il criterio cui il Giudice disponeva per compiere tali valutazioni era più che

discriminatorio, basato sul pregiudizio e sulla valutazione integralista che il coniuge senza *colpa*, (colui che con il suo comportamento rispettoso dei doveri coniugali non aveva provocato l'interruzione del rapporto matrimoniale) fosse il genitore affidatario della prole: nella scelta del genitore al quale affidare i minori, pertanto, il Giudice doveva valutare soprattutto la condotta di ciascun coniuge, in ordine all'osservanza degli obblighi derivanti dal matrimonio, più che la sua personalità e la sua idoneità a promuovere la crescita psicofisica della prole'.¹

Il genitore che risultava più rispettoso, dunque, degli obblighi derivanti dal matrimonio, era il genitore affidatario della prole senza che il giudice accertasse le sue capacità genitoriali; da tale procedimento scaturivano spesso accese battaglie legali, visto l'affido esclusivo a favore di un solo genitore con tutti i diritti annessi e l'iniqua decurtazione di esercizio di diritti a carico del non affidatario. Nel vuoto normativo che non codificava alcun 'criterio di riferimento o preferenziale di affidamento'², la scelta del genitore affidatario era effetto della discrezionalità del Giudice.

La svolta rivoluzionaria della Costituzione repubblicana del 1948, e le successive leggi di adeguamento mutano la fisionomia del diritto della famiglia; nel Codice Pisanelli e Codice 1942 è disposto rispettivamente all'art.131 e art.144, che: *'Il marito è a capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza'*. Per fortuna con il mutare del costume sociale e del riconoscimento costituzionale la famiglia non è più intesa gerarchicamente, con il *pater familias* al vertice, ma acquista una propria dignità in cui vengono rispettate le istanze di tutti i membri, 'società di eguali, di cui ciascun componente conferisce il suo contributo autonomo e responsabile'.³

In tema di diritto di famiglia *in primis* è da richiamare è l'art.29 Cost., che così recita: *'La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul*

¹Capiluppi M. (2006). Op. cit. p.25

²5 Facchini G., Fissone A., Naggari M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso, Cedam, Padova, p.21

³Parisi, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg.16

matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.'

Si chiarisce in questo modo un rapporto di interdipendenza per cui laddove vi è matrimonio vi è famiglia e viceversa; questa interpretazione di legittimazione della famiglia attraverso il matrimonio e viceversa si intravede chiaramente nell'acceso dibattito sintomatico che vi fu in sede di Assemblea costituente riguardo il concetto di indissolubilità del matrimonio.

Questa concezione risulta ad oggi obsoleta alla luce del contenuto dalle leggi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso e dal fiorire delle convivenze di fatto, che ridisegnano i confini e il concetto di 'famiglia'. Concreta attuazione del principio costituzionale che vuole l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi è rappresentata dalla Riforma del 1975, che oltre a far cadere l'ideologia istituzionale pre-riforma, riconoscendo a entrambi i coniugi pari dignità sociale, sovverte una concezione della famiglia e del matrimonio radicata dal secolo precedente.

Si sottolinea, diversamente da quanto accadeva prima della Costituzione, l'abbandono della concezione di famiglia quale modello performante alle ideologie di Stato, l'adesione alle quali modificava la dignità tra le stesse: viene definito un confine all'ingerenza statale nell'autonomia privata dei rapporti familiari, ingerenza conservata solo a garanzia dell'unità della stessa. Oltre al principio di pari eguaglianza ex art. 3 Cost., anche l'art. 37 Cost. sancisce i diritti della donna, che passa dall'essere considerata come 'oggetto' sempre un passo dietro al marito, a 'soggetto' titolare di pari diritti e dignità sociale del marito: *'La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione'*.

In tema di filiazione l'art.30 Cost. stabilisce che: *'È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.'* È evidente la centralità della figura del figlio, di cui ne viene valorizzata l'individualità, ponendo in secondo piano i 'poteri' genitoriali. È altresì rilevante che gli obblighi dei genitori siano identicamente enunciati con riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio,

evidenziando l'innovatività del principio. La lettura delle norme costituzionali non lascia dubbio che la strada intrapresa sia quella dell'abbandono dell'ideologia di una famiglia gerarchicamente 'amministrata' dal *pater familias* e connotata per la sperequazione di ruoli tra moglie e marito, tra figli legittimi e figli naturali, e che si avvia verso una realtà che rifletta le esigenze, i bisogni e i diritti di una società mutata e progredita. Il carattere profondamente innovativo delle norme della Costituzione strideva col modello codicistico del 1942, e il cammino verso l'adeguamento della legislazione ordinaria ai principi costituzionali si realizzò attraverso un percorso lento e complesso, in cui fu la stessa Corte Costituzionale, verso la metà degli anni Sessanta, a ad invitare il legislatore alla predisposizione di un Codice più aderente ai principi costituzionali.

Ci volle un iter legislativo lungo ben nove anni prima che la L.151/1975 andasse in porto e che ricevesse l'approvazione del Parlamento, compendosi così quella che viene definita l'unica vera 'riforma' del diritto di famiglia, nella quale la disciplina giuridica della stessa è stata totalmente innovata. Uno dei punti principali di tale legge riguarda l'equiparazione di diritti e doveri dei coniugi, recitando così l'art.143 c.c., introdotto dall'art.24 della legge: *'Diritti e doveri reciproci dei coniugi. - Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti assumono i medesimi doveri'*. L'art.26 della legge in questione modifica così l'art. 144c.c.: *'I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato'*.

Come osservava Falzea: *'La famiglia, in quanto fenomeno sociale unitario, è concepita dalla novella come società di eguali. Unità ed eguaglianza confluiscono in primo luogo nei rapporti personali e si realizzano nella conduzione congiuntiva della vita familiare, dove "ai coniugi" è riconosciuta la competenza a operare disgiuntamente per l'attuazione dell'indirizzo concordato'*⁴

La ratio della volontà politica sottesa era evidente: dare concretezza e attualità ad una

⁴ FALZEA, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia

'comunione spirituale e materiale' basata sull'accordo e sulla pari dignità dei coniugi, in cui è la volontà degli sposi, rilevante in merito alle rispettive libertà individuali, in una visione essenzialmente privata dei rapporti familiari. Riguardo il tema dei rapporti genitori-figli, l'art.29 modifica anche l'art. 147c.c., che è denominato significativamente *'Doveri verso i figli'* e stabilisce che: *'Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli'*. Ancora sullo stesso tema, l'art.316 c.c., intestato *'Esercizio della potestà dei genitori'* recitava: *'Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino alla età maggiore o alla emancipazione. La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. 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.*

Si prevede una pariteticità nell'esercizio e soddisfacimento degli obblighi dei genitori nei confronti della prole, obbligo non più esercitato mediante l'esercizio della patria potestà del capo famiglia, ma tramite l'esercizio della potestà genitoriale di entrambi, espressione grazie alla quale il primato dell'educazione e dell'autoritarismo non è più solo prerogativa del padre. Tale principio va di pari passo con la codificazione dei diritti del figlio, della sua centralità e individualità all'interno della famiglia e della società.

Sul tema dell'affidamento del minore nei casi di scioglimento del matrimonio, mentre il Codice del 1942 prevedeva un affidamento esclusivo, provvedimento rimesso alla discrezionalità del Giudice, con la Novella del 1975, all'art 36 (confluito nell'art 155 c.c.) dispone che: *' Il Giudice che dispone la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale della prole (...) I coniugi cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del Giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi.'*

I provvedimenti riguardante la prole dovranno quindi informarsi al criterio dell'interesse del minore e tale principio non solo istituisce un criterio guida per il giudice che dovrà confrontarvisi, ma è il segnale che sempre di più l'attenzione del Legislatore è rivolta al riconoscimento dei diritti del minore.

Negli anni successivi assistiamo a degli interventi legislativi volti a disciplinare le diverse sfaccettature del diritto di famiglia, a partire ad esempio dalla L.194 del 1978 riguardo la tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria di gravidanza e la L.74 del 1987 sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, che modifica la Legge sul Divorzio. L'art.11co.2 della legge 74/1987 sostituisce l'art.6 della legge sul divorzio, stabilendo che *' Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dichiara a quale genitore i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Ove il tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato.*

Viene dunque confermato il criterio per cui il Giudice procederà alla scelta del genitore affidatario, e l'importanza dello stesso è rilevante nell'ottica del percorso di individuazione e codificazione dei diritti del minore.

Riguardo il tema della potestà genitoriale, mentre il sistema previgente la Novella del '75 il genitore non affidatario conservava comunque l'esercizio della patria potestà sui figli, ciò non accade successivamente con la potestà genitoriale riferita solamente all'affidatario. Dunque, se dapprima il criterio cui il Giudice doveva conformarsi per scegliere il genitore affidatario risiedeva nella presenza o meno della 'colpa' in capo a uno dei due coniugi, con l'introduzione delle norme della Novella del 1975 il discrimine nella scelta risiede esclusivamente nell'accertamento dell'interesse *materiale e morale della prole.*

Permane dunque il regime dell'affidamento esclusivo in capo ad un solo genitore, fermo restando che le decisioni di maggior interesse sono adottate da entrambi i genitori e che il genitore non affidatario ha comunque il diritto e il dovere di vigilare su istruzione ed educazione della prole e di ricorrere al Giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli l'interesse stesso della prole; queste norme, inizialmente introdotte in caso di divorzio, sono state successivamente estese anche nel caso di separazione dei coniugi.

Il principio della cosiddetta *monogenitorialità* su cui è incentrato il favore del legislatore fino all'avvento del nuovo secolo, è una scelta dal forte valore simbolico,

partita dall'idea iniziale secondo la quale la 'colpa' di uno dei due coniugi che aveva messo termine alla comunione e progetto di vita, in qualche modo e discrezionalmente non fosse più 'meritevole' della partecipazione attiva e paritetica alla vita del figlio. Ragionamento avvalorato dal fatto che, l'affidamento *congiunto* o *alternato*, introdotto dalla legge di riforma della legge sul divorzio del 1987, era considerato come mera eccezione al regime monogenitoriale puro.

L'art.6 c.2 del testo non più vigente accoglieva la possibilità del regime condiviso solo ove *'utile nell'interesse dei minori, anche in considerazione dell'età degli stessi.'* Questa novità non fu accolta con favore dall'allora prassi giudiziaria, tenuto anche conto del fatto che questo regime era limitato ai casi di specifica richiesta concorde dei genitori ed in assenza di loro conflittualità.

È proprio il tema della conflittualità tra genitori e la mancanza di accordo tra gli stessi a mettere in crisi l'affidamento esclusivo: il distacco educativo ed affettivo che si viene a creare comporta un notevole danno per il minore, tanto che sempre più si discorreva di *childhood adversity* e di *parental loss*.⁵

L'idea di fondo infatti, sia a livello sociale e di ripercussioni sul minore, è quella in base alla quale l'affidamento ad un solo genitore non sia dettato nell'interesse della prole e tenda a deresponsabilizzare il genitore non affidatario, oltre a veicolare il messaggio che in qualche modo l'essere genitori sia un impegno che muta in base al mutare dello stato civile, e non, come è e dovrebbe essere, un'attività continuativa di doveri nei confronti dei propri figli indipendentemente dalla fine della loro unione.

Se da un lato, dunque, l'affidamento esclusivo può comportare il distacco e disinteresse del genitore non affidatario, dall'altro avveniva sovente che il genitore con il quale il figlio conviveva, per lo più la madre, mettesse in opera una sistematica denigrazione e svalutazione dell'altro, alla quale il genitore escluso non riusciva ad opporsi in modo efficace, con la eliminazione parentale del rapporto padre-figlio e ulteriormente disgregando la famiglia.

Forti esigenze di un nuovo equilibrio familiare, anche dopo lo scioglimento dell'unione matrimoniale, si avvertivano in capo ad un nuovo nucleo familiare che

⁵ Camerini, Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso, Maggioli Editore, RN, 2018, pgg.7-11

sentiva la necessità di ritrovarsi in nuovi spazi e dinamiche, fino a quel momento connotati dalla mancanza di pari dignità genitoriale e di una sperequazione di diritti e doveri.

In questo scenario si innesta la seconda riforma in merito all'affidamento della prole, ad opera della Legge 54/2006. Le proposte di modifiche sull'affidamento dei figli, che erano già state formulate tra le polemiche e dissensi nelle tre precedenti legislature, rimasero ferme dal Novembre del 2001 per i successivi quattro anni alla Commissione Giustizia della Camera, (ciò andava ad indicare un compromesso faticosamente raggiunto tra diverse e irriducibili posizioni).

Un'attività di forte pressione mediatica fu svolta negli ultimi anni del 20esimo secolo dal fiorire di alcune associazioni soprattutto di padri separati che maggiormente ritenevano di subire l'ingiustizia del distacco e dell'alienazione parentale. Esemplificativa è la '*Papà separati ASP*', nata a Milano nel 1990 e trasformatasi in una Onlus nel 2005, il cui 'Manifesto dei 10 principi' si evince che le esigenze maggiormente avvertite erano il diritto del minore a trascorrere tempi paritari con entrambi i genitori, a conservare rapporti significativi con i parenti di ogni ramo genitoriale e alla predisposizione di un 'progetto genitoriale' in modo tale da chiarire l'eventuale preventivamente e pacificamente le nuove dinamiche pratiche cui entrambi i genitori dovranno aderire.⁶

Si formò anche un filone di pensiero, cosiddetto 'adultocentrico': il perno della riforma il cui focus doveva essere l'interesse della prole, finì per essere un braccio di ferro tra le esigenze degli adulti, interpretando la riforma come un modo per punire la madre che allontanava la prole dal padre.

Un altro aspetto che creava resistenze all'introduzione dell'affidamento condiviso era anche il principio in base al quale il bambino sin da piccolo sviluppava attaccamento nei confronti di un solo *cargiver* (la madre), prima di creare in modo maturo rapporti affettivi con altre persone.⁷

Considerare quindi che il genitore di riferimento in realtà fosse e dovesse essere unico ha avuto un forte impatto etico a livello psicoforense: la citata teoria cd.

⁶ <https://www.padri.it/notizie>

⁷ Camerini, Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso, Maggioli Editore, RN, 2018, pgg75-76

Monotropy, unitamente alla tendenza dell'epoca, ed anche in parte attuale, della *maternal preference*, (confermata anche dalla Corte di Cassazione), era per un verso foriera di quel filone di resistenza alla riforma dell'affidamento e dall'altro era sempre più potenzialmente esasperante per il genitore 'non privilegiato', che si trovava in una situazione di mancanza di poter concretamente e affettivamente fare parte della vita dei figli.

Nonostante le opposte esigenze avvertite e la difficoltà di trovare un compromesso tra i diversi partiti, si giunse comunque, in data 8 febbraio all'approvazione della Legge 54/2006.

Viene sovvertito con l'introduzione di queste norme un orientamento che vantava una stabilità di più di mezzo secolo: e per tale motivo si parla di una seconda riforma del diritto di famiglia, i cui pilastri sono il principio della *bigenitorialità* come diritto del minore e l'affidamento condiviso come regola e non come eccezione.

1.2 La L.54/2006 tra diritto alla bigenitorialità e interesse del minore, art 337-ter c.c.

Il principio del maggior interesse del minore volto a promuovere un adeguato sviluppo psico-fisico si collega a quello della *bigenitorialità* con cui si afferma che è diritto dei figli ricevere cure, istruzione ed educazione da entrambe le figure genitoriali anche nelle fasi patologiche di convivenze (Ballarani,2008).

La mancata fiducia nel rinnovo del principio della *monogenitorialità* unitamente all'idea che lo sviluppo e la crescita del bambino garantito da un solo genitore non fosse nell'interesse del minore, la speranza riposta nel principio della *bigenitorialità*, in un armonico ed equilibrato rapporto con entrambe le figure di riferimento, è una scelta, da parte del Legislatore, sicuramente connotata da un forte valore etico.

I genitori, pur in mancanza dell'*affectio coniugalis* che li legava, pur davanti ad una profonda trasformazione del progetto di vita interrottosi, e di fronte ad uno squilibrio familiare creatosi o subito, mantengono comunque, medesimi diritti e medesimi doveri genitoriali.

Si configura così il diritto alla *bigenitorialità* indipendentemente dalla sussistenza del vincolo matrimoniale dei genitori: l'oggetto dell'attenzione e delle cure del Legislatore è preminentemente quello dell'interesse e tutela del minore (*"marriage isn't really the important issue, children are"*).⁸

Il principio del prevalente interesse materiale e morale del minore e quello della *bigenitorialità* si pongono in un rapporto interdipendente cui le cui scelte normative in tema di affidamento devono ispirarsi.

D'altronde, anche al di fuori dei nostri confini, a livello europeo, il diritto alla *bigenitorialità* è sancito dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, cosiddetta *Carta di Nizza*, sottoscritta il 7 dicembre del 2000, che all'art.24 recita: '*Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo ciò sia contrario al suo interesse*'.

Dello medesimo tenore sono anche gli art. 3 della Convenzione dei Diritti del

⁸ Krause, Marriage for the new millenium: Heterosexual, same sex or not at all?, in Family law quarterly, 34, 2000 pag 271

Fanciullo (*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia 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*) e la relativa legge di ratifica n.176/1991, che, all'art.9 co.3 sottolinea che *'Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo'*.

Con la legge 54/2006 il legislatore, sulla scorta degli orientamenti emersi in sede europea e internazionale, e risentendo delle notevoli spinte di cambiamento interno, ha inteso codificare il diritto del minore ad un rapporto continuativo e significativo con entrambi i genitori al momento della disgregazione dell'unione.

La normativa, *'Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli'*, modificando l'art.155 e seguenti c.c., dispone all'art.1: *'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 parenti di ciascun ramo genitoriale.'*

L'art. 4 co.2 della richiamata legge prevede altresì che: *'Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché' ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.'* Questa previsione ha donato sistematicità ad un sistema che prima di essa non prevedeva alcuna regolamentazione dell'affidamento dei figli nel caso di una coppia non unita in matrimonio, e così facendo si è ampliata la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio come il dettato costituzionale comandava.

Nella elencazione dei diritti del minore ex art 155 c.c., abrogato e che ad oggi rinvia alle disposizioni del Capo II del titolo IX , all'art 337-ter c.c., ritroviamo un'elencazione che si pone sulla falsariga sia della Costituzione (*mantenere, istruire, educare*) e che si collega all'art.315-bis c.c.: *'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'.(introdotto dalla L.219/2012) .

I due grandi temi dal sapore innovativo e riformista della Legge del 2006 sono il diritto alla *bigenitorialità* e la tutela dell'interesse morale e materiale del minore: temi che vengono codificati per la prima volta nel Codice, con una connotazione prescrittiva, e temi cui gli interpreti, la giurisprudenza e la dottrina hanno tentato e tentano individuarne i confini e l'applicazione calata nei Tribunali.

Posto nell'alveo dei diritti della personalità, il diritto soggettivo alla *bigenitorialità* postula una logica opposta alla precedente: non si tratta più di un criterio out-out tra ruoli e figure genitoriali, ma di una condivisione, di una suddivisione *inter pares* nell'accudimento e istruzione del figlio.⁹ Condividere in questo caso l'affidamento di un figlio non significa né eguaglianza di tempi di permanenza e spazi, né di una paritetica dualità di residenze, compiti e esperienze, bensì significa condivisione dello stesso ruolo genitoriale. Quindi affermare questo principio chiarisce ai genitori l'importanza di un programma condiviso per la gestione, cura e mantenimento della prole, seppur con diverse medesime modalità o tempi.

Dalla crisi del legame affettivo coniugale e dallo sfaldamento del nucleo familiare, si crea una *solidarietà post-coniugale* tra genitori che postula anche una collaborazione degli stessi in ordine allo svolgimento del dovere di *mantenere, educare, istruire e assistere moralmente i figli* (art.315bis c.c.) e di collaborazione anche a carattere economico ¹⁰; si interpreta dunque tale principio come una sorta di espansione del principio di collaborazione nell'interesse della famiglia e nella contribuzione ai bisogni della famiglia, pur in una fase patologica del nucleo familiare.

Il principio di solidarietà familiare si sostanzia anche nei principi dell'agire secondo correttezza e buona fede nel rapporto tra ex coniugi.

Per una parte della dottrina, i doveri dei genitori si configurano quali *obbligazioni globali di risultato* poiché essi infatti “*devono raggiungere lo scopo di assicurare l'educazione e il mantenimento del figlio*” e nel caso di mancato conseguimento di tali obiettivi si configura violazione sia delle norme civili che di quelle penali; di

⁹ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pgg. 229-231

¹⁰ (recente ordinanza 7/09/2020 n. 18548/2020 della Suprema Corte di Cassazione)

queste norme ad esempio l'art.570 c.p. intitolato *'Violazione degli obblighi di assistenza familiare* (salvo il caso di 'impossibilità oggettiva').¹¹

Inoltre, la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto alla *bigenitorialità* il valore di principio affermando che *alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore"*.

Per quanto riguarda poi il diritto del minore a *conservare rapporti significativi con ascendenti e con parenti di ciascun ramo genitoriale*, il giudice dovrà tener conto innanzitutto dell'interesse dei fratelli a non essere separati.

In nome degli art. 315 bis c.c. e 317 bis c.c. si è inoltre dibattuto sul diritto dei nonni di far visita e mantenere un rapporto con i nipoti, correlato a quello del minore appunto di crescere in famiglia e mantenere rapporti significativi con i parenti, e diritto speculare degli ascendenti ad instaurare e mantenere rapporti significativi con i parenti dell'intero ramo genitoriale.

Gli stessi diritti sono inoltre desumibili a livello europeo dall'art. 8 CEDU e dall'art 24.2 della Carta di Nizza. La Cassazione ha altresì stabilito che *'il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317-bis c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c., non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico'*.

¹²

D'altra parte, la Cassazione ha precisato che sebbene il diritto degli ascendenti a instaurare e mantenere un rapporto con gli ascendenti sia una posizione soggettiva piena nei confronti dei terzi, ha un carattere recessivo nei confronti del minore : 'è

¹¹

¹² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 25/07/2018, n. 19780

stato, infatti, precisato che tale diritto non ha carattere incondizionato, essendo il suo esercizio subordinato ad una valutazione del giudice avente di mira l'interesse esclusivo del minore, e potendo quindi essere escluso o assoggettato a restrizioni qualora non risulti funzionale ad una crescita serena ed equilibrata di quest'ultimo, in quanto la frequentazione con i nonni comporti per lui turbamento e disequilibrio affettivo'.¹³

Proseguendo l'analisi dell'art 337-ter (introdotto dalla L.219/2012 e che ricalcano il contenuto degli abrogati artt.155-155-sexies c.c.) al secondo comma è statuito quanto segue: *"Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337 bis, 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 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 contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori'.*

Dunque, ai sensi della vigente disciplina, il Giudice dovrà, *in primis*, compiere una valutazione riguardante la possibilità o meno di attuare l'interesse del minore, perseguendo dunque l'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria e privilegiata e dando così concretamente attuazione al diritto alla *bigenitorialità* del figlio.

La salvaguardia dell'interesse della prole è dunque l'unico criterio cui il Giudice deve conformarsi valutandone convenienza e opportunità della persona del minore, specialmente sotto un profilo affettivo e psicologico prima che materiale.

La Cassazione a riguardo ha statuito : *“Il regime legale dell'affidamento condiviso, tutto orientato alla tutela dell'interesse morale e materiale della prole, deve tendenzialmente comportare, in mancanza di gravi ragioni ostative, una frequentazione dei genitori paritaria con il figlio, tuttavia nell'interesse di quest'ultimo il giudice può individuare un assetto che si discosti da questo principio*

¹³ Cass. Civ., 19779/2018; Cass. Civ., n. 15238/2018

*tendenziale, al fine di assicurare al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena”.*¹⁴

Laddove dunque il giudice, ispirandosi al criterio dell'interesse materiale e morale del minore, non sia convinto che l'affidamento condiviso concretizzi la piena tutela ed il pieno benessere del figlio, seppur sia il modello legale, può discostarsene.

Una volta dunque disposto l'affidamento condiviso, o confermato quello concordato tra i due genitori, il giudice dovrà in seconda battuta stabilire tempi e modalità di cura e permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori, ex art 337 ter co.2: *'Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare'*.

In regime di affidamento condiviso inoltre stabilito che *' la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori'*. (art 337 ter co.3)

Un forte segno di discontinuità col passato è dato dal fatto che antecedentemente alla Novella del 2006 l'art.155 c.c., attribuiva, in regime *monogenitoriale*, salvo disposizione contraria, l'esercizio esclusivo della potestà sui figli al genitore affidatario mentre solo le decisioni di maggiore importanza dovevano essere attuate di comune accordo, per cui il genitore non affidatario non poteva far altro che vigilare l'attività dell'altro e solo nel caso di scelte ritenute pregiudizievoli per il figlio, poteva ricorrere al Giudice.

Il percorso che ha portato alla configurazione dell'istituto della responsabilità genitoriale è stato ispirato dalle ideologie susseguitesesi nello scorso secolo: un excursus a tre tappe che esordisce col concetto di *patria potestà* antecedente la riforma del '75, prosegue con la *potestà genitoriale* con la già menzionata riforma, per approdare all'ultimo, col d.lgs. n. 154/2013, all'istituto della *responsabilità*

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 11/11/2021, n. 33606

genitoriale.

Mentre la patria potestà era connotata dall'autorità del *pater familias*, con la soggezione dei figli alla sua autorità, la potestà genitoriale era caratterizzata da un modello in cui i genitori erano comunque titolari di poteri e autorità che la legge gli attribuiva, ma finalizzati all'interesse preminente dei figli. Il cambiamento di prospettiva si avrà con gli anni 2012/2013, ispirato dall'idea di valorizzazione dei diritti dei figli e parallelamente ai doveri di cura dei genitori nell'interesse della prole.

14

La nuova “veste” della responsabilità genitoriale comporta ad oggi un dovere di cura patrimoniale e personale del figlio, che implica dovere di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale, nonché modifica i rispettivi poteri per lo svolgimento degli stessi.

Il complesso nell'insieme di poteri-doveri, cui i genitori non possono certo rinunciare, finalizzato allo sviluppo materiale ed emotivo del figlio, deve essere esercitato *'di comune accordo'* tra loro e *'tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio'*. (Art. 316 c.c.)

È chiaro come ad oggi il rapporto genitori-figli ponga in evidenza il profilo dei diritti dei figli, in nome di una loro individualità nonché riconoscimento, e configuri l'esercizio della funzione genitoriale non più quale prerogativa del capo famiglia cui ci si ritrovava sottoposti, bensì come strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e finalizzato alla precisa attuazione dei doveri genitoriali.¹⁵

L'esercizio della responsabilità genitoriale in regime di separazione o divorzio non subisce dunque modifiche rispetto a quanto accade nella famiglia coesa.

L'art 336-ter a riguardo specifica che *'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. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità*

¹⁴ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Nona edizione, Primo capitolo

¹⁵ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Nona edizione, pp.258-266

genitoriale separatamente'.

Vengono dunque distinti due tipologie di decisioni che il genitore può assumere: quelle di maggiore interesse per la prole sulle quali i genitori devono concordare, e decisioni cosiddette di 'ordinaria amministrazione', nell'accezione di decisioni 'routinarie', che possano essere prese disgiuntamente.¹⁶

Spicca inoltre una differenza rispetto all'art 316 co.3 c.c., che tratta di responsabilità genitoriale esercitata in una famiglia coesa, poiché dispone che *'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'* e aggiunge che, pur dopo aver suggerito le soluzioni che ritiene più soddisfacenti, *'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 legislatore, dunque, ha differenziato la disciplina di soluzione di controversie familiari, demandandole al genitore maggiormente idoneo per la famiglia unita, e attribuendole invece al Giudice nel caso di separazione o divorzio.

L'importanza dell'esercizio *di comune accordo* della responsabilità genitoriale è l'ingranaggio che rende il regime di affidamento condiviso, realmente tale: condividere l'affidamento di un figlio minore significa che ambedue i genitori assumono la cura della prole, ambedue pianificano una linea educativa e di crescita per la stessa, ma soprattutto che ambedue si adoperino concretamente e comprensibilmente, nelle piccole e nelle grandi scelte, insieme, al raggiungimento del risultato possibile.¹⁷

Altro dato di particolare interesse nel configurarsi del sistema dell'affidamento condiviso è quello del mantenimento dei figli.

Il diritto al mantenimento e il corrispondente obbligo che grava sui genitori, oltre ad essere un dovere che l'art.30 della Costituzione enuncia, sono precisati primariamente nel 'catalogo' dei diritti del minore ex art.316 bis c.c.: *'Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel*

¹⁶ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Nona edizione, pp.258-266

¹⁷ Auletta, Diritto di Famiglia, Giappichelli, Quinta edizione, Cap. 8

rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni'.

L'assistenza materiale consiste nel soddisfacimento delle necessità di vita del figlio finalizzate al suo pieno sviluppo: non si tratta di un obbligo meramente alimentare, avendo il diritto al mantenimento ha un contenuto più esteso, essendo volto al soddisfacimento dei fondamentali bisogni ma anche a tutto ciò che arricchisce la personalità e la crescita, materiale ed intellettuale del figlio.

È dunque la posizione che il figlio riveste nell'ambito familiare a 'garantirgli' tale diritto.¹⁸

L'onere di mantenimento grava su entrambi i genitori, che devono contribuirvi in misura proporzionale: *'I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli'.* (art 316 bis c.c.)

La giurisprudenza è concorde nel ritenere lo status di figlio sia condizione necessaria e sufficiente al diritto al mantenimento e che la proporzionalità deve essere configurata quale parametro valutativo dell'obbligo di mantenimento: *'In materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la minore età dei discendenti, destinatari dei mezzi di sussistenza, rappresenta "in re ipsa" una condizione soggettiva dello stato di bisogno, che obbliga i genitori a contribuire al loro mantenimento, assicurando i predetti mezzi di sussistenza; ne deriva che il reato di cui all'art. 570, comma secondo, cod. pen., sussiste anche quando uno dei genitori ometta la prestazione dei mezzi di sussistenza in favore dei figli minori o inabili, ed al mantenimento della prole provveda in via sussidiaria l'altro genitore'.*¹⁹ Speculare all'art.315 bis c.c. troviamo il 337 ter co.4: *'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*

¹⁸ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Nona edizione, pp.266-276

¹⁹ Corte d'Appello Napoli, Sez. VI, Sentenza, 15/07/2021, n. 5165

principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio*
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori*
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore*
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori*
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore*

Esistono dunque due modalità per l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento in capo ai genitori in costanza di separazione o divorzio: da un lato il mantenimento in forma diretta, che implica il soddisfacimento dei bisogni del figlio da parte di entrambi i genitori ognuno per la propria 'parte', (anche mediante l'individuazione rimessa al giudice di specifici capitoli di spesa) e dall'altra, ove necessario, la predisposizione un assegno periodico da parte di un genitore all'altro.²⁰

La giurisprudenza ha precisato inoltre che l'assegno di mantenimento periodico comprende solo le spese ordinarie e non quelle straordinarie (eventi imprevedibili o comunque eccezionali) ove la somma non lo consenta, e la prestazione "aggiuntiva" sarà dovuta rispettando il principio di proporzionalità.

Sussiste infatti, in capo al genitore non affidatario o non collocatario che non abbia provveduto alla spesa straordinaria un obbligo di rimborso nei confronti dell'affidatario o collocatario, qualora non ne abbia tempestivamente addotto validi motivi di dissenso.²¹

Inoltre, le medesime garanzie che sono previste per la corresponsione dell'assegno di divorzio, quali l'ipoteca giudiziale, il sequestro dei beni o la distrazione dei redditi, possono essere richieste anche a tutela del credito dell'assegno periodico.

La Cassazione, sulla determinazione dell'assegno di mantenimento ha statuito: *'A seguito della separazione personale dei coniugi, nel quantificare l'ammontare del contributo dovuto dal genitore non collocatario per il mantenimento del figlio minore, deve osservarsi il principio di proporzionalità, che richiede una valutazione*

²⁰ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pp.270-278

²¹ Cassazione civile n.16175/2015

comparata dei redditi di entrambi i genitori, oltre alla considerazione delle esigenze attuali del figlio ed del tenore di vita da lui goduto'.²²

L'assegno in questione è inoltre soggetto ad automatico adeguamento agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

²² Cassazione Civile, Sez.VI Ordinanza n.4811 del 1° marzo 2018

1.2.1 Interesse morale e materiale della prole; aspetti psicologici e sociologici.

Il fondamento principale della locuzione *interesse del minore* è indicata nell'art.3 della Convenzione ONU di New York del 1989 (*Convention of the Rights of Children*), ratificata e resa esecutiva con la legge n.176 /1991, che enuncia che :*'in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei Tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo (the best interest of the child) deve essere una considerazione preminente'*.²³

Risulta quantomeno difficile dettare una definizione positiva del criterio in discorso, poiché ragioniamo su una formula generica, il cui contenuto è amplissimo e non precisamente circoscritto, comprendendo ogni aspetto della vita e del benessere del minore, soprattutto dal punto di vista dei diritti fondamentali della persona e dei valori sottesi.

Un primo aspetto di tale locuzione è il riferimento, non tanto all'interesse in quanto tale, ma a quello specifico dei diritti del minore: i minori sono titolari di tutti i diritti fondamentali della persona umana, essendo la maggior parte delle norme del cosiddetto diritto minorile costruite in funzione della protezione dello stesso, realizzandone gli interessi e per questo incorporandoli direttamente nel testo normativo.

Un secondo aspetto, che assume rilevanza ai fini dell'affidamento del minore, è la declinazione dell'interesse del minore alle circostanze concrete del singolo caso in cui il giudice si ritrova a prendere provvedimenti che incidono sulla vita del medesimo.

È spesso infatti la magistratura a dover statuire ciò che appare il meglio per quel minore in quella determinata circostanza, poiché in assenza di statuizione legislative, il giudice gode di un'ampia discrezionalità.

Quanto inferiore è l'età del bambino, tanto maggiore dovrà essere l'attenzione alle

²³ Lenti Leonardo, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, Cap. 17

sue necessità. Tali indicazioni sono confermate dai risultati più recenti della neuropsicologia che testimoniano che l'attività dei neuroni nelle prime fasi dell'esistenza ha una intensità così spiccata come mai si riproporrà in futuro: in tal senso si può dire che tutto ciò che avviene prima è più determinante di quello che avviene dopo ogni esperienza associativa.

Ritroviamo a tal proposito un'ampia e variegata casistica giurisprudenziale e dottrinale, con cui si riesce ad identificare alcune caratteristiche dell'istituto dell'interesse del minore associato alla molteplicità delle fattispecie che i giudici si sono ritrovati a dover risolvere.

Il legislatore nazionale ha inteso guidare le disposizioni del Giudice nella scelta dell'affidamento del minore tramite il criterio guida dell'interesse materiale e morale della prole, criterio di natura interpretativa, cui ogni provvedimento tangente le concrete scelte di vita del minore, deve informarsi.

Riscontrando il *favor* legislativo per l'affidamento condiviso in nome del diritto alla *bigenitorialità*, tale regime potrà essere derogato unicamente nel caso in cui il Giudice ritenga che l'affidamento ad entrambi i genitori sia contrario all'interesse del minore. (art 337 quarter c.c.)

Possiamo prioritariamente dunque dire che l'interesse del minore costituisca 'la stella polare' del Giudice nel momento in cui si trovi di fronte alla scelta sul regime di affidamento, condiviso, o in deroga alla regola generale, monogenitoriale.

Una prima tematica da affrontare in concreto in tal senso è il rapporto tra i genitori; nel caso abbiano instaurato un rapporto pacifico e ritrovato un nuovo equilibrio successivo alla separazione *nulla quaestio*, ma nel caso di conflittualità tra gli stessi, ci si è chiesti se tale condotta possa essere lesiva dell'interesse del minore, poiché essendo diritto della prole mantenere un rapporto significativo e continuativo con entrambi, lì è la necessità di valutare se e in che modo ciò sia materialmente possibile. In tal senso è stato ritenuto che *la sola conflittualità esistente tra i genitori non è motivo sufficiente per ritenere contrario all'interesse dei figli il loro affidamento ad entrambi, atteso che far dipendere la scelta del regime di affidamento, esclusivo o condiviso, dal più o meno armonico rapporto esistente tra i genitori separati, significherebbe subordinare il primario diritto dei figli alla mera qualità dei rapporti*

tra i genitori, i quali potrebbero addirittura strumentalizzare il loro conflitto al fine di acquisire un maggiore potere di reciproca interdizione alla piena relazione morale e materiale di ciascuno con la prole, vanificando di fatto il fondamentale diritto dei minori a vivere da figli di entrambe le figure parentali'.²⁴

Dunque, la mera conflittualità tra i genitori non è condizione sufficiente alla mancata applicazione del regime condiviso, ove si mantenga nei limiti di tollerabilità di disagio per la prole. Spesso dovrebbe prevalere nei giudizi, e di fatto spesso questo avviene, la regola del 'buon senso'; per questo sorprende notare che in molti casi gli adulti facciano affermazioni quando si tratta di bambini o ragazzi assolute e totalizzanti, sottolineando che l'interesse dei minori debba prevalere.

In alcuni casi l'interesse dei genitori prevale su quello dei figli: quando questi sono in conflitto è inevitabile che abbia meno senso parlare di diritto alla bigenitorialità del minore; la conflittualità dei genitori può d'altro canto assumere connotati ostativi all'applicazione del regime di affidamento condiviso, ove si trasformi in situazioni capaci di alterare significativamente l'interesse della prole, ponendone in serio pericolo il loro sviluppo e la loro armonica formazione.

Recentemente la Corte di Cassazione, a riguardo ha dichiarato che *'avendo preso atto dei comportamenti posti in essere da entrambi i genitori, profondamente indicativi della loro carenza educativa ed ha correttamente valutato tali comportamenti in termini non di mera conflittualità tra i coniugi, ma di "oggettiva inidoneità" della madre e del padre alla condivisione dell'esercizio della potestà genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario della figlia minore. Nel caso di specie, i giudici di merito hanno, nella sostanza, messo in evidenza la scarsa maturità dei genitori nell'affrontare le maggiori responsabilità che l'affido condiviso comportava e che il rapporto tra i genitori e la figlia era risultato in modo significativo intaccato dalla forte conflittualità esistente tra padre e madre, ovvero che la loro inidoneità educativa si poneva in contrasto con l'interesse della figlia minore all'affido condiviso'.²⁵*

²⁴ Corte d'Appello Roma, 26/11/2008, n. 4939

²⁵ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 07/06/2021, n. 15819

La linea di demarcazione nel valutare il configurarsi del rapporto tra gli ex partner, in nome dell'interesse del minore, risiede per il giudice nella valutazione dell'idoneità genitoriale, materialmente e affettivamente intesa; la valutazione avrà esito negativo solo nel caso in cui il livello di conflittualità comporti situazioni di pregiudizialità per il minore.

Inoltre, la commissione di reati di un coniuge nei confronti dell'altro costituisce fattispecie rilevante al fine della valutazione del regime da adottare, potendo comportare il rigetto della richiesta di affidamento condiviso posta dal fautore del comportamento lesivo dell'altro genitore.

Oltre al rapporto tra i genitori, anche il rapporto genitori-figli è fattispecie valutabile: un ostacolo alla *bigenitorialità* va ravvisato e motivato nel caso in cui il rapporto tra il singolo genitore e il figlio configuri una situazione di disagio o pregiudizio tale da giustificare una limitazione del medesimo rapporto.

Tra le ulteriori valutazioni che il Giudice si trova a compiere, è quello relativo ad un *un giudizio prognostico circa la capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti attinenti alle modalità con cui ciascuno in passato ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla capacità di relazione affettiva, nonché mediante l'apprezzamento della personalità del genitore.*²⁶

Un particolare aspetto dell'interesse del minore è il diritto ad essere ascoltato: l'art. 336 bis c.c. riconosce al figlio minore che abbia compiuto dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, il diritto *'di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano'*.

I minori possono infatti reclamare il loro diritto alla partecipazione ad esprimere le proprie opinioni nelle questioni che li riguardano anche ex art. 12 Convenzione di New York. In parallelo appare evidente che al minore venga attribuito il diritto di parola (art.13 Convenzione stessa).

Per far sì che questo rapporto di ascolto-parola sia efficace è inoltre necessario che la Convenzione venga conosciuta dagli adulti coscienti degli obblighi che essi hanno

²⁶ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 19/07/2016, n. 14728

nei confronti della prole e dei diritti di cui è portatrice.

L'ascolto costituisce una pratica diffusa nei Tribunali, essa dà la possibilità al minore, posto nelle condizioni di non subire influenze, di dichiarare ciò che lo stesso ritiene più utile e confacente ai propri interessi.

Oltre ad essere una declinazione della tutela dell'interesse del minore, se le circostanze di fatto fossero tali per cui ascoltare il minore sarebbe *in contrasto con l'interesse del minore stesso*, il giudice può disporre l'esclusione. (art.337 octies c.c.)

Informando le sue scelte e decisioni *rebus sic stantibus*, il magistrato è chiamato a formulare un giudizio prognostico circa le capacità e possibilità dei genitori di crescere ed educare il figlio in un contesto familiare mutato, e chiedendosi come e in che modo determinate scelte condizionerebbero la vita del minore.

Giudizio prognostico che deve considerare anche il criterio del *minor danno* che la 'mutazione familiare' potrebbe produrre al minore, prescindendo dai profili di responsabilità dell'uno o dell'altro coniuge, ma tenendo conto della capacità e dell'idoneità che ciascun genitore ha di assicurare cura, protezione, tutela ed equilibrata crescita della prole.

La difficoltà di inquadrare il principio di interesse materiale e morale, alla luce di quanto detto, si spiega poiché esso si profila quale valutazione trasversale riguardo tutti i temi richiamati, investendo tutte le questioni di ordine sostanziale e procedurale che riguardano la prole.

Ciò che conta affinché gli interessi e i diritti del minore vengano tutelati è la creazione di un nuovo equilibrio nel quale questi possa sentire la presenza comune dei genitori nella sua vita, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione. ²⁷

Il diritto alla *bigenitorialità* e il criterio prioritario dell'interesse del minore sono espressivi anche di un ulteriore diritto e cioè il diritto del minore ad una famiglia, codificato sia a livello europeo nella UNCRC, negli artt. 7 e 8 nonché a livello nazionale, con la legge n.184/1983 sull'affidamento e l'adozione.

²⁷ Cassazione civile, 23 settembre 2015, n. 18817

Tale diritto ha una duplice veste: è un diritto del minore a crescere ed essere curato dalla propria famiglia nucleare in cui è nato, composta possibilmente da entrambi i genitori e, nel caso di incapacità o indisponibilità della famiglia nucleare di prendersene cura, è diritto ad avere un'altra famiglia, affidataria o adottiva.

È principio ad oggi pacifico in neuropsichiatria infantile e in psicologia che la famiglia sia l'ambiente *naturale* per il benessere e per la crescita dei bambini.²⁸

Essa si pone quale istituzione *naturale* nel senso che, qualsiasi ne sia l'estensione, l'organizzazione o le dinamiche, appartiene ai bisogni umani fondamentali imprescindibili legati alla socialità, all'affettività e alla riproduzione. La famiglia costituisce il primo tassello sociale fondamentale di cui la società stessa si compone. Per il minore, va infatti privilegiato su qualsiasi altro interesse il suo diritto ad avere una famiglia, capace di consentirgli una crescita sana ed equilibrata.

I bambini, da appena nati fino alla loro completa crescita, hanno bisogno di un rapporto continuativo e costante con entrambi i genitori che da parte loro si dedichino alla cura della prole, pur nelle differenze di ruolo (padre e madre), *essendo la famiglia l'unità di base all'interno della quale il bambino viene addestrato all'esistenza sociale* (Schaffer, 1998).

Una condizione di piena condivisione e partecipazione di entrambi i genitori nella sfera familiare e nell'impegno genitoriale favorirà tutti i componenti della famiglia: *in primis* i bambini, che in questo modo possono contare sulla presenza reale e partecipata di entrambi i genitori, interiorizzando in questo modo una figura materna e una figura paterna, che gli consentano lo sviluppo di maggiore sicurezza e serenità personale.

Una volta creatasi una consuetudine di vita per il bambino, che si sente sicuro nel proprio nido familiare e sostenuto da entrambi i genitori, subire un mutamento di vita è un evento quantomeno destabilizzante, oltre che doloroso, cui spesso si aggiunge, nelle more di procedimenti di separazione o divorzio, un *conflitto di lealtà*²⁹ nei confronti dei genitori.

Il processo che determina infatti le modalità di affidamento in caso di separazione e

²⁸ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, Cap.17

²⁹ Camerini, Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso. Maggioli Editore, 2018, pg.77

divorzio è complesso, comporta uno squilibrio sia materiale che emotivo per la famiglia nel complesso, e produrre problematiche irrisolte e/o dinamiche di comunicazione disfunzionali tali da sviluppare conflitti destrutturanti per i componenti del nucleo familiare.

Le problematiche tra i genitori stessi o riguardo i figli, i disagi, le incertezze, le difficoltà di comprensione che una separazione o un divorzio possono produrre, creano un clima di conflittualità tra gli ex-partner, che comporta per il figlio un carico di disagio e malessere.

Le “Buone prassi giudiziarie e psicosociali in favore della bigenitorialità e di contrasto all'alienazione parentale”³⁰ enunciano tale concetto: *' Le separazioni conflittuali rappresentano un fenomeno molto dannoso per la salute psicofisica sia dei genitori che dei figli minorenni e non di rado generano difficoltà relazionali tra figlio e genitori con conseguenze a distanza anche gravi, in primis per i figli, costituendo una condizione di stress cronico. Pertanto, si rendono necessarie valutazioni psicoforensi e modelli di intervento tempestivi ed efficaci, tali da consentire il rispetto delle decisioni dei tribunali e la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, attraverso un coordinamento tra autorità giudiziaria ed agenzie sociali e sociosanitarie, prevenendo così il consolidamento di situazioni pregiudizievoli per i minori coinvolti sino a configurarsi un vero e proprio problema di salute pubblica'.*

Nelle separazioni e nei divorzi conflittuali, e specialmente in quel 10% che viene definito ad alta conflittualità, la comunità scientifica ha riscontrato lo sviluppo da parte dei bambini tratti patologici della personalità, con sentimenti di rabbia e di alienazione nei confronti del mondo esterno, il che li porta ad avere, specie nel periodo adolescenziale comportamenti dannosi e disfunzionali. Questi meccanismi si sviluppano nel bambino nel momento in cui risentono di vuoti, di distanze affettive prima non sperimentate tra genitori e tra gli stessi bambini e i genitori, di un punto di rottura tra un 'prima' e un 'dopo' di cui non capiscono le motivazioni, e di cui spesso risentono.

Per ovviare a queste e ad altre conseguenze nell'interesse del bambino, sarebbe

³⁰ file:///C:/Users/39389/Downloads/documento_ap_150617.pdf

auspicabile che la famiglia separata riuscisse, nel minor tempo possibile, a riorganizzare le relazioni familiari a livello coniugale e genitoriale, continuando a svolgere i ruoli di madre e padre, instaurando un rapporto di collaborazione e cooperazione in vista del miglior svolgimento dell'esercizio genitoriale.

I bambini mostrano infatti un miglior adattamento e una risposta emotiva più equilibrata alla separazione o al divorzio, a lungo termine, quando hanno relazioni sufficientemente regolari e positive con entrambi i genitori e quando gli stessi hanno una relazione co-genitoriale adeguata e operativa.³¹

L'elaborazione scientifica compiuta dei benefici dello sviluppo del bambino in famiglia è basata su studi clinici istituzionalizzati, realizzati su gruppi di minori dalla quale erano chiaramente emerse le conseguenze dannose, e spesso a lungo termine, di personalità e salute mentale del bambino, derivanti dalla scarsità quantitativa e qualitativa di cure materne, ma più in generale di un ambiente familiare idoneo. Una delle ricerche più note riguardo fu commissionata nel 1950 dall'OMS (Organizzazione mondiale della Sanità) allo psicoanalista inglese John Bowlby.³²

Il tema è rilevante specialmente considerando che in Europa la separazione dei genitori riguarda più di dieci milioni di minori, di cui un milione e mezzo solo in Italia³³; orbene numeri così elevati sono sintomatici di un problema di salute pubblica.

La scienza ha infatti dimostrato effetti diretti sulla salute dei bambini causati da separazioni e divorzi e da altre *childhood adversity*, danni che possono essere causati dai cosiddetti *chronic stressor*, categoria che annovera tutte quelle situazioni patologiche cui il minore incorre nella persistenza di conflittualità familiare, inadeguata educazione; danni ulteriormente più impattanti possono derivare al minore nel caso di *traumatic experiences*, ovvero da abusi fisici, abusi emotivi e violenza assistita o subita tra le mura domestiche.³⁴

Di fronte a tali dati, bisognerebbe prendere atto, da una parte, della necessità di prestare attenzione per la tutela dei minori e l'importanza della loro protezione

³¹ Camerini, *Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso*, Maggioli Editore, (RN), 2018, pag.38-50

³² Lenti, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2020, Cap.17

³³ Camerini, *Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso*, Maggioli Editore, (RN), 2018, Cap.1

³⁴ Camerini, *Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso*, Maggioli Editore, (RN), 2018, Cap.1

proprio di fronte a potenziali conseguenze lesive in situazioni familiari conflittuali, e dall'altra quella di porre ulteriormente rimedio al problema, divenuto di rilevanza sociale e pubblica.

1.3 Assegnazione della casa familiare e prescrizioni sulla residenza

L'assegnazione della casa familiare disciplinata è dall'art. 337-sexies c.c., secondo cui *'il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritamente conto dell'interesse del minore'*.

Per 'casa familiare' si intende l'immobile che *ha costituito il centro di aggregazione e unificazione della famiglia*,³⁵ cioè quello in cui essa ha vissuto abitualmente, non necessariamente coincidente con la residenza anagrafica.

Sotto il punto di vista “affettivo”, la Corte di Cassazione è sempre stata concorde nel ritenere che *'l'assegnazione della casa familiare si prefigge lo scopo di assicurare che il nucleo familiare abbia un proprio habitat e centro di comuni interessi materiali e spirituali dei suoi componenti. La casa familiare è dunque luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare e si svolge la continuità delle relazioni domestiche, centro di aggregazione e di unificazione dei componenti del nucleo, complesso di beni funzionalmente organizzati per assicurare l'esistenza della comunità familiare, che appunto in forza dei caratteri di stabilità e continuità che ne costituiscono l'essenza si profila concettualmente incompatibile con un godimento segnato da incertezza e provvisorietà'*.³⁶

Il criterio dell'interesse del minore nell'assegnazione della casa familiare consegue alla Riforma del 2006 che istituisce quale regime ordinario di affidamento quello condiviso, con la disciplina dell'assegnazione della casa familiare all'art.155 quarter c.c.; nel periodo antecedente in cui vigeva il regime monogenitoriale, l'assegnazione della casa familiare era disposta mediante un 'criterio preferenziale' che la assegnava

³⁵ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pagg.278-287

³⁶ Cass. SU n. 13603 del 2004.

³⁷ Art.6 comma 6 Legge sul Divorzio, l. n.898/1970, modificato da l.74/1987: L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole. L'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'articolo 1599 del codice civile.

al genitore affidatario.³⁷

Ancorché l'assegnazione della casa familiare sia disposta in favore di uno dei due genitori, tale istituto è volto a tutelare l'interesse del minore, dopo la crisi matrimoniale, a continuare a vivere nell'ambiente in cui è cresciuto, per salvaguardarne la continuità con l'ambiente domestico, mantenendo consuetudini di vita e relazioni sociali che in quel luogo si sono instaurate.

Essendo l'assegnazione della casa familiare volta unicamente a realizzare l'interesse del minore, essa non rappresenta una componente delle obbligazioni patrimoniali conseguenti separazione o divorzio e nemmeno un modo per realizzare il mantenimento del coniuge più debole.³⁸

Il giudice di merito, dunque, nel provvedere riguardo l'assegnazione della casa familiare deve *'valutare l'esistenza di uno stabile legame fra il minore e l'immobile già adibito a casa familiare, verificando, in caso di allontanamento e in considerazione del tempo trascorso, la persistenza di tale legame tra il minore e l'abitazione'*.³⁹

Traendo forza l'assegnazione della casa familiare dal presupposto di fornire protezione sociale ed affettiva della prole, e non conseguendo o potendo conseguire diverse finalità, è evidente che se per vicende sopravvenute la casa non dovesse essere più in grado di soddisfare tale finalità, l'assegnazione non avrà ragion d'essere e non si procederà a riguardo.

Nel caso di assenza di figli, non potendo il Giudice provvedere all'assegnazione, nemmeno nel caso in cui uno dei due coniugi sia privo di abitazione e l'altro ne possieda più di una, il Giudice terrà conto di tale squilibrio in sede di definizione dell'assegno di separazione o di divorzio, se il coniuge sprovvisto di abitazione sia anche non indipendente economicamente.

Nel caso in cui invece gli ex partners, sempre in assenza di figli, abbiano entrambi la proprietà o un diritto di godimento dello stesso immobile, il giudice di merito ha negato che si possa disporre a riguardo mediante assegnazione della casa familiare,

³⁸ Cassazione Civile n.18603/2021

³⁹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 13/10/2021, n. 27907

ma demandando la definizione di tale rapporto mediante le generali norme codicistiche su comunione, uso e divisione: tale orientamento è condiviso dalla Corte di Cassazione.⁴⁰

In tema di assegnazione della casa familiare è rimasto ancora in vigore, il sesto comma dell'art.6 della legge sul divorzio (l.898/1970). Tale articolo 6 veniva infatti fatto oggetto di riforma dal d.lgs. n.154/2013 che ne abrogava i commi 3,4,5,8,9,10,11 e 12, proprio in ragione dell'uniforme disciplina dell'art. 337-sexies, che disciplina l'assegnazione della casa familiare in tutti i casi di scissione della coppia genitoriale. Dunque, l'art. 6 co.6 L. divorzio continua a prevedere che *'l'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età'*. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole'.

Parte della dottrina ritiene la mancata abrogazione di tale comma sia una mera 'svista' del legislatore, mentre c'è chi considera tale articolo compatibile con l'art.337-sexies c.c., ritenendo che il criterio di prevalenza dell'interesse del minore non escluda, ma anzi, presupponga che altri interessi, quali ad esempio il *favor* del coniuge più debole, possano assumere rilevanza.

A riguardo la giurisprudenza della Cassazione è dell'avviso che la tutela del genitore più debole sia affidata ad altre misure di protezione, mentre l'unico interesse da prendere in considerazione sia quello dei figli.⁴¹

Una volta che il Giudice ha disposto l'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi (o conviventi) con provvedimento motivato e non sindacabile in sede di legittimità, avverrà che uno dei due ex coniugi rimarrà ad abitare nella casa in cui si era svolta la convivenza in corso di matrimonio, mentre l'altro dovrà lasciare l'abitazione: può dunque verificarsi che la casa coniugale, sebbene di proprietà di un coniuge, venga assegnata all'altro coniuge in nome dell'interesse del minore.

Il momento in cui si terrà conto della situazione del coniuge rimasto sprovvisto di

⁴⁰ Cass. n. 16398 del 2007

⁴¹ Cassazione 13.12. 2018 n. 32231

una abitazione, che potrebbe non avere la possibilità o meno di reperire i mezzi per ovviare a tale mancanza, sarà quello della definizione del complessivo assetto patrimoniale tra coniugi e se ne terrà conto in sede di assegno di mantenimento o di divorzio.

Al secondo comma ex art.337-sexies: *'Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà'*.

Nel provvedimento di assegnazione della casa familiare il *best interest of children* prevale sull'eventuale diritto di proprietà, poiché come già detto il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse del minore.

Il diritto di proprietà cede dunque il passo a un interesse pubblico assai rilevante, ovvero la salvaguardia e tutela dei diritti dei minori. Si evidenzia l'eccezionalità di tale situazione, per cui un equo bilanciamento degli interessi in gioco appare difficile, derivante dalla compressione del diritto di proprietà solo ove il coniuge assegnatario sia anche affidatario della prole; di conseguenza si evidenzia che in sé anche l'istituto dell'assegnazione della casa familiare sia 'eccezionale', non estendibile pertanto tramite il meccanismo di analogia o interpretazione estensiva. Trovandosi il diritto di proprietà decurtato di parte del suo contenuto, la Cassazione si esprime in tal senso: *'L'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, cui l'immobile non appartenga in via esclusiva, instaura un vincolo (opponibile anche ai terzi per nove anni, e, in caso di trascrizione, senza limite di tempo) che oggettivamente comporta una decurtazione del valore della proprietà, totalitaria o parziaria, di cui è titolare l'altro coniuge, il quale da quel vincolo rimane astretto, come i suoi aventi causa, fino a quando il provvedimento non sia eventualmente modificato, sicché nel giudizio di divisione se ne deve tenere conto indipendentemente dal fatto che il bene venga attribuito in piena proprietà all'uno o all'altro coniuge ovvero venduto a terzi'*.⁴²

Sebbene l'assegnazione della casa familiare al coniuge non proprietario non comporti in alcun modo a livello formale alcun trasferimento di proprietà della stessa, è

⁴² Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 22/04/2016, n. 8202

⁴³ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg.284

comunque evidente che il titolo di proprietà su quel dato immobile è svuotato della sua ragion d'essere per il proprietario e potenzialmente anche a tempo 'indeterminato', vista l'indeterminatezza del momento in cui giungerà l'indipendenza economica dei figli.

Il sacrificio subito dal proprietario dell'immobile trova 'giustificazione' nell'art. 42 Cost., che al secondo comma dispone che *'La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti'*.⁴³

Inoltre, ai sensi del già citato art. 6, comma 6 l.n.898 del 1970 nel testo sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 11, applicabile anche in tema di separazione personale, il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avendo per definizione data certa, è opponibile, ancorché non trascritto, al terzo acquirente in data successiva rispetto all'assegnazione per nove anni dalla data della suddetta assegnazione, ovvero - ma solo ove il titolo sia stato in precedenza trascritto - anche oltre i nove anni.⁴⁴

Fino ad ora abbiamo preso in esame il caso in cui l'immobile assegnato sia nella proprietà di uno dei due coniugi o in comproprietà, ma è ben possibile che i coniugi godano della casa familiare in virtù di un contratto di locazione o di comodato.

Riguardo il contratto di locazione, la Cassazione si è così espressa: *'In tema di separazione personale dei coniugi, il provvedimento di assegnazione della casa familiare determina una cessione "ex lege" del relativo contratto di locazione a favore del coniuge assegnatario e l'estinzione del rapporto in capo al coniuge che ne fosse originariamente conduttore, anche nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi abbiano sottoscritto il contratto di locazione; pertanto, l'ignoranza, da parte del locatore, della successione "ex lege" non incide sul perfezionamento della cessione, ma assume rilevanza ai soli fini dell'opponibilità della stessa al locatore ceduto'*.⁴⁵

La successione ex lege nel contratto trova fondamento nell'art.6 L. n. 392/1978 che

⁴⁴ Priscoli Lorenzo, 'L'assegnazione della casa familiare'

⁴⁵ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 07/11/2019, n. 28615

⁴⁶ Bonilini, Manuale di diritto di famiglia, Utet giuridica, Milano, 2020, pgg. 243-246

stabilisce: *'In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo'*.

Nel caso in cui poi il contratto di locazione sia stato stipulato da entrambi i coniugi, il coniuge assegnatario affidatario di figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti dell'abitazione ne diviene titolare esclusivo.⁴⁶

Nel caso in cui invece il godimento della casa familiare vi sia in forza di un contratto di comodato si reputa che la norma sopra citata riguardo la successione nel contratto di locazione, valga anche riguardo il contratto di comodato e che analogicamente il coniuge al quale sia stata assegnata la casa familiare succeda nella titolarità del contratto stesso.

Nel caso in cui il comodante voglia recedere dal contratto, al fine di ottenere la restituzione del bene oggetto di comodato, questi non potrà vedersi opposto il provvedimento di assegnazione in base alla disciplina ex. art 1810 c.c.: *'Se non è stato convenuto un termine ne' questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede.'* Dunque, nel comodato cosiddetto 'precario', la mancanza di un termine e l'impossibilità di desumerlo dall'uso cui la cosa doveva essere destinata nonostante il provvedimento di assegnazione del Giudice, l'assegnatario è costretto al rilascio o restituzione del bene. La Cassazione a riguardo: *'Allorquando i genitori di uno dei coniugi abbiano concesso in comodato un bene immobile di loro proprietà perché sia destinato a casa familiare, trattandosi di comodato senza fissazione di predeterminato termine finale (c.d. precario), il beneficiario è tenuto a restituirlo a loro semplice richiesta, quand'anche sia stato assegnato, in sede di separazione personale dei coniugi, all'affidatario dei figli.'*⁴⁷

Il comodante che voglia recedere dal contratto per rientrare nel possesso del bene potrà invece vedersi opposto il provvedimento del Giudice di assegnazione della casa

⁴⁷ Cass. civ., Sez. III, 07/07/2010, n. 15986

familiare nel caso in cui il comodato stesso abbia *ab origine* previsto la destinazione del bene a casa familiare. In siffatta ipotesi al rapporto di comodato è pur sempre apposto un termine, che è implicito nella destinazione del bene a casa familiare applicandosi in questo caso, in luogo dell'art. 1810, la norma dell'art.1809: *'Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto'*.⁴⁸ Non sussiste dunque il diritto del comodante alla richiesta di restituzione del bene essendo il rapporto contrattuale destinato a persistere fino a quando perdurino le esigenze della prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente a godere dell'habitat familiare, fatta salva la sopravvenienza di un *urgente e impreveduto bisogno* (art.1809.2c.c.).

La Cassazione a riguardo: *'Il contratto di comodato di "lunga durata", figura nella quale si iscrive la concessione in godimento dell'immobile al quale è impressa la destinazione d'uso per le esigenze della famiglia, non può ritenersi scollegato dalle vicende del nucleo familiare -tanto nel momento fisiologico che in quello patologico della convivenza matrimoniale o di fatto, in presenza di minori o di figli non autosufficienti – così come accertate nel provvedimento giudiziale adottato dal Giudice nel procedimento di separazione o di divorzio, atteso che solo in seguito a tale provvedimento risultano verificate le condizioni legali che consentono l'assegnazione della casa familiare, in difetto delle quali cessa il presupposto che legittima l'assegnatario – che non era titolare di diritti sull'immobile – a permanere nel godimento del bene'*.⁴⁹

La valutazione mediante la quale si desume l'effettiva destinazione del bene oggetto di comodato a uso di casa coniugale, nel caso in cui non sia espressamente previsto nel contratto stesso, comporta un accertamento di fatto sulla comune intenzione delle parti, valutando complessivamente il contesto del perfezionamento del contratto.

La qualificazione del tipo di diritto, se personale o reale, derivante dal godimento della casa familiare ha soluzioni contrastanti: secondo alcuni interpreti si tratterebbe

⁴⁸ Bonilini, Manuale di diritto di famiglia, Utet Giuridica, Milano, 2020, pag. 245

⁴⁹ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 10/04/2019, n. 9990

di un diritto reale a titolo gratuito ove l'immobile sia di proprietà di entrambi i coniugi o dell'altro coniuge, la cui ragione risiederebbe nel rinvio dell'art.337-sexies all'art.2643 (*'Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643'*).

Degli interpreti che resistono replicano che tale ricostruzione sarebbe in contraddizione col principio per cui nel nostro ordinamento i modi di costituzione dei diritti reali sono espressamente e tassativamente previsti dalla legge, nonché la potenziale modificabilità del provvedimento di assegnazione, che muta al mutare delle situazioni dei genitori.⁵⁰

La giurisprudenza ritiene infatti che il diritto che nasce dal provvedimento di assegnazione della casa familiare riconosce *'al coniuge un diritto personale atipico di godimento e non un diritto reale, sicché in capo al coniuge non è ravvisabile la titolarità di un diritto di proprietà o di uno di quei diritti reali di godimento (...)'*.⁵¹ Trattandosi inoltre di un diritto correlato all'esercizio della funzione genitoriale è personalissimo e dunque indisponibile.

Tale diritto di godimento può cessare nel momento in cui il Giudice accerti che le esigenze che lo giustificavano sono venute meno, e ciò può accadere quando *'l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio (art.336-sexies)*.

La disposizione in esame è stata fortemente criticata da parte della dottrina che, oltre a ritenere che il metodo di accertamento della convivenza *more uxorio* possa creare numerosi conflitti, discorre anche del fatto che la legittima decisione di un genitore di rifarsi una vita non deve incidere negativamente sugli interessi del figlio.

I dubbi di costituzionalità sorti in merito a questa norma per violazione del principio di uguaglianza sono stati risolti (negativamente) dalla Corte Costituzionale : *'Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 155-quater, primo comma, c.c., introdotto dall'art. 1, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, anche in combinato disposto con l'art. 4 della stessa legge,*

⁵⁰ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano,2021, pg.324-330

⁵¹ Cass. civ., Sez. V, 19/01/2021, n. 730

censurato, in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., nella parte in cui prevede la revoca automatica dell'assegnazione della casa familiare nel caso in cui l'assegnatario conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Premesso che la dichiarazione di illegittimità di una disposizione è giustificata dalla constatazione che non ne è possibile un'interpretazione conforme a Costituzione e premesso, altresì, che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale evidenzia come non solo la decisione sulla assegnazione della casa familiare, ma anche quella sulla cessazione della stessa, sono sempre state subordinate, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole, la norma censurata non viola gli indicati parametri ove 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'.⁵²

La revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare non viene automaticamente meno al verificarsi delle ipotesi codicistiche, ma il venir meno della stessa è subordinata ad una ponderazione degli interessi del minore nella nuova situazione.

Il primo comma dell'art 336-sexies c.c. disciplina il tema della opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione e di revoca della casa familiare , stabilendo che gli stessi sono *trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643*, che *'va interpretato nel senso che entrambi non hanno effetto riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, il quale perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero'.⁵³*

L'art.336-sexies co, 2 detta disposizioni anche circa il cambiamento di residenza o domicilio che, ove modificato, obbliga il genitore collocatario a comunicarlo all'altro entro il termine perentorio di trenta giorni, pena il risarcimento

⁵² Corte cost., 30/07/2008, n. 308

⁵³ Cass. civ. n. 7776/2016

del danno che l'altro genitore abbia subito a causa della difficoltà di reperire il figlio. Pur avendo il genitore la possibilità di modificare la sua residenza e quella di suo figlio, va considerato che tale libertà vada pur sempre rapportata al diritto del minore di continuare a vivere nell'habitat domestico, quale sede prediletta dei suoi affetti e della socialità, e al diritto di mantenere rapporti continuativi e significativi con entrambi i genitori.

Essendo la scelta della residenza del minore una questione di estrema rilevanza, andrebbe assunta di comune accordo da entrambi i genitori. L'eventualità che ciò si verifichi unilateralmente può giustificare una richiesta di modifica delle condizioni di affidamento e collocazione del figlio, su istanza dell'altro genitore.

La disposizione di cui all'art.336-sexies co. 2 non ricalca con precisione il suo precedente art.155 quarter co.2 che sanciva espressamente il diritto del genitore che aveva subito il cambio di residenza del minore a richiedere la modifica delle pattuizioni circa le modalità dell'affidamento.⁵⁴, essendo stata tale specificazione ritenuta superflua per la L.154/2013 che ha sostituito gli art.155-155 sexies con gli articoli 336 e seguenti.

Inoltre, la possibilità per il Giudice di modificare le modalità dell'affidamento nel caso in cui il genitore non si attenga alle condizioni dettate, è espressamente sancito nell'art.337 ter c.c.

⁵⁴ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Torino, 2020, pgg.324-332

1.3.1 Scelta del genitore collocatario, diritto di visita e inadempienze del non collocatario

L'idea di fondo che ha motivato il Legislatore a far ricadere la scelta sul regime condiviso quale regime ordinario di affidamento è stata, che la comune responsabilità dei genitori nell'educazione e nello sviluppo dei figli debba persistere anche in caso di rottura del vincolo matrimoniale, nell'interesse della prole.

Il giudice, in sede di valutazione del tipo di regime di affidamento, una volta disposto il condiviso, deve anche determinare *'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'*. (art.337 bis co.2 c.c.)

Nel dettare disposizioni circa la permanenza del minore presso i genitori, il Giudice, ove non si rinvenga un comune accordo dei genitori, decide sul collocamento, da intendersi quale scelta sulla residenza abituale del figlio minore dopo la separazione o il divorzio, trattandosi di un provvedimento che prescinde dall'eventuale regime di affidamento scelto.⁵⁵

Siamo infatti di fronte a concetti diversi quando ragioniamo su affidamento e collocamento, come anche la Cassazione ha avuto modo di chiarire dicendo che l'affidamento condiviso non esclude la collocazione del minore presso uno dei due genitori, che sarà il 'collocatario'⁵⁶, poiché l'affidamento condiviso presuppone la predisposizione di un comune progetto di cura e crescita per il bambino in cui entrambi i genitori mantengono i medesimi diritti, doveri e possibilità per attuarlo, che non comporta necessariamente un paritetico equilibrio di tempi e modi per l'attuazione dello stesso.

Se dunque la lettera del Codice e il diritto alla *bigenitorialità* del minore rendono

⁵⁵ Consulenza Legale Italia, Il collocamento dei figli-una guida rapida, <https://www.consulenzalegaleitalia.it/collocamento-figli/#:~:text=Il%20collocamento%20dei%20figli%20%C3%A8,prescinde%20dall'eventuale%20a%20affidamento%20condiviso.>

⁵⁶ Cassazione civile, sez. I, 12 settembre 2018, n. 22219

realizzabile un affidamento con un collocamento del tutto paritetico, le concrete modalità di attuazione devono per forza confrontarsi con le esigenze pratiche di entrambi i genitori dalla valutazione della storia familiare del bambino e della famiglia.

Si dovranno dunque tenere in considerazione elementi quali l'età del bambino, la sua volontà nel caso di minorenne capace di discernimento, la distanza logistica delle abitazioni dei due genitori, gli impegni lavorativi e via discorrendo.⁵⁷

Le possibilità di collocamento per il minore sono quindi essenzialmente due: il collocamento paritetico e il collocamento cosiddetto prevalente, prassi quest'ultima tradizionalmente applicata. Con il collocamento paritetico si mira ad ottenere una divisione di tempi e modi di permanenza presso madre e padre il più possibile al 50%⁵⁸, una suddivisione pienamente egualitaria.

Nella prassi delle Corti degli Stati Uniti, all'inizio degli anni Settanta nacque la *joint custody*; Vittorio Vezzetti osserva come in cui in alcuni Tribunali a questa prassi seguiva una distribuzione equilibrata dei tempi di coabitazione e cura, in altri invece alla *joint parental responsibility* non seguiva una concreta perequativa distribuzione dei tempi a disposizione dei due genitori.⁵⁹

Si andarono quindi a distinguere due modalità di affidamento: la *joint physical custody* e *joint legal custody*; poiché inoltre in alcuni Paesi si poteva avere un affido materialmente condiviso in assenza di pari responsabilità genitoriale e persino in regime di affidamento esclusivo si è affermata la locuzione *shared parenting*.⁶⁰

Bisognerebbe quindi chiedersi quale siano , anche a monte della formale

⁵⁷ Marta Lavacchini, Affidamento condiviso e collocamento paritario dei figli nell'ottica della valutazione del loro interesse concreto, *Rassegna Giuridica*, 2022, https://www.minori.gov.it/sites/default/files/idi_rassegnagiuridica_1-22_quest.1.pdf

⁵⁸ La legge per tutti, Collocamento paritetico

⁵⁹ Vezzetti, *A comparative research on european children and divorce*, Scholar Press ed.

⁶⁰ Camerini, *Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso*, Maggioli Editore, RN, 2018, pg.21-22

determinazione del tipo di affidamento, le condizioni sostanziali stabilite in regime di affidamento, essendo rilevante il fatto ad esempio che i minori tedeschi o spagnoli in regime di affidamento esclusivo trascorrono più tempo dei bambini italiani presso il genitore non collocatario; in Europa prevale il limite della percentuale del 33%, al di sotto del quale si parla di affidamento esclusivo e al di sopra del quale si tratta di affidamento materialmente condiviso.⁶¹

Pur essendo l'affidamento condiviso da svolgersi in condizioni materialmente paritetiche, soluzione adottata in molti Paesi Europei e non in linea con gli interessi del minore, quale ottimale soluzione per il minore dall'International Council on Shared Parenting nel convegno di Bonn del 2014, l'Italia non abbia dimostrato particolare adesione a tale soluzione.

L'opinione della Corte di Cassazione a riguardo consiste nel ritenere che *'Il regime legale dell'affidamento condiviso, tutto orientato alla tutela dell'interesse morale e materiale della prole, deve tendenzialmente comportare, in mancanza di gravi ragioni ostative, una frequentazione dei genitori paritaria con il figlio, tuttavia nell'interesse di quest'ultimo il giudice può individuare un assetto che si discosti da questo principio tendenziale, al fine di assicurare al minore la situazione più confacente al suo benessere. Per tale ragione, la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente non può avvenire sulla base di una simmetrica e paritaria ripartizione dei tempi di permanenza con entrambi i genitori, ma deve essere il risultato di una valutazione ponderata del giudice del merito che, partendo dall'esigenza di garantire al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena, tenga anche conto del suo diritto a una significativa e piena relazione con entrambi i genitori e del diritto di questi ultimi a una piena realizzazione della loro relazione con i figli e all'esplicazione del loro ruolo educativo'*.⁶²

Sebbene per un verso una perfetta simmetria dei tempi di permanenza e collocamento presso entrambi i genitori realizzerebbe a pieno il diritto alla *bigetitorialità* del minore riservandogli la concreta possibilità di stabilire con

⁶¹ Camerini, Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso, Maggioli Editore, RN, 2018, pg.23

⁶² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 16/06/2021, n. 17221

entrambi quel significativo rapporto continuativo e duraturo nel tempo che l'art.337 bis c.c. codifica, d'altra parte tale simmetria potrebbe trasformare l'affidamento condiviso in un vincolo obbligato al pendolarismo che comporterebbe per il bambino un continuo e spostamento che lo priverebbe del diritto ad avere un suo centro di 'interessi', di affetto e di socialità cui, ad esempio, la casa familiare è espressione.

Seppure nell'affidamento condiviso ciascun genitore giochi un ruolo fondamentale e paritario nell'ottica dei bisogni del figlio, il fatto che i dati statistici indichino che circa nel 90% dei casi i figli siano collocati presso la madre esplica una regola operativa non scritta, ma in voga nella prassi giurisprudenziale e che affonda le sue radici nel costume e nella tradizionale distinzione dei ruoli familiari tra padre e madre. Eccezion fatta per il caso in cui siano situazioni pregiudizievoli per il minore o accordi tra i genitori, i figli vengono collocati presso la madre.⁶³

Una delle motivazioni di questa prassi giurisprudenziale risiede nell'evidenza che dal punto di vista delle esigenze primarie di vita si instaura tra madre e figlio una marcata 'connessione' sia fisica che psicologica.

L'orientamento della *maternal preference* quale criterio del collocamento del minore è stato individuato dalla stessa Corte di Cassazione nel 2016: *'Il coniuge separato che intenda trasferire la sua residenza lontano da quella dell'altro coniuge non perde l'idoneità ad avere in affidamento i figli minori o a esserne collocatario. Pertanto, se i figli sono di età prescolare o scolare, la madre resta il genitore con il quale i bambini devono convivere prevalentemente, secondo il criterio presuntivo della "maternal preference"'*.⁶⁴

Se la *maternal preference* sembra essere dunque un orientamento ideologico sulla scorta di ciò che meglio tutelerebbe il minore, è importante individuare le fattispecie che derogano a tale sistema. Anzitutto è possibile che i genitori siano arrivati ad una soluzione di comune accordo, senza contestazioni, di questo il giudice *'prende atto'* (art.337-ter c.c.) purché non contrari all'interesse del minore: tale locuzione va interpretata nel senso che il giudice possa *'tener conto'* di eventuali accordi raggiunti

⁶³ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, pgg.287-288

⁶⁴ Cass. civ., Sez. I, 14/09/2016, n. 18087

dai genitori, senza che ciò pregiudichi il suo potere decisionale, non essendo obbligato ad accettare sempre le richieste e gli accordi dei genitori. È comunque evidente che ove i genitori abbiano formulato accordi diversi dal collocamento presso la madre e questi abbiano il benestare del giudice, non si attuerà la *maternal preference*.

Una seconda ipotesi in cui non si dispone la collocazione materna è nel caso in cui il figlio, sentito dal Giudice ex art. 336-bis c.c. abbia espresso il desiderio di non coabitare con la madre.

Una importante regola operativa che può derogare dalla collocazione materna è la volontà del legislatore e del giudice, nell'interesse del minore, a mantenere invariata una certa continuità esistenziale in quanto ad affetti, habitat domestico e abitudini di vita; in base a ciò per decidere la collocazione del figlio presso un genitore, modificando una situazione di fatto consolidata, occorrono ragioni più forti di quelle che sarebbero state sufficienti per decidere la collocazione presso quello stesso genitore all'inizio della vicenda.⁶⁵

Dunque, nel caso in cui la collocazione favorita del minore prima della separazione o divorzio fosse prevalentemente con il padre, il figlio sarà collocato preferibilmente presso di lui.

La tendenza alla *maternal preference* risultava dunque quale criterio quasi automatico, essendo anche le ipotesi in cui vi si deroga residue e raramente applicate, tradisce in verità quello che è lo spirito della Riforma del 2006, ispirata al principio di *bigenitorialità* senza distinzioni di sesso o ruolo genitoriale, e in una situazione di pari dignità e diritti; in tal senso si è espresso infatti, dopo la sentenza della Cassazione n.18087 del 14/09/2016 che sanciva l'automatismo della *maternal preference*, il Tribunale di Milano replicando che *il principio di piena bigenitorialità e quello di parità genitoriale hanno condotto all'abbandono del criterio della "maternal preference" a mezzo di "gender neutral child custody laws", ossia normative incentrate sul criterio della neutralità del genitore affidatario, potendo dunque essere sia il padre, sia la madre, in base al solo preminente interesse del*

⁶⁵ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, Terza edizione, pgg.286-287

*minore, il genitore di prevalente collocamento, non potendo essere il solo genere a determinare una preferenza per l'uno o l'altro ramo genitoriale" e pertanto non va privilegiato il ruolo della madre di per se stesso assunto.*⁶⁶

L'interesse del minore non viene quindi più presuntivamente dedotto dall'esigenza prioritaria di mantenere il legame con la figura materna, ma coincide con la costruzione di un rapporto sano e costruttivo con entrambi i genitori, scevra da costruzioni asimmetriche di genere o ruolo. È da considerarsi infatti luogo comune e discriminatorio che il padre non sia aprioristicamente in grado di prendersi cura di un figlio di tenera età, almeno al pari di una donna, tenuto anche conto che l'accudimento e l'educazione di figli non è oggetto di studio o di immediata apprensione, dovendo avere entrambi i genitori la possibilità per "imparare" ad essere tali.

L'attuazione del principio di *bigenitorialità* del minore, al mantenimento dei rapporti familiari significativi e continuativi si attua mediante il diritto-dovere di visita del genitore cosiddetto non collocatario: da una parte diritto per il genitore non collocatario di intrattenere e far evolvere il rapporto con il minore, e dall'altra dovere poiché specchio del diritto del minore di crescere assieme al suo nucleo familiare di origine.

Pertanto, il giudice nella sentenza di separazione o divorzio disciplina in modo puntuale orari, giorni, suddivisione dei weekend, di eventuali peridi prolungati e di festività in cui il genitore non collocatario può trascorrere del tempo con il figlio.

Il diritto di visita del genitore non collocatario *non ha carattere assoluto e deve procedere avendo sempre come parametro principale di riferimento il superiore interesse del minore, da determinarsi avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, quali anche la pregressa esistenza e consistenza dei rapporti familiari e l'età del figlio.*⁶⁷

Abbiamo accennato anche alla natura doverosa dell'esercizio di visita al minore, dovendo valutare se si tratta di una condotta coercibile o meno. A riguardo la

⁶⁶ Tribunale Milano, Sez. IX, 19/10/2016

⁶⁷ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 13/08/2019, n. 21341

⁶⁸ Ordinanza n. 6471 del 6 marzo 2020 Cass.

Cassazione ha chiarito che il dovere di visita del genitore non collocatario non è coercibile : *‘Il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all’art. 614-bis c.p.c. trattandosi di un potere-funzione che, non sussumibile negli obblighi la cui violazione integra, ai sensi dell’art. 709-ter c.p.c., una “grave inadempienza”, è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all’interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata’.*⁶⁸

La condotta del genitore non collocatario atta alla realizzazione degli interessi del minore, che fortemente risente della volontà di cura e di impegno verso il bambino, in vista della creazione e dello sviluppo di un rapporto connotato da sentimenti di affetto e amore, non si presta, nel caso di inadempienze, a provvedimenti caratterizzati dalla coercibilità. I comportamenti del genitore non collocatario sono e possono solo essere rimessi alla sua libera autodeterminazione, trattandosi di un *facere* infungibile.

E’ necessario riferirsi all’interesse del minore, e nel momento in cui il genitore non collocatario si sia reso inadempiente, valutando tale comportamento quale inidoneità di fondo nell’affrontare le difficoltà che l’affidamento condiviso comporta, può rivelarsi pregiudizievole per il minore.

A riguardo, il Tribunale di Modena ha stabilito a riguardo che *‘l’affido condiviso risulta pregiudizievole per l’interesse del minore nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all’obbligo di corrispondere l’assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l’affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente. Il totale disinteresse e l’irreperibilità del padre giustificano, dunque, l’affidamento esclusivo della minore alla madre’.*⁶⁹

Inoltre, la condotta del genitore che si renda inadempiente al diritto di visita, si può

⁶⁹ Tribunale Modena, Sez. I, Sentenza, 04/06/2019, n. 859

configurare il reato di cui all'art.570 c.p.⁷⁰

Una situazione poi che si può venire a creare, è che il genitore collocatario renda problematica per il non affidatario l'incontro con i figli, o addirittura limiti del tutto questo diritto, in situazioni di conflittualità in cui i figli corrono il rischio di diventare 'strumento' di vendetta nei confronti dell'ex partner.

In tale contesto, il comportamento del genitore che ostacoli l'altro nella possibilità di incontrare il figlio, integra la condotta penale di cui all'art.388 c.p.,⁷¹ trattandosi di una condotta attraverso cui dolosamente si viola un provvedimento del giudice, nella fattispecie la sentenza di separazione o di divorzio, costituendo altresì il diritto di risarcimento per il coniuge che abbia subito tale privazione.

⁷⁰ Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale alla tutela legale o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

⁷¹ Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento⁽³⁾, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

1.4 Ascolto del minore ex art. 336-bis c.c.

La norma che introduce all'art.155-sexies c.c., dalla l.54/2006, ad oggi confluita nell'art.336-bis ad opera della legge n.219/2012, il diritto all'ascolto del minore, è il punto di arrivo di una evoluzione del pensiero e della politica sociale finalizzata ad una effettiva e concreta protezione del minore.

La pratica giudiziale mostra come il bambino, dapprima 'oggetto' del processo, spesso ridotto ad 'oggetto' di una mera contesa tra genitori invischiati in rapporti conflittuali, diviene 'soggetto' del processo, protagonista di scelte spesso anche contrapposte alla volontà di uno dei due genitore, portatore di interessi propri e dotato di uno strumento che prima non aveva, rappresentato della sua voce, dal pensiero e dall'opinione.

Il minore non può stare in giudizio personalmente nei procedimenti in cui devono essere adottate decisioni che lo riguardano, poiché non ha la *capacità di agire* (art.2 c.c.) e non ha quindi 'il libero esercizio dei diritti' oggetto del giudizio stesso (art.76 c.p.c.)⁷²

Considerando ciò, il legislatore ha riconosciuto alcuni *diritti processuali* al minore al fine di assicurargli partecipazione nei procedimenti che lo riguardano, riconoscendogli, con la possibilità di contribuire attivamente al processo, la tutela della sua posizione soggettiva, e di poter orientare la sentenza del giudice al suo interesse.

L'attribuzione di alcuni diritti processuali fa acquistare al minore una posizione processuale autonoma e atipica, intermedia tra la qualità *formale* di parte vera e propria, che ha il potere di presentare domande al giudice e fornire prove a sostegno, e la posizione *sostanziale* di soggetto protagonista del procedimento.⁷³

La Corte Costituzionale si è espressa nel senso di ritenere il minore *parte vera e propria* del processo che lo riguarda: ' (...) *dal momento che l'art. 12 della citata convenzione è idoneo ad integrare la disciplina dell'art 336 comma 2 c.c., nel senso*

⁷² Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, pgg.138-139

⁷³ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, pgg.139-140

di configurare il minore capace di discernimento come "parte" del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale'.⁷⁴

Il principio generale dell'ascolto del minore nel processo trae origine dalla Convenzione ONU sui diritti dei minori del 1989, che all'art.12 recita: *'Gli Stati parti garantiscono al bambino capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda, le opinioni del bambino essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità'.*

Successivamente, nel 1996, la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, gli riconosce all'art.3 il *'Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti'* e all'art.6 (*Processo decisionale*) è stabilito che l'autorità giudiziaria, in vista del procedimento decisorio, *deve tenere in debito conto l'opinione da lui espressa.*

La Carta di Nizza, all'art.24: *'1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. 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'.*

Dobbiamo preliminarmente ricordare che dal momento dell'introduzione dell'ascolto del minore, avvenuta con la l.194/2001 in attuazione delle disposizioni sopracitate della Convenzione di Strasburgo, gli operatori di giustizia, avvocati e giudici, hanno reagito con estrema prudenza, se non a tratti con diffidenza nei confronti di tale nuovo istituto: la motivazione risiede nel timore che il minore, già psicologicamente e emotivamente colpito dalla disgregazione del suo nucleo familiare, possa subire, per effetto dell'audizione diretta, uno stress psicologico eccessivo e, nel lungo periodo, riportare danni causati da tale trauma.

Prima della riforma del 2006 il diritto del minore all'ascolto era infatti acquisito

⁷⁴ Corte cost., 30/01/2002, n. 1

nell'ordinamento solo pel tramite di misure 'indirette', inserite in norme ad hoc ma senza che tale strumento venisse trattato in modo unitario. In vista di tali considerazioni, l'art.155 sexies c.c., introdotto dalla riforma del 2006, rimanda all'attuale art.336 bis c.c. (introdotto dal D.lgs. 154/2013), a norma del quale: *' 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 '.*

Tale articolo, codificando compiutamente e unitariamente il diritto all'ascolto, ha codificato anche il preciso limite dello stesso: quello della dannosità per i fanciulli derivanti dall'adempimento.

La Cassazione a riguardo: *'L'audizione dei minori, già prevista nell'articolo 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, e dell'articolo 155-sexies c.c., introdotto dalla L. n. 54 del 2006 (v. oggi art. 336-bis c.c.), salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale'.⁷⁵*

Tale diritto è riservato ai minori di anni dodici, *e anche meno ove capaci di discernimento*, espressione ermeneutica non di facile interpretazione che possiamo definire come la capacità del minore di comprendere le proprie esigenze e, nel

⁷⁵ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 07/05/2019, n. 12018

contempo, di esprimere una decisione consapevole, ovvero di operare scelte adeguate al loro soddisfacimento.⁷⁶ Trattandosi di un criterio privo di univoca definizione, dai confini variabili, è importante per il giudice capire in quali casi disporre l'ascolto del minore infradodicenne.

A ben osservare, l'art.315 bis c.c. (l.219/2012) pone l'ascolto del minore come *diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*. Ponendo invece l'art.336 bis c.c. (D.lgs. 154/2013) una valutazione preliminare di opportunità del diritto all'ascolto, che può infatti essere negato ove *contrario al suo interesse o manifestamente superfluo*, tale diritto appare limitato dalla possibilità che l'autorità giudiziaria possa esimersi da tale obbligo. La Cassazione a riguardo: *'Mentre il minore ultradodicenne, di cui si presume la capacità di discernimento, deve essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo concernono, compreso quello adottivo (come nella specie), in tal modo attuandosi il suo diritto costituzionale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni, un tale obbligo non sussiste per quello infradodicenne, fermo che il giudice: a) ha il potere discrezionale officioso di disporre l'ascolto, anche al fine di verificarne la capacità di discernimento e quindi di partecipare alle scelte che lo concernono in modo consapevole ed effettivo; b) a fronte di una specifica istanza di parte, deve disporre l'ascolto o motivarne l'omissione; c) senza sollecitazione di parte, di contro, non deve giustificare la scelta omissiva; d) deve procedere all'ascolto, anche d'ufficio, in caso di compimento dei dodici anni in corso di causa, anche nel giudizio di appello, ovvero deve motivarne l'omissione'*.⁷⁷

Se dunque nel caso di minore ultradodicenne non si pone alcun tipo di riserva, essendo presunta la sua capacità di discernimento, il minore infradodicenne è decurtato di parte del suo diritto, che potrebbe trasformarsi più in una aspettativa, in quanto sottoposto ad un vaglio discrezionale del giudice.⁷⁸

Inoltre, il fatto stesso che il provvedimento di ascolto del minore sia potenzialmente

⁷⁶ Riccardo Pesce, L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali, *Famiglia e diritto* 3/2015

⁷⁷ Cass. civ., Sez. I, 07/03/2017, n. 5676

⁷⁸ Alessandro Nascosi, Nuove direttive sull'ascolto infradodicenne, *Famiglia e diritto* 4/2018

motivato, oltre che dalla genuina necessità dell'interesse nell'ascolto del minore, anche dal preliminare bisogno del giudice di stabilire se il minore sia o meno capace di discernimento, è una metodologia discussa poiché la scelta di compiere valutazioni *ex post* sulla capacità di discernimento potrebbe rivelarsi potenzialmente dannosa dato che il minore viene comunque sottoposto allo stress e ad una carica emotiva non indifferente dell'ascolto rilasciando dichiarazioni che potrebbero poi non essere prese in considerazioni poiché ritenute inattendibili.

Relativamente alle modalità di esecuzione dell'ascolto, l'art.336 bis co.2 c.c. dispone che: *'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'*.

La Corte di Cassazione ha stabilito quale sia il valore delle dichiarazioni rese in sede di audizione del minore: queste non rappresentano una testimonianza o altro tipo di atto istruttorio, ma bensì un momento formale del procedimento finalizzato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto.⁷⁹

Delicate e di massima rilevanza sono le questioni e le modalità concrete con cui il minore esprime la propria opinione al Giudice, poiché l'ascolto *'deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo, o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato'*.⁸⁰

La legge tace dunque delle modalità concrete dell'esercizio del diritto dell'ascolto, che deve configurarsi quale attività cui alcuni aspetti e accortezze sono da tenere a

⁷⁹ Cass. civ., Sez. I, 26/03/2010, n. 7282 (rv. 612679)

⁸⁰ Cass. civ., Sez. I, 26/03/2010, n. 7282 (rv. 612679)

⁸¹ Cass. Civ., Sez I Ord., 02/09/2021, n.23804

mente; dal punto di vista psicologico è necessario che le modalità di esecuzione dell'ascolto siano svolte in modo tale da ottenere un bilanciamento tra la valutazione di attendibilità e la necessaria attenzione verso il minore, e dal punto di vista giuridico è necessario sottolineare che, se il procedimento svoltosi in assenza dell'adempimento di ascolto del minore *può essere considerato invalido*,⁸¹ a meno che il giudice non motivi il mancato ascolto nei casi di superfluità dell'ascolto o evidenziando la mancanza di interesse del minore; comunque la decisione del giudice non dovrà necessariamente corrispondere a quanto rileva dal minore, dovendosi valutare tutti gli elementi emersi in corso di procedimento.

L'art.336 bis co.3 c.c. dispone che prima di procedere all'ascolto *il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto*.

È di rilevante importanza che il minore deve essere consapevole dell'atto cui partecipa e del valore che verrà affidato alle sue dichiarazioni.

Altrettanto rilevante è *che dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video*, a norma del sopracitato articolo, essendo possibile ricavarne discrepanze rispetto ad altre risultanze istruttorie e poiché dal 'contegno' del minore, con comunicazioni ed espressioni non verbali, è possibile desumere potenziali condizionamenti.

Due sono le modalità mediante le quali si procede all'ascolto del minore, una modalità diretta e l'altra cosiddetta indiretta. Per ascolto diretto intendiamo la circostanza nella quale sarà lo stesso giudice a procedere in prima persona all'ascolto delle dichiarazioni ed opinioni del minore, direttamente in udienza, eventualmente anche con l'assistenza di un ausiliario esperto; questa modalità permette infatti al giudice un contatto diretto col minore e svolgere anche una funzione informativa circa i suoi diritti.⁸²

“La stanza del giudice in cui avviene l'incontro di ascolto rappresenta il campo mentale che pensa al bambino e al suo futuro, nel suo primario interesse, un luogo

⁸² Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza,
https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/ascolto-minorenni-procedimenti-giurisdizionali_0.pdf

dove il bambino comincia finalmente a vedersi riconosciuti i propri vissuti e le proprie emozioni”⁸³; tale condizione permetterà dunque al bambino che probabilmente fino a quel momento non ha avuto coscienza della propria ‘voce’, della possibilità di esprimere la sua opinione, di capire che, nella sede in cui si trova, ha l’opportunità di far valere un suo diritto.

L’ascolto indiretto può inoltre avvenire anche nell’ambito della consulenza tecnica d’ufficio (CTU) come parte di questa o come ulteriore audizione che può aggiungersi a quella già svolta davanti al magistrato.

Una delle situazioni che spesso viene in rilievo al momento dell’ascolto del minore è la conflittualità dei genitori, che, portatori di interessi opposti, potrebbero entrare evidentemente in conflitto anche con gli interessi del minore; la Cassazione a riguardo ha chiarito che :*‘Deve ritenersi che, in tutti i procedimenti che riguardano minori, deve essere loro garantito il contraddittorio, attraverso la nomina di un tutore provvisorio o di un curatore speciale del minore, ex art.78 c.p.c., tutte le volte in cui si profili un conflitto di interessi tra il minore e i suoi rappresentanti legali, genitori o tutore, o attraverso l’ascolto del minore’*.⁸⁴

All’ascolto diretto, in alcune circostanze di complessità o per motivi quali l’età o la personalità del minore, è preferito l’ascolto indiretto: tale modalità di ascolto si caratterizza per il fatto che viene rimesso a un organo delegato esperto, ad un terzo, e in determinate situazioni anche ai servizi sociali.

Abbiamo evidenziato come alla lettera della norma i genitori del bambino, i difensori, il curatore speciale e il PM non possano partecipare all’audizione del minore, diretta o indiretta che sia, ove gli stessi non siano autorizzati dal Giudice; una norma dal carattere tecnico, inserita dal D.lgs.154/2013, l’art.38 bis disp.att. c.c. approfondisce tale questione chiarendo che: *‘Quando la salvaguardia del minore è assicurata con idonei mezzi tecnici, quali l’uso di un vetro specchio unitamente ad impianto citofonico, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero possono seguire l’ascolto del minore, in luogo diverso da quello*

⁸³ Ricco, C. (2014) Il diritto del figlio e di ogni minore di ascolto nelle procedure e la funzione riparativa del buon ascolto, in “Minorigiustizia” n. 2-2014

⁸⁴ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 06/12/2021, n. 38720

in cui egli si trova, senza chiedere l'autorizzazione del giudice prevista dall'articolo 336-bis, secondo comma, del Codice civile'.

Riguardo il tema dell'omesso ascolto, il giudice deve *darne atto con provvedimento motivato*; i motivi della decisione di non procedere all'ascolto sono l'interesse del minore e la manifesta superfluità. Ritroviamo gli stessi incisi anche nell'art-337 octies c.c.: *'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'.*

Tale norma da una parte si coordina con l'art.336 bis c.c., norma generale sull'ascolto e dall'altra ne costituisce una eccezione riguardante in maniera specifica i procedimenti relativi le condizioni di affidamento dei figli, poiché se ricorrono alcune circostanze è ben possibile che l'ascolto si riveli controproducente per il minore.

La "contrarietà all'interesse del minore", richiamata dagli artt. 336 bis, comma 1°, e 337 octies, comma 1°, c.c., si ravvisa soprattutto quando il bambino versa in condizioni di fragilità emotiva o fisica tali da esporlo ad un pregiudizio (seppure non grave) o qualora dall'ascolto possano derivare ripercussioni negative nella sua crescita o nel rapporto con i genitori; non è neppure l'ascolto in sé a poter comportare conseguenze dannose al minore, ma le conseguenze che il giudice adotterebbe.⁸⁵

Riguardo la 'manifesta superfluità' si fa riferimento a quelle circostanze in cui l'ascolto del minore sarebbe ininfluente, poiché riguardano circostanze che non necessitano di chiarimenti poiché evidenti agli occhi del giudice.

Chiarendo sull'omesso ascolto del minore, la Cassazione: *'Costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il mancato ascolto che non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da*

⁸⁵ Maria Ianicelli, La crisi della coppia genitoriale e il «diritto» del figlio minore di essere ascoltato, rivistafamiglia.it, 2016, https://www.rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2016/07/6_Ianicelli.pdf

*giustificarne l'omissione. In particolare, tale audizione può essere omessa, ma solo nel caso in cui, tenuto conto del grado di maturità del minore medesimo, sussistano particolari ragioni che la consiglino e che le stesse siano specificate in modo puntuale. Non soddisfa, dunque, l'onere di motivazione il solo riferimento all'età del minore, la quale non implica necessariamente l'incapacità di discernimento, così come il giudizio sulla capacità educativa e affettiva dei nonni non giustifica il rifiuto di ascolto del minore, in quanto soggetto portatore di interessi propri e diversi da quelli dei restanti soggetti coinvolti nel procedimento'.⁸⁶ E' inoltre evidente la centralità dello strumento dell'ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio, laddove le tematiche da affrontare riguardo i minori sono molteplici, e tutte di 'vitale' importanza per il minore in nome del fatto che andranno ad incidere su aspetti rilevanti del suo sviluppo, dal tema dell'affidamento a quello della casa familiare, tanto è vero che la Cassazione ha definito l'adempimento dell'ascolto in tali circostanze *a pena di nullità* e che *qualora il giudice intenda disattendere le dichiarazioni del minore e le conclusioni peritali, deve motivare la sua decisione con particolare rigore e pertinenza. Occorre, dunque, sempre procedere alla verifica su quale sia la residenza del figlio minore, presso il padre o la madre, maggiormente corrispondente al suo interesse. Verifica che, partendo dall'ascolto del minore, prenda in esame il contesto dei due nuclei familiari, l'idoneità genitoriale e la esigenza primaria della conservazione del legame e della condivisione di vita con i propri fratelli.*⁸⁷*

L'audizione del minore nei procedimenti di separazione e divorzio si connota in tale contesto quale garanzia del minore in ordine al minor danno a lui derivante dalla disgregazione del nucleo familiare, sicché il giudice può disporre la soluzione più aderente a quelli che sono i suoi desideri ed esigenze.

⁸⁶ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 18/05/2022, n. 16071

⁸⁷ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 24/05/2018, n. 12957

1.5 Applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.

L'art.709 ter c.p.c. è stato introdotto dall'art.2 della legge n.54/2006, con l'intento di disciplinare le controversie sorte tra i genitori nell'attuazione dei provvedimenti del giudice anche riguardo l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità dell'affidamento, in caso di inadempienze o violazioni.

A norma dell'art.4 co.2 della sopra citata legge, *'le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati'*; dunque, sebbene inserita nel capo relativo alla separazione dei coniugi, l'art.709 ter c.p.c. si applica a tutte le situazioni sopra menzionate, donando organicità a tale procedimento.

Secondo il Prof. Sesta, nello scenario delle trasformazioni della famiglia i margini di autonomia e delle libere scelte trovano un limite invalicabile nel rapporto tra genitori e figli, ove gli obblighi dei genitori appaiono inderogabili, e, in quanto tali, non possono essere oggetto di rinuncia da parte dei genitori, tanto da essere meritevoli di essere protetti in una dimensione pubblicistica.⁸⁸

Proprio in nome, della doverosa protezione dei diritti del minore, del principio della *bigenitorialità*, e dunque del necessario adempimento dei corrispondenti doveri genitoriali, ove gli stessi vengano violati, è necessaria la predisposizione di strumenti di tutela: la norma in questione mira, infatti, ad agevolare la risoluzione di controversie tra genitori, ove si vengano a configurare problematiche derivanti da una *'cattiva gestione'* dei rapporti con i figli, nello spirito del maggior interesse del minore.

L'art.709 ter co.1 c.p.c. così recita: *'Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i*

⁸⁸ Il familiarista, Responsabilità genitoriale: violazione dei provvedimenti, <https://ilfamiliarista.it/bussola/responsabilit-genitoriale-violazione-dei-provvedimenti>

procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore'.

Per 'controversie' insorte tra i genitori dobbiamo riferirci a quelle situazioni che attengono a questioni di diritto e a comportamenti o questioni di fatto.⁸⁹

Oltre alla funzione di tutela del minore di tale procedimento, un altro aspetto rilevante dell'articolo citato è la sua natura sanzionatoria e/o risarcitoria che ritroviamo al co.2 dello stesso articolo: *'A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:*

- 1) ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice. Il provvedimento del giudice costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ai sensi dell'articolo 614 bis;*
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende'.*

I provvedimenti in questione possono essere richiesti (o concessi d'ufficio) in corso di causa oppure nell'ambito di un procedimento instaurato ad hoc in via principale con ricorso al tribunale, in composizione collegiale, a fronte di un provvedimento definitivo (come per le richieste di modifica ex art. 710 c.p.c., Cass. Sez. Un. Civ., n. 8389 del 27 luglio 1993).

Il presupposto per l'instaurazione di tale procedimento è la presenza di provvedimenti del giudice in merito all'affidamento o alla responsabilità genitoriale, a

⁸⁹ Pompilia Rossi, 'Gli articoli 709 u.c. e 709 ter c.p.c.', Slides Luiss

prescindere o meno dall'esistenza di controversie tra i genitori, allorquando si siano verificate inadempienze o violazioni dello stesso da parte di uno dei due genitori; l'intervento del giudice è finalizzato a superare eventuali difficoltà pratiche o contrasti tra i genitori che possono insorgere nella fase di pratica attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole o riguardo l'esercizio della responsabilità genitoriale.⁹⁰

A tal riguardo la Corte d'Appello di Firenze: *'Nel corso del procedimento per la revisione delle condizioni di divorzio sono applicabili tutte le disposizioni previste dall'art 709-ter c.p.c. al fine di garantire l'attuazione dei provvedimenti giurisdizionali a favore dei figli (...)'*⁹¹

Definito lo scopo della norma, nella trattazione di tale procedimento, è rilevante comprendere quali siano a livello casistico le fattispecie in questione; le *gravi inadempienze* di cui uno dei due genitori è responsabile o *gli atti che arrechino comunque pregiudizio al minore* vanno dall'inadempimento totale o parziale dell'obbligo di mantenimento dei figli, o violazioni in merito al provvedimento di affidamento, con comportamenti che si caratterizzano da una condotta discontinua nella frequentazione dei figli o che pongano ostacoli alla frequentazione del genitore o del convivente nel caso in cui un genitore assume unilateralmente la decisione di modificare il luogo di residenza del figlio.

L'integrazione di tali condotte giustifica le misure ex art 709 c.p.c: *'Le misure sanzionatorie previste dall'art 709 ter c.p.c. sono suscettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento"; esse, tuttavia, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e*

⁹⁰ Pompilia Rossi, 'Gli articoli 709 u.c. e 709 ter c.p.c.', Slides Luiss

⁹¹ Corte d'Appello Firenze, 29/08/2007

sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata'.⁹²Le somme dunque liquidate a titolo di risarcimento o di ammenda non sono legate alla dimostrazione di un effettivo danno subito: assume le caratteristiche di una sorta di *pena privata*.⁹³

Nelle situazioni sopra illustrate, il giudice, una volta che abbia accertato la presenza di atti rilevanti pregiudizievoli al minore o che comunque integrino una violazione delle disposizioni del provvedimento di affidamento può innanzitutto modificare i provvedimenti in vigore, e congiuntamente, disporre una o più delle misure sanzionatorie previste dal secondo comma dell'art 709 ter c.p.c.⁹⁴

La prima è la sanzione dell'ammonimento del genitore inadempiente rispetto alle disposizioni della sentenza o accordo di separazione o divorzio, ed è tra tutte le sanzioni quella che potremmo definire quale più 'blanda', poiché consiste nell'invito, al genitore inadempiente o che ha violato il provvedimento del giudice, ad astenersi in futuro dalla commissione delle predette commissioni o omissioni, oppure nell'avvisarlo che nel caso della reiterazione di determinati comportamenti potrebbero essere adottate sanzioni più gravose.

Si tratta quindi di una misura che funge da deterrente psicologico, misura la cui efficacia è alquanto dubbia, essendo considerata da alcuni 'priva di efficacia dissuasiva se adottata in via esclusiva'.⁹⁵

I commi 2 e 3 del secondo comma dell'art.709 ter c.p.c. riguardano il risarcimento del danno ad opera del genitore inadempiente nei confronti del figlio o dell'altro genitore. Tali provvedimenti sono connotati da una finalità oltre che sanzionatoria, spiccatamente risarcitoria; secondo il Tribunale di Reggio Emilia *'istanza risarcitoria ex 709 ter c.p.c. (n. 2 e 3) ha anche una finalità di coazione. Tuttavia, a differenza delle misure della ammonizione e della sanzione pecuniaria - ove si denota unicamente tale natura - il rimedio del risarcimento del danno è caratterizzato da duplice natura e finalità: quale mezzo di coazione volto a far cessare un comportamento illecito; quale mezzo di reintegrazione di un grave pregiudizio, posto che non può darsi risarcimento senza una lesione della sfera*

⁹² Tribunale Napoli, 15/10/2021

⁹³ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, pg.301

⁹⁴ Pompilia Rossi, 'Gli articoli 709 u.c. e 709 ter c.p.c.', Slides Luiss

⁹⁵ Pompilia Rossi, 'Gli articoli 709 u.c. e 709 ter c.p.c.', Slides Luiss

*personale. Laddove manchi un concreto pregiudizio, un determinato comportamento lesivo potrà essere sì sanzionato, ma attraverso i rimedi dell'ammonizione e della sanzione pecuniaria. In questa chiave, l'istanza costituisce certamente una "domanda".*⁹⁶

La norma di risarcimento di cui all'art.709 ter c.p.c. è stata interpretata da parte della dottrina come l'avvento dell'ingresso della responsabilità civile in ambito familiare, tanto che la giurisprudenza ha talvolta riconosciuto il risarcimento per danno non patrimoniale (art.2059 c.c.), per lo più con la qualifica di *lesione del rapporto parentale*, nel caso in cui un genitore, con costanza e determinazione, *frapponga ostacoli* alla relazione tra il figlio e l'altro genitore.⁹⁷

Tanto è vero che la logica sottesa all'azione di risarcimento ex art.2043 c.c. o 2059 c.c. è la medesima nelle situazioni prospettate ex art.709 c.p.c., poiché i provvedimenti previsti dai commi 2 e 3 appaiono come conseguenza del comportamento illecito dell'inadempiente, che costituisce la ragione giustificatrice del risarcimento.

La giurisprudenza ha affiancato il procedimento ex art.709 ter c.c. alle disposizioni contenute nell'art.614 bis c.p.c. (*Attuazione degli obblighi di fare infungibili e non fare*)⁹⁸; il Tribunale di Milano a riguardo : *'Nel corso di un procedimento ex art. 337 quinquies c.c., una volta accertati gli atteggiamenti ostativi alla frequentazione dei figli da parte dell'ex coniuge, oltre all'ammonimento ex art. 709-ter c.p.c., è possibile disporre ex officio le misure previste dall'art. 614 bis c.p.c. in qualità di deterrente alla condotta pregiudizievole'*.⁹⁹

Lo stesso 709 ter c.p.c., da alcuni ritenuto cumulabile con il 614 bis c.p.c. in considerazione della sua natura prettamente punitiva, - a differenza del secondo

⁹⁶ Tribunale Reggio Emilia, Sez. I, 06/11/2007, n. 1435

⁹⁷ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020, pg.302

⁹⁸ Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

⁹⁹ Tribunale Milano, Sez. IX, 07/01/2018

rimedio in cui il dato sanzionatorio andrebbe a stemperarsi in quello preventivo - testimonia come il diritto di famiglia costituisca un settore in cui la responsabilità civile ben può colorarsi di sfumature di deterrenza.¹⁰⁰

Si apre così un ventaglio di rimedi approntati dal legislatore, tutti con la medesima finalità di risolvere le problematiche che possono insorgere in tema di responsabilità genitoriale e affidamento. La previsione ex art.614 c.p.c. si configura quale rimedio generale agli obblighi di fare e non fare, quale misura di coercizione indiretta che può comunque ben essere applicata anche nell'ambito delle relazioni familiari, sottolineando comunque che è evidente che essendo le relazioni familiari caratterizzate da spontaneità e volontarietà, non si potranno costringerne i componenti della famiglia alla tenuta di determinate condotte, ma sarà comunque possibile porre un freno a quei comportamenti sanzionati, poiché violano il provvedimento del magistrato.

L'art 614 bis c.c., in combinati disposto con l'art. 709 ter c.c. sono stati oggetto di confronto con i cosiddetti *punitive damages*, di origine nordamericana le cui caratteristiche risiedono dalla funzione pubblicistica di *deterrence* e di *punishment* la cui ammissibilità è discussa nel nostro ordinamento; si è cominciato così a dare atto della tendenza “a voler colpire con la sanzione pecuniaria la condotta in sé dell'autore, in un'ottica “punitiva” che, del resto, non è estranea al comparto del danno non patrimoniale, così come non sono ad essa estranei alcuni interventi normativi che hanno nell'art.709 ter c.p.c. un terminale di indubbia espressività.”¹⁰¹

Infine, il punto 4 dell'art. 709 ter co.2 c.p.c. prevede una condanna, per il genitore ritenuto inadempiente, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore alla Cassa delle Ammende da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro; tale misura, al pari di quella prevista al punto 1, ha natura strettamente sanzionatoria.

¹⁰⁰ Amram, Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 ter e 614 c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali, in *Danno e resp.*, 2012, 781.

¹⁰¹ Cassano - Marvasi, *Danno esistenziale e danni punitivi: profili risarcitori e quantificazione nella famiglia in crisi*, in *Danno e resp.*, 2016, 7, 685 ss.; Oberto, *I rimedi dell'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della famiglia in crisi*, in questa *Rivista*, 2008, 1, 90, nell'articolo ‘La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale’ a cura di Marialuisa Nitti file:///C:/Users/39389/Downloads/legaleDoc_i9687757_FADI_00135001_2018_04_0380_PDF.pdf

Il terzo comma dell'articolo in analisi prevede poi che *'i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari'*.

Si discute innanzitutto, riguardo l'emanazione di tali provvedimenti, se possano essere emessi dal G.I. o se siano di esclusiva pertinenza collegiale che pronuncia con sentenza, ipotesi suffragata dalla giurisprudenza essendo la sentenza l'unico procedimento dotato di efficacia esecutiva, e avendo invece le disposizioni assunte dal G.I. natura meramente precettiva.¹⁰²

Nel caso in cui la istanza di provvedimenti ex art 709 ter c.p.c. sia avvenuta in corso di causa, tale ricorso incidentale, che si configura quale sub-procedimento, potrà contenere un'istanza di modifica delle condizioni in atto; ove l'istanza sia contenuta nell'atto introduttivo di una separazione o di un divorzio, il provvedimento richiesto viene emesso all'interno dei cd. provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal Presidente del Tribunale ed è suscettibile del reclamo previsto nelle consuete forme.¹⁰³

Nel caso in cui l'istanza sia avanzata in corso di causa dinanzi al G.I., la giurisprudenza di merito è divisa: c'è chi ritiene che la decisione sia necessariamente collegiale e debba essere assunta dal collegio e chi ritiene che anche il giudice monocratico possa decidere nell'ambito di un sub procedimento che prevede la comparizione delle parti, l'istruttoria ritenuta necessaria e la decisione anche inaudita altera parte, ove sussista un gravissimo ed imminente pregiudizio per il minore.

Il G.I. deciderà, quindi, con ordinanza non reclamabile.¹⁰⁴

La corte d'Appello di Firenze ha legiferato che l'impugnazione, infatti, deve avvenire solo mediante appello e non con reclamo ex art.739 c.p.c.¹⁰⁵

Una volta chiarita la natura di tali provvedimenti, emessi ex art. 709 ter c.c. ,riguardo la loro impugnabilità, il Tribunale di Arezzo, ritiene che tali *disposizioni 'emesse dal G.I. ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c. non sono reclamabili ex art. 669 terdecies c.p.c.; potranno essere reclamati alla Corte di Appello, ex art. 739 c.p.c., se emessi all'esito*

¹⁰² CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA, Note sull'art. 709-ter c.p.c.

¹⁰³ CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA, Note sull'art. 709-ter c.p.c., <https://www.ordineavvocatiroma.it/Documenti/Note%20su%20art.%20709-ter%20cpc.pdf>

¹⁰⁴ Idem di cui sopra

¹⁰⁵ Corte d'Appello Firenze, Sez. I, Sent., 25/05/2007

*o nel corso di un giudizio ex art. 710 c.p.c ovvero ex art. 708 IV comma c.p.c se emessi all'esito o nel corso della fase presidenziale. Ove detti provvedimenti siano emessi o confermati nella sentenza che definisce il giudizio, gli stessi potranno essere impugnati nelle forme ordinarie di cui all'art. 323 c.p.c.'*¹⁰⁶

Riguardo la ricorribilità in Cassazione dei già menzionati provvedimenti: *'In tema di ricorso ex art. 709 ter c.p.c., i provvedimenti del giudice di merito volti alla mera conformazione delle modalità concrete di esercizio della responsabilità genitoriale e di affidamento della prole, in quanto privi del carattere di definitività e di contenuto decisorio, non sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'art.111 Cost'*¹⁰⁷

¹⁰⁶ Tribunale di Arezzo il 03.02.2009

¹⁰⁷ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 19/01/2022, n. 1568 (rv. 663624-01)

1.6 Problematiche attuative tra dottrina e giurisprudenza

Appare inevitabile chiedersi se la l.54/ 2006 e i successivi interventi di adeguamento, la riforma della filiazione, ad opera della L. 219/2012 e del D.lgs. 154/2013, abbiano conseguito l'obiettivo prefissatosi: quello di porre il focus dell'attenzione dalle problematiche della coppia alla tutela dei diritti del minore, facendo sì che tale nuova interpretazione codificata dal legislatore, trovi riscontro anche fuori dalle aule di tribunale, attuandosi nella realtà e nella pratica di tutti i giorni.

Il principio della *bigenitorialità* congiuntamente al criterio dell'interesse materiale e morale sono le due linee direttrici lungo cui la riforma del 2006 muove i passi, sostituendo il vecchio regime esclusivo il cui *favor* ricadeva pressoché sempre in favore della madre.

Un convegno promosso dall'Ordine degli Psicologi del Lazio, del 2016, ha tracciato un bilancio sull'applicazione della l.54/2006 a dieci anni dall'entrata in vigore; secondo le statistiche, nel 2006 il 90% delle separazioni consensuali si risolveva in un affidamento esclusivo: oggi, solo nella misura del 10%.¹⁰⁸

Filomena Albano, allora Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza disse che: *'La legge 54 è stata un'importante passo in avanti - ha spiegato - ma alla legislazione deve accompagnarsi una trasformazione culturale che investa l'intera società e questo, naturalmente, richiede più tempo'*.

Dati alla mano, è certo che nelle aule di giustizia l'applicazione del regime condiviso ha dato concreta attuazione alla cultura della bigenitorialità, pur permanendo il fatto che le dinamiche quotidiane, in cui il giudice a volte può difficilmente arrivare, sono tutt'ora caratterizzate da una sperequazione nelle posizioni dei due genitori.

Infatti, la circostanza per cui tutto il procedimento di separazione o divorzio, sia caratterizzato dal primo momento di approdo al tribunale, fino alla attuazione delle

¹⁰⁸ Articolo intitolato Bigenitorialità e affidamenti: il successo della legge 54: "Oggi condivisi in 8 casi su 10". http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=44756

disposizioni giudiziarie, da possibili situazioni di conflittualità tra i genitori, costituisce una variabile, che richiede di compromettere l'intento sotteso la riforma: una stabile continuità di affetti e consuetudini del minore potrebbe subire una seria compromissione a causa degli effetti destabilizzanti provocati dai rapporti conflittuali tra i due genitori, come accadeva prima dell'introduzione della riforma.

L'ideatore stesso, ed estensore, della Legge 54/2006 sull'affido condiviso, Marino Maglietta, ha definito tale normativa *tradita, non solo nello spirito, ma anche alla lettera*.¹⁰⁹

La normativa in questione, nata e promulgata nel clamore generale di diverse posizioni, ha introdotto una nuova ideologia di concepire la famiglia, sia in termini di eguaglianza tra moglie e marito che di nuove tutele poste a protezione del minore, ma che si è probabilmente scontrata con una realtà con la quale in alcune circostanze non ha saputo reggere il confronto, e si è ritrovata priva di alcuni strumenti per porne in atto una realistica attuazione.

Sotto il punto di vista della scelta del genitore collocatario, ad esempio, il fatto che la Cassazione stessa,¹⁰⁹ a 10 anni dall'entrata in vigore, abbia codificato quale criterio privilegiato e presuntivo quello della *maternal preference*, pur successivamente contestato a favore del *gender neutral child custody*, ha comunque totalmente disatteso lo spirito della riforma, ispirato al bisogno del minore della presenza di entrambi i genitori.

Sebbene la presenza di posizioni contrarie a tale iniqua presunzione sia stata numerosa, si è comunque finiti nello stesso circolo vizioso pre-riforma: uno dei due genitori, prima per la presenza della colpa del fallimento matrimoniale, poi per una questione di genere, finisce per essere presuntivamente 'collocatario' della prole e l'altro si trova spesso in balia delle decisioni di quest'ultimo.

Un'altra problematica che ha creato incomprensioni e incertezze riguarda la condivisione dei tempi con il figlio riservati ad ogni genitore.

¹⁰⁹ Dire, Agenzia di stampa nazionale, 'Affido congiunto, Maglietta: "Legge 54 tradita in lettera e spirito" <https://www.dire.it/05-06-2020/469490-affido-congiunto-maglietta-legge-54-tradita-in-lettera-e-spirito/#:~:text=La%2054%2F2006%20disciplina%20il,al%20di%20fuori%20del%20matrimonio'>.

¹⁰⁹ Cass. civ., Sez. I, 14/09/2016, n. 18087

Tale frequentazione dipende dalle peculiarità di ogni situazione, ma il principio di *bigenitorialità* è stato spesso interpretato, soprattutto dalle associazioni dei padri separati, come una doverosa suddivisione di tempi di frequentazione al 50%; lo spirito della riforma non intendeva in verità creare le condizioni per una pariteticità dei tempi di relazione, bensì codificare un principio di equilibrio tra ruoli genitoriali, tra diritti e responsabilità.

La Corte di Cassazione, infatti, a riguardo, ha dichiarato che *il principio di bigenitorialità si traduce nel diritto di ciascun genitore ad essere presente in maniera significativa nella vita del figlio, nel reciproco interesse, ma ciò non comporta l'applicazione di una proporzione matematica in termini di parità dei tempi di frequentazione del minore, in quanto l'esercizio del diritto deve essere armonizzato in concreto con le complessive esigenze di vita del figlio e dell'altro genitore.*¹¹⁰

Le incertezze e problematiche esemplificate fino ad ora esposte evidenziano una discrasia tra i principi innovatori e progressisti della riforma del 2006, e la loro concreta attuazione.

A mio avviso lo spostamento dell'ottica, da 'adultocentrica', ad una attenzione sempre crescente alle necessità del minore, è stato ed è tutt'ora sintomatico di una società che ha avvertito l'esigenza di ridisegnare un nuovo assetto di interessi, che le norme della riforma del 2006 hanno prontamente avvertito e codificato. Forse a sedici anni di distanza dall'avvento di tali nuovi principi vi è ancora bisogno di una propensione della società ad interiorizzare determinati interessi, poiché, il percorso verso l'abbandono di vecchi costumi ed ideologie e l'introduzione di nuovi, non è ancora pienamente concluso.

¹¹⁰ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 10/12/2018, n. 31902

CAPITOLO 2

2. Affidamento monogenitoriale come ipotesi residuale ex art.337quarter c.c.

La Novella del 2006 stabilisce quale regola generale, preminentemente nell'ottica della tutela dell'interesse dei minori, il diritto di questi a mantenere, dopo la rottura del nucleo familiare, un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

Si vuole in pratica riprodurre, per quanto possibile, anche durante il periodo della crisi, il modello proprio della famiglia convivente, non tanto per proteggere gli interessi dei genitori quanto quelli del figlio.¹¹⁰

L'affidamento condiviso è dunque il modello previsto dalla normativa dopo la riforma del 2006, ed è proprio in questa prospettiva che la possibilità di affidamento monogenitoriale *ex art.337 quarter c.c.* si pone quale ipotesi eccezionale e residuale.

L'affidamento esclusivo, ossia disposto nei confronti di un solo genitore, viene disposto dal giudice nella circostanza in cui *ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.* (art.337 quarter c.c.)

Tale disposizione si applica in tutte le procedure di separazione, cessazione degli effetti civili e scioglimento del matrimonio, nullità ed annullamento del matrimonio e relative a figli di genitori non coniugati.

Sebbene dunque il legislatore del 2006 sull'onda dell'assetto sociale ed ideologico abbia presupposto che la prioritaria esigenza di tutela della prole corrisponda, in base all'*id quod plerumque accidit*, alla prosecuzione di un rapporto significativo con entrambi i genitori, ha comunque inteso dotare tale sistema di una clausola 'di sfogo', volta a disciplinare le situazioni in cui il rapporto con l'uno o l'altro genitore può nuocere al minore.

La residualità, espressamente sancita dalla norma, che caratterizza infatti il regime di affidamento esclusivo, contribuisce per trasverso a dare concretezza allo stesso principio di *bigenitorialità* configurandosi come strategia diretta ad assicurare l'impermeabilità del rapporto tra genitori e figli.

¹¹⁰ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg. 267

Il Codice non disciplina a livello casistico le fattispecie che possono portare il giudice a disporre l'affidamento esclusivo, tanto è vero che dovrà essere lo stesso, valutando caso per caso, a dover statuire su affidamento e modalità dello stesso più adatti al singolo caso.

Il giudice deve dunque disporre l'affidamento esclusivo solo laddove ritenga che quello condiviso sia contrario all'interesse del minore, previa adeguata motivazione, ivi compreso il caso in cui lo stesso sia stato deciso in base all'accordo dei genitori.

111

Affidamento condiviso e affidamento esclusivo ruotano entrambi attorno allo stesso concetto di interesse materiale e morale, che è l'unico cui il giudice deve ispirarsi, e porlo come faro di una valutazione che potrà comportare, nel caso in cui valuterà il rapporto con uno dei due genitori potenzialmente lesivo per il minore, la decurtazione della responsabilità di uno dei due genitori.

Quando si ricorre dunque al modello di affidamento monogenitoriale, la scelta dell'affidatario deve comunque prescindere dalle eventuali colpe del fallimento del rapporto di coppia e ricadere sul genitore che appare maggiormente idoneo *dal punto di vista materiale, psicologico e affettivo ad assicurare la tutela e lo sviluppo fisico, morale e psicologico del minore*, tenendo anche conto del modo in cui ciascuno ha svolto il proprio ruolo in passato.¹¹²

L'irrelevanza della condotta dei coniugi che ha posto fine all'unione ai fini delle statuizioni su affidamento e collocazione del minore è infatti così esposta dalla Corte di Cassazione: *'La condotta anti doverosa del coniuge, cui va riferito l'addebito della separazione, non contrasta in alcun modo con la collocazione del minore presso lo stesso, tenuto conto che la violazione dei doveri del matrimonio (nella specie, per condotte aggressive, irrispettose ed infedeli della moglie verso il marito) può non tradursi anche in un pregiudizio per l'interesse del minore, non nuocendo al suo corretto sviluppo psico-fisico, né compromettendo il suo rapporto con il genitore'*.¹¹³

¹¹¹ Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg. 267

¹¹² Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg. 267

¹¹³ Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 10/07/2013, n. 17089

Eventuali considerazioni, dunque, di ordine etico e valutativo in merito alla ‘bontà’ o meno dei comportamenti tenuti dai coniugi non devono in alcun modo inquinare il percorso di scelta del giudice in merito all’affidamento, dovendocisi unicamente concentrare sui risvolti del rapporto genitori-figli nell’ottica e interesse di questi ultimi.

Inoltre, nella scelta del genitore affidatario esclusivo del minore il giudice terrà conto, guardando al passato, da una parte delle modalità con cui questi ha svolto il proprio ruolo durante la convivenza, della disponibilità ad un rapporto assiduo che ha dimostrato, dalla sua capacità di educazione ed affetto di affetto e di comprensione, e d’altra parte, volgendo lo sguardo al futuro, al comportamento che probabilmente terrà nella condizione di separato, le future abitudini di vita, il tempo che potrà effettivamente dedicare ai figli e l’ambiente che potrà offrire loro.¹¹⁴

In ragione del regime esclusivo considerato eccezionale, ove il vaglio giuridico decreti la necessità della predisposizione dell’affidamento esclusivo, il codice impone la predisposizione di un *provvedimento motivato*: il giudice dovrà dunque esplicitare le ragioni per le quali ritiene pregiudizievole per il minore l’affido presso entrambi i genitori, poiché *alla regola dell’affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l’interesse del minore", con la duplice conseguenza che l’eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell’altro genitore.*¹¹⁵

Quindi tale onere di motivazione implica che il giudice dovrà rendere evidenti nel provvedimento le specifiche ragioni che, anche alla luce delle risultanze probatorie, lascino presumere la contrarietà del modello ordinario di affidamento.¹¹⁶

In conclusione, se la soluzione prevalente dell’affidamento condiviso non soddisfa la

¹¹⁴ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli. Torino, 2020, pg.284

¹¹⁵ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 02/12/2010, n. 24526

¹¹⁶ ‘Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte’, articolo presso <https://onegale.wolterskluwer.it/document/un-ulteriore-passo-verso-la-continuita-del-rapporto-genitori-figli-oltre-la-crisi-della-famiglia-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte/10AR0000003638ART1?searchId=678725186&pathId=7ab2d5d056abd&offset=8&contentModuleContext=all#TIT00002>

possibilità di attuare l'ottimale realizzazione dell'interesse del minore, la magistratura ha il potere-dovere di allontanarsene tanto quanto riterrà necessario per realizzare esclusivamente e concretamente la tutela della prole.¹¹⁷

Quanto alle conseguenze dell'adozione dei due regimi, abbiamo già detto che mediante l'affido *bigenitoriale* entrambi i genitori mantengono la responsabilità genitoriale e l'esercizio nei confronti dei figli, impegnandosi in una costante collaborazione nel percorso di crescita del minore, assumendo di comune accordo le decisioni di maggior interesse e separatamente quelle di cosiddetta ordinaria amministrazione.

D'altro lato invece, l'art 337 quarter terzo comma stabilisce opportunamente che in regime di affidamento esclusivo la responsabilità è esercitata dal solo genitore che viene designato come affidatario, in base alla sottesa logica per la quale sarebbe un controsenso ammettere un genitore a esercitare la responsabilità se le circostanze sono tali per cui è contrario all'interesse del figlio essergli affidato.¹¹⁸

Inoltre, il genitore che non esercita la responsabilità conserva il diritto-dovere di sorvegliare l'educazione dei figli, di *'ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse'*, e di concorrere con il genitore affidatario a prendere con l'altro le decisioni per la loro vita.¹¹⁹

L'art 337 quarter terzo comma in tema di responsabilità genitoriale sottolinea che il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, di cui ha quindi l'esclusivo esercizio della responsabilità, debba inoltre *'attendarsi alle condizioni dettate dal giudice'* e, in caso di disaccordo tra i genitori, le norme presentano sovrapposizioni e disaccordi: se da un lato in astratto la via ordinaria sarebbe quella dell'applicazione dell'art 316 c.c.¹²⁰, va rilevato che nel contesto di cui trattiamo la fattispecie del contrasto all'interno del nucleo familiare riguardo *'le questioni di particolare importanza'* sia

¹¹⁷ Parisi, Manuale di diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pgg.258-260

¹¹⁸ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli. Torino, 2020, pg.290

¹¹⁹ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli. Torino, 2020, pg.290

¹²⁰ '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 (...).

priva di senso, poiché rifacendosi la norma ad un contesto di un nucleo familiare ancora unito, mal si attanaglia al nostro caso.

Sarebbe più opportuno ritenere infatti che la competenza per dirimere tali tipi di controversie appartenga al tribunale ordinario che, a norma dell'art.337 ter secondo comma *adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*, considerando anche che ogniqualvolta trattiamo di affidamento dei figli, di modifica dello stesso, dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il tribunale ordinario, su richiesta o ove lo ritenga opportuno, è competente a prendere provvedimenti che di regola sarebbero di competenza del tribunale dei minorenni, ovvero i cosiddetti *'provvedimenti convenienti'* ex art.330 c.c. e la decadenza ex art. 333 c.c.¹²¹

Riguardo invece al momento della richiesta dell'affidamento esclusivo, tale regime può essere richiesto al giudice in ogni momento, sempre che sussistano le condizioni indicate dal primo comma dell'art.337 quarter; il codice specifica che laddove *'la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile'*.

Anzitutto è orientamento giurisprudenziale condiviso che da una richiesta di affidamento monogenitoriale manifestamente infondata il giudice potrà desumere elementi di inadeguatezza dell'esercizio dei compiti genitoriali di chi la propone e disporrà l'affidamento esclusivo all'altro genitore, oltre al risarcimento dei danni.¹²²

Infatti, l'atteggiamento del genitore che tenti di impedire all'altro di frequentare il minore, sia mediante comportamenti ostili che, come nel caso in questione, mediante infondata richiesta di affidamento esclusivo, comporta una grave violazione dei diritti dei figli, *in primis* quello alla bigenitorialità.

La norma richiama poi una particolare fattispecie di responsabilità aggravata causata dalla cosiddetta *'lite temeraria'* disciplinata dall'art.96 c.p.c.¹²³, intendendosi tale

¹²¹ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli. Torino, 2020, pg.291

¹²² Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg.267

¹²³ *'Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza [disp. att. 152]'* (art.96 c.p.c. primo comma)

fattispecie come *'l'agire o resistere in giudizio con mala fede e colpa grave cioè l'agire o resistere con la consapevolezza del proprio torto o per spirito di emulazione o con intenti dilatori o defatigatori, ovvero con la mancanza della pur minima avvedutezza e consapevolezza delle conseguenze dei propri atti'*.¹²⁴

In merito alla questione di illegittima richiesta di affidamento esclusivo e la disposizione ex art.96 terzo comma c.p.c.¹²⁵ il Tribunale dei Minori di Milano ha dichiarato che *'l'art. 96, comma 3, c.p.c., introdotto dalla legge n. 69/2009, ha la finalità di sanzionare l'abuso del processo e l'obiettivo che con esso il legislatore intende perseguire è di sanzionare comportamenti di uso pretestuoso e disfunzionale del processo. Come tale esso è strumento efficace per garantire la tutela dell'effettività delle relazioni parentali ed è utilizzabile anche nell'ambito del procedimento di cui all'art. 317 bis c.c., per effetto del richiamo contenuto nell'art. 155-bis, ultimo comma, c.c., in caso di immotivate e pretestuose richieste di affidamento esclusivo'*.¹²⁶

Secondo la giurisprudenza, dunque, lo strumento offerto dall'art.96 comma 3 c.p.c. è adatto a sanzionare comportamenti illegittimi e pretestuosi in modo tale che vengano ammoniti tutti quei comportamenti che tentano di abusare del processo.

¹²⁴ Avv. Marco Baio, 'Brevi cenni sulla lite temeraria nell'ambito dell'affidamento condiviso', [https://www.avvocatidifamiglia.net/moduli/207_Affidamento%20condiviso%20e%20lite%20temerari a.pdf](https://www.avvocatidifamiglia.net/moduli/207_Affidamento%20condiviso%20e%20lite%20temerari%20a.pdf)

¹²⁵ 'In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata'.

¹²⁶ Trib. Minorenni Milano, Decreto, 04/03/2011

2.1 Interesse del minore e fattispecie quali presupposti per disporre il regime di affidamento esclusivo

In materia di affidamento esclusivo non sono determinate *ex lege* le fattispecie pregiudizievoli l'interesse materiale e morale del minore che comportano la predisposizione del regime sussidiario monogenitoriale: sono infatti di matrice giurisprudenziale e dottrinale le ipotesi individuate che il giudice considererà nella decisione del regime e del genitore a favore del quale sarà disposto l'affidamento.

Infatti, è proprio in nome della vaghezza della norma *ex art.337 quarter c.c.* che viene rimesso alla più ampia discrezionalità dell'autorità giudiziaria il vaglio della decisione nel merito, caso per caso.

Il fondamentale ruolo dei giudici nella disciplina casistica di tale tipo di affidamento si spiega anche in ragione del fatto che il giudice, differentemente dall'affidamento condiviso, in cui deve sinteticamente motivare le generali ragioni dell'interesse presupposto del minore a mantenere rapporti con entrambi i genitori, nella circostanza della predisposizione del regime esclusivo gli è imposto di trovare riscontro nell'esistenza di circostanze tali da imporre, a salvaguardia del benessere psico-fisico del minore, che uno dei genitori sia escluso dall'esercizio della responsabilità genitoriale .¹²⁷

Giurisprudenza e dottrina hanno dato vita ad una molteplicità di soluzioni interpretative e applicative che ruotano attorno al concetto di '*contrarietà all'interesse del minore*', che costituisce il presupposto logico, oltre che dell'applicazione del regime esclusivo, dell'intero sistema dell'affidamento della prole.

Se l'obiettivo generale della riforma del 2006, e del generale processo di

¹²⁷ Mantovani, 72, *infra*, sez. IV, Articolo 'Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte', Nota a Sentenza Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 07/12/2010, n. 24841 di Maria Novella Bugetti, <https://onelegale.wolterskluwer.it/document/un-ulteriore-passo-verso-la-continuita-del-rapporto-genitori-figli-oltre-la-crisi-della-famiglia-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte/10AR0000003638ART1?searchId=678725186&pathId=7ab2d5d056abd&offset=8&contentModuleContext=all>

riconoscimento e valorizzazione dei diritti del minore, in primis quello della tutela della bigenitorialità, è chiaro che tale interesse vada considerato declinandolo nella situazione concreta in cui versa il minore e i genitori: infatti, nella concretezza delle situazioni e di converso nella prassi giurisprudenziale più volte ci si imbatte in situazioni in cui l'armonico sviluppo psico-fisico del minore può essere garantito solo mediante il provvedimento di affidamento esclusivo, che ne realizzerà così la piena tutela.

Una delle prime circostanze, fonte di ampio dibattito, che ha interessato la giurisprudenza a riguardo è la conflittualità-litigiosità tra i due genitori, e ci si è interrogati se questa possa configurarsi quale condizione sufficiente per la quale affidare il minore ad uno solo dei due genitori; la Corte di Cassazione ha in merito stabilito che :*'L'affidamento dei figli minori ad entrambi i genitori costituisce il regime ordinario di affidamento, che non è impedito dall'esistenza di una conflittualità tra i coniugi, tranne quando tale regime sia pregiudizievole per l'interesse dei figli'*.¹²⁸

Dunque, fintantoché le dinamiche conflittuali tra i due ex coniugi mantengono la soglia della tollerabilità per il minore, ciò non osta alla predisposizione del regime di affidamento condiviso, mentre ove tale soglia verrà oltrepassata e si configurerà il rischio potenziale di alterazione dell'equilibrio psico-fisico ed emotivo per lo stesso, che potrà pregiudicarne gli interessi, il provvedimento di affidamento esclusivo in favor di uno solo dei due genitori sarà pienamente giustificato.

Altra circostanza molto discussa in merito risiede nella *distanza tra le residenze* dei genitori, posto che parte della dottrina riteneva che la distanza di uno dei due genitori dal figlio rendesse presuntivamente impossibile per lo stesso esercitare concretamente l'esercizio della responsabilità genitoriale; tale argomento è stato smentito dalla Corte di Cassazione che ha sottolineato l'irrelevanza di tale circostanza sull'idoneità educativa : *'L'esistenza di una distanza geografica tra i luoghi di residenza dei genitori non consente di derogare al regime di affido condiviso del minore, essendo necessaria, per l'adozione dell'affidamento esclusivo, una specifica*

¹²⁸ Cass. civ., Sez. I, 03/01/2017, n. 27

motivazione che tenga conto sia della capacità educativa del genitore affidatario, sia dell'inidoneità educativa e delle carenze dell'altro genitore'.¹²⁹

La Corte ha infatti tenuto conto che la mera distanza tra le residenze dei genitori non è motivazione sufficiente alla decurtazione della responsabilità genitoriale di uno dei due, specialmente in ragione del fatto che stessa non è un parametro idoneo a valutare le capacità educative o meno di un genitore sotto il punto di vista affettivo, tenuto anche conto che grazie alla rapidità dei mezzi di comunicazione odierni il divario materiale viene in parte colmato.

Infatti, secondo la Corte di Cassazione, solo ove la distanza di residenze tra i due genitori renda impossibile lo svolgimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale o sia indice di carenza o inidoneità educativa, potrà motivare l'eccezione al regime ordinario condiviso: *'In tema di affidamento dei figli, l'oggettiva distanza tra i luoghi di residenza dei genitori può, in linea di principio, precludere la possibilità di un affidamento condiviso del minore solo quando si traduca in un comportamento, da parte di uno dei genitori, che escluda il genitore medesimo dal pari esercizio della potestà genitoriale, così da rendere non rispondente all'interesse del figlio l'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento'.¹³⁰*

In queste ipotesi siamo di fronte a delle situazioni che potremmo definire ancora 'di studio', poiché non rientrano a pieno titolo nell'elenco giurisprudenziale di indici che con certezza, nuocendo al minore e ai suoi interessi, comportano l'affidamento ad un solo genitore, ma sono fattispecie *incerte*, da valutare mediante il prudente apprezzamento dal giudice.

Nello stesso alveo di fattispecie discusse rientra la omosessualità di uno dei due genitori, ovvero se questa possa o meno essere motivazione sufficiente all'inadeguatezza dell'instaurazione o mantenimento dell'affidamento condiviso, e, secondo il Tribunale di Napoli *in tema di separazione personale dei coniugi, la pretesa omosessualità di uno di essi costituisce condizione personale irrilevante ai fini delle determinazioni del giudice sull'idoneità genitoriale e sull'affidamento dei*

¹²⁹ Cass. civ., Sez. I, 28/11/2018, n. 30826

¹³⁰ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 02/12/2010, n. 24526

*figli minori, non incidendo di per sé sul rapporto genitori-figli e sull'equilibrato sviluppo psico-fisico dei minori.*¹³¹

A monte di tali fattispecie incerte che hanno mantenuto vivo il dibattito dentro e fuori le aule dei tribunali, dato anche l'elevato grado di interesse sociali riguardo tali temi, vi sono d'altra parte delle *situazioni di certo affidamento esclusivo*¹³², che tratterremo in ordine di gravità crescente, connotate da una sempre maggiore lesività e specificità delle condotte in questione in relazione alla dannosità che le stesse comportano al sano sviluppo psico-fisico del minore, che hanno in comune la predisposizione di diritto del regime eccezionale di affido monogenitoriale.

Innanzitutto, è importante sottolineare che le valutazioni circa la contrarietà dell'affidamento condiviso e conseguentemente l'applicazione del regime monogenitoriale deve essere condotta esclusivamente alla luce del rapporto genitori-figli, essendo necessario aver riguardo unicamente all'idoneità educativa del genitore affidatario ed al suo impegno nel perseguimento dell'effettivo bene del figlio¹³³, escludendo invece qualsivoglia elemento che, pur costituendo motivo di difficoltà pratica nello svolgimento dell'affidamento, non sia suscettibile di pregiudicare il benessere psico-fisico della prole.¹³⁴

La prima condotta in questione risiede nella problematicità del rapporto genitore-figlio e del conseguente rifiuto dello stesso a 'mantenere' il rapporto col genitore in questione: infatti il diritto alla bigenitorialità del minore è tutelato non solo nella sua positiva declinazione, ma anche in accezione negativa.

La Corte di Cassazione ha espresso a riguardo tale principio di diritto: *'Il diritto alla bigenitorialità non può spingersi oltre il rifiuto del minore alla frequentazione del genitore non collocatario'*.¹³⁵

¹³¹ Tribunale Napoli, 28/06/2006, (nella specie, il tribunale ha confermato l'affidamento esclusivo di un minore di circa undici anni di età alla madre, non ostando al riguardo la dedotta omosessualità della donna, neppure provata).

¹³² Claudia Grassi, 'Il punto su potestà genitoriale e affidamento dei figli', in *Giustizia civile*, 2008

¹³³ Cass., 30.12.2004, n. 24256, in Articolo 'Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte' di Maria Novella Bugetti, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 5, 1° maggio 2011

¹³⁴ Articolo 'Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte' di Maria Novella Bugetti, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 5, 1° maggio 2011

¹³⁵ Corte di Cass., ordinanza 23.4.2019 n. 11170, in articolo 'Minori: rifiuto a incontrare il genitore' di

Gli interessi del minore fungono anche in questa fattispecie da ago della bilancia indicativo della scelta del giudice nelle disposizioni sull'affidamento, come ha statuito in maniera esemplificativa il Tribunale di Firenze: *'Non può essere disposto l'affidamento condiviso quando il minore rifiuti in modo categorico ogni rapporto con uno dei genitori, adducendo motivi di sofferenza che il giudicante, sia direttamente sia con l'ausilio di una consulenza psicologica, deve ascoltare e porre a fondamento della propria decisione. In tal caso, pur avendo dato il legislatore chiara indicazione della propria preferenza per l'affidamento condiviso, la valutazione del superiore interesse del minore esige che venga disposto l'affidamento esclusivo con la prosecuzione di adeguata terapia psicologica per consentirgli di recuperare la figura genitoriale rifiutata'*.¹³⁶

È infatti opinione delle Corti che, pur in presenza di un evidente orientamento preferenziale verso l'affidamento condiviso, nel momento in cui lo stesso divenga 'paradossalmente' lesivo o destabilizzante l'equilibrio del minore, è pienamente rispondente al criterio maggiore dell'interesse materiale e morale del minore la predisposizione dell'affidamento esclusivo.

Ulteriore condotta considerata dalla giurisprudenza ai fini dell'affidamento esclusivo è l'inadempienza del genitore al dovere di mantenimento della prole.

Secondo la Cassazione, infatti, perché possa derogarsi al regime di affidamento condiviso occorre *'...che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore...'*¹³⁷, quale appunto l'inadempienza del dovere di mantenimento del figlio è sintomatico, come infatti la Corte di Cassazione esplicita: *'come nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a*

Valeria Vezzosi, www.filodiritto.com

¹³⁶ Tribunale Firenze, 22/04/2006

¹³⁷ Cass. civ., Sez. I, Sent., (data ud. 29/10/2009) 17/12/2009, n. 26587

carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente'.¹³⁸

Il dovere di mantenimento, *ex art 147 c.c.*, oltre ad essere disposto *ex lege* e dal provvedimento del giudice nella disciplina dei rapporti dopo la separazione o divorzio, è soprattutto espressione di quel dovere di cura ed assistenza che consta del fulcro del ruolo genitoriale, la cui violazione potrà comportare dunque la deroga al regime condiviso di affidamento.

Infine, sono state tipizzate dalla giurisprudenza una serie di condotte che, denotando l'inidoneità e incapacità genitoriale nel perseguire l'effettivo bene del minore, hanno assunto rilevanza ai fini dell'applicazione dell'affidamento esclusivo.

Tali fattispecie variano dalla presenza di atteggiamenti indicativi di disinteresse nei confronti della prole, come abbiamo già notato nel caso dell'inadempimento dell'obbligo di mantenimento o della sistematica violazione del diritto di visita del non collocatario, a carenze comportamentali di vario tipo che denotino una carenza nel rapporto figlio-genitore.

Dello stesso tenore sono state ritenute le condotte che denotino da parte dei genitori espressione di disvalore, avendo ad esempio il Tribunale dei Minorenni di Catanzaro censurato *insieme ad ulteriori elementi (quali, nella specie, la pregressa tossicodipendenza, i gravi precedenti penali, l'atteggiamento negativo nei confronti dell'altro genitore e del figlio) anche la manifesta omofobia del padre, comprovata dall'accusa alla madre di frequentare "drogati e omosessuali"; tale dichiarazione non può che destare serie preoccupazioni poiché reca con sé una forte valenza discriminatoria ed offensiva (già per l'associazione: "drogati ed omosessuali") e trattasi, sicuramente, di una condotta che dovrebbe essere estranea al genitore, il quale deve educare il figlio verso la tolleranza, la cultura della diversità e l'avversione verso ogni forma di odio razziale, motivo di censura non solo nelle sedi civili ma anche penali*.¹³⁹

Anche condotte anomale di vita, pericolose, potenzialmente disturbanti o fuorvianti di uno dei due genitori, disturbi di carattere psicologico, commissione di reati, sono

¹³⁸ *idem supra*

¹³⁹ Trib. Minorenni Catanzaro, Decreto, 27/05/2008, in Articolo 'Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte' di Maria Novella Bugetti, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 5, 1° maggio 2011

fattispecie che, denotando un'inidoneità educativa e di riflesso un danno al minore, costituiscono presupposti per l'applicazione eccezionale dell'affido monogenitoriale. La legge, dunque, e il fiorire dell'ampia giurisprudenza in merito ragionevolmente considera quei casi nei quali l'unico strumento possibile per garantire un sano sviluppo della personalità del minore sia l'esclusione di uno dei genitori dall'esercizio della responsabilità nella quotidiana gestione della vita.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Basini, Affidamento congiunto dei figli. L'affidamento ad un solo genitore prevale ancora sull'affidamento «condiviso», se così impone l'esclusivo interesse della prole, in Fam., pers. e succ., 2006, pg.785

2.2 Configurazione dei ruoli del genitore affidatario e del genitore non affidatario

La declinazione delle modalità di svolgimento dell'affidamento del minore si riflettono incisivamente sull'esercizio della responsabilità genitoriale: infatti, le decisioni del giudice sull'affidamento della prole modulano per il futuro il modo d'atteggiarsi di titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale.¹⁴¹

A tal riguardo, l'art.337 quarter comma 3 in tema di responsabilità genitoriale chiarisce che: *'Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed 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'idea dottrinale per cui la responsabilità genitoriale in quanto alla titolarità e l'esercizio della stessa siano due concetti che viaggiano su due binari paralleli non trova riscontro nell'atteggiarsi dei due concetti sia nell'affidamento condiviso che in quello esclusivo: in ambedue i tipi di affidamento rimangono congiunti tanto la titolarità del *munus* quanto, con modalità diversamente ripartite, il suo esercizio.¹⁴²

Notiamo infatti come sia nell'affidamento condiviso che in quello esclusivo le scelte cosiddette di maggior interesse per i figli, quali ad esempio salute ed istruzione, debbano essere adottate da entrambi i genitori di comune accordo: *'Nelle scelte di maggior interesse della vita quotidiana del minore, quali di regola quelle attinenti alla sua istruzione, in relazione ai quali l'art. 155 c.c., prevede espressamente un dovere di vigilanza del coniuge non affidatario, ciascun genitore, in ogni caso ed in*

¹⁴¹ 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, Napoli, 2014, p. 81 ss.

¹⁴² S. Polidori / Affidamento dei figli minori in séguito alla crisi,
file:///C:/Users/39389/Downloads/Polidori%20affido%20condiviso%20foro%20napoletano%20(1).pdf

ogni tempo, ha un autonomo potere di attivarsi nei confronti dell'altro per concordarne le eventuali modalità e in difetto, ricorrere all'autorità giudiziaria'.¹⁴³

Per il resto, l'assetto della responsabilità genitoriale in caso di affidamento esclusivo è così disciplinato: la titolarità della stessa è mantenuta in capo ad entrambi i genitori, ma solamente il genitore affidatario ne ha l'esclusivo esercizio, comportando dunque una rilevante limitazione dell'esercizio nei confronti del figlio al non affidatario, cui è riservato il potere-dovere di vigilanza dell'altro genitore, nel corretto esercizio dei poteri derivanti dall'affido esclusivo.

Il potere-dovere di vigilanza in capo al genitore non affidatario è violato sia mediante condotte vessatorie o eccessivamente invadenti tali che ne tradiscono la natura preordinata all'interesse del minore, sia nella opposta situazione di negligenza o disinteresse.¹⁴⁴

Altra considerazione rilevante è quella secondo la quale l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale in capo ad uno solo dei genitori conferma che l'affidamento non può e non deve degradare al mero profilo materiale della collocazione del minore: infatti, la questione della collocazione prevalente si pone, invero, allo stesso modo nell'affidamento condiviso e in quello esclusivo.¹⁴⁵

La progressiva valorizzazione, inoltre, della responsabilità genitoriale quale complesso di diritti-doveri dei genitori nell'esclusivo interesse del minore si è accompagnato, nel corso della riforma sulla filiazione del 2012-2013, ad un ampio potere di intervento da parte dell'autorità giudiziaria, che ai sensi degli artt.330 e 333 c.c. può disporre limitazioni o la privazione totale della stessa responsabilità.

Parallelamente al profilo della scelta della collocazione del minore, che nell'affidamento esclusivo si informa alle stesse regole operative del regime condiviso, simili considerazioni valgono anche per il diritto-dovere di visita in capo al genitore non affidatario: in entrambi i regimi infatti, la giurisprudenza successiva all'entrata della legge 54/2006 manifesta una certa tendenza a continuare a stabilire

¹⁴³ Tribunale Milano, Sez. XII, 15/10/2009, n. 12259

¹⁴⁴ S. Polidori / Affidamento dei figli minori in séguito alla crisi,
file:///C:/Users/39389/Downloads/Polidori%20affido%20condiviso%20foro%20napoletano%20(1).pdf

¹⁴⁵ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg.319-321

anche per l'affidamento condiviso le scansioni temporali in precedenza più comuni per l'affidamento esclusivo, svuotando in parte del suo contenuto effettivo, almeno in quanto a ripartizione dei tempi, l'affidamento condiviso.¹⁴⁶

Individuati gli assetti del corretto configurarsi dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il legislatore ha disciplinato anche l'eventualità di disaccordi tra i genitori in merito alla stessa; il secondo comma dell'art.316 c.c., in base al quale *'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'*, è la disposizione mediante cui si estende al rapporto genitori-figli il principio stabilito dall'art.145 c.c. per l'ipotesi di disaccordo tra i coniugi, che prevede, *'in caso di contrasti su questioni di particolare importanza'*, la possibilità per ciascuno dei genitori di ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più opportuni.¹⁴⁷

In tale situazione, 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'* e nel caso in cui *'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, comma 3, c.c.).

Dunque, l'intervento del tribunale ordinario si svolge in due fasi: nella prima che ha natura conciliativa, il giudice di limita a 'suggerire' una soluzione che tenga conto dell'interesse del figlio e dell'unità familiare, tentando di ovviare il conflitto tramite una soluzione concordata; l'insuccesso del primo tentativo determina una fase a carattere sostitutivo, nella quale il giudice attribuisce il potere di decidere al genitore che, nella situazione concreta, ritiene più idoneo a curare l'interesse del minore.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg.319-321

¹⁴⁷ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg.285-287

¹⁴⁸ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg.285-287

2.2.1 Art 403c.c: le conseguenze dei provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale (art.333 c.c.)

Il nuovo concetto di responsabilità genitoriale, così come introdotto dalla L.219/2012, sostitutivo della potestà genitoriale, non riceve da parte del legislatore una compiuta definizione, configurandosi quale potere-dovere che si atteggia in base al mutare dell'evoluzione sociale e giuridica del costume, pur risultando dalla Relazione illustrativa della riforma quale *'situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene e sostituire il tradizionale concetto di potestà'*.¹⁴⁹

L'attribuzione ai genitori di diritti e doveri nei confronti della prole si deve necessariamente accompagnare, allo scopo di rendere attuative le nuove norme, alla predisposizione di forme di intervento del giudice, nel caso in cui i genitori, rendendosi inadempienti o colpevoli, pregiudichino gli interessi dei figli.

Il principio ispiratore delle norme a protezione del minore è l'assunzione del principio di priorità dell'interesse dello stesso quale cardine cui tutto il sistema è pregno, sintomatico di una tendenza degli ultimi decenni tesa a *giuridicizzare* i rapporti tra genitori e figli, in cui gli interventi giudiziari sull'esercizio della responsabilità genitoriale riguardano gli aspetti personali e possono avere luogo solamente a posteriori, cioè solo dopo che le condotte pregiudizievoli dei genitori sono già state tenute.¹⁵⁰

L'inadempimento dei doveri inerenti la responsabilità genitoriale si connota per una varietà di condotte che possono assumere un minore o maggior grado di gravità, le cui reazioni e conseguenti misure di protezione a tutela del minore sono varie: dalla limitazione della responsabilità per mezzo di imposizioni di condizioni e criteri da osservare, come nel caso dell'art.333 c.c. (*'Condotta del genitore pregiudizievole ai figli'*), all'esclusione di tutti i poteri, *ex art.330 c.c. ('Decadenza dalla responsabilità*

¹⁴⁹http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0025_F001.pdf&leg=XVII

¹⁵⁰ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg.314-315

genitoriale sui figli).

Quando poi, *ex art.403 c.c. 'il minore è moralmente o materialmente abbandonato o si trova esposto, nell'ambiente familiare, a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità psico-fisica e vi è dunque emergenza di provvedere, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione'*, provvedimento non soggetto a forme particolari, per sua natura provvisorio, il cui presupposto è una situazione emergenziale e che può dar corso a procedimento giudiziario *ex art.336 c.c. .*

È importante sottolineare che tutti i provvedimenti di protezione del minore, civili o amministrativi che siano, devono essere presi unicamente nell'*interesse del figlio minore*, cioè valutando se siano necessari per il suo bene: al centro della valutazione del giudice vi è il *pregiudizio* per quest'ultimo, e specificatamente la gravità delle conseguenze che le condotte dei genitori hanno prodotto o rischiano di produrre per la sua crescita.¹⁵¹

Il pregiudizio in questione per il minore può essere *materiale* o *morale*¹⁵² e va inteso in senso ampio, come mancanza dell'irrinunciabile complesso di condizioni necessarie al normale svolgimento della vita del minore, escludendosi però che il giudice possa sindacare le scelte ideologiche dei genitori che non importino violazione del cd. 'minimo etico'.¹⁵³

Secondo la giurisprudenza è dunque condizione sufficiente per la predisposizione di atti di intervento volti alla protezione del minore il pericolo di un danno, indipendentemente dalla circostanza che il genitore abbia agito con la coscienza di ledere gli interessi della prole, dovendo essere evitato, ogni obiettivo danno, non necessariamente attuale, ma anche solo eventuale.¹⁵⁴

Il comportamento pregiudizievole in questione può sostanziarsi sia in una condotta

¹⁵¹ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg. 315

¹⁵² Trib. min. Venezia 6-7-1965

¹⁵³ Pelosi, Comm. dir. it. fam., IV, pg. 404 ss. in Articolo 'Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli', https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf

¹⁵⁴ App. Perugia 27-2-1997, Rass. g. umbra 97, 382, in Articolo 'Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli', https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf

commissiva, sia in una condotta omissiva, essendo sufficiente che la stessa si tenga anche solo una volta o in una sola occasione purché la gravità sia tale da produrre di per sé il pregiudizio.

Inoltre, gli interventi di protezione dell'autorità non devono mai essere presi con lo scopo di punire il genitore in questione per il suo comportamento scorretto, non essendo nel diritto civile minorile la condizione soggettiva del genitore di per sé rilevante, e solamente nel caso in cui la condotta pregiudizievole per il minore sia anche penalmente rilevante, verrà in rilievo in sede di giudizio penale.

In base all'art.333 c.c., *'quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore'*; la condotta in questione di uno o entrambi i genitori è di pregiudizio per il figlio, ma valutato non abbastanza grave da giustificare il provvedimento di decadenza, e soprattutto le circostanze inducono a ritenere che la situazione non sia senza speranza, ma che un recupero sia possibile.¹⁵⁵

Stabilire se e quando il comportamento di un genitore costituisca espressione della sua discrezionalità educativa o oltrepassi i limiti ad essa imposti nell'interesse del minore¹⁵⁶, è compito assai delicato riservato al giudice, che nell'adozione di provvedimenti *convenienti*, aggettivo quanto mai generico, gode di un margine amplissimo di discrezionalità nel definirne il contenuto.

Le *prescrizioni* di cui all'art.333 c.c. sono ordini del giudice aventi contenuto negativo, che impongono al genitore o a entrambi di non fare qualcosa, di non opporsi a qualcosa, come ad esempio la prescrizione di non impedire al figlio di frequentare l'altro genitore e i nonni, o di non impedire al figlio adolescente di frequentare la persona con la quale intrattiene una relazione amorosa; tali ordini non sono coercibili in modo diretto, pertanto laddove il genitore non li rispetti potranno essere adottate misure di coercizione indiretta, potendo il giudice adottare misure più

¹⁵⁵ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg.319

¹⁵⁶ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg.291-292

incisive, limitanti maggiormente l'esercizio della responsabilità genitoriale, arrivando fino all'allontanamento o alla decadenza.¹⁵⁷

In linea di principio le prescrizioni *ex art.333 c.c.* non potrebbero avere contenuto positivo, cioè imporre ai genitori di fare attivamente in qualcosa; un esempio esaminato in dottrina è il percorso, principalmente psicologico, comunemente detto 'percorso di recupero delle capacità genitoriali', che, rientrando tra i *trattamenti sanitari*, necessita del consenso dell'interessato (*art.32 Cost.*).¹⁵⁸

Il più drastico ed incisivo provvedimento *ex art.333 c.c.* è *l'allontanamento del minore dalla casa familiare*, che viene stabilito anche nel caso di decadenza dalla responsabilità di entrambi i genitori *ex art.330 c.c.* e nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità; pur essendo una misura traumatica per tutte le parti coinvolte e che dovrebbe essere assunta dopo il fallimento di interventi a sostegno del minore che prevedevano di lasciarlo nella sua famiglia, allo stesso tempo è una misura adottata con frequenza nella prassi.

Accade sovente nella pratica inoltre che, qualora una autorità pubblica diversa da quella giudiziaria venga a conoscenza del fatto che un 'minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere alla educazione di lui' e si ritenga che il suo interesse richieda una misura talmente *urgente da non consentire di contattare l'autorità giudiziaria prima di adottarla*, deve provvedere direttamente, collocando il minore 'in un luogo sicuro', a norma dell'*art.403 c.c.*¹⁵⁹

Tale norma, di origine lontana nel tempo, quando non era codificato alcun sistema di protezione del minore che non fosse l'autorità di pubblica sicurezza, disciplina casi 'straordinari' in modo altrettanto 'straordinario': l'applicazione della stessa viene in rilievo solo nell'elevata probabilità di un pregiudizio molto grave per il minore che necessita di un intervento immediato per scongiurarlo, nel caso estremo in cui il ritardo dell'intervento provocherebbe un pericolo non evitabile; d'altra parte, a

¹⁵⁷ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg. 320-321

¹⁵⁸ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg. 320-321

¹⁵⁹ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg.329 ss.

livello procedurale si tratta dell'unico caso in cui l'autorità amministrativa (servizi sociali, pubblica sicurezza) può agire contro la volontà dei genitori e senza la preventiva autorizzazione del giudice, che, se ne fosse informato, dovrebbe agire secondo le modalità di cui all'art.336 c.c. .

La particolarità della norma si rinviene, oltre ai delicati casi cui è destinata, nell'assumere in sé tutti i principi e presupposti della disciplina sulla violazione dei doveri della responsabilità genitoriale, quali il pregiudizio, il pericolo e la tutela attuativa dell'interesse del minore, concentrati in un unico momento di valutazione da parte dell'autorità.

A livello temporale, mentre i provvedimenti ex art.333 c.c. e 330 c.c., per quanto soggetti a modificazioni, affinché si spieghi la loro efficacia, necessitano di tempo e valutazione, il provvedimento ex art. 403 c.c. è per sua natura provvisorio 'sino a che si possa provvedere in modo definitivo alla protezione del minore', non soggetto ad impugnazione, e segna un momento di passaggio tra il rinvenimento della situazione di pericolo in cui versa il minore, che 'passa' per una momentanea protezione, mentre immediatamente deve aprirsi il procedimento giudiziario che indagherà nel merito.

Un'altra tipologia di provvedimenti che si distingue da quello ex art.333 c.c. e 330 c.c. sono i cosiddetti *ordini di protezione ex art.342 bis c.c.*: *'Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, [qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio], su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342 ter'.*

E' però ben possibile e tutt'altro che raro, che *condotte maltrattanti simili tra loro* tenute dalla stessa persona siano dirette contro un familiare adulto e al tempo stesso contro uno o più familiari minorenni: ciò potrebbe dare fondamento tanto ad un ordine di protezione quanto ad un provvedimento sulla responsabilità genitoriale, creando la circostanza di una possibile sovrapposizione tra i provvedimenti del tribunale ordinario ex art.342 bis c.c. e quelli del tribunale per i minorenni di cui all'art. 333 c.c., in particolare l'allontanamento del genitore maltrattato o del suo

convivente.¹⁶⁰

Il problema risiede innanzitutto nel fatto che la competenza appartiene a due organi giudiziari diversi, essendo indispensabile che, non essendo codificata alcuna norma in merito, gli stessi tengano atteggiamenti di reciproca collaborazione; secondariamente, è problematico per il coordinamento tra i due provvedimenti il fatto che i provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale, diversamente da quelli *ex art.342 bis c.c.*, non hanno un termine finale prefissato dalla legge e soprattutto non sono accompagnati dall'attribuzione di diritti a contenuto economico.

161

¹⁶⁰ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg. 225

¹⁶¹ Lenti, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, pgg. 225

2.2.2 La decadenza della responsabilità genitoriale ex art 330 c.c.

La *condotta obiettiva* del genitore, in contrasto con i doveri connessi alla responsabilità di cui è titolare, scevra da indagini sulla natura dolosa o colposa del comportamento, contempla forme di intervento del giudice minorile in base all'art.330 c.c., che disciplina la decadenza della responsabilità genitoriale.

A norma dell'articolo in questione *il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio*; condotte di tale natura possono riguardare un solo genitore o entrambi e possono essere differenti per l'uno e per l'altro.

Tale provvedimento, dalla natura squisitamente preventiva, è assunto essenzialmente nell'interesse del minore, invero *la decadenza dalla responsabilità genitoriale costituisce un provvedimento non a scopo sanzionatorio, ma a tutela del minore e finalizzato a scongiurare ulteriori condotte pregiudizievoli da parte del genitore.*¹⁶²

Detti provvedimenti mirano infatti non già a punire i genitori per gli inadempimenti commessi, né tantomeno ad eliminare per il passato le conseguenze pregiudizievoli per il figlio, bensì ad evitare che per l'avvenire si ripetano altri atti dannosi del genitore, ovvero si protraggano ulteriormente le conseguenze dei precedenti inadempimenti; tuttavia la presenza del dolo o della colpa può indirizzare il giudice verso la misura più drastica della decadenza, o piuttosto verso provvedimenti meno severi, secondo il minore o maggiore grado di consapevolezza dei genitori.¹⁶³

Agli effetti della decadenza, l'inadempimento deve, in linea di principio, concernere i doveri inerenti i profili personali, in quanto, ad esempio, la violazione dei doveri inerenti l'amministrazione del patrimonio del minore ha invece come tipica

¹⁶² Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 18/06/2018, n. 15949, (Nel caso di specie, la Corte, dichiarando inammissibile il ricorso, ha confermato la sentenza della Corte di Appello che riteneva che il trasferimento per motivi lavorativi di una madre separata con il figlio in un luogo diverso da dove risiedeva il padre, non integrasse una condotta idonea a far dichiarare la decadenza della stessa madre dalla responsabilità genitoriale).

¹⁶³ Parisi, Manuale di diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020, pg.111

conseguenza la rimozione dall'amministrazione ex art.334 c.c.¹⁶⁴

Le fattispecie concrete che possono dare luogo all'emanazione del provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale sono difficilmente riconducibili ad unità, fornendo la giurisprudenza un'ampia e varia casistica di condotte.

Ne ricorrono *in primis* gli estremi in caso di *'comportamenti ripetutamente violenti, aggressivi e vessatori del padre/convivente verso i figli e la «partner», realizzati attraverso frequenti e costanti minacce di morte, percosse, danneggiamenti (...) e qualora, altresì, risulti certa e grave la instabilità psichica'* di uno dei due genitori¹⁶⁵, essendo i maltrattamenti, anche a carico del solo coniuge e non nei confronti dei figli minori, comunque turbativi dell'equilibrio psico-fisico degli stessi.

Poi, numerose vicende giudiziarie in tema di decadenza sono connesse all'uso di sostanze stupefacenti da parte dei genitori, il cui orientamento a riguardo dei giudici minorili è quello di comminare la sanzione della decadenza della responsabilità genitoriale non tanto per il fatto in sé dell'uso di stupefacenti, o in base a un giudizio etico, ma nel caso in cui la personalità del genitore tossicodipendente evidenzia disinteresse per i figli e non faccia intravedere la volontà di riabilitarsi.¹⁶⁶

La decadenza dalla responsabilità genitoriale può essere altresì conseguente all'irrogazione di una condanna penale nei casi previsti dalla legge (artt.34, comma 1 e 569 c.p.): le ipotesi vanno dalla condanna all'ergastolo (art.32 comma 2 c.p.) o alla reclusione per i reati di incesto (art.564 comma 4 c.p.) ovvero all'occultamento di stato di un figlio (art.568 c.p.), sino alla condanna per i delitti attinenti alla sfera sessuale di cui agli artt.609 bis,609 ter. 609 quarter, 609 quinquies e 609 octies c.p.¹⁶⁷

Il tribunale può, nelle menzionate fattispecie, adottare nei confronti dei genitori provvedimenti differenziati: non essendo la responsabilità un potere unico ed indivisibile nei confronti dei figli, la violazione, da parte di un genitore o di entrambi, commessa in danno di un figlio solo, non implica necessariamente l'adozione delle

¹⁶⁴ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pg.289

¹⁶⁵ Trib. Minorenni L'Aquila, 07/12/1993 in Articolo 'Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli', https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf

¹⁶⁶ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg. 289-290

¹⁶⁷ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg. 289-290

stesse misure nei confronti anche degli altri, salvo diversa valutazione da condursi in relazione alle peculiarità della singola fattispecie.¹⁶⁸

La decadenza può essere dunque dichiarata contro un solo genitore o contro entrambi, e le conseguenze sulla crescita del minore sono profondamente diverse all'atteggiarsi dei due casi, premettendo che il genitore decaduto non può compiere alcun atto di esercizio della responsabilità genitoriale, trovandosi escluso dalla sua educazione, istruzione, dal diritto- dovere di assistenza e di vigilanza.¹⁶⁹

La decadenza determina infatti l'effetto di sospendere tutti i diritti-doveri connessi alla responsabilità genitoriale, fatto salvo l'obbligo di mantenimento.

Partendo dall'ipotesi in cui sia decaduto solo un genitore, allora la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale, con tutto ciò che vi è connesso, come a titolo esemplificativo la rappresentanza legale, spetta in via esclusiva all'altro genitore.

In tale circostanza, ove possibile e corrispondente al miglior interesse del minore, questi può o continuare a convivere nella sua famiglia anche col genitore decaduto, o può essere disposto dal giudice l'allontanamento dalla casa familiare del genitore decaduto, o ancora può essere temporaneamente collocato in una struttura comunitaria di accoglienza, magari *insieme con la madre*¹⁷⁰, specie nel caso in cui vi sia l'esigenza di sottrarre entrambi alla violenza di un loro familiare.

Nell'ipotesi in cui, invece, la decadenza incida entrambi i genitori, è innanzitutto sempre disposto l'allontanamento dalla casa familiare, e il minore rimasto privo di un rappresentante legale, vedrà nominato per lui dal tribunale dei minorenni un tutore provvisorio.¹⁷¹

La decadenza perdura a tempo indeterminato, per quanto, in base all'art. 332 c.c. (*Reintegrazione nella responsabilità genitoriale*) il giudice può reintegrare nella

¹⁶⁸ BUCCIANTE, La potestà dei genitori. Disciplina, Tr. Rescigno, IV, 572, in Articolo 'Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli', https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf

¹⁶⁹ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg. 289-290

¹⁷⁰ Vi sono infatti molte comunità che si caratterizzano proprio per il fatto di praticare abitualmente l'accoglienza della madre e del bambino insieme; Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg. 310

¹⁷¹ Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Milano, 2021, pgg. 310

responsabilità genitoriale il genitore che ne è decaduto, su richiesta dello stesso, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

Inoltre, le prescrizioni di cui all'art.330 c.c., non escludono altre conseguenze per il genitore, quali ad esempio il risarcimento del danno sia patrimoniale che non patrimoniale, e parte della dottrina¹⁷² in merito esclude che alla violazione dei doveri familiari consegua automaticamente la responsabilità civile, dovendosi accertare quando tale violazione possa dar luogo, oltre che ai rimedi specifici previsti dal diritto di famiglia, ad un danno ingiusto che giustifichi il risarcimento del danno extracontrattuale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 463, n. 3 bis, c.c., introdotto dall'art. un., l. 8-7-2005, n. 137, un'altra conseguenza sfavorevole in cui incorre il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale è l'esclusione dalla successione, come indegno: *'chi essendo decaduto dalla potestà responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'art. 330 c.c. non è stato reintegrato nella responsabilità alla data di apertura della successione della medesima'*.

Ai fini della configurazione di tale ipotesi di indegnità a succedere, è necessario che la decadenza dalla responsabilità genitoriale a norma dell'art.330 sia espressamente dichiarata, escludendo pertanto che la causa di indegnità in questione possa essere dichiarata nei casi in cui la decadenza o la sospensione della responsabilità genitoriale consegua d'ufficio in conseguenza di una condanna penale, ai sensi dell'art. 34 c.p.¹⁷²

Le lacune sulla normativa sull'indegnità a succedere, viene colmata anche dall'art.448 bis c.c. (*' i figli per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escludere il genitore decaduto dalla successione'*) riconoscendo appunto che per fatti diversi da quelli contemplati dall'art 463 c.c. e per ipotesi di decadenza dalla responsabilità genitoriale diverse da quelle contemplate dall'art.330 c.c., sia possibile l'esclusione dalla successione.

¹⁷² FACCI, La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali, in La responsabilità nelle relazioni familiari, a cura di SESTA, 204

¹⁷² Articolo 'Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli', https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf

Infine, l'art.448 bis c.c., aggiunto dalla l.219/2012, recante '*Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla responsabilità genitoriale sui figli*' in base al quale '*il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale (...)* , pone ora rimedio alla circostanza che il genitore decaduto dalla potestà parentale conservava, nei confronti del figlio il diritto agli alimenti, ai sensi dell'art.433 comma 2¹⁷³ c.c.

La previsione *de qua* attiene alla 'cessazione', dunque, della prestazione di alimenti nei confronti del genitore decaduto, esonerandone il figlio.

¹⁷³ 'All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine:

1) il coniuge;

2) i figli [legittimi o legittimati o naturali o adottivi] anche adottivi, e, in loro mancanza, i discendenti prossimi (...)

La funzione dell'obbligazione alimentare del suddetto articolo è la tutela delle persone che si trovano in stato di bisogno, ed è strettamente personale.

2.3 Riparto di competenza tra Tribunale Ordinario e Tribunale dei Minorenni

Il tema del riparto di competenza tra Tribunale ordinario e Tribunale dei minorenni, nell'ambito del diritto di famiglia, è stato caratterizzato da una normativa lacunosa e incoerente, che ne ha ostacolato l'effettività della tutela.

La materia, precedentemente disciplinata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, era suddivisa su un 'doppio binario', a seconda che le questioni facessero capo a figli legittimi o figli naturali: mentre al tribunale ordinario spettavano le cause attinenti affidamento e mantenimento dei figli legittimi, il tribunale dei minorenni si occupava, con competenza esclusiva, dell'affidamento dei figli naturali e della disciplina del loro rapporto con i genitori, dei procedimenti relativi alla potestà genitoriale di cui agli articoli 330 e 333 c.c. e dei giudizi in tema di affidamento, adottabilità e adozione.¹⁷⁴

Successivamente, in funzione dell'unificazione dello stato giuridico unico di 'figlio', sulla scorta dell'idea di fornire identica tutela e parificazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, la riforma della filiazione, ex l.219/2012, ha eliminato ogni disparità di trattamento, e dunque anche a livello procedurale e di competenza dei tribunali, venendo in rilievo a riguardo l'art.38 disp.att. c.c.

Tale norma, nella formulazione precedente, demandava al Tribunale per i Minorenni l'emanazione dei *provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 171, 194, comma secondo, 250, 252, 262, 264, 326, 317-bis, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, nonché nel caso di minori dall'articolo 269, primo comma, del Codice civile*, mentre il secondo comma stabiliva che rientravano nella competenza del Tribunale ordinario i provvedimenti non attribuiti espressamente alla competenza di una diversa autorità giudiziaria.

La Cassazione specificava che: *I provvedimenti di revisione di affidamento dei figli*

¹⁷⁴ 'Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario: la ripartizione delle competenze' di Marina Moretti, <https://www.filodiritto.com/tribunale-i-minorenni-e-tribunale-ordinario-la-ripartizione-delle-competenze>

minori di coniugi separati, in forza di separazione giudiziale o consensuale omologata, ovvero di coniugi il cui matrimonio sia stato annullato o sciolto, sono devoluti alla competenza del tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 155 c.c., mentre va ravvisata la competenza del tribunale per i minorenni, a norma dell'art. 38 disp. att. c.c., nei soli casi in cui si chieda un intervento cautelare ablativo della potestà genitoriale, a norma degli art. 330 e 333 c.c. In particolare, sussiste la competenza del tribunale per i minorenni, a norma dell'art. 333 c.c., quando il provvedimento da adottare si risolve in una compressione della potestà genitoriale quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio, restando salva in ogni altro caso la competenza del giudice della separazione'.¹⁷⁵

Sono stati i provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale ex art.330 c.c. e ablativi della stessa ex art.333 c.c., ovvero i cosiddetti provvedimenti *de poteste*, a formare oggetto di conflitto tra tribunale ordinario e tribunale dei minorenni, che l'art.38 disp.att. c.c. riservava, e tutt'ora riserva, alla competenza del tribunale dei minori.

L'attuale art.38 disp.att. c.c. così definisce la materia: *'Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del Codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni per l'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del Codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario'.*

Il problema è sempre stato costituito dunque dall'individuazione del tribunale competente allorché una esigenza di tutela del minore si presenta nel corso della causa di separazione o di divorzio o successivamente in sede di procedimento di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio; è opportuno in questi casi

¹⁷⁵ Cass. civ., Sez. I, 04/02/2000, n. 1213, (Nel caso di specie la S.C. ha negato la competenza del tribunale per i minorenni in un caso in cui detto tribunale aveva adottato un provvedimento diretto a rimuovere una situazione di obiettiva difficoltà della minore conseguente al disposto affidamento alla madre, ordinando, a modifica della statuizione del tribunale, l'affidamento di essa al comune, perché fosse collocata con la madre in idonea struttura, nel dichiarato convincimento che tale soluzione valesse ad ovviare alle riscontrate carenze di entrambi i genitori).

lasciare al giudice della separazione e del divorzio l'intervento di protezione o è necessario e inevitabile l'intervento del tribunale per i minorenni? ¹⁷⁶

La risposta a tale quesito, e la nuova formulazione dell'articolo che disciplina il riparto di competenza poggiano su una tendenza della prassi giudiziaria, dell'ultimo decennio, volta a circoscrivere, in pendenza di un procedimento di separazione tra le stesse parti, la competenza del tribunale per i minorenni ai soli provvedimenti di decadenza della potestà/responsabilità (art. 330 c.c.), mentre, per i provvedimenti limitativi della responsabilità *ex art 333 c.c.*, la tendenza era quella di farne oggetto anche di procedimenti presso il giudice della separazione; complice di questa prassi sono state anche alcune decisioni della Corte di Cassazione che hanno preso posizioni meno rigide rispetto al passato su tale riparto. ¹⁷⁷

Tale assetto è stato recepito dalla riforma del 2012, che ha espressamente previsto in merito che nelle more di un procedimento di separazione, divorzio o affidamento presso il tribunale ordinario, lo stesso acquisisce il potere di emanare provvedimenti *de potestate*, escludendo così la competenza del tribunale dei minorenni.

Mentre l'assetto pre-riforma era connotato da rigidità, demandando *alla competenza del tribunale per i minorenni, ai sensi del combinato disposto degli art. 330 cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ., le domande finalizzate ad ottenere i provvedimenti di decadenza dalla potestà genitoriale, e alla competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, le pronunzie di affidamento dei minori che mirino solo ad individuare quale dei due genitori sia più idoneo a prendersi cura del figlio,* ¹⁷⁸ a oggi in materia di riparto della competenza tra Tribunale per i Minorenni e Tribunale ordinario, come delineata dall'art. 38 disp. att. c.c., va riconosciuto che la separazione degli ambiti di intervento del giudice ordinario e di quello specializzato può evidenziare aspetti disfunzionali in tutti quei casi nei quali il

¹⁷⁶ Primi passi nell'interpretazione dei rapporti tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario secondo il nuovo art.38 delle disposizioni di attuazione del codice civile; Cass. civ. Sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 21633,

file:///C:/Users/39389/Downloads/034_2014_12_22_tribunale%20minorenni%20e%20ordinario.pdf

¹⁷⁷ Cass. civ. Sez. I, 27 febbraio 2013, n. 4945, in Articolo ' Primi passi nell'interpretazione dei rapporti tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario secondo il nuovo art.38 delle disposizioni di attuazione del codice civile'; Cass. civ. Sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 21633,

file:///C:/Users/39389/Downloads/034_2014_12_22_tribunale%20minorenni%20e%20ordinario.pdf

¹⁷⁸ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 24/03/2011, n. 6841 (rv. 616880)

*conflitto tra i genitori sulle modalità di affidamento sia destinato a sfociare in provvedimenti restrittivi della responsabilità genitoriale.*¹⁷⁹

Laddove la Corte costituzionale discorre di aspetti disfunzionali, una delle situazioni *de qua* si rinviene, anche a causa della mancanza di chiarezza normativa, nella circostanza che non è ancora stato chiarito dagli interpreti se la competenza del tribunale ordinario in giudizi su separazione, divorzio o affidamento resti confinata ai soli provvedimenti limitativi della potestà/responsabilità oppure se si estenda anche all'adozione di provvedimenti di decadenza della potestà/responsabilità.¹⁸⁰

E' certo che l'elemento che funge da spartiacque per indirizzare la competenza dipenderà dal tipo di procedimento instaurato e dalle tempistiche: laddove nelle more di un procedimento di separazione etc., dovesse essere depositato un ricorso *de potestate* presso il tribunale dei minorenni, lo stesso dovrà dichiararsi incompetente, mentre invece nelle more di un procedimento presso il tribunale dei minorenni laddove dovesse essere depositato un ricorso di separazione presso il tribunale ordinario, rimarrà competente il tribunale dei minori.

La ratio sottesa al sistema è chiara: attribuendo al tribunale ordinario la possibilità di disporre *ultra petitem*, per quanto comunque necessariamente connessi all'oggetto del processo, di separazione o di divorzio che sia, favorisce il *simultaneus processus*. L'art.38 disp.att. c.c. prevede dunque una inedita ipotesi di "connessione per attrazione" che non può essere risolta del tutto con le regole tradizionali previste negli articoli dal 31 al 40 del Codice di procedura civile trattandosi infatti di una competenza per materia che, in presenza di una situazione per molti versi analoga alla litispendenza, è attratta alla competenza di altro giudice. Si tratta in sostanza di una inedita forma di *vis attractiva*.¹⁸¹

¹⁷⁹ Corte cost., 10/06/2016, n. 134

¹⁸⁰ Articolo ' Primi passi nell'interpretazione dei rapporti tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario secondo il nuovo art.38 delle disposizioni di attuazione del codice civile'; Cass. civ. Sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 21633,

file:///C:/Users/39389/Downloads/034_2014_12_22_tribunale%20minorenni%20e%20ordinario.pdf

¹⁸¹ Idem supra

CAPITOLO 3

3. L'ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano, sez. IX civile: introduzione di un nuovo modello

Il principio giuridico della *bigenitorialità*, acquisito nel nostro patrimonio giuridico sin dalla l.54/2006 e con forza ancora maggiore con l'entrata in vigore del D. Lgs.154/2013, che ha riformato la disciplina civilistica della filiazione, tutela il diritto del minore al mantenimento di uno stabile rapporto con entrambe le figure genitoriali, anche nel caso in cui questi si siano separati, siano divorziati o abbiano interrotto la loro convivenza.

Se da una parte il giudice, nell'adozione dei provvedimenti riguardanti la prole, deve prioritariamente valutare la efficacia dell'affidamento condiviso, ne consegue che i provvedimenti che esulano tale regime ordinario, devono trovare la loro ragion d'essere nell'esigenza di evitare al minore un pregiudizio derivante dall'assetto di interessi che l'affido condiviso, in determinate circostanze, potrebbe comportare.

Il giudice, in queste situazioni, sarà ben tenuto a motivare sia in ordine al '*pregiudizio potenzialmente arrecato ai figli da un affidamento condiviso*', bensì anche '*all'inidoneità educativa o alla manifesta carenza dell'altro genitore*'.¹⁸⁷

Se da un lato il legislatore ha predisposto il modello alternativo dell'affido monogenitoriale *ex art.337 quarter c.c.*, disponendo l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale in capo al solo genitore affidatario, pur conservando entrambi i genitori la titolarità della stessa, la giurisprudenza si è ulteriormente spinta oltre, individuando un nuovo tipo di affidamento che può essere definito come cosiddetto affidamento *superesclusivo*.

La causa da cui si è disposto tale tipo di affidamento è un processo di separazione svoltosi presso il Tribunale di Milano che, con ordinanza *ex art.708 c.p.c.*, ha disposto un affidamento monogenitoriale di tipo 'blindato' in favore della madre. Il caso riguarda una coppia di coniugi di cui il marito inglese era tornato a Londra a seguito della crisi del matrimonio, disinteressandosi totalmente del figlio di un anno, anche dal punto di vista del mantenimento ; egli inoltre, oltre ad essersi allontanato

¹⁸⁷ Cass. civ., Sez. I, 03/01/2017, n. 27

dalla casa coniugale, dalle risultanze delle denunce presentate dalla moglie ai Carabinieri e dallo scambio di messaggi via chat tra i due coniugi, ha anche minacciato la moglie di portarle via il figlio qualora non avesse aderito alle sue richieste, dimostrando così di ‘usare’ il figlio quale ‘moneta di scambio’ nel conflitto coniugale.

Era stato inoltre allegato un episodio di violenza nei confronti della donna.

Dalle evidenze probatorie risultava quindi una figura paterna inidonea alla genitorialità, sostenuta dalla lontananza dello stesso, dalla sua irreperibilità e indisponibilità nei confronti della coniuge e dalla violazione del dovere di mantenimento del figlio, evidenze tali da giustificare quantomeno la predisposizione del regime di affidamento monogenitoriale.

Configurandosi appunto, anche secondo l’orientamento ricorrente della Cassazione, una situazione di contrarietà all’interesse del minore, a causa dell’inidoneità del genitore riguardo le maggiori responsabilità conseguenti ad un affidamento condiviso, e riscontrata la discontinuità nell’esercizio del diritto di visita e la violazione dell’obbligo di mantenimento, è stato necessario emettere un provvedimento ‘incisivo’ per evitare che gli interessi del minore rimanessero privi di tutela.

Se dunque è vero, per un verso, che l’art. 337 quater c.c., al terzo comma, prevede che le decisioni di maggior interesse per i figli debbano essere adottate da entrambi i genitori, in presenza di un affidamento esclusivo, la clausola *‘salvo che non sia diversamente stabilito’* consente che tale impianto possa essere modulato ed in parte derogato laddove la magistratura ne ravvisi la necessità. Proprio l’inciso in questione ha infatti consentito alla giurisprudenza di elaborare una nuova tipologia di affidamento monogenitoriale ‘blindato’ o monogenitoriale ‘super-esclusivo’, la cui differenza dal modello previsto *ex art.337 c.c. terzo comma* risiede nella circostanza per cui in presenza di tale nuovo regime anche le decisioni di maggiore interesse per il minore potessero essere adottate unilateralmente dal solo genitore, quello affidatario, senza la previa consultazione e l’accordo con l’altro genitore.

L’esercizio congiunto della responsabilità genitoriale in merito alle scelte di maggior rilievo nella vita del minore potrà dunque essere oggetto di deroga giudiziale, rimettendo infatti il codice al Giudice il potere e la facoltà di modulare diversamente

l'esercizio della responsabilità genitoriale sulle questioni fondamentali di vita del minore.

Tale *iter* logico-giuridico è stato adottato dalla IX Sezione civile del Tribunale di Milano con ordinanza del 20 marzo 2014, a firma del Dott. Giuseppe Buffone, che ha disposto l'affidamento del figlio minore in via super-esclusiva alla madre, vista l'inidoneità genitoriale della figura paterna risultante dalle evidenze probatorie, delegandole altresì tutte le decisioni inerenti la salute, l'educazione, l'istruzione o la fissazione della residenza abituale, normalmente spettanti ad entrambi i genitori anche in regime di affidamento esclusivo.¹⁸⁸

La maggior cautela nei confronti del minore che comporta l'esclusione del padre anche dalle scelte di maggior interesse, è ricondotta dal giudice da una parte dalla 'pericolosità' di detta figura comprovata dalle allegazioni probatorie della coniuge, e dall'altra parte dal contesto di 'conflittualità' e mancanza di comunicazione della coppia, per cui l'assunzione di decisioni concordate risulta impraticabile. Nel caso di specie la concentrazione delle competenze genitoriali in capo alla madre, non incidendo comunque sulla titolarità della responsabilità genitoriale di entrambe le figure genitoriali, e la predisposizione del provvedimento di affido super esclusivo alla madre *'è tanto opportuno quanto necessario per evitare che, anche per questioni fondamentali, la macchina di rappresentanza degli interessi del minore sia inibita nel funzionamento, a causa del completo e grave disinteresse del padre per la propria famiglia.'*¹⁸⁹

Un altro riferimento giurisprudenziale in cui ritroviamo l'emissione di un provvedimento di affidamento esclusivo con concentrazione delle competenze genitoriali in capo ad un solo genitore, ovvero di affidamento super-esclusivo, lo ritroviamo nella ordinanza del Tribunale di Roma, sez. I civ., 16 giugno 2017.

Nel caso di specie, la ricorrente, oltre ad evidenziare una condotta del compagno con cui intratteneva una convivenza *more uxorio* caratterizzata da episodi violenti ed

¹⁸⁸ 'Affidamento super-esclusivo o rafforzato del figlio minore' di Alessandro Luciano, <https://www.studiolegaleluciano.it/laffidamento-super-esclusivo-o-rafforzato-del-figlio-minore-consente-ad-un-solo-genitore-di-prendere-le-decisioni-di-maggior-interesse-per-i-figli-ossia-quelle-riguardanti-la-salute-l>

¹⁸⁹ Ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano

abuso di alcol e droga, esponeva che dal termine della suddetta convivenza, il padre aveva solo saltuariamente visto la figlia e aveva altresì violato l'obbligo di mantenimento.

Alla luce di tali risultanze probatorie il Collegio, oltre a confermare l'affidamento esclusivo già disposto in via provvisoria, considerando l'atteggiamento del padre connotato da disinteresse relazionale ed emotivo nei confronti della figlia, e dei ricorrenti episodi d'ira riportati da testimoni, disponeva che la madre esercitasse in via esclusiva la responsabilità genitoriale per tutte le questioni attinenti la minore, con esclusione del padre, compresa la scelta sulla fissazione della residenza abituale della figlia.

Dunque, 'in presenza di una grave inadeguatezza di uno dei genitori ad esercitare le funzioni genitoriali, il tribunale può affidare i figli in via esclusiva al genitore idoneo, attribuendo a questi l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale per tutte le questioni riguardanti la prole – istruzione, educazione, salute, determinazione della residenza abituale, richiesta di documenti etc. - da assumere tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, decisioni da assumere anche senza il consenso dell'altro genitore (cd. affidamento esclusivo rafforzato o superesclusivo).¹⁹⁰

La inadeguatezza di una delle figure genitoriali ad esercitare i doveri connessi la responsabilità di cui è titolare, tale da motivare la modulazione della stessa disponendo l'affidamento esclusivo rafforzato a favore di uno dei due genitori si rinviene in una recentissima sentenza del Tribunale di Salerno.¹⁹¹

Nel caso di specie è stato rilevato che la figlia minore non aveva rapporti con il padre da quando lo stesso aveva lasciato la casa familiare, unitamente alla madre ed alla sorella maggiore, a seguito delle condotte violente ed aggressive da lui tenute, oltre a non essersi mai attivato per effettuare gli incontri alla presenza degli assistenti sociali, come previsti nella ordinanza presidenziale formulando istanze e/o solleciti nel corso del procedimento.

¹⁹⁰ Trib. Roma, sez. I civ., decreto 16 giugno 2017 (Pres. Mangano, rel. Velletti), massima a cura di Giuseppe Buffone

¹⁹¹ Tribunale Salerno, Sez. I, Sent., 13/07/2022, n. 2559

Oltre alla mancanza della figura paterna e alle sue inadempienze, è stata delineata altra motivazione per cui il Tribunale di Salerno disponeva l'affidamento super-esclusivo, e cioè la conflittualità nella coppia, non mediabile e motivata dalle risultanze probatorie di condotte violente e reiterate del marito nei confronti della moglie, che rendeva impraticabile la possibilità dell'assunzione di decisioni concordate nel bene e nell'interesse dei figli.

Poiché l'assenza e l'impossibilità di comunicazione tra i genitori da una parte rendeva impossibile la via dell'affidamento condiviso, e d'altra parte la mancanza di affidabilità e la sua 'pericolosità' rendeva impraticabile un affidamento esclusivo 'semplice', il Tribunale di Salerno ha '*confermato il regime di affidamento esclusivo rafforzato della minore alla madre, già disposto in sede presidenziale*'.

In conclusione, la presenza di tale 'nuovo' modello di affidamento cosiddetto super-esclusivo risulta in linea con i principi cardine della riforma del 2006, poiché è proprio in nome della tutela attuata dell'interesse del minore che per converso viene limitato l'esercizio della responsabilità del genitore che si ritiene inadeguato, orientamento confermato anche dalla stessa Corte di Cassazione che a riguardo così si esprime : '*L'istituto dell'affido può essere declinato dal giudice, secondo la modalità più pertinente, ai sensi dell'art. 337-quater c.c., e quindi anche nella forma dell'affidamento esclusivo rafforzato*'.¹⁹²

Sebbene la predisposizione dell'affidamento in questione tragga origine *ex lege*, ai sensi dell'art.337 quarter c.c., si rinviene comunque l'assenza di una casistica regolamentata, per lo più relativa alle circostanze di assoluto disinteresse da parte del genitore non affidatario, alla inadempienza dell'obbligo di mantenimento ed alla contumacia del genitore al procedimento che regola la responsabilità genitoriale.

¹⁹² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 31/12/2020, n. 29999

3.1 Regime e dinamiche dell'affidamento monogenitoriale rafforzato

Il regime dell'affidamento monogenitoriale rafforzato incide sulle modalità dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

Laddove nell'affidamento condiviso l'esercizio della responsabilità genitoriale è congiunto, e in quello esclusivo il genitore cui sono affidati i figli ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale e, se non diversamente stabilito, le decisioni di maggior interesse sono adottate da entrambe i genitori, nell'affidamento super-esclusivo l'esercizio della responsabilità genitoriale si concentra in capo ad un unico genitore, anche in merito alle decisioni di maggior rilevanza per il minore.

L'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale in ordine alle scelte più rilevanti per il minore trova infatti deroga giudiziale, poiché l'art.337 quarter c.c. stabilendo che *'salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori'*, rimette al giudice la facoltà di stabilire diversamente ed attribuire dunque al genitore affidatario anche l'esercizio in via esclusiva della responsabilità genitoriale con riguardo alle questioni fondamentali.

Esse riguardano le decisioni nella salute, nell'educazione, nell'istruzione e nella fissazione della residenza abituale del minore.

Ci si chiede, a questo punto, cosa residui della responsabilità genitoriale in capo al genitore non affidatario e se tale regime non ponga sovrapposizioni all'istituto della decadenza della responsabilità genitoriale.

Sulla questione soccorre lo stesso art.337 quarter c.c. nella parte in cui dispone che *'il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed 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'*, qualificando il controllo delle decisioni non solo come un diritto del genitore non affidatario, ma anche quale dovere sintomatico dell'autentica titolarità della sua responsabilità genitoriale.

Il diritto-dovere di vigilanza sull'educazione e sull'istruzione del figlio minore

permane in capo al genitore non affidatario poiché la concentrazione di responsabilità genitoriale in capo al solo genitore affidatario (che l'affidamento esclusivo rafforzato comporta), non incide in alcun modo sulla titolarità della responsabilità genitoriale, ma solo sullo svolgimento dell'esercizio della stessa.

Rimane fermo, in linea con quest'ottica, il dovere di mantenimento del genitore non affidatario.

Inoltre, qualora il genitore privo dell'esercizio della responsabilità genitoriale ritenga che l'altro genitore abbia assunto delle decisioni che ritenga pregiudizievoli all'interesse del minore potrà adire il Tribunale per chiedere la modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi *ex art.710 c.p.c.*¹⁹³ o al divorzio.

Inoltre, pur rappresentando l'affidamento super-esclusivo un innovativo strumento volto alla tutela dell'interesse del minore, è un regime tale da essere potenzialmente 'pericoloso' rischiando di essere interpretato quale occasione di vendetta da utilizzare nei confronti di uno o dell'altro genitore: non è infrequente, infatti, che nei giudizi di separazione e divorzi i figli rappresentino "merce di scambio" e oggetto di ritorsioni fra i coniugi, piuttosto che il fulcro centrale di cui tener conto per modellare accordi nel loro esclusivo interesse.¹⁹⁴

La giusta via per evitare manipolazioni di tale strumento, ed impedire che l'istituto venga applicato con modalità distorsive è confinarlo alle sole ipotesi *iper-residuali* in cui risulta impossibile garantire la tutela della *bigenitorialità* al minore, finalizzandolo agli interessi del minore e non all'esclusione di uno dei due genitori.

Con tale finalità dovrà essere condotta l'istruttoria processuale, che dovrà necessariamente mirare a determinare se l'affidamento ad un solo genitore, con facoltà per lo stesso di adottare anche le decisioni di maggiore interesse, sia l'unica

¹⁹³ 'Le parti possono sempre chiedere, con le forme del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione. Il tribunale, sentite le parti, provvede alla eventuale ammissione di mezzi istruttori e può delegare per l'assunzione uno dei suoi componenti.

Ove il procedimento non possa essere immediatamente definito, il tribunale può adottare provvedimenti provvisori e può ulteriormente modificarne il contenuto nel corso del procedimento'.

¹⁹⁴ Affidamento c.d. super esclusivo: ammissibilità, applicazioni e limiti

Articolo, 09/03/2018 di Giuseppina Geraci,

<https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>

strada percorribile, sentito, laddove la legge lo preveda, anche il parere del minore che non è più solo oggetto di tutela ma, innanzitutto, soggetto di diritto.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Affidamento c.d. super esclusivo: ammissibilità, applicazioni e limiti
Articolo, 09/03/2018 di Giuseppina Geraci,
<https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>

3.2 Disgregazione del nucleo familiare e Sindrome di Alienazione Parentale (PAS)

Il concetto di PAS (*Parental Alienation Syndrome*), ossia Sindrome da Alienazione parentale o genitoriale viene delineato per la prima volta nel 1985 dal medico statunitense Richard Gardner, che la definisce come *‘un disordine che si manifesta soprattutto nel contesto di procedimenti per la custodia dei figli’*, una dinamica psicologica disfunzionale che si può attivare nei figli minori coinvolti in separazioni conflittuali dei genitori, causata da *‘un genitore (alienante) che attiva un programma di denigrazione contro l’altro genitore (genitore alienato)’*.¹⁹⁶

In sostanza, la dinamica psicologica in questione deriverebbe da un ‘programma’ manipolatorio messo in atto dal genitore alienatore, attraverso l’uso di espressioni denigratorie e false accuse, che instillerebbe nel minore il rifiuto del genitore alienato, mediante esternazioni di astio e di distacco da quest’ultimo.

Un contesto caratterizzato da dinamiche conflittuali tra genitori e tempi sbilanciati di frequentazione può favorire il graduale sviluppo di un rapporto simbiotico tra il genitore collocatario e il figlio, creando così terreno fertile per l’estromissione dell’altra figura genitoriale: il genitore ‘dominante’ potrebbe iniziare a manipolare il figlio con l’obiettivo di logorare l’immagine dell’ex partner agli occhi del figlio, che inizierà gradualmente a rifiutarlo.¹⁹⁷

Recenti articoli scientifici hanno di fatto evidenziato che i minori coinvolti in tali processi psichici mostrerebbero un elevato livello di scissione (*splitting*), un meccanismo di difesa per il quale il figlio vivrebbe il genitore ‘preferito’ come del tutto “buono”, mentre quello rifiutato come del tutto “cattivo”.¹⁹⁸

Alcuni sintomi e criteri per diagnosticare la presenza di tale sindrome, dapprima

¹⁹⁶ Gardner R., 2001, Parental Alienation Syndrome (PAS) nell’articolo ‘La Sindrome di Alienazione Parentale’, <https://www.goap.it/wp-content/uploads/PAS-E-LALIENAZIONE-PARENTALE-PARLIAMONE.pdf>

¹⁹⁷ Camerini, Le nuove frontiere dell’affidamento condiviso, Maggioli editore, 2018, (RN), pgg. 80-81

¹⁹⁸ Bernet 2017 e Jaff 2017 in Camerini, Le nuove frontiere dell’affidamento condiviso, Maggioli editore, 2018, (RN), pgg. 80-81

individuati da Gardner (e poi ripresi in Italia dal Professor Guglielmo Gulott) sono:

- La campagna di denigrazione: il minore evidenzia astio e rifiuta il genitore in maniera ossessiva.
- Deboli, superficiali e assurde motivazioni per spiegare il comportamento di denigrazione: il minore riporta giustificazioni irrazionali e spesso “comiche” per spiegare il suo rifiuto del genitore.
- Mancanza di ambivalenza: il bambino non evidenzia sentimenti ambivalenti commisti o differenziati.
- Fenomeno del pensatore indipendente: il bambino afferma orgogliosamente che i suoi sentimenti di odio e astio verso il genitore alienato sono l’esito di una decisione di un vissuto personale; nega qualunque contributo del genitore alienante.
- Sostegno, nel conflitto al genitore alienante
- Assenza di senso di colpa verso il genitore alienato
- Presenza di sceneggiature prese a prestito: il bambino usa termini o frasi estranee per l’età e usa formulazioni che paiono “date in prestito” dal genitore alienante.
- Allargamento dell’animosità nei confronti della famiglia del genitore alienato.

199

Attorno alla Sindrome di alienazione parentale nel corso degli anni si è creato un vivace dibattito sia in ambito psicoforense sia in quello giurisprudenziale e dottrinale. La teoria di Gardner non è stata accolta dalla comunità accademico-scientifica, non essendo una patologia nominata nel Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, principale fonte dei disturbi psichiatrici riconosciuta in tutto il mondo, e tantomeno dall’ APA (American Psychological Association). Inoltre, il DSM-5 non riconosce in sé la Pas nonostante le numerose richieste per introdurla nel repertorio delle malattie psichiatriche riconosciute poiché ‘non vi sono sufficienti prove scientifiche che ne giustifichino l’ammissione’ (motivazione del responsabile del

¹⁹⁹ Gulotta, Cavedon, Liberatore, La Sindrome di Alienazione Parentale. Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell’altro genitore. Giuffrè Ed., Milano, 2008, pag. 94-95 nell’ articolo ‘La Sindrome di Alienazione Parentale’, <https://www.goap.it/wp-content/uploads/PAS-E-LALIENZAIONE-PARENTALE-PARLIAMONE.pdf>

gruppo di lavoro).²⁰⁰

Come in altre sedi internazionali ed europee, in Italia l'Istituto Superiore di Sanità, nel 2012, ha dichiarato che la Pas non è sufficientemente sorretta da dati empirici e dunque non ha rilevanza scientifica tale da renderla degna di essere individuata quale disturbo mentale ufficialmente riconosciuta nei manuali diagnostici.

Sotto il punto di vista giurisprudenziale, in Italia, nei casi di affidamento familiare susseguenti alla disgregazione del nucleo familiare in cui emergono profili concettuali assimilabili alla alienazione parentale, è sentita la necessità di un bilanciamento tra la tutela del diritto della bigenitorialità del minore e d'altra parte del rispetto della vita familiare e dei diritti dei genitori, che impongono di tutelare il genitore 'alienato', vittima di false accuse o denigrazione e di conseguenza di tutelare il rapporto del genitore in questione con il figlio.

Se è dunque vero, come detto, che è fondamentale tutelare i superiori interessi del minore, contemperati col diritto alla bigenitorialità degli stessi genitori, ed evitare qualsiasi danno al minore che sia una diretta conseguenza, è necessario che il giudice valuti se la condotta di un genitore sia impeditiva del diritto dell'altro genitore alla bigenitorialità, e ciò anche indipendentemente che tale condotta riporti le caratteristiche o meno della cosiddetta sindrome da alienazione parentale.

Atteso che nel nostro Paese non sussiste una legislazione specifica in materia di alienazione parentale, si fa riferimento alle sentenze ed orientamenti della Corte di Cassazione susseguitesesi negli anni.

La Pas già nel 2013 venne riconosciuta quale sindrome priva di fondamenta scientifiche, e per la quale *'il giudice del merito, ricorrendo alle proprie cognizioni scientifiche, ovvero avvalendosi di idonei esperti, deve verificare il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale. Ciò, ad esempio, nel caso in cui il CTU sostenga la presenza di una cd. PAS.'*²⁰¹

Il criterio stabilito dalla Suprema Corte in merito è dunque quello della verifica del

²⁰⁰ David Crary, Psychiatric experts assess parental alienation, in The Guardian, 2 ottobre 2010, nell'articolo 'La Sindrome di Alienazione Parentale', <https://www.goap.it/wp-content/uploads/PAS-E-LALIENZAIONE-PARENTALE-PARLIAMONE.pdf>

²⁰¹ Cass. civ., Sez. I, 20/03/2013, n. 7041

fondamento da parte della Magistratura della circostanza in concreto, qualora le CTU, come avviene nel caso della sindrome da alienazione parentale, non si allineino alla scienza medica ufficiale.

Successivamente, in merito, la Corte ha incalzato stabilendo che *‘in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena’*.²⁰²

È dunque questo il principio di diritto che la Corte indica quale criterio probatorio ed interpretativo delle fattispecie in cui si ravvisano elementi della patologia in questione.

Comportamenti di un genitore in danno all'altro, volti a denigrare e diminuire il ruolo dell'altro, indipendentemente dalla configurazione o meno di PAS, secondo CTU o giudici, possono comunque essere considerati quali indici di ridotta capacità genitoriale e nei casi più gravi comportare una pronuncia di revoca della responsabilità genitoriale.

Si ritiene dunque che, al fine della tutela del diritto alla *bigenitorialità*, ciò che deve essere adeguatamente provato non è se la condotta del genitore abbia o meno provocato la PAS; ciò che occorre provare è se la condotta di uno dei due genitori sia stata tale da ledere in modo grave o meno il rapporto tra il figlio e l'altro genitore, e fino a quale livello di ‘gravità’.

La ‘distanza’ che i Tribunali e la Suprema Corte del nostro Paese hanno preso nei

²⁰² Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 08/04/2016, n. 6919

confronti della Pas è esemplificativamente espressa dal Tribunale di Milano: *‘Il termine alienazione genitoriale - se non altro per la prevalente e più accreditata dottrina scientifica e per la migliore giurisprudenza - non integra una nozione di patologia clinicamente accertabile, bensì un insieme di comportamenti posti in essere dal genitore collocatario per emarginare e neutralizzare l'altra figura genitoriale; condotte che non abbisognano dell'elemento psicologico del dolo essendo sufficiente la colpa o la radice anche patologia delle condotte medesime’*.²⁰³

Recentemente, la Corte ha anche affermato che nel richiamo alla sindrome dell'alienazione parentale i giudici sono tenuti ad accertare la veridicità dei comportamenti pregiudizievoli per i minori e non possono limitarsi al mero richiamo nella consulenza tecnica della sindrome, (che viene anche spesso nominata come *‘sindrome della madre malevola’*), affermando la Corte che – riferendosi proprio alla PAS – che deve escludersi *‘la possibilità, in ambito giudiziario, di adottare soluzioni prive del necessario conforto scientifico e potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che intendono scongiurare’*.²⁰⁴

A distanza di meno di un anno dalla pronuncia sopracitata la Suprema Corte ha ribadito la necessità di bandire dalle aule di giustizia la PAS, osservando che *‘il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale e ad ogni suo, più o meno evidente, anche inconsapevole, corollario, non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale della madre’*.²⁰⁵

La Suprema Corte mette in discussione la PAS, dapprima non riconoscendole rilevanza scientifico-giuridica e statuendo anche che l'affido esclusivo di un minore a un genitore non può fondarsi solo sulla diagnosi di sindrome da alienazione parentale, e ribadendo sempre di più la distanza dei nostri tribunali di fronte ad una questione, che oltre ad essere scientifica e giuridica, è anche sociale, e che rimane priva di confini definiti e di tutele.

²⁰³ Tribunale Milano, 11/03/2017

²⁰⁴ Corte di Cassazione, Ordinanza n. 13217 pubblicata il 17 maggio 2021

²⁰⁵ Corte di Cassazione, Ordinanza del 24 marzo 2022

CONCLUSIONI

Con il presente elaborato si è tentato di analizzare il percorso evolutivo all'interno del diritto di famiglia dal secolo scorso ad oggi con la consapevolezza che l'argomento trattato è diventato centrale anno dopo anno per il Legislatore: al rapido mutamento degli assetti delle relazioni endo-familiari è conseguita una attenzione sempre maggiore all'attuazione dei diritti del minore.

Consapevoli che il diritto si adegui ai mutati costumi della società, e che esso abbia la funzione di codificarli, si è così assistito all'inversione di tendenza riguardo la concezione di famiglia e delle modalità di affidamento dei minori in seguito alla divisione del nucleo familiare: la svolta si è compiuta prima con l'avvento della Costituzione e successivamente approdata con la riforma del 2006 (L.154/2006), che configura la famiglia quale società di eguali, i cui membri sono portatori di medesimi diritti e doveri, di pari dignità, e che comporta la realizzazione di una comunione materiale e spirituale, tutta volta all'unità della stessa.

Riguardo l'affidamento del minore nel contesto della crisi familiare si è manifestata una mutata visione circa gli interessi dello stesso: dapprima il criterio mediante il quale veniva disposto l'affido del minore era una valutazione etica riguardo le 'colpe' del coniuge che aveva posto fine al matrimonio, ricadendo la scelta su quello 'incolpevole', mentre ad opera della riforma del 2006 sancisce il principio ispiratore dei rapporti familiari, e cioè l'interesse materiale e morale del minore.

Il minore diviene soggetto giuridico cui vengono attribuiti autonomi diritti.

Il passaggio dall'affidamento monogenitoriale a quello condiviso, basato sulle direttrici del principio del diritto della *bigenitorialità* e del superiore interesse materiale e morale della prole ha comportato un notevole mutamento legislativo che è stato accompagnato, sebbene solo in parte, da una trasformazione sociale e culturale.

Infatti, se l'intenzione del Legislatore di porre quale modello legale l'affidamento condiviso, nella redazione del testo della riforma è evidente *ex art.337 c.c.* (secondo cui il Giudice *valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori*) l'attuazione della stessa ha posto problemi e incertezze: a partire dalla contraddittorietà del criterio privilegiato e presuntivo della *maternal preference*, pur successivamente contestato a favore del *gender neutral child custody*,

ha comunque parzialmente disatteso lo spirito della riforma, ispirato al diritto del minore della presenza di entrambi i genitori.

Altra questione oggetto di discussione in merito alle modalità dell'affidamento condiviso è stata quella riguardante i tempi di frequentazione spettanti ad entrambi i genitori: spesso, il principio della *bigenitorialità* è stato erroneamente interpretato come una necessaria divisione dei tempi di frequentazione del tutto paritaria tra figure genitoriali, mentre ciò che il legislatore ha voluto garantire era un'equa suddivisione della responsabilità in capo ai genitori.

Il modello ordinario di affidamento garantisce al minore, successivamente alla rottura del nucleo familiare, una ideale prosecuzione dello stesso, assicurandosi che ne risenta il 'minor danno' possibile e fornendo gli strumenti affinché questi possa mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori.

La riforma in questione si preoccupa di disciplinare anche tutte quelle situazioni nelle quali non sia possibile, poiché contrario all'interesse materiale e morale del minore, disporre il modello legale di affidamento, e prevede, all'art.337 quarter, l'ipotesi eccezionale e residuale dell'affidamento monogenitoriale.

Il Giudice, nel caso ritenga dunque di imbattersi nella fattispecie per cui la predisposizione dell'affidamento condiviso sarebbe pregiudizievole per gli interessi del minore deve, con provvedimento motivato, disporre l'affidamento del minore in capo ad uno solo dei genitori, quello cioè che ritenga maggiormente idoneo.

In linea con il principio della *bigenitorialità*, configurandosi come strategia diretta ad assicurare l'impermeabilità del rapporto tra genitori e figli, e con il criterio interpretativo del *best interest of the child*, la applicazione dell'affidamento monogenitoriale risulta a tratti difficoltosa per la mancanza di fattispecie codificate che vi rientrano; è compito della giurisprudenza e della dottrina l'individuazione di tali ipotesi, che spaziano dalla presenza di atteggiamenti indicativi di disinteresse nei confronti della prole a carenze comportamentali di vario tipo che denotino una carenza nel rapporto figlio-genitore, toccando anche le tematiche della sospensione e decadenza della responsabilità genitoriale, ex art.330 e 333 c.c.

Dopo aver presentato ed analizzato il modello di affidamento condiviso e monogenitoriale, attenzione particolare ha meritato anche un nuovo modello di

affidamento del minore, quello super-esclusivo, col quale si conclude il percorso evolutivo sin qui esposto: la peculiarità di tale modello, di recente introduzione giurisprudenziale, avvenuto nel 2014, consiste nel fatto che anche le cosiddette decisioni di maggior interesse, riservate in regime condiviso e monogenitoriale ad entrambi i genitori, vengono qui assorbite in capo ad un solo genitore, pur restando entrambi titolari della responsabilità genitoriale.

La speranza è che tale modello, che facilmente si presta a manipolazioni e le cui conseguenze sono notevoli, rimanga nell'alveo di quelle più che eccezionali fattispecie per cui è stato ideato e che tuteli a maggior ragione i principi base della riforma del 2006, quali il maggior interesse del minore e il concetto di *bigenitorialità* costituiscono i principi fondamentali.

Bibliografia:

- Parisi, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020
- Camerini, Le nuove frontiere dell'affidamento condiviso, Maggioli Editore, RN, 2018
- Auletta, Diritto di famiglia, Giappichelli, Torino, 2020
- Sesta, Manuale di diritto di famiglia, Cedam, Nona edizione
- Lenti Leonardo, Diritto di famiglia e servizi sociali, Giappichelli, Torino, 2020
- Bonilini, Manuale di diritto di famiglia, Utet giuridica, Milano, 2020
- Torrente, Manuale di diritto privato, Cedam, ultima edizione
- Facchini G., Fissone A., Naggari M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso, Cedam, Padova.

Sitografia:

- <https://www.padri.it/notizie>
- file:///C:/Users/39389/Downloads/documento_ap_150617.pdf
- Consulenza Legale Italia, Il collocamento dei figli-una guida rapida, <https://www.consulenzalegaleitalia.it/collocamento-figli/#:~:text=Il%20collocamento%20dei%20figli%20%C3%A8,prescinde%20dall'eventuale%20affidamento%20condiviso>.
- Marta Lavacchini, Affidamento condiviso e collocamento paritario dei figli nell'ottica della valutazione del loro interesse concreto, Rassegna Giuridica, 2022, https://www.minori.gov.it/sites/default/files/idi_rassegnagiuridica_1-22_quest.1.pdf
- Consulenza Legale Italia, Il collocamento dei figli-una guida rapida, <https://www.consulenzalegaleitalia.it/collocamento-figli/#:~:text=Il%20collocamento%20dei%20figli%20%C3%A8,prescinde%20dall'eventuale%20affidamento%20condiviso>
- Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/ascolto-minorenni-procedimenti-giurisdizionali_0.pdf
- Maria Ianicelli, La crisi della coppia genitoriale e il «diritto» del figlio minore di essere ascoltato, rivistafamiglia.it, 2016, https://www.rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2016/07/6_Ianicelli.pdf
- Il familiarista, Responsabilità genitoriale: violazione dei provvedimenti, <https://ilfamiliarista.it/bussola/responsabilit-genitoriale-violazione-dei-provvedimenti>
- Cassano - Marvasi, Danno esistenziale e danni punitivi: profili risarcitori e quantificazione nella famiglia in crisi, in Danno e resp., 2016, 7, 685 ss.; Oberto, I rimedi dell'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della famiglia in crisi, in questa Rivista, 2008, 1, 90, nell'articolo 'La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale' a cura di Marialuisa Nitti

file:///C:/Users/39389/Downloads/legaleDoc_i9687757_FADI_00135001_2018_04_0380_PDF.pdf

- CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA, Note sull'art. 709-ter c.p.c., <https://www.ordineavvocatiroma.it/Documenti/Note%20su%20art.%20709-ter%20cpc.pdf>
- Articolo intitolato Bigenitorialità e affidamenti: il successo della legge 54: “Oggi condivisi in 8 casi su 10”.
http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=44756
- Dire, Agenzia di stampa nazionale, ‘Affido congiunto, Maglietta: “Legge 54 tradita in lettera e spirito” <https://www.dire.it/05-06-2020/469490-affido-congiunto-maglietta-legge-54-tradita-in-lettera-e-spirito/#:~:text=La%2054%2F2006%20disciplina%20il,al%20di%20fuori%20del%20matrimonio>’.
- ‘Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte’, articolo presso <https://onelegale.wolterskluwer.it/document/un-ulteriore-passo-verso-la-continuita-del-rapporto-genitori-figli-oltre-la-crisi-della-famiglia-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte/10AR0000003638ART1?searchId=678725186&pathId=7ab2d5d056abd&offset=8&contentModuleContext=all#TIT00002>
- Avv. Marco Baio, ‘Brevi cenni sulla lite temeraria nell’ambito dell’affidamento condiviso’,
https://www.avvocatidifamiglia.net/moduli/207_Affidamento%20condiviso%20e%20lite%20temeraria.pdf
- Mantovani, 72, infra, sez. IV, Articolo ‘Un ulteriore passo verso la continuità del rapporto genitori-figli oltre la crisi della famiglia nella giurisprudenza della Suprema Corte’, Nota a Sentenza Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 07/12/2010, n. 24841 di Maria Novella Bugetti,
<https://onelegale.wolterskluwer.it/document/un-ulteriore-passo-verso-la-continuita-del-rapporto-genitori-figli-oltre-la-crisi-della-famiglia-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte/10AR0000003638ART1?searchId=678725186&pathId=7ab2d5d056abd&offset=8&contentModuleContext=all>

- Corte di Cass., ordinanza 23.4.2019 n. 11170, in articolo ‘Minori: rifiuto a incontrare il genitore’ di Valeria Vezzosi, www.filodiritto.com
- S. Polidori / Affidamento dei figli minori in séguito alla crisi, [file:///C:/Users/39389/Downloads/Polidori%20affido%20condiviso%20foro%20napoletano%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/39389/Downloads/Polidori%20affido%20condiviso%20foro%20napoletano%20(1).pdf)
- http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0025_F001.pdf&leg=XVII
- Trib. Minorenni L'Aquila, 07/12/1993 in Articolo ‘Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli’, https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf
- Articolo ‘Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli’, https://www.tedioli.com/wp-content/uploads/2021/02/Civ_330_Tedioli-F-1-1.pdf
- ‘Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario: la ripartizione delle competenze’ di Marina Moretti, <https://www.filodiritto.com/tribunale-i-minorenni-e-tribunale-ordinario-la-ripartizione-delle-competenze>
- Primi passi nell’interpretazione dei rapporti tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario secondo il nuovo art.38 delle disposizioni di attuazione del codice civile; Cass. civ. Sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 21633, file:///C:/Users/39389/Downloads/034_2014_12_22_tribunale%20minorenni%20e%20ordinario.pdf
- Affidamento super-esclusivo o rafforzato del figlio minore’ di Alessandro Luciano, <https://www.studiolegaleluciano.it/laffidamento-super-esclusivo-o-rafforzato-del-figlio-minore-consente-ad-un-solo-genitore-di-prendere-le-decisioni-di-maggior-interesse-per-i-figli-ossia-quelle-riguardanti-la-salute-l>
- Affidamento c.d. super esclusivo: ammissibilità, applicazioni e limiti
- Articolo, 09/03/2018 di Giuseppina Geraci, <https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>
- Gardner R., 2001, Parental Alienation Syndrome (PAS) nell’articolo ‘La Sindrome di Alienazione Parentale’, <https://www.goap.it/wp->

[content/uploads/PAS-E-LALIENAZIONE-PARENTALE-PARLIAMONE.pdf](#)

RIASSUNTO

L'inquadramento storico-legislativo appare fondamentale per inquadrare l'evoluzione dei fondamentali istituti che ritroviamo nella 'famiglia', e per meglio comprendere l'importanza della cosiddetta riforma del diritto di famiglia avvenuta mediante la L.154/2006. Il contesto da cui prendiamo le mosse per la nostra analisi è contenuto dapprima nel Codice Pisanelli del 1865, di matrice napoleonica, e successivamente nel Codice del 1942, che cedono il passo ad una nuova legislazione grazie a tendenza orientata all'affermazione dei diritti individuali in ambito familiare, specialmente riguardo quelli del minore, che hanno nel tempo acquistato riconoscimento prevalente.

Sicché il nuovo assetto di interessi richiedeva i necessari adeguamenti in tema di riconoscimento dei diritti individuali, distaccandosi necessariamente dall'ideologia della famiglia, della donna e del minore fino a quel momento vigente, caratterizzata dall'autorità del *pater familias* sulla moglie e dalla patria potestà sulla prole, con una netta distinzione in quanto a diritti tra i figli 'legittimi' e quelli 'naturali'.

La Costituzione del 1948 e la Novella del 1975 sono portatori di nuovi valori, quali '*l'eguaglianza morale e materiale dei coniugi*', fondamento del matrimonio secondo l'art.29 Cost. e la centralità della figura del figlio così come si evince dall'art.30 Cost. in base al quale '*è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio*'.

In merito al tema dell'affidamento del minore in seguito alla scissione del nucleo familiare, mentre l'art.155 del Codice del 1942 disponeva che il criterio, fumoso e discriminatorio, in base al quale il coniuge *senza colpa*, ovvero colui che non aveva posto fine al matrimonio, fosse il genitore esclusivo affidatario della prole, l'art.155 c.c. modificato dalla Novella del 1975 disponeva che: '*Il Giudice che dispone la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro*

provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale della prole (...) I coniugi cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del Giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi.'

In tal modo viene istituito il criterio guida per il giudice dell'interesse del minore e tale principio è il segnale della maggior attenzione del Legislatore al riconoscimento dei diritti del minore. Permane anche in costanza della Novella del '75 l'affidamento esclusivo in capo ad un solo genitore, fermo restando che le decisioni di maggiore importanza sono comunque adottate da entrambi i genitori.

Proprio in nome del principio della *monogenitorialità*, gli istituti dell'affidamento *congiunto* o *alternato*, introdotti dalla riforma della legge del divorzio del 1987, erano considerati mere eccezioni al monogenitoriale puro.

È stato il tema della possibile conflittualità tra genitori e la mancanza di accordo tra questi a mettere in crisi l'affidamento esclusivo, unitamente all'idea in base alla quale il distacco affettivo ed educativo comportasse un notevole danno per il minore.

Forti esigenze di un nuovo equilibrio familiare, anche dopo lo scioglimento dell'unione matrimoniale, si avvertivano in capo ad un nuovo nucleo familiare che sentiva la necessità di ritrovarsi in nuovi spazi e dinamiche, fino a quel momento connotati dalla mancanza di pari dignità genitoriale e di una sperequazione di diritti e doveri. Esigenze che trovano soddisfazione nella Legge 154/2006, mediante la quale veniva sovvertito un orientamento, quello della *monogenitorialità*, in merito alla questione dell'affidamento del minore, che vantava una stabilità di più di mezzo secolo.

I pilastri della riforma del diritto di famiglia che la legge in questione compie sono il principio della *bigenitorialità* (indipendentemente dalla sussistenza del vincolo matrimoniale dei genitori), configurandosi quindi l'affidamento condiviso quale regola e non come eccezione, e il principio dell'interesse materiale e morale del minore; tali principi si pongono in un rapporto di interdipendenza cui le scelte normative in tema di affidamento devono ispirarsi.

Tali temi vengono inseriti nel Codice nell'odierno art.337 ter che così dispone: *'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'. (introdotto dalla L.219/2012).

Condividere infatti l'affidamento, in tale ottica, postula una condivisione del medesimo ruolo genitoriale e una suddivisione *inter pares* tra i genitori nell'accudimento e cura del figlio, mediante un programma condiviso per la gestione, cura e mantenimento della prole, seppure con differenti modalità o tempi.

Inoltre, la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto alla *bigenitorialità* il valore di principio affermando che *alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore"*.

Sullo stesso punto, chiariamo che ai sensi della vigente disciplina, il Giudice dovrà, *in primis*, compiere una valutazione riguardante la possibilità o meno di attuare l'interesse del minore, perseguendo dunque l'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria e privilegiata e dando così concretamente attuazione al diritto alla *bigenitorialità* del figlio, così come disposto dal secondo comma dell'art.337 ter: *' Il Giudice prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio.*

In regime di affidamento condiviso inoltre stabilito che *' la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori'*. (art 337 ter co.3)

L'importanza della collaborazione dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale, che devono agire *di comune accordo*, è l'ingranaggio che rende il regime di affidamento condiviso, realmente tale: condividere l'affidamento di un figlio minore significa che ambedue i genitori assumono la cura della prole, ambedue pianificano una linea educativa e di crescita per la stessa, ma soprattutto che ambedue si adoperino concretamente.

Il criterio del maggior *interesse materiale e morale del minore*, privo di una definizione codificata, si pone quale criterio di natura trasversale e interpretativa, cui

ogni provvedimento tangente le concrete scelte di vita del minore, deve informarsi e investire tutte le questioni di ordine sostanziale e procedurale che riguardano la prole.

Un istituto volto a tutelare l'interesse del minore è l'assegnazione della casa familiare, ovvero l'assegnazione dell'immobile che ha costituito *il centro di aggregazione e unificazione della famiglia* in costanza di matrimonio; mentre nel periodo antecedente in cui vigeva il regime monogenitoriale, l'assegnazione della casa familiare era disposta mediante un 'criterio preferenziale' che la assegnava al genitore affidatario, in base all'attuale disciplina contenuta nell'art.337 sexies c.c. '*il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse del minore*'.

Una volta che il Giudice ha disposto l'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi (o conviventi), avverrà che uno dei due ex coniugi rimarrà ad abitare nella casa in cui si era svolta la convivenza in corso di matrimonio, mentre l'altro dovrà lasciare l'abitazione: può dunque verificarsi che la casa coniugale, sebbene di proprietà di un coniuge, venga assegnata all'altro coniuge in nome dell'interesse del minore: infatti, nel provvedimento di assegnazione della casa familiare il *best interest of children* prevale sull'eventuale diritto di proprietà, che cede dunque il passo ad un interesse pubblico assai rilevante, ovvero la salvaguardia e tutela dei diritti dei minori. Sebbene l'assegnazione della casa familiare al coniuge non proprietario non comporti in alcun modo a livello formale alcun trasferimento di proprietà della stessa, è comunque evidente che il titolo di proprietà su quel dato immobile è svuotato della sua ragion d'essere per il proprietario e potenzialmente anche a tempo 'indeterminato', vista l'indeterminatezza del momento in cui giungerà l'indipendenza economica dei figli. La giurisprudenza ritiene che il diritto che nasce dal provvedimento di assegnazione della casa familiare riconosca '*al coniuge un diritto personale atipico di godimento e non un diritto reale*' che può cessare nel momento in cui il Giudice accerti che le esigenze che lo giustificavano siano venute meno.

Come abbiamo detto, l'affidamento condiviso presuppone la predisposizione di un comune progetto di cura e crescita per il bambino in cui entrambi i genitori mantengono i medesimi diritti, doveri e possibilità per attuarlo, che non comporta necessariamente un paritetico equilibrio di tempi e modi per l'attuazione dello stesso.

Come infatti anche la Cassazione ha avuto modo di chiarire, quando trattiamo di affidamento e collocamento siamo di fronte a concetti diversi, non escludendo l'affidamento condiviso la collocazione del minore presso uno dei due genitori, che sarà il 'collocatario'. Il giudice, in sede di valutazione del tipo di regime di affidamento, una volta disposto il condiviso, deve infatti anche determinare *'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'*. (art.337 bis co.2 c.c.)

Sebbene per un verso una perfetta simmetria dei tempi di permanenza e collocamento presso entrambi i genitori realizzerebbe a pieno il diritto alla *bigenitorialità* del minore riservandogli la concreta possibilità di stabilire con entrambi quel significativo rapporto continuativo e duraturo nel tempo che l'art.337 bis c.c. codifica, d'altra parte tale simmetria potrebbe trasformare l'affidamento condiviso in un vincolo obbligato al pendolarismo che comporterebbe per il bambino un continuo e spostamento che lo priverebbe del diritto ad avere un suo centro di 'interessi'.

La tendenza giurisprudenziale del collocamento prevalente presso la madre, la cosiddetta *maternal preference*, che risultava quasi un criterio automatico, e che tradiva il principio della *bigenitorialità* priva di distinzioni di sesso o ruolo genitoriale, è stato abbandonato a favore di "*gender neutral child custody laws*", ossia *normative incentrate sul criterio della neutralità del genitore affidatario, potendo dunque essere sia il padre, sia la madre, in base al solo preminente interesse del minore, il genitore di prevalente collocamento, non potendo essere il solo genere a determinare una preferenza per l'uno o l'altro ramo genitoriale*" e pertanto non va privilegiato il ruolo della madre di per se stesso assunto.

L'attuazione del principio di *bigenitorialità* del minore, al mantenimento dei rapporti familiari significativi e continuativi si attua mediante il diritto-dovere di visita del genitore cosiddetto non collocatario: da una parte diritto per il genitore non collocatario di intrattenere e far evolvere il rapporto con il minore, e dall'altra dovere poiché specchio del diritto del minore di crescere assieme al suo nucleo familiare di origine.

In vista della sempre maggiore attenzione e tutela del ruolo del minore, altro aspetto di tale evoluzione è la codificazione da parte del Legislatore del diritto all'ascolto, all'art.336 bis c.c.: *‘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’.*

Se dunque nel caso di minore ultradodicesimo non si pone alcun tipo di riserva, essendo presunta la sua capacità di discernimento, il minore infradodicesimo è decurtato di parte del suo diritto, che potrebbe trasformarsi più in una aspettativa, in quanto sottoposto ad un vaglio discrezionale del giudice.

La “contrarietà all’interesse del minore”, richiamata dagli artt. 336 bis, comma 1°, e 337 octies, comma 1°, c.c., si ravvisa quando il bambino versa in condizioni di fragilità emotiva o fisica tali da esporlo ad un pregiudizio (seppure non grave) o qualora dall’ascolto possano derivare ripercussioni negative nella sua crescita o nel rapporto con i genitori; non è neppure l’ascolto in sé a poter comportare conseguenze dannose al minore, ma le conseguenze che il giudice adotterebbe; riguardo la ‘manifesta superfluità’ si fa riferimento a quelle circostanze in cui l’ascolto del minore sarebbe influente, poiché riguardano circostanze che non necessitano di chiarimenti poiché evidenti agli occhi del giudice.

È inoltre evidente la centralità dello strumento dell’ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio, laddove le tematiche da affrontare riguardo i minori sono molteplici, e tutte di ‘vitale’ importanza per il minore in nome del fatto che andranno ad incidere su aspetti rilevanti del suo sviluppo, dal tema dell’affidamento a quello della casa familiare.

La Novella del 2006 stabilisce dunque quale regola generale, preminentemente nell’ottica della tutela dell’interesse dei minori, il diritto di questi a mantenere, dopo la rottura del nucleo familiare, un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, volendo in pratica riprodurre, per quanto possibile, anche durante il periodo della crisi, il modello proprio della famiglia convivente.

L'affidamento condiviso è dunque il modello previsto dalla normativa dopo la riforma del 2006, ed è proprio in questa prospettiva che la possibilità di affidamento monogenitoriale *ex art.337 quarter c.c.* si pone quale ipotesi eccezionale e residuale.

La norma in questione stabilisce che: *'Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore'*.

La residualità, espressamente sancita dalla norma, che caratterizza infatti il regime di affidamento esclusivo, contribuisce per trasverso a dare concretezza allo stesso principio di *bigenitorialità* configurandosi come strategia diretta ad assicurare l'impermeabilità del rapporto tra genitori e figli.

Il Codice non disciplina a livello casistico le fattispecie che possono portare il giudice a disporre l'affidamento esclusivo, tanto è vero che dovrà essere lo stesso, valutando caso per caso, a dover statuire su affidamento e modalità dello stesso più adatti al singolo caso: il giudice deve dunque disporre l'affidamento esclusivo solo laddove ritenga che quello condiviso sia contrario all'interesse del minore, previa adeguata motivazione; tale onere di motivazione implica che il giudice dovrà rendere evidenti nel provvedimento le specifiche ragioni che, anche alla luce delle risultanze probatorie, lascino presumere la contrarietà del modello ordinario di affidamento.

In conclusione, se la soluzione prevalente dell'affidamento condiviso non soddisfa la possibilità di attuare l'ottimale realizzazione dell'interesse del minore, la magistratura ha il potere-dovere di allontanarsene tanto quanto riterrà necessario per realizzare esclusivamente e concretamente la tutela della prole.

L'art 337 quarter terzo comma c.c. stabilisce opportunamente che in regime di affidamento esclusivo la responsabilità è esercitata dal solo genitore che viene designato come affidatario, in base alla sottesa logica per la quale sarebbe un controsenso ammettere un genitore a esercitare la responsabilità se le circostanze sono tali per cui è contrario all'interesse del figlio essergli affidato, mentre il genitore che non esercita la responsabilità conserva il diritto-dovere di sorvegliare l'educazione dei figli, di *'ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse'*.

Giurisprudenza e dottrina hanno dato vita ad una molteplicità di soluzioni

interpretative e applicative che ruotano attorno al concetto di *'contrarietà all'interesse del minore'*, che costituisce il presupposto logico, oltre che dell'applicazione del regime esclusivo.

Una delle prime circostanze che trattiamo a riguardo è la conflittualità-litigiosità tra i due genitori, che per la giurisprudenza, ove mantenga la soglia di tollerabilità per il minore la stessa non osta alla predisposizione del regime di affidamento condiviso, mentre ove tale soglia verrà oltrepassata e si configurerà il rischio potenziale di alterazione dell'equilibrio psico-fisico ed emotivo per lo stesso, che potrà pregiudicarne gli interessi, il provvedimento di affidamento esclusivo in favor di uno solo dei due genitori sarà pienamente giustificato.

Altra circostanza molto discussa in merito risiede nella *distanza tra le residenze* dei genitori che, secondo la Cassazione, solo ove la distanza di residenze tra i due genitori renda impossibile lo svolgimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale o sia indice di carenza o inidoneità educativa, potrà motivare l'eccezione al regime ordinario condiviso.

Altra condotta di rilievo in merito è nella problematicità del rapporto genitore-figlio e del conseguente rifiuto dello stesso a 'mantenere' il rapporto col genitore in questione: infatti il diritto alla bigenitorialità del minore è tutelato non solo nella sua positiva declinazione, ma anche in accezione negativa. È infatti opinione delle Corti che, pur in presenza di un evidente orientamento preferenziale verso l'affidamento condiviso, nel momento in cui lo stesso divenga 'paradossalmente' lesivo o destabilizzante l'equilibrio del minore, è pienamente rispondente al criterio maggiore dell'interesse materiale e morale del minore la predisposizione dell'affidamento esclusivo.

Ulteriore condotta considerata dalla giurisprudenza ai fini dell'affidamento esclusivo è l'inadempimento del genitore al dovere di mantenimento della prole.

Infine, sono state tipizzate dalla giurisprudenza una serie di fattispecie che, denotando l'inidoneità e l'incapacità genitoriale nel perseguire l'effettivo bene del minore, hanno assunto rilevanza ai fini della applicazione dell'affidamento esclusivo, che variano dalla presenza di condotte indicative di disinteresse nei confronti della prole, o indicative di espressioni di disvalore, o ancora condotte anomale di vita,

pericolose, potenzialmente disturbanti o fuorvianti di uno dei due genitori, disturbi di carattere psicologico, commissione di reati.

Infine, dopo aver presentato l'affidamento condiviso e l'affidamento monogenitoriale, un nuovo tipo di affidamento che può essere definito come cosiddetto affidamento *superesclusivo*, individuato recentemente dalla giurisprudenza merita attenzione.

La causa da cui si è disposto tale tipo di affidamento è un processo di separazione svoltosi presso il Tribunale di Milano che, con ordinanza *ex art.708 c.p.c.*, ha disposto un affidamento monogenitoriale di tipo 'blindato' in favore della madre. Il caso riguarda una coppia di coniugi di cui il marito inglese era tornato a Londra a seguito della crisi del matrimonio, disinteressandosi totalmente del figlio di un anno, anche dal punto di vista del mantenimento. Dalle evidenze probatorie risultava una figura paterna inidonea alla genitorialità, sostenuta dalla lontananza dello stesso, dalla sua irreperibilità e indisponibilità nei confronti della coniuge e dalla violazione del dovere di mantenimento del figlio, evidenze tali da giustificare quantomeno la predisposizione del regime di affidamento monogenitoriale.

Configurandosi appunto una situazione di contrarietà all'interesse del minore, a causa dell'inidoneità del genitore riguardo le maggiori responsabilità conseguenti ad un affidamento condiviso, e riscontrata la discontinuità nell'esercizio del diritto di visita e la violazione dell'obbligo di mantenimento, è stato necessario emettere un provvedimento 'incisivo' per evitare che gli interessi del minore rimanessero privi di tutela.

Se dunque è vero, per un verso, che l'art. 337 quater c.c., al terzo comma, prevede che le decisioni di maggior interesse per i figli debbano essere adottate da entrambi i genitori, in presenza di un affidamento esclusivo, la clausola '*salvo che non sia diversamente stabilito*' consente che tale impianto possa essere modulato ed in parte derogato laddove la magistratura ne ravvisi la necessità. Proprio l'inciso in questione ha infatti consentito alla giurisprudenza di elaborare una nuova tipologia di affidamento monogenitoriale 'blindato' o monogenitoriale 'super-esclusivo', la cui differenza dal modello previsto *ex art.337 c.c.* terzo comma risiede nella circostanza per cui in presenza di tale nuovo regime anche le decisioni di maggiore interesse per il minore potessero essere adottate unilateralmente dal solo genitore, quello

affidatario, senza la previa consultazione e l'accordo con l'altro genitore.

L'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale in merito alle scelte di maggior rilievo nella vita del minore potrà dunque essere oggetto di deroga giudiziale, rimettendo infatti il codice al Giudice il potere e la facoltà di modulare diversamente l'esercizio della responsabilità genitoriale sulle questioni fondamentali di vita del minore.

Tale *iter* logico-giuridico è stato adottato dalla IX Sezione civile del Tribunale di Milano con ordinanza del 20 marzo 2014, a firma del Dott. Giuseppe Buffone, che ha disposto l'affidamento del figlio minore in via super-esclusiva alla madre, vista l'inidoneità genitoriale della figura paterna risultante dalle evidenze probatorie, delegandole altresì tutte le decisioni inerenti la salute, l'educazione, l'istruzione o la fissazione della residenza abituale, normalmente spettanti ad entrambi i genitori anche in regime di affidamento esclusivo.

Risulta evidente che l'affidamento super-esclusivo è un innovativo strumento volto alla tutela dell'interesse del minore, ma anche un regime tale da essere potenzialmente 'pericoloso' rischiando di essere interpretato quale occasione di vendetta da utilizzare nei confronti di uno o dell'altro genitore: non è infrequente, infatti, che nei giudizi di separazione e divorzi i figli rappresentino "merce di scambio" e oggetto di ritorsioni fra i coniugi, piuttosto che il fulcro centrale di cui tener conto per modellare accordi nel loro esclusivo interesse.

La giusta via per evitare manipolazioni di tale strumento, ed impedire che l'istituto venga applicato con modalità distorsive è confinarlo alle sole ipotesi *iper-residuali* in cui risulta impossibile garantire la tutela della *bigenitorialità* al minore, finalizzandolo agli interessi del minore e non all'esclusione di uno dei due genitori, tenendo sempre bene a mente infatti quelle che sono le colonne portanti della attuale normativa in tema di affidamento dei minori: il diritto alla *bigenitorialità* e l'interesse del minore quale stella polare del giudice e del Legislatore.

