



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto di Famiglia

I REGIMI DI AFFIDAMENTO ESCLUSIVO E
SUPERESCLUSIVO: POTERI E LIMITI APPLICATIVI

Chiar.ma Prof.ssa
Pompilia Rossi
RELATORE

Chiar.mo Prof.
Mauro Orlandi
CORRELATORE

NOEMI MADEO
Matr.164643
CANDIDATA

Anno Accademico 2023/2024

Sommario

Introduzione	2
Capitolo 1: “Il regime di affidamento dei figli nei procedimenti separativi: excursus normativo”	5
1. Il regime di affidamento nel codice del 1865	5
1.1 Il regime dell’affidamento dei figli nella Costituzione.....	7
1.2 La riforma apportata dalla L. 19 maggio 1975 n.151	12
1.3 Conseguenze della riforma sul regime di affidamento dei figli	14
1.4 La legge 8 febbraio 2006 n.54.....	16
1.5 La legge n.219/2012 e il d.lgs 154/2013.....	20
1.6 L’articolo 337 ter, terzo comma.....	26
1.7 La Riforma Cartabia e il curatore speciale del minore	35
Capitolo 2: “L’affidamento esclusivo: una risorsa o un limite?”	40
2. Il regime di affidamento esclusivo e i casi pratici in cui viene disposto	40
2.1 I requisiti per la disposizione dell’affido esclusivo e l’esclusione di quello condiviso	47
2.2 Confronto tra affido esclusivo e affido condiviso	55
2.3 Impatto dell’affido esclusivo sul benessere dei minori	59
2.4 Sospensione e decadenza della responsabilità genitoriale	67
2.5 La mediazione familiare come strumento per risolvere dispute legate all’affido esclusivo	77
Capitolo 3: “L’affidamento superesclusivo (o “rafforzato”) e la tutela del minore”	81
3. Il regime di affidamento superesclusivo e i casi in cui si ricorre ad esso	81
3.1 Implicazioni socioeconomiche dell’affido superesclusivo	91
3.2 Le decisioni giuridiche e il “migliore interesse del minore”	93
Conclusioni.....	98
Bibliografia.....	99
Sitografia.....	101
Giurisprudenza di legittimità.....	103
Giurisprudenza di merito.....	105

Introduzione

Il complesso percorso dell'ordinamento italiano in materia di affidamento dei figli nel contesto della crisi coniugale dimostra chiaramente l'influenza del cambiamento dei costumi e delle tradizioni sociali. Quando si discute della condizione del minore, si affrontano questioni che, pur rientrando nel campo del diritto, toccano anche principi etici, sociali e politici riguardo alla sua posizione all'interno della famiglia e della società.

Le modalità di approcciarsi alle figure dei genitori e dei figli hanno subito notevoli trasformazioni e attraverso un complesso processo di maturazione della coscienza sociale si è giunti a riconoscere il minore come soggetto di diritti, e non come mero oggetto. Nel contesto della famiglia delineata dal Codice Civile del 1942, con una struttura patriarcale, i diritti dei figli erano praticamente inesistenti e il figlio minore veniva considerato come un essere che acquisiva lo status di persona e soggetto di diritti solo dopo essere stato educato e plasmato. Questa condizione lo rendeva completamente dipendente e sottomesso alla volontà del pater familias.

Non solo i figli, ma anche la figura della moglie e madre disponeva di un'autonomia molto limitata, dovendo sottostare ai desideri del marito nelle decisioni riguardanti i figli e la vita coniugale. Inoltre, l'ordinamento dell'epoca non prevedeva cause di scioglimento del matrimonio, ma solo cause di separazione personale basate sulla colpa di uno dei coniugi, che, nella sostanza, condannavano solo l'adulterio della moglie, mentre quello del marito, salvo rari casi eclatanti, rimaneva impunito.

Queste dinamiche sono indicative di un'epoca in cui la figura del minore e della donna erano marginalizzate e subordinate, evidenziando un contesto familiare fortemente squilibrato. Solo con l'evoluzione dei costumi e del sentire sociale, si è riusciti a riconoscere e tutelare pienamente i diritti del minore come soggetto autonomo e titolare di diritti.

Con l'introduzione della Legge sul divorzio nel 1970 e la conseguente eliminazione dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, emerse la necessità di regolamentare l'affidamento dei figli in caso di disgregazione del nucleo familiare. La riforma del diritto di famiglia del 1975 stabilì l'affidamento esclusivo come regola, attribuendo al Giudice il compito di determinare, secondo il suo giudizio discrezionale, quale dei due genitori fosse più adatto ad assumere la responsabilità educativa e di crescita del minore. Questo nuovo assetto riconosceva il minore come soggetto da proteggere nel contesto della rottura del legame affettivo tra i genitori.

Con la riforma, il concetto di "patria potestà" venne sostituito da quello di "potestà genitoriale", segnalando il cambiamento nel ruolo di entrambi i genitori all'interno della famiglia. Questa trasformazione rifletteva una nuova concezione della struttura familiare, che abbandonava la

configurazione piramidale dominata dal padre per adottare un approccio più equo e condiviso nelle responsabilità genitoriali.

Per una vera rivoluzione nel campo della tutela dei diritti dei minori è stato necessario attendere le prime convenzioni internazionali, in particolare la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. Ratificata nel nostro ordinamento con la legge n. 176 del 1991, questa convenzione sancisce diversi diritti fondamentali per i minori, tra cui il diritto di ricevere le cure dai genitori, di avere una residenza, di essere ascoltati, e soprattutto il principio del superiore interesse del minore, c.d. *“best interest of the child”*, e il diritto alla bigenitorialità in caso di separazione o divorzio. Questi due principi cardine sono oggi il fulcro della disciplina del diritto di famiglia e permeano ogni provvedimento riguardante i figli.

La convenzione promuove nuovi valori fondati sull'assunto che la famiglia rappresenti l'unità fondamentale della società, nonché l'ambiente naturale per la crescita e il benessere dei minori. In quanto tale, la famiglia deve ricevere la protezione e l'assistenza necessarie per poter svolgere appieno il proprio ruolo. Questo approccio ha segnato un cambiamento significativo nella percezione e nel trattamento dei diritti dei minori, influenzando profondamente la normativa e la prassi giuridica in materia di diritto di famiglia.

Nel nostro sistema giuridico, il diritto alla bigenitorialità è sancito esplicitamente dalla legge n. 54 del 2006, che ha riformato la disciplina dell'affidamento dei figli. In situazioni normali, quando entrambi i genitori dimostrano buone capacità genitoriali e sono in grado di soddisfare i bisogni morali e materiali dei figli, l'affidamento condiviso è la norma: ciò permette al bambino di crescere in un ambiente familiare caratterizzato da felicità, amore e comprensione, essenziali per uno sviluppo psicofisico equilibrato e sereno, anche quando i genitori non vivono più insieme. In tutte le decisioni che riguardano i minori, il loro interesse superiore deve essere il criterio prioritario. La riforma introdotta dalla legge n. 54 del 2006 ha stabilito che il superiore interesse del bambino coincide con il diritto di mantenere rapporti continuativi e significativi con entrambi i genitori, nonché con i parenti di entrambi i lati della famiglia. Di conseguenza, l'affidamento esclusivo è considerato una soluzione di ultima istanza, da adottare solo quando non è possibile garantire al minore il diritto alla bigenitorialità. In questo modello, entrambi i genitori esercitano la responsabilità genitoriale, che include una serie di diritti e doveri da esercitare congiuntamente e in modo coordinato.

Tuttavia, in virtù dell'eccezionalità dell'istituto dell'affidamento esclusivo, il legislatore non ha inteso questo come una cessazione della responsabilità del genitore non affidatario. Quest'ultimo mantiene infatti la titolarità della responsabilità genitoriale, anche se il suo esercizio viene ridimensionato, limitatamente alle scelte di ordinaria amministrazione. Il genitore non affidatario

conserva piena autorità sulle decisioni straordinarie e continua a esercitare il diritto/dovere di vigilanza sull'educazione e istruzione dei figli.

Solo nei casi di estrema gravità, dove il genitore si dimostra inadeguato nel ruolo educativo e di cura, o in situazioni di reiterato disinteresse, violenza o maltrattamenti, il Giudice può escludere il genitore non affidatario anche dalle decisioni straordinarie riguardanti il minore. La giurisprudenza ha pertanto tracciato le linee per individuare in concreto quando questo possa accadere, quando ad esempio sia evidente l'inidoneità educativa o la manifesta carenza di uno dei genitori: in positivo in tutte quelle situazioni ritenute idonee ad alterare o porre in pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei minori, in negativo che il pregiudizio non può però ravvisarsi in un conflitto tra i genitori, che benché forte non potrà mai fare venire meno in capo al minore il diritto alla bigenitorialità.

In sostanza, il legislatore mette al centro di detta normativa il superiore interesse del minore che solitamente lo si raggiunge con l'affidamento condiviso, tuttavia vi possono essere casi in cui tale interesse lo si raggiunga invece con l'affidamento esclusivo, ipotesi ad oggi solamente residuale ma ancora praticabile se adeguatamente motivata.

Nell'alveo di possibilità di deroga all'affidamento condiviso il legislatore ha lasciato spazio anche al cosiddetto affidamento esclusivo rafforzato, che si concretizza nell'escludere un genitore dalla possibilità di adottare, insieme al genitore affidatario, le decisioni di maggiore importanza per la prole, cosa che non è prevista per l'affidamento esclusivo rafforzato.

Tuttavia, salvo ulteriori eccezioni di completa inadeguatezza e incapacità accertate dall'Autorità Giudiziaria, il genitore non affidatario conserva il diritto di partecipare alle scelte di maggiore interesse per il figlio, come quelle relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale.

Capitolo 1: “Il regime di affidamento dei figli nei procedimenti separativi: excursus normativo”

1. Il regime di affidamento nel codice del 1865

Il Codice Civile del 1865 prevedeva una regolamentazione circoscritta riguardo l'affidamento esclusivo dei figli in caso di separazione personale dei coniugi. Tale disciplina si limitava esclusivamente all'articolo 154, il quale delineava in modo essenziale le disposizioni relative all'affidamento e alla cura dei minori, senza sviluppare un articolato quadro normativo. L'art. 154, al co. I, stabiliva che: *“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”* e al co. II, che: *“può il tribunale per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata in un istituto di educazione o presso terza persona”, e “qualunque sia la persona a cui i figli saranno affidati, il padre e la madre conservano il diritto di vigilare la loro educazione”*. Il Codice Civile del 1865, dunque, stabiliva che il Giudice doveva determinare a quale genitore affidare (*“tenere presso di sé”*) i figli, senza fornire ulteriori e specifici criteri di riferimento. Nella prassi, l'affidamento, soprattutto dei figli più piccoli, veniva generalmente disposto in favore della madre, a meno che la separazione non fosse stata dichiarata per sua colpa, ad esempio per adulterio. In tali casi, il giudizio negativo sulla condotta e sulla personalità del coniuge ritenuto responsabile della disgregazione dell'unità familiare si traduceva in un'equivalente inidoneità ad assolvere il compito educativo.

Con l'introduzione del Codice Civile del 1942, fondato, nella sua stesura originaria, sul principio dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, non vi furono significativi cambiamenti. Infatti, l'articolo 155 c.c. prevede: *“Il Giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei due coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa... Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del Giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi...”*. Il regime di affidamento dei figli risultava strettamente legato al principio di valutazione della colpa: i minori venivano affidati al coniuge considerato senza colpa, ovvero a quello che, tra i due, aveva mantenuto un comportamento rispettoso dei doveri coniugali e non aveva causato l'interruzione del rapporto matrimoniale. Nella decisione sull'affidamento dei minori, il Giudice doveva esaminare principalmente la condotta di ciascun coniuge, con speciale riguardo all'osservanza degli obblighi matrimoniali, piuttosto che andare ad indagare la personalità del genitore e la sua idoneità a favorire lo sviluppo psicofisico dei figli¹. Così si instauravano delle vere

¹ Capiluppi M. (2006), Diritto di famiglia, l'affido condiviso diventa legge, <https://docplayer.it/3561887-Diritto-di-famiglia-l-affido-condiviso-diventa-legge.html>.

e proprie battaglie giudiziarie spesso culminanti con l'assegnazione esclusiva dei figli a uno dei due che comportava un evidente svantaggio per il genitore non affidatario, che veniva frequentemente stigmatizzato socialmente come il "cattivo genitore". Di fatto, la situazione generava una competizione accesa tra i genitori, che si traduceva in reciproche denigrazioni e accuse, con l'obiettivo unico di ottenere il favore del giudice nella decisione sull'affidamento, a scapito del benessere del figlio, sul quale gravavano le ripercussioni negative delle dinamiche conflittuali che, andando a generare un ambiente caratterizzato da tensioni e ostilità, minavano il suo equilibrio emotivo e il suo sviluppo psicologico².

² Capiluppi M., Op. cit.

1.1 Il regime dell'affidamento dei figli nella Costituzione

Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana, il 1° gennaio 1948, si consolidarono i principi cardine di democrazia e libertà, i quali costituirono le fondamenta della Repubblica e influenzarono significativamente il panorama giuridico, compreso quello relativo alla famiglia. L'istituto giuridico della famiglia, nella iniziale impostazione di stampo fascista, era considerata secondo una prospettiva pubblicistica. Il contenuto primigenio dell'articolo 147 del codice civile, rubricato *"Doveri verso i figli"*, prevedeva, infatti, che *"il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, educare e istruire la prole"*; il comma 2 proseguiva stabilendo che *"l'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista"*. L'obiettivo perseguito dal regime fascista consisteva nell'eliminare progressivamente la distinzione tra sfera pubblica e privata, trasformando la famiglia in un'entità modellata secondo i canoni di un'istituzione statale, sociale e politica in cui la procreazione era considerata un dovere patriottico verso lo Stato e il suo mancato adempimento costituiva fonte di responsabilità penale. Tale approccio mirava a creare una popolazione numerosa e giovane, funzionale agli ideali e agli obiettivi del regime. Per raggiungere tali fini, vennero introdotte misure volte a incentivare la procreazione e a rafforzare la tutela della maternità attraverso l'adozione di norme che finirono per confondere a livello legislativo la figura della donna con quella della madre, che nell'esaltazione spasmodica di questo ruolo subirà sempre di più l'allontanamento dal mondo del lavoro³.

La cultura e la tradizione del tempo ci consegnano, così, l'immagine di una famiglia fortemente connotata da una rigida struttura piramidale al cui vertice risiede il *pater familias* mentre la donna esplica solo funzioni di maternità, necessitando della protezione del marito, relegata com'è nello stretto panorama delle mura domestiche per la cura dei figli e la tenuta della casa; i figli, poi, rappresentando un'emanazione del padre, sono subordinati alla sua autorità e talvolta, solo in sua assenza, a quella materna.

Questo contesto promuoveva un tipo di società patriarcale che venne cristallizzato anche a livello normativo: il codice civile, difatti, sanciva, nella versione originaria dell'art. 144, che *"il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza"*.

Come scriveva Ferdinando Loffredo nella sua *"Politica della Famiglia"*⁴, durante il regime fascista *"la maggiore soddisfazione doveva essere dalla donna provata solo nella famiglia, quanto più onestamente intesa, cioè quanto maggiore sia la serietà del marito (...) Il lavoro femminile crea nel*

³ Bonilini G. (2023), *Manuale di diritto di famiglia*, Utet Giuridica.

⁴ Loffredo F. (1938), *Politica della Famiglia*, Bompiani, Milano.

contempo due danni: la «mascolinizzazione» della donna e l'aumento della disoccupazione maschile. La donna che lavora si avvia alla sterilità; perde la fiducia nell'uomo; concorre sempre di più ad elevare il tenore di vita delle varie classi sociali; considera la maternità come un impedimento, un ostacolo, una catena; se sposa difficilmente riesce ad andare d'accordo col marito (...); concorre alla corruzione dei costumi; in sintesi, inquina la vita della stirpe".

La Costituzione provoca una trasformazione radicale del contesto sociale. L'immagine della donna è completamente rinnovata, frutto di un lungo processo di emancipazione che attraversa le epoche precedenti. Il totalitarismo aveva fallito nel tentativo di controllare la società: cambia la condizione sociale della donna perché cambia la struttura familiare, sempre più coinvolta nel mondo del lavoro. Le donne desiderano lavorare e vi accedono, inizialmente sottopagate, mentre l'industria bellica richiama manodopera femminile a livelli inferiori.

L'intento è di distaccarsi il più possibile dal modello fascista, affermando con forza i valori democratici fondamentali per una nuova società. Durante i lavori dell'Assemblea Costituente, le donne partecipano esercitando i loro diritti politici, anche se non godono ancora pienamente dei diritti civili, e ciò rappresenta un vero atto di cambiamento e di frattura irreversibile che ha segnato la storia⁵.

La Costituzione del 1948 trasformò radicalmente il panorama normativo precedente con l'introduzione della regolamentazione della famiglia all'interno del Titolo II, che tratta dei Rapporti Etico e Sociali, e dedicando a essa gli articoli 29, 30 e 31, i quali stabiliscono i fondamenti di tale istituto e del suo rapporto con lo Stato. Ciò rappresentava una totale novità poiché lo Statuto Albertino del 1848, che aveva costituito per oltre un secolo i fondamenti costituzionali del Regno d'Italia, non conteneva alcun riferimento ai rapporti familiari o alla filiazione. L'inserimento della famiglia nella Costituzione segnava un notevole progresso nella concezione dei diritti e doveri sociali, poiché si andava ad adeguare ai cambiamenti culturali e sociali dell'epoca. I costituenti, infatti, giunsero alla stesura di tale norme attraverso difficili compromessi, che vanno così a sottolinearne maggiormente la grande portata storica⁶.

L'articolo 29 della Costituzione italiana rappresenta un cardine fondamentale del nuovo ordinamento giuridico, delineando il ruolo essenziale della famiglia all'interno della compagine sociale. Questo articolo, difatti, afferma che la famiglia è una "*società naturale fondata sul matrimonio*", riconoscendo quindi che essa pre-esiste allo Stato stesso e tale riconoscimento implica che la famiglia costituisce una realtà naturale e preordinata, il cui valore intrinseco è riconosciuto e tutelato dalla Costituzione. La famiglia, come società naturale, è quindi considerata un'istituzione

⁵ Bonilini G., Op. cit.

⁶ Bonilini G., Op. cit.

primaria e indipendente rispetto allo Stato e questo principio impone che lo Stato non può ingerirsi arbitrariamente nella vita familiare, ma deve rispettare e proteggere la sua autonomia e le sue dinamiche interne. Il riconoscimento della famiglia come una realtà che precede lo Stato è significativo perché sottolinea l'importanza dei legami familiari e della loro funzione di base per la coesione sociale.

Oltre a ciò, l'articolo 29 rappresenta soprattutto una svolta storica nel riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi (*“il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”*, art. 29, co.2, Cost.). In un contesto storico in cui le donne erano relegate a un ruolo subordinato all'interno della famiglia, la Costituzione italiana introduce il principio di parità tra marito e moglie segnando un importante progresso verso la giustizia sociale e la parità di genere, stabilendo che entrambi i coniugi hanno gli stessi diritti e doveri all'interno del matrimonio e della famiglia⁷. L'articolo 29, quindi, non solo protegge la famiglia come istituzione fondamentale della società, ma promuove anche un modello di famiglia basato sul rispetto reciproco e sull'uguaglianza tra i coniugi. Questo principio ha avuto e continua ad avere un impatto profondo sulla legislazione italiana, influenzando le norme sul diritto di famiglia e guidando le decisioni giudiziarie in materia. Questi principi non solo rafforzano il tessuto sociale, ma garantiscono anche una protezione efficace dei diritti fondamentali dei membri della famiglia, contribuendo così alla costruzione di una società più equa e rispettosa dei valori umani⁸.

Ne consegue una disciplina familiare basata sulla parità tra marito e moglie, fondata sull'idea della reciproca collaborazione e contribuzione. Questo principio è stato chiaramente espresso con la modifica dell'articolo 143 del codice civile, introdotta dalla riforma del 1975, legge che verrà meglio approfondita nel corso della trattazione (*vedi infra paragrafo 1.2*), la quale ha concretizzato il principio costituzionale anche nel contesto dei rapporti patrimoniali. Tale norma, rubricata *“Diritti e doveri reciproci dei coniugi”*, stabilisce che *“con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”*.

L'articolo 30 della Costituzione riveste un'importanza cruciale per quanto riguarda la filiazione, definendo i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei loro figli. Questo articolo stabilisce che “è

⁷ Bonilini G., Op. cit.

⁸ <https://www.brocardi.it/affidamento-condiviso-interpretazioni-giurisprudenziali/382>

dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio". Tale principio assicura che ogni bambino, indipendentemente dalla sua condizione familiare, abbia diritto a una crescita serena e adeguata, beneficiando dell'amore e del supporto dei propri genitori. In relazione ai doveri spettanti ad entrambi i genitori, l'articolo 30 Cost. sottolinea l'uguaglianza e la corresponsabilità nel prendersi cura dei figli e ciò implica che madre e padre devono condividere equamente gli oneri e le responsabilità educative e materiali, garantendo così uno sviluppo equilibrato e armonioso del minore. Tale articolo funge da base giuridica per molte leggi che regolano il diritto di famiglia in Italia, promuovendo una concezione moderna e paritaria della genitorialità. La Costituzione, dunque, attraverso questo articolo, non solo tutela i diritti dei figli ma rafforza anche l'importanza della famiglia come nucleo fondamentale della società, in cui entrambi i genitori hanno un ruolo essenziale e insostituibile⁹.

Infine, l'articolo 31 della Costituzione riconosce e promuove il valore della famiglia come fondamentale nucleo sociale. Esso impegna lo Stato a sostenere economicamente e socialmente la famiglia, con particolare attenzione alle famiglie numerose e a quelle con figli minorenni. Questa norma evidenzia il ruolo essenziale della famiglia nella società e la necessità di proteggerla e promuoverla attraverso politiche adeguate. Per quanto concerne i figli e il rapporto che li coinvolge insieme ai genitori, tale norma sottolinea l'importanza di creare un ambiente favorevole alla crescita e allo sviluppo dei bambini. Lo Stato è chiamato a garantire che i genitori possano adempiere ai loro doveri nei confronti dei figli senza essere gravati da difficoltà economiche e sociali insormontabili. Ciò implica l'adozione di misure che facilitino l'accesso a servizi essenziali come l'istruzione, la salute e l'assistenza sociale.

L'articolo 31, quindi, non solo sostiene la famiglia come istituzione, ma si focalizza anche sul benessere dei figli, riconoscendo che una famiglia forte e sostenuta è fondamentale per il loro sviluppo equilibrato. Promuovendo politiche di sostegno alla famiglia, lo Stato favorisce un contesto in cui i genitori possono svolgere appieno il loro ruolo, garantendo ai bambini un ambiente stabile e amorevole in cui crescere.

L'avvento della Costituzione ha rivestito un'importanza fondamentale per ciò che concerne la filiazione, essendo andata a porre le basi per la regolamentazione della tutela dei diritti dei figli e al contempo ad assicurare la responsabilità genitoriale. Attraverso articoli come il 30 e il 31, la Costituzione stabilisce i diritti dei figli a ricevere cura, istruzione ed educazione, e i doveri dei genitori di provvedere al loro benessere in modo equo e responsabile¹⁰. Questi principi

⁹ Bonilini G., Op. cit.

¹⁰ Bonilini G., Op. cit.

costituzionali garantiscono che ciascuno, indipendentemente dalle circostanze della nascita, abbia diritto a una crescita sana e a un ambiente familiare amorevole e sicuro.

Sarà proprio sulla base di questi principi costituzionali che verranno adottate normative specifiche in materia di filiazione e affidamento, che mirano a proteggere e promuovere il benessere dei minori. La legislazione, ispirata dai valori costituzionali, disciplina aspetti cruciali come il riconoscimento della paternità e maternità, la tutela dei minori in situazioni di difficoltà, e l'affidamento dei figli in caso di separazione o divorzio dei genitori. L'intento di queste normative è di attuare i principi sanciti a livello costituzionale, garantendo che le decisioni sull'affidamento e sulla cura dei minori siano sempre prese nel loro migliore interesse¹¹. In tal modo, la Costituzione non solo stabilisce un quadro di diritti e doveri fondamentali, ma funge anche da guida per la legislazione successiva, assicurando che la protezione e il benessere dei bambini siano al centro delle politiche familiari e sociali.

¹¹ Bonilini G., Op. cit.

1.2 La riforma apportata dalla L. 19 maggio 1975 n.151

Fino al 1970, la legge non prevedeva *“alcun criterio di riferimento o preferenziale di affidamento”*¹² ma era a totale discrezione del Giudice la scelta del genitore affidatario. Con la Legge n. 898/1970 cade il principio dell'indissolubilità del matrimonio e all'art. 6 è previsto che il Giudice debba decidere *“con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale dei figli stessi”*. Si presenta, dunque, un nuovo modo di intendere la famiglia e il Giudice ha per la prima volta un criterio da seguire. In caso di crisi di famiglia gli articoli a cui si faceva riferimento erano l'art. 317 del codice civile del 1942, in forza del quale *“la potestà comune dei genitori non cessa quando a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi”* e l'art. 155 già precedentemente citato (vedi paragrafo 1).

Con il passaggio dalla riforma del 1970 a quella del 1975 che si ha un momento cruciale di evoluzione legislativa e sociale in tema di diritto di famiglia in Italia. La transizione dalla riforma del 1970 a quella del 1975 ha rappresentato un progresso significativo verso un diritto di famiglia più equo e moderno, in linea con i principi costituzionali di uguaglianza e tutela dei diritti fondamentali di tutti i membri della famiglia. La legge n.898/1970, nota principalmente per l'introduzione del divorzio, segna l'inizio di un periodo di significativi cambiamenti nel diritto di famiglia, riflettendo un crescente riconoscimento dei diritti individuali e delle trasformazioni sociali.

Ma è la riforma del 1975, con la legge n. 151, a segnare un ulteriore e più profondo cambiamento. Tale normativa ha ridisegnato radicalmente il diritto di famiglia, introducendo principi di uguaglianza tra i coniugi e rafforzando i diritti dei figli. Tra le innovazioni principali, si evidenziano: l'abolizione della "patria potestà", sostituita dalla potestà genitoriale, stabilendo così l'uguaglianza giuridica tra marito e moglie e la condivisione delle responsabilità genitoriali; maggiore enfasi sulla tutela dei diritti dei figli, sia legittimi che naturali, assicurando a tutti il godimento degli stessi diritti indipendentemente dallo stato civile dei genitori, sebbene permangano alcuni privilegi per i primi, specialmente in ambito successorio; la significativa revisione delle norme sulla separazione personale dei coniugi. Ai fini della trattazione, appare necessario approfondire tale ultimo punto.

La legge del 19 maggio 1975, n.151, opera una riformulazione delle disposizioni riguardanti la separazione personale dei coniugi, che segna il passaggio dalla separazione per colpa alla separazione per l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

¹² Facchini G., Fissone A., Naggari M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Cedam.

Si pone, dunque, un criterio oggettivo, identificabile nell'impossibilità dei coniugi di continuare a convivere a causa della sopravvenuta intollerabilità della convivenza oppure, un ulteriore criterio, quando si verificano eventi tali da causare un grave danno all'educazione dei figli. L'intollerabilità della continuazione della convivenza può non dipendere dalla violazione dei doveri matrimoniali da parte di uno o entrambi i coniugi, ma può pure derivare semplicemente dalla scomparsa dell'*affectio coniugalis*, ovvero quel sentimento che sta alla base del matrimonio e che, nel nostro ordinamento, è considerato come "*consortium omnis vitae*", come una comunione materiale e spirituale tra marito e moglie¹³. Pertanto, la separazione non è più intesa come uno strumento per sanzionare il coniuge colpevole di comportamenti lesivi nei confronti dell'altro, come previsto dalla vecchia formulazione dell'articolo 151 del codice civile prima della riforma. Oggi, il Giudice, nel pronunciare la separazione, può dichiarare, su richiesta delle parti e se ne ricorrono le circostanze, a quale dei coniugi (o a entrambi) sia addebitabile la separazione. Ciò avviene tenendo conto dei comportamenti contrari ai doveri derivanti dal matrimonio, come stabilito dal comma 2 dell'articolo 151 del codice civile.

¹³ Bonilini G. (2018). *Manuale di diritto di famiglia*, Utet Giuridica.

1.3 Conseguenze della riforma sul regime di affidamento dei figli

Una delle principali implicazioni del venir meno della separazione “per colpa” è stata la modifica del criterio per l'affidamento dei figli, il quale era basato esclusivamente sulla tutela del loro interesse morale e materiale. Infatti, l'articolo 155 del codice civile, nella sua formulazione originaria, stabiliva che doveva essere il Giudice, al momento della pronuncia della separazione a dichiarare a quale dei coniugi i figli dovevano essere affidati e ad adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Nello specifico, il Giudice determinava la misura e il modo in cui l'altro coniuge doveva contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi. La normativa riguardante l'affidamento dei figli in caso di separazione dei coniugi prevedeva, dunque, che uno dei genitori fosse affidatario esclusivo, mentre il giudice aveva ampia discrezionalità nel decidere come l'altro dovesse contribuire al sostentamento, all'istruzione e all'educazione dei bambini¹⁴. L'esercizio della potestà genitoriale era limitato esclusivamente al coniuge cui i figli erano affidati, salvo diverse disposizioni del Giudice. Di conseguenza, il genitore non affidatario aveva solo il diritto di supervisionare le decisioni assunte dal coniuge affidatario riguardo ai figli, senza poter intervenire attivamente nelle scelte, ma limitandosi ad esercitare un mero diritto/potere di vigilanza. L'affidamento esclusivo in favore di uno dei coniugi si tradusse, nella maggior parte delle volte, nell'affidamento esclusivo alla figura della madre considerata il genitore più idoneo a garantire il benessere morale e materiale della prole.

La legge n. 898/1970, all'articolo 6 comma 2, statuiva che, se il Tribunale lo riteneva opportuno nell'interesse dei minori, anche in considerazione della loro età, poteva essere disposto l'affidamento congiunto o alternato. Pertanto, nonostante l'articolo 155 del codice civile stabilisse che il Giudice, in caso di separazione, doveva determinare a quale genitore affidare il figlio, la legge sul divorzio offriva alternative rispetto al solo affidamento esclusivo¹⁵. L'affidamento alternato, inteso come affidamento che si alterna equamente tra i due coniugi per periodi prefissati, i quali in quel preciso periodo esercitano la potestà esclusivamente; *“si tratta, in sostanza, di una forma di affidamento esclusivo disposto in favore di ciascun genitore per periodi alterni, per cui è da ritenere che, nel periodo di esclusione dall'affidamento, all'altro genitore compete in ogni caso un diritto-dovere di contribuire all'educazione, all'istruzione ed al mantenimento, unitamente al potere di vigilanza e controllo tipico dell'affidamento esclusivo”*¹⁶.

¹⁴ Bonilini G., Op. cit.

¹⁵ Lenti L. (2021), *Diritto di Famiglia*, Giuffrè

¹⁶ Lentini L., Op. cit.

L'affidamento congiunto implica che i figli siano affidati a tutti e due i genitori, anche se risiedono prevalentemente con uno solo di essi ed entrambi i coniugi condividono l'esercizio della potestà genitoriale, assumendo eguali responsabilità per quanto concerne l'educazione e lo sviluppo del minore; esso richiede il massimo livello di collaborazione tra i coniugi, poiché è necessaria una completa convergenza del loro impegno per garantire l'interesse del minore e tale impegno congiunto permette al bambino di mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori e di crescere seguendo un progetto educativo unificato e concordato¹⁷.

Tuttavia, il primo è stato raramente applicato nella pratica dei Tribunali, a causa della mancanza di stabilità che comportava, mentre l'adozione del secondo è stata subordinata dalla giurisprudenza alla presenza di determinate condizioni, come l'età dei figli, la ridotta conflittualità tra i coniugi e la conduzione di stili di vita simili, risultando in una limitata applicazione dell'istituto. In un contesto simile, l'affidamento congiunto o alternato è stato utilizzato in poco più dell'11% dei casi, mentre l'affidamento esclusivo è stato adottato nell'84% delle situazioni, prevalentemente a favore della madre. Questo risultato è attribuibile sia a stereotipi culturali, sia al tentativo di compensare la donna per gli svantaggi derivanti dalla rottura del matrimonio, con la madre considerata il genitore più idoneo per la cura dei figli¹⁸.

Pertanto, nella maggior parte dei casi, i figli venivano affidati esclusivamente al genitore ritenuto più adatto a favorire lo sviluppo della loro personalità, il quale deteneva la potestà esclusiva su aspetti fondamentali come l'educazione, l'istruzione e la cura quotidiana dei minori; al contrario, il genitore non affidatario conservava la potestà congiunta soltanto per le decisioni più significative della vita del bambino e per le questioni di straordinaria amministrazione. Tale sistema mirava a garantire stabilità e coerenza nell'ambiente di crescita dei figli, ma spesso limitava il coinvolgimento attivo del genitore non affidatario nelle attività quotidiane e nello sviluppo emotivo dei bambini.

¹⁷ Lentini L., Op. cit.

¹⁸ Facchini G., Fissone A., Naggar M., Oberto G., Ronfani A.C., Op. cit.

1.4 La legge 8 febbraio 2006 n.54

La svolta nella disciplina dell'affidamento si ha con la legge n. 54/2006, intitolata "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*", con la quale il legislatore ha modificato il contenuto dell'articolo 155 del Codice Civile, successivamente modificato con il Decreto Legislativo n.154/2013, ha introdotto nel codice gli artt. dall' art. 155 bis all' art. 155 sexies e ha nel Codice di Procedura Civile modificato l'articolo 708 e introdotto l'art. 709-ter. La Legge n. 54 del 2006 sancisce in via definitiva nel diritto positivo un mutamento di prospettiva riguardo al rapporto genitori-figli in caso di crisi coniugale. Entrambi i genitori sono ugualmente responsabili del dovere di mantenimento dei figli, della loro educazione e del loro benessere psicofisico e viene così affermato il principio della bigenitorialità.

L'art 155 cod.civ., in tale nuova formulazione, sanciva l'importanza di garantire al figlio minore, anche in caso di separazione personale dei genitori, il diritto di continuare ad avere un rapporto costante ed equilibrato con entrambi e di mantenere un rapporto solido e vivo con gli ascendenti e con gli altri parenti da ambedue le parti. Al fine di realizzare tale intento¹⁹, sarà il Giudice competente a pronunciare la separazione personale dei coniugi a curare e tutelare gli interessi morali e materiali dei figli, adottando i relativi provvedimenti necessari, andando a valutare l'eventualità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure a stabilire a quale di essi i figli siano affidati; sempre al Giudice spetterà stabilire i tempi e le modalità della permanenza dei figli presso ciascun genitore, determinando anche l'entità e le modalità con cui ognuno di essi deve contribuire al loro mantenimento, cura, istruzione ed educazione, prendendo atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori.

Emerge chiaramente il tema centrale della riforma, che si ispira al principio della bigenitorialità come elemento cruciale per il corretto sviluppo dei figli. Il Giudice stabilirà le misure appropriate nel loro esclusivo interesse, privilegiando l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori, salvo che ciò non risulti dannoso per il benessere del minore²⁰.

Prosegue il dettato normativo dell'art.155 c.c., che disciplina che la potestà genitoriale spetta ad entrambi i genitori e che le decisioni di maggiore importanza per i figli, riguardanti istruzione, educazione e salute, devono essere prese congiuntamente dai genitori, considerando le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli e in caso di disaccordo, la decisione è demandata al Giudice; per quanto riguarda le questioni di ordinaria amministrazione, il Giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà disgiuntamente. Salvo diversi accordi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascun genitore contribuisce al mantenimento dei figli in proporzione al proprio reddito e, se

¹⁹ Bonilini G., Op. cit.

²⁰ Lentini L., Op. cit.

necessario al rispetto del principio di proporzionalità, il Giudice può determinare il pagamento di un assegno periodico, tenendo conto di alcune condizioni, quali: le esigenze attuali del figlio; il tenore di vita di cui il figlio godeva durante la convivenza con entrambi i genitori; i tempi di permanenza presso ciascun genitore; le risorse economiche di cui dispongono i genitori; il valore economico delle attività domestiche e di cura svolte da ciascun genitore. L'assegno viene adeguato *ex lege* agli indici ISTAT, a meno che le parti o il Giudice non indichino un altro parametro. Qualora le informazioni economiche fornite dai genitori non siano adeguatamente documentate, il Giudice ordina un'indagine della polizia tributaria sui redditi e sui beni contestati, anche se intestati a terzi²¹. Essenziale ai fini della trattazione, poi, appare citare il contenuto di alcuni dei nuovi articoli che sono stati introdotti all'interno del codice civile dalla legge n. 54/2006. L'art. 155 bis c.c., rubricato "*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso*", dispone che il Giudice può decidere di affidare i figli a uno solo dei genitori se ritiene, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore. Entrambi i genitori possono richiedere l'affidamento esclusivo in qualsiasi momento, qualora sussistano le condizioni richieste. Se il Giudice accoglie la richiesta, sarà disposto l'affidamento esclusivo al genitore richiedente, garantendo comunque, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dall'articolo 155 c.c. Qualora la richiesta sia manifestamente infondata, il Giudice può valutare la condotta del genitore richiedente ai fini della determinazione delle misure da adottare nell'interesse dei figli²².

In base all'art. 155 ter c.c. (successivamente abrogato dal d.lgs. n.154/2013) "*I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo*".

La riforma del 2006 prevedeva pure, all'art.155 quater c.c., che: l'assegnazione della casa familiare è determinata dal Giudice dando priorità all'interesse dei figli; nella definizione dei rapporti economici tra i genitori, il Giudice tiene conto di tale assegnazione, considerando anche l'eventuale proprietà dell'immobile; il diritto a utilizzare la casa familiare viene meno se l'assegnatario smette di risiedervi stabilmente, inizia una convivenza *more uxorio* o contrae un nuovo matrimonio; se uno dei coniugi cambia residenza o domicilio e tale cambiamento va ad incidere sulle modalità di affidamento, l'altra parte può richiedere una revisione degli accordi o delle disposizioni prese, inclusi quelli di natura economica.

²¹ Moro A.C. (2003). *La separazione dal genitore: i diritti del figlio*, Studi Zancan.

²² Facchini G., Fissone A., Naggari M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). Op. cit.

Infine, la legge n. 54/2006 aveva previsto, come norma di chiusura, l'art. 155 sexies c.c., che stabiliva che prima di emettere, anche provvisoriamente, i provvedimenti previsti dall'articolo 155, il Giudice può raccogliere mezzi di prova su richiesta delle parti o d'ufficio, potendo disporre anche l'eventuale audizione del minore che abbia compiuto dodici anni e, se ritenuto capace di discernimento, anche di età inferiore. Se lo ritiene opportuno, il Giudice, dopo aver ascoltato le parti e con il loro consenso, può posticipare l'emanazione dei provvedimenti ex art. 155 c.c. per permettere ai coniugi di tentare una mediazione, con l'ausilio di esperti, al fine di raggiungere un accordo che tuteli l'interesse morale e materiale dei figli.

Nella maggior parte dei procedimenti di separazione e divorzio, i figli minori venivano spesso considerati come un premio da ottenere nella battaglia coniugale e usati come uno strumento per vendicarsi del partner che ha tradito l'impegno matrimoniale o la decisione di affrontare insieme la vita²³. I diritti del minore non erano prioritariamente considerati, anzi, risultavano trascurati e messi in ombra e al contempo si comprometteva il legame tra il minore e il genitore non affidatario, fino ad arrivare, in alcuni casi, anche alla perdita di una delle figure genitoriali. La legge del 2006 ha superato il precedente modello, il quale partiva dall'assunto che fosse necessario per il minore avere un punto di riferimento affettivo stabile, unico e non contraddittorio, che garantisse sicurezza sia dal punto di vista psicologico che educativo e prevedeva la coincidenza sostanziale e formale tra il genitore affidatario e l'unico titolare dell'esercizio della responsabilità genitoriale²⁴. La nuova disciplina, invece, dà importanza primaria alla protezione degli interessi del minore assicurando il diritto alla bigenitorialità, affinché il minore possa mantenere un legame equilibrato e costante con entrambi i genitori e possa ricevere le cure di entrambi²⁵. In questo modo si è potuta compiere una vera e propria rivoluzione, in cui non sono più solo i coniugi ad agire nei procedimenti giudiziari, ma i figli stessi che possono ora richiedere l'affidamento condiviso²⁶. Tale nuova legge ha, finalmente, reso efficaci anche in Italia le disposizioni contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 Novembre 1989 e ratificata con la legge n.176/1991, che riconoscono al minore il “*diritto di mantenere, salvo circostanze eccezionali, relazioni personali e contatti diretti e regolari con entrambi i genitori*”²⁷ e stabiliscono che “*entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine all'allevamento e allo sviluppo del bambino*”²⁸. Di conseguenza, in contesti internazionali, il diritto alla co-genitorialità era già formalmente riconosciuto e protetto, promuovendo soluzioni che facilitavano il

²³ Moro A.C. Op.cit.

²⁴ Facchini G., Fissone A., Naggar M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). Op. cit.

²⁵ Padalino C. (2006). *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino.

²⁶ Magno G. (2006) *L'affidamento condiviso*, <http://www.minoriefamiglia.it>.

²⁷ Art.10 Convenzione sui diritti del fanciullo (1989), New York.

²⁸ Art.18 Convenzione sui diritti del fanciullo (1989), New York.

mantenimento di un legame continuativo tra il minore e il genitore non convivente. Pertanto, il legislatore, allineandosi ai valori internazionali, ha stabilito che tutte le decisioni del Giudice devono essere adottate considerando il ruolo congiunto dei genitori nell'interesse dei figli²⁹, escludendo automaticamente la possibilità di optare per un affidamento esclusivo, anche in caso di accordo tra le parti, a meno che non sia dimostrata l'inidoneità di uno dei genitori e il conseguente danno per i figli.

Questa normativa è stata lungamente attesa, poiché rivoluziona il modo in cui vengono considerati i diritti e gli interessi del minore, ponendoli come principi guida prioritari per il Giudice. Non si tratta più di stabilire inizialmente quale decisione prendere sull'affidamento e poi decidere le motivazioni di tali provvedimenti; piuttosto, l'accento è posto sul riconoscimento del diritto del minore, che diventa il fulcro di tutte le disposizioni relative all'affidamento dei figli³⁰.

²⁹ Padalino C. (2006). Op.cit.

³⁰ On. Lucidi (2005). Atti parlamentari, Camera dei deputati, Resoconto Sommario e Stenografico, seduta n.652.

1.5 La legge n.219/2012 e il d.lgs 154/2013

Con la legge n. 219 del 10 dicembre 2012 è stata riformata la disciplina della filiazione ed è stata data concreta attuazione alla disposizione costituzionale dell'art. 30, nella parte in cui stabilisce il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Questa riforma ha comportato la modifica dell'art. 147 del codice civile, andando ad imporre ai genitori l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, rispettandone le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni, come disposto dall'art. 315 bis del codice civile, il quale riafferma il diritto del figlio all'educazione e al mantenimento, nonché il suo diritto di crescere nella propria famiglia. Il combinato disposto delle due norme, evidenzia un significativo cambiamento nella concezione della relazione tra genitori e figli rispetto al passato: i genitori sono ora investiti di un “*dovere superiore*”³¹ volto a realizzare l'interesse del figlio, indipendentemente dal fatto che sia nato nel matrimonio o al di fuori di esso, in forza dell'unificazione dello stato di figlio operata da questa riforma.

È opportuno segnalare, che la legge n. 219/2012 ha introdotto una configurazione dei diritti e doveri del figlio, all'articolo 315 bis del codice civile, sostituendo il concetto di potestà genitoriale (articolo 316 cod. civ.) con quello di responsabilità genitoriale e andando a prevedere una disciplina unificata per l'esercizio della responsabilità genitoriale, superata la distinzione precedente che, prima della riforma, separava la disciplina per i figli nati nel matrimonio da quella per i figli nati fuori dal matrimonio, agli articoli 316 e 317 del codice civile.

Tra le principali novità introdotte dalla riforma, si segnalano, inoltre: la revisione della normativa relativa al riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio, ex artt. 250 e ss. cod. civ.; l'esplicito riconoscimento l'importanza del ruolo degli ascendenti nel contribuire allo sviluppo psico-fisico del minore (art. 317-bis cod. civ.); la novella dell'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile che ha modificato la suddivisione delle competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni³².

Tali nuovi aspetti saranno di seguito approfonditi nel prosieguo della trattazione. La legge del 2012 ha delegato il Governo per la disciplina degli aspetti residui non dettagliatamente trattati dalla stessa legge e tale delega è stata attuata con il decreto legislativo del 28 dicembre 2013, n. 154, intitolato “*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*”, il quale ha abrogato gli articoli da 155-bis a 155-sexies del codice civile e ha modificato l'articolo 155 c.c., il quale attualmente stabilisce che “*in caso di separazione riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX*”,

³¹ Sesta M. (2015), *Codice della famiglia*, Giuffrè Editore.

³² Sesta M., (2015), *Op. Cit.*

introdotto dal comma 12 dell'art. 7 d.lgs n.154/2013; l'intera disciplina è ora regolata dagli artt. 337-bis al 337-octies del codice civile.

La norma 337 bis c.c. specifica che tali disposizioni di cui al Capo II del titolo IX vengono applicate *“in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”*.

L'art. 337 ter c.c., riconosce e garantisce il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, a ricevere da loro cura, educazione, istruzione e assistenza morale e a preservare i rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. La novità che viene rimarcata è l'inversione di prospettiva che vede adesso il figlio come soggetto e non come mero oggetto di diritto, con speciale attenzione al mantenimento di un rapporto con ciascuno dei genitori, *in primis*, nonché anche un rapporto significativo con parenti e ascendenti, *“sia nella fase di unità della famiglia che in quella di disgregazione della stessa”*³³, in quanto fondamentale per il suo benessere e il suo sviluppo psicofisico.

Alla base deve sempre esservi, però, la valutazione dell'interesse del minore, il quale risulta preminente rispetto a qualsiasi altro interesse in gioco. Infatti, la Sezione VI della Corte di Cassazione, in una pronuncia del 2018, n. 15238, ha stabilito che il diritto degli ascendenti a conservare rapporti rilevanti con i nipoti minorenni, come stabilito dall'art. 317-bis c.c., in linea con l'interpretazione dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non è assoluto: il suo esercizio dipende dalla valutazione del Giudice, che deve concentrarsi unicamente sul benessere del minore³⁴. Perciò, il diritto alla conservazione del rapporto con i nonni potrà venir meno nel caso in cui il mantenimento di tale legame può arrecare un pregiudizio al suo benessere, il quale rimane l'interesse preminente che il Giudice dovrà perseguire nell'emanazione di provvedimenti.

Prosegue la disciplina dettata dall'art. 337 ter c.c., disponendo che per raggiungere l'obiettivo indicato dal primo comma, nei procedimenti previsti dall'articolo 337-bis, il Giudice emette provvedimenti riguardanti i figli minorenni, tenendo conto esclusivamente del loro interesse morale e materiale. In primo luogo, valuta la possibilità di affidare i figli a entrambi i genitori; se ciò non fosse possibile, decide a quale genitore affidare i figli, stabilendo i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascuno di essi, determinando l'importo e i modi con cui ciascun genitore deve dare il suo contributo al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Riconosce, se non contrari all'interesse dei figli, gli accordi raggiunti tra i genitori e provvede ad adottare ogni altro provvedimento necessario per la prole, compreso l'affidamento familiare in caso di temporanea

³³ Sesta M., (2015), Op. Cit.

³⁴ Cass. civ. sez. 6 - 1, del 12 giugno 2018, n. 15238.

impossibilità di affidare i minori a uno dei genitori. L'esecuzione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli è affidata al Giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, può essere attivata anche d'ufficio e a tale scopo, una copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del Pubblico Ministero, al Giudice Tutelare.

È essenziale operare alcune riflessioni in ordine a tale nuova disciplina. Nella formulazione originaria dell'articolo, l'interesse morale e materiale del minore coincideva con l'individuazione del genitore ritenuto maggiormente capace di mitigare i danni causati dalla dissoluzione del nucleo familiare e di garantire lo sviluppo ottimale della personalità del figlio, considerando in particolare la sua capacità di instaurare una relazione affettiva, di attenzione e comprensione, di educazione, di disponibilità a un rapporto assiduo, valutando anche la personalità del genitore, le sue abitudini di vita e l'ambiente che è in grado di offrire al minore. Ciò si può cristallizzare nella formula del cosiddetto "criterio del danno minore", stabilito dalla Cassazione, in un contesto in cui il regime legale di affidamento dei figli era monogenitoriale³⁵.

Attualmente, l'affido esclusivo rappresenta un'eccezione, una soluzione residuale alla quale il Giudice potrà ricorrere solo quando l'affidamento condiviso costituisce una minaccia per il minore e, in questo contesto, l'interesse morale e materiale del minore coincide con il suo diritto a essere affidato a entrambi i genitori. Il minore ha un vero e proprio diritto alla bigenitorialità, chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, intesa come la presenza congiunta dei genitori nella vita del figlio e tale presenza gli garantisce una stabile consuetudine di vita e relazioni affettive solide con entrambi i genitori, i quali devono collaborare nell'assistenza, educazione e istruzione del figlio³⁶. Ai fini della trattazione, risulta opportuno ricordare una sentenza della I Sezione Civile della Corte di Cassazione, la n.9764 dell'8 aprile 2019, in forza della quale è stato chiarito che è possibile per l'Autorità Giudiziaria adottare provvedimenti che limitano o restringono i diritti individuali di libertà dei genitori, in quanto tali diritti sono considerati subordinati rispetto al preminente interesse del minore³⁷. Al contempo, però, è stata sottolineata la rilevanza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), la quale prevede un rigoroso controllo sulle restrizioni supplementari in materia di diritto di affidamento, specialmente quelle relative al diritto di visita dei genitori, ai fini di garantire una serena vita familiare, andando a sottolineare la necessità di un'attenta valutazione di tali limitazioni per assicurare che non compromettano il benessere del minore e la continuità delle relazioni familiari³⁸. Tali restrizioni, invero, possono comportare "*il rischio di troncare le*

³⁵ Cass. Civ. 22 giugno 1999, n.6312.

³⁶ Cass. Civ. 23 settembre 2015, n. 18817.

³⁷ Cass. Civ., I Sez., 8 aprile 2019, n.9764.

³⁸ Cass., Sez. I Civ., 08 aprile 2019, n. 9764.

*relazioni familiari tra un figlio in tenera età e uno dei genitori o entrambi, pregiudicando il preminente interesse del minore*³⁹ (Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia).

La Corte di Strasburgo invita le Autorità Nazionali ad implementare tutte le misure necessarie per mantenere i legami tra genitori e figli, affermando, infatti, che *“per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita e che delle misure interne che lo impediscano costituiscono una ingerenza nel diritto protetto dall’art. 8 della Convenzione”*⁴⁰.

Gli obblighi positivi imposti alle autorità statali per garantire una vita privata o familiare effettiva non devono limitarsi a verificare che il bambino possa incontrare il genitore o avere contatti con lui, ma devono includere anche l'adozione di misure preparatorie, non automatiche né stereotipate, che consentano di raggiungere rapidamente questo obiettivo. La Corte europea ha ribadito che il passare del tempo può provocare *“conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e il genitore non convivente”*⁴¹, pertanto i Giudici Nazionali dovranno attivare tutte le procedure atte a neutralizzare tale rischio.

Malgrado la separazione, i genitori, dunque, continuano a dover essere responsabili della cura e dell'educazione dei figli, attraverso una divisione delle responsabilità che sia la più efficace e adeguata. Tale ripartizione, se conforme all'interesse del minore, deve basarsi sull'accordo tra le parti, di cui il Giudice deve prendere atto nella pronuncia della decisione relativa all'affidamento del minore. L'espressione "prendere atto" rappresenta un'innovazione rispetto alla normativa previgente, in cui il giudice doveva semplicemente "tener conto" degli accordi presi dai genitori. Oggi, sebbene il Giudice non sia vincolato passivamente dalle decisioni dei genitori, avendo il potere di modificare, su richiesta o d'ufficio, gli accordi che risultino contrari all'interesse del minore, gli accordi presi dai genitori sono considerati vincolanti: l'autonomia negoziale è valutata positivamente come uno strumento efficace per risolvere i conflitti genitoriali⁴². Il provvedimento che determina l'affidamento del minore può variare in estensione e dettaglio in base al livello di conflittualità tra gli ex-coniugi e alla loro capacità di raggiungere un accordo: se i genitori dimostrano una bassa conflittualità e una buona capacità di comunicazione, il Tribunale può concedere loro maggiore autonomia nel riparto delle rispettive competenze; al contrario, in situazioni di elevata conflittualità e di basse possibilità di addivenire a un accordo, il Giudice dovrà emanare un provvedimento più dettagliato e specifico, stabilendo in modo autoritativo la suddivisione delle rispettive responsabilità e attribuzioni⁴³.

³⁹ Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia.

⁴⁰ Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia.

⁴¹ <https://iusletter.com/archivio/affidamento-condiviso-principio-bigenitorialita/>

⁴² Sesta M., (2015), Op. Cit.

⁴³ Sesta M., (2015), Op. Cit.

È significativo precisare che l'affidamento condiviso del minore non comporta necessariamente la codecisione su tutte le questioni riguardanti quest'ultimo, poiché è necessario considerare il cambiamento di routine e abitudini che emergono dopo la separazione e con la cessazione della convivenza. Inoltre, l'affidamento condiviso non implica che il figlio debba vivere alternativamente con entrambi i genitori, come una sorta di affidamento alternato, rivelatosi inefficace e fallimentare, andando a privare il minore della stabilità necessaria e di un ambiente familiare preferenziale, opportuno per una crescita serena ed equilibrata⁴⁴. Pertanto, il minore viene generalmente collocato in via prevalente presso uno dei genitori e sono determinate le modalità specifiche per le visite con l'altro genitore, considerando le esigenze, l'età e gli interessi del figlio.

Cruciale appare una statuizione dei Giudici Ermellini che, in ordine ai principi di bigenitorialità e affidamento condiviso, stabilisce 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”*⁴⁵ (Cass. Civ. n. 31902/2018).

Il legislatore non ha fornito parametri dettagliati riguardo alle modalità e ai tempi di frequentazione tra il minore e il genitore non convivente, ma si è limitato a stabilire che tali modalità devono essere adeguate a garantire un rapporto continuativo ed equilibrato con il genitore non collocatario. Ciò significa che, nel definire i tempi di visita, il Giudice deve assicurarsi che il minore mantenga un legame solido e costante con entrambi i genitori; non vengono imposte rigide regole o orari, lasciando così spazio alla flessibilità e alla personalizzazione in base alle specifiche circostanze di ciascun caso. Questo approccio consente di adattare le disposizioni alle esigenze individuali del minore e alla situazione familiare, promuovendo il benessere del bambino e facilitando un'interazione significativa e costante con entrambi i genitori.

Il Tribunale di Roma, con la sentenza del 14 giugno 2011, ha fornito alcune indicazioni da prendere a modello allorché, nei casi di separazione, sorgano contrasti tra i genitori riguardo al pernottamento dei minori in tenera età. Tra le raccomandazioni, vi sono: introdurre i pernottamenti presso l'abitazione del padre con gradualità, a partire dai tre anni del bambino; incrementare la frequentazione paterna dopo i tre anni e sei mesi, per rafforzare la relazione con il padre; superata questa età, aumentare ulteriormente le visite per garantire il vero e proprio diritto alla bigenitorialità⁴⁶.

⁴⁴ <https://www.brocardi.it/affidamento-condiviso-interpretazioni-giurisprudenziali/382.html>

⁴⁵ Corte di Cassazione - I sez. civ. - sentenza n. 31902 del 10-12-2018.

⁴⁶ Tribunale di Roma, sentenza del 14 giugno 2011.

Anche la Corte di Cassazione si esprime al riguardo⁴⁷, stabilendo che il pernottamento presso il padre doveva essere limitato a una sola notte a settimana fino ai quattro anni del bambino. L'intento di dette pronunce era di consentire al padre, in modo progressivo, di sviluppare la capacità di accudire un figlio molto piccolo, a differenza della madre che solitamente era ritenuta in grado di assumere questo ruolo fin dalla nascita (Cass. Civ., sent. n. 19594/11).

Qualche anno più tardi, nel 2016, il Tribunale di Roma, con una storica sentenza⁴⁸, ha sancito il diritto di un padre a far pernottare presso di sé il figlio di soli 16 mesi. Questa decisione segna un'importante evoluzione giuridica, superando il preconcetto per il quale solo le madri siano in grado di accudire un bambino in tenerissima età e riconoscendo la capacità paterna di fornire cure adeguate e di stabilire un legame significativo con il proprio figlio fin dai primi mesi di vita. Tale pronuncia rappresenta un passo avanti nel riconoscimento del ruolo paritario dei genitori nell'educazione e cura dei figli, contribuendo a promuovere una più equa distribuzione delle responsabilità genitoriali.

Malgrado le recenti evoluzioni giurisprudenziali, è fondamentale considerare le necessità essenziali del minore, primo fra tutti l'allattamento, che rappresenta un bisogno primario nella vita di un bambino; pertanto, i Giudici devono tenere in considerazione tale aspetto nel determinare il momento appropriato per consentire il pernottamento del bambino presso il padre. Questo approccio garantisce che le decisioni siano prese nel miglior interesse del minore, assicurando che sia i suoi bisogni fisiologici che quelli affettivi siano soddisfatti adeguatamente durante le prime fasi della crescita. In altri casi, quando le necessità e l'età del bambino non richiedano regimi specifici, è generalmente prevista un'alternanza del fine settimana tra i genitori, di solito dal venerdì sera alla domenica sera o al lunedì mattina; inoltre, è generalmente previsto un pomeriggio o due a settimana con il genitore non collocatario, con eventuale pernottamento. Per quanto riguarda le festività, il tempo trascorso con ciascun genitore sarà proporzionato al periodo di sospensione delle attività scolastiche, e la stessa disciplina si applicherà alle vacanze estive. In generale, durante le interruzioni scolastiche, il bambino trascorrerà periodi equilibrati con entrambi i genitori, garantendo una gestione equa del tempo e il mantenimento di relazioni stabili con entrambi.

⁴⁷ Cassazione Civile, sentenza n. 19594/11.

⁴⁸ Tribunale di Roma, sentenza dell'11 marzo 2016.

1.6 L'articolo 337 ter, terzo comma

Ai fini di una trattazione esaustiva, è fondamentale esaminare approfonditamente il terzo comma dell'articolo 337 ter c.c., poiché esso riveste un'importanza cruciale nella determinazione delle modalità di affidamento e delle relazioni tra i genitori e il minore. Il testo recita: *“la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento”*.

Innanzitutto occorre specificare che la responsabilità genitoriale viene esercitata da entrambi i genitori di comune accordo, tenendo in considerazione le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del figlio, e sempre di comune accordo stabiliscono la sua residenza abituale, così come regolato dall'art. 316 del codice civile.

Tale norma è stata dapprima oggetto di revisione da parte della legge n.151/1975, con la quale, come detto in precedenza (*vedi paragrafo 1.2*), è stata sostituita la patria potestà con la potestà genitoriale, e poi è stata ulteriormente modificata dal decreto legislativo n.154/2013, che ha introdotto il concetto di “responsabilità genitoriale” in luogo di quello di “potestà”.

Prima della riforma del 1975, l'articolo 155 del codice civile stabiliva che la potestà genitoriale fosse esercitata dal coniuge a cui erano affidati i figli, poiché l'affidamento esclusivo rappresentava la prassi. Tuttavia, il coniuge affidatario non deteneva l'esclusiva titolarità della potestà, che rimaneva condivisa con il genitore non affidatario, specialmente per le decisioni di maggiore importanza per i figli, come quelle riguardanti l'istruzione, i trattamenti sanitari e i viaggi all'estero. Sebbene il coniuge affidatario avesse una posizione di preminenza nell'esercizio della potestà, non vi era una totale esclusione del genitore non affidatario, che conservava il diritto e il dovere di vigilare sull'operato dell'altro genitore, salvo i casi in cui tale esercizio risultasse dannoso per il minore⁴⁹.

Con la riforma del 2006, è stato modificato il terzo comma dell'art. 155 c.c. e viene consacrato il diritto del minore alla bigenitorialità: viene affermato che *“la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”*, anche se ancora limitata alle decisioni di maggiore importanza riguardanti

⁴⁹ <https://www.diritto.it/da-potesta-a-responsabilita-genitoriale-cambiamento/>

l'istruzione, l'educazione e la salute, le quali devono essere prese di comune accordo, avendo cura delle capacità e perseguendo le inclinazioni del figlio.

L'articolo 337-ter, così come modificato dal d.lgs. 154/2013, in attuazione della l. 219/2012, riprende i contenuti del precedente articolo 155 del codice civile e sottolinea l'importanza dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, stabilendo che l'adozione delle scelte di maggiore importanza, precisamente quelle riguardanti l'istruzione, l'educazione, la salute e la residenza del minore, debbano essere prese di comune accordo tra i genitori⁵⁰. In ogni caso, pur rimarcando quali ambiti siano considerati di maggiore interesse, si è ritenuto opportuno non considerare tale elenco come tassativo; sarebbe impossibile, infatti, anticipare tutte le decisioni che, nel corso della vita dei figli, potranno rivelarsi fondamentali per la loro crescita e formazione. Pertanto, la norma lascia spazio a una certa flessibilità per affrontare situazioni non previste che possano emergere e rivelarsi cruciali per la vita dei minori⁵¹.

Attualmente, vige l'obbligo di consultazione preventiva tra i genitori riguardo alle scelte di maggiore interesse per il figlio, indipendentemente dalla tipologia di affidamento adottata, coerentemente con la *ratio* propria dell'affidamento esclusivo, che rappresenta una soluzione eccezionale e residuale.

L'affido esclusivo, è configurato come istituto eccezionale⁵² (da ultimo, Trib. Torre Annunziata, 27 maggio 2022 n. 1247, sottolinea come *“l'affido esclusivo rappresenta una deroga eccezionale al principio di bigenitorialità: perché venga deciso l'affidamento esclusivo non basta la mera conflittualità fra i genitori ma occorre la prova, in positivo, dell'idoneità di un solo genitore e la prova in negativo dell'inidoneità dell'altro, vale a dire la manifesta carenza o inidoneità educativa dello stesso o, comunque, la presenza di una sua condizione tale da rendere l'affido condiviso, in concreto, pregiudizievole per il minore”*) che il Giudice, può disporre, con provvedimento motivato, qualora ritenga che il rapporto con l'altro sia contrario all'interesse del minore. Il legislatore ha, in tal modo, recepito un sentimento radicato e diffuso nella società che considerava l'affidamento esclusivo estremamente penalizzante: infatti, anche se non interrompeva del tutto il rapporto con il genitore non affidatario comportava, comunque, il rischio di una larga esclusione di quest'ultimo dalla vita del figlio. In particolare, diverse, in questo ambito, le pronunzie in merito alla controversa nozione della c.d. “sindrome da alienazione parentale”⁵³ (il c.d. fenomeno della

⁵⁰ <https://www.diritto.it/da-potesta-a-responsabilita-genitoriale-cambiamento/>

⁵¹ Murgo C. (2006), *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Giuffrè Editore

⁵² Trib. Torre Annunziata, 27 maggio 2022, sentenza n. 1247.

⁵³ in dottrina, Casonato, M.: *“Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale nei conflitti familiari”*, Fam. dir., 2015; in giurisprudenza, in senso critico, si rinvia a Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2022, ord. n. 286: *“Il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori”*.

“PAS”) espressione di un uso distorto dell’ufficio di genitore, ancorata all’idea del figlio inteso come “proprietà” esclusiva”.

Per “PAS” deve intendersi una controversa dinamica psicologica disfunzionale elaborata dal medico statunitense Richard Gardner, secondo il quale insorgerebbe nei figli minori coinvolti in contesti di separazione e divorzio dei genitori, definiti conflittuali, in particolare nei procedimenti giudiziari per l’affidamento. Il fenomeno consiste in un vero e proprio “lavaggio del cervello” dei figli perpetrato dal genitore alienante ai danni del genitore alienato, realizzato mediante una campagna denigratoria fatta di odio, disprezzo e rabbia verso l’ex coniuge che induce il minore, senza un giustificato motivo, a screditare, infamare ed allontanare il genitore alienato. Nello specifico, viene definita *“una forma di abuso emotivo, che si pone all’inizio di una cascata di eventi psichici, che ha solo l’origine nel trauma dell’esposizione continuata dei figli al genitore indottrinante, il quale gli trasmette un vissuto di minaccia incombente per l’avvicinarsi dell’altro genitore, nonché il suo odio patologico”*⁵⁴. La giurisprudenza italiana ha affrontato i casi di affidamento familiare nei quali emergono profili assimilabili al concetto di alienazione genitoriale, provando a contemperare da un lato il principio della bigenitorialità e del rispetto della vita familiare, che impongono di tutelare il rapporto tra bambino e genitore “alienato”, soprattutto in presenza di comportamenti denigratori e abusivi da parte del genitore “alienante”, e dall’altro l’esigenza di ascoltare il minore e di prendere seriamente in considerazione i suoi desideri e le sue scelte, tra le quali quella di allontanarsi da un genitore con il quale il rapporto si sia irrimediabilmente deteriorato. In relazione alla rilevanza probatoria di consulenze tecniche d’ufficio, perizie e altre relazioni mediche che formulino una diagnosi di sindrome di alienazione genitoriale, la Suprema Corte di Cassazione ne ha a volte ammesso l’utilizzabilità, altre volte si è espressa nettamente nel senso della loro mancanza di fondatezza e credibilità scientifica⁵⁵. La situazione di incertezza che n’è risultata è stata risolta con la sentenza della I Sezione Civile n. 6919 del 2016, nella quale la Cassazione ha inteso affermare il principio per il quale il giudice non si deve basare su un *“giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia”*, la PAS, controversa nella comunità scientifica, ma *“accertare la veridicità in fatto”* dei comportamenti all’origine della crisi della relazione genitoriale, perché *“tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l’altro genitore”*⁵⁶. Con l’ordinanza n. 9691 del 24 marzo 2022, la Corte di Cassazione ha stabilito che *“il richiamo alla sindrome d’alienazione parentale e ad ogni suo, più o meno evidente, anche*

⁵⁴ <https://www.istitutopsicoterapie.com/il-fenomeno-della-pas-la-sindrome-da-alienazione-parentale/>

⁵⁵ <https://www.diritto.it/la-suprema-corte-di-cassazione-si-dice-contraria-alla-sindrome-da-alienazione-genitoriale/#4>

⁵⁶ Cassazione civ., sez. I, 8 aprile 2016, n. 6919.

*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 di uno dei genitori*⁵⁷. I Supremi Giudici hanno stabilito che non può essere garantita la bigenitorialità ad ogni costo, ma si deve tenere conto in primo luogo dell'interesse del bambino, in quanto, patologie non riconosciute scientificamente, sono di per sé inidonee a giustificare un provvedimento di affidamento esclusivo rafforzato a favore di un genitore, essendo necessari altri elementi che dimostrino la mancanza di competenze genitoriali dell'altro genitore. La sindrome di alienazione parentale, in quanto patologia non riconosciuta scientificamente, è di per sé inidonea a giustificare un provvedimento di affidamento esclusivo rafforzato a favore di un genitore, essendo necessari altri elementi che dimostrino la mancanza di competenze genitoriali dell'altro genitore⁵⁸.

Appare superfluo considerare, come è stata invece costretta a fare la Suprema Corte, che il genitore che instaura con il figlio “un legame simbiotico e patologico”, tale da escludere l'altro genitore o gli ascendenti, pone in essere un comportamento che può incidere negativamente sull'equilibrato sviluppo psicofisico del minore⁵⁹. In proposito, sempre la giurisprudenza di legittimità⁶⁰, come abbiamo visto in precedenza (vedi paragrafo 1.5) ha chiarito che *“la valutazione dell'idoneità genitoriale, deve avere ad oggetto anche la capacità di preservare una continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, in quanto è solo tramite queste relazioni che si può garantire il diritto del figlio ad una crescita serena e armoniosa”*. Ne consegue che il giudice ha l'obbligo, attraverso i comuni mezzi di prova, ivi compreso l'ascolto del minore, ed anche mediante il ricorso alle presunzioni, di accertare se vi sono comportamenti di un genitore che, in quanto ostile all'altro, impediscano un sano ed equilibrato rapporto.

La tutela dei rapporti familiari ed affettivi, per essere concreta, va effettuata attivando *“strumenti di intervento che tutelino sia il genitore non collocatario che la prole, in modo da assicurare loro il mantenimento di relazioni costanti nel tempo, anche in quei casi in cui uno dei due genitori, in genere quello con cui convivono, ostacoli tali rapporti. La risposta del sistema giudiziario deve essere efficiente, soprattutto nell'interesse della prole che, per un armonico sviluppo psico-fisico, ha bisogno di relazionarsi, in maniera equilibrata, con entrambe le figure genitoriali”*⁶¹. Il passare del tempo, senza che il rapporto affettivo da tutelare possa esprimersi liberamente determina, il

⁵⁷ Cassazione, ordinanza 24/03/2022 n. 9691.

⁵⁸ <https://www.diritto.it/la-suprema-corte-di-cassazione-si-dice-contraria-alla-sindrome-da-alienazione-genitoriale/#5>

⁵⁹ Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2019 n. 13274, www.italgiure.giustizia.it: la Suprema Corte ha sottolineato, altresì, come *“l'affido esclusivo di un minore a un genitore non può essere basato soltanto su una diagnosi di sindrome di alienazione parentale, in quanto ogni fattispecie esaminata richiede un'attenta analisi da parte degli interpreti”*.

⁶⁰ Cass. Civ., sez. I, 8 aprile 2019, n. 9764.

⁶¹ Corte EDU, 7 ottobre 2021, ric. n. 29786/19 T. M. c. Italia.

consolidarsi di “*situazioni familiari disfunzionali*”, che possono provocare ricadute negative sui figli⁶².

La concertazione preventiva tra i genitori per le decisioni importanti rappresenta una modalità efficiente ad assicurare ai figli di relazionarsi in modo equilibrato con entrambi, oltre a permettere a ciascun genitore di partecipare attivamente alla loro vita e di offrire loro supporto e vicinanza. Se uno dei genitori non rispetta l'obbligo di preventiva concertazione, stabilito dalla norma in discussione, effettuando delle scelte di rilevante importanza per il minore senza consultare l'altro, oppure quando sorgano conflitti tra i genitori nell'attuazione delle disposizioni relative alla responsabilità genitoriale e alle modalità di affidamento dei figli, l'altro genitore può rivolgersi al Giudice.

Assodato che l'interesse del minore non può essere precluso dalla conflittualità esistente tra i genitori, sia pure aspra e molto forte, al fine di rafforzare il diritto del minore a preservare rapporti significativi con entrambi i rami genitoriali sono state introdotte, in sede civilistica, strumenti di natura coercitiva. In tale ambito si inserisce l'art.709-ter c.p.c, intitolato “*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*”, introdotto con la legge di riforma n. 54/2006, con l'art. 2, comma 2. Attraverso l'introduzione di tale norma, l'intento del legislatore è stato di fornire uno strumento di tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità, promuovendo un rapporto equilibrato tra il minore ed entrambi i genitori e potenziando, pur se indirettamente, l'effettività delle dei provvedimenti in materia del Giudice⁶³. L'art. 709-ter c.p.c., oggi abrogato, consente al giudice del procedimento in corso o al Giudice investito, ex art. 710 c.p.c. (abrogato), delle controversie tra i genitori, relative all'esercizio e alle modalità dell'affidamento, qualora constati l'esistenza di gravi inadempienze quanto all'esercizio della responsabilità o di atti che “*ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o, più in generale, di atti che arrechino pregiudizio al minore*”⁶⁴ (Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145), di modificare i provvedimenti in vigore e disporre oltre che una serie di sanzioni, anche il risarcimento degli eventuali danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore o condannare al

⁶² Corte EDU, 7 ottobre 2021, ric. n. 29786/19 T. M. c. Italia.

⁶³ Frezza, G. (2009), “*Appunti e spunti sull'art. 709 ter c. p. c.*”, Giust. civ.

⁶⁴ Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145, chiamata a pronunciarsi sulla presunta indeterminatezza della locuzione «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» ha stabilito che “*è possibile individuare i comportamenti sanzionabili in quelle condotte che, pur non apparentemente “gravi”, abbiano arrecato alla prole un danno, non patrimoniale, accertabile e valutabile secondo gli ordinari criteri*”. La Consulta richiama, in particolare, la pronuncia della Suprema corte (Cass. civ., sez. I, 27 giugno 2018, n. 16980) che, sul tenore letterale dell'art. 709-ter c. p. c., nella parte in cui attribuisce al giudice la facoltà di applicare una o più tra le misure previste dalla stessa norma nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti “che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, ha precisato che “*l'uso della congiunzione disgiuntiva evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore*”.

risarcimento dei danni uno dei genitori nei confronti dell'altro, ai sensi del comma 2, n. 2 e 3. Il presupposto della disposizione muove dalla consapevolezza delle difficoltà, del sistema previgente, in ordine alle ipotesi di affidamento esclusivo e del fallimento del ricorso ad un'eventuale tutela in sede penale, per le più gravi ipotesi di abusi, rispetto alle condotte pregiudizievoli di cui all'art.333 c.c., perpetrati in ambito familiare rivelatisi, sostanzialmente, inadeguati ad assicurare il migliore interesse del minore. Vi è da sottolineare, in effetti, che anche sotto il vigore della precedente disciplina sull'affidamento erano previsti dei rimedi per sopperire ad eventuali "mancanze" dei genitori nei confronti dei figli, che potevano considerarsi strumenti sanzionatori, in senso lato: il giudice poteva, su richiesta di parte, modificare le condizioni dell'affidamento, al fine di sanzionare il comportamento del genitore affidatario che si era reso inadempiente. Ma questa misura si era dimostrata, però, più teorica che pratica e, in considerazione della lungaggine processuale, molto spesso il provvedimento interveniva a distanza di anni dalla richiesta, con la conseguenza che, paradossalmente, il mutamento di affidamento si rivelava contrario all'interesse del figlio, in quanto si rischiava, così, di minare il nuovo e diverso equilibrio cui il minore si era faticosamente adattato. Successivamente all'introduzione delle misure riparatorie e sanzionatorie previste dalla legge sull'affidamento condiviso, è stata aggiunta una forma di coercizione indiretta, delineata dall'articolo 614-bis del codice di procedura civile, in caso di violazione delle disposizioni del Giudice in materia. Tale misura si affianca alla sanzione risarcitoria prevista dall'articolo 709-ter del codice di procedura civile, ora abrogato dalla Riforma Cartabia, e consiste nella condanna al pagamento di una somma di denaro predeterminata per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di denaro.

Tali rimedi, sebbene intervengano entrambi quando il diritto del minore a mantenere un equilibrato sviluppo psicofisico con la presenza di entrambi i genitori è stato già compromesso, operano su piani differenti. Tale coercizione indiretta, infatti, ha una funzione principalmente deterrente, mentre la misura risarcitoria si inserisce in un contesto più complesso⁶⁵, in cui la finalità dissuasiva è solo uno degli elementi considerati.

La *ratio* dei provvedimenti⁶⁶ di cui all'art.709-ter c.p.c. sarebbe "sanzionatoria-compulsoria", anche se strutturata in concreto secondo parametri risarcitori. Le misure in esame avrebbero, di fatto, una valenza segnatamente pubblicistica⁶⁷, costituendo una sorta di sanzione connessa alla mancata

⁶⁵ Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, "Il principio di bigenitorialità tra sanzioni e rimedi nella riforma del processo della famiglia".

⁶⁶ De Filippis, B. (2007), *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova.

⁶⁷ Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202, ha riconosciuto che "le misure previste dall'art. 709-ter c. p. c. sono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria e punitiva a garanzia dell'interesse

ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità. Lo scopo del legislatore sarebbe quello di fornire una specifica tutela contro i pregiudizi che il genitore ed il minore subiscono a causa degli impedimenti che vengono frapposti allo svolgimento dell'affidamento, secondo le modalità fissate dall'autorità giudiziaria ma, al contempo, quello di sanzionare il genitore per indurlo a desistere dal tenere dei comportamenti ritenuti illegittimi. Alcune pronunce della giurisprudenza di merito hanno definito, espressamente, le ipotesi di risarcimento ex art. 709-ter, comma 2, n.3 c.p.c., una forma di *punitive damages*: la condanna al risarcimento del danno non sarebbe *“diretta a compensare ma a punire al fine di dissuadere”*⁶⁸. La sentenza n. 18799 del Tribunale di Roma, dell'11 gennaio 2016, ha previsto l'applicazione della sanzione d'ufficio ex art. 709-ter c. p. c. a carico del genitore *“che non ha posto in essere alcun comportamento propositivo per tentare di riavvicinare il figlio al padre”*. Secondo il giudice di merito la condanna al risarcimento del danno ex art. 709-ter c. p. c. *“in ragione della funzione punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale, non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta”*⁶⁹. Il peculiare risarcimento del danno previsto dalla legge sull'affido condiviso affianca alle funzioni compensativo-riparatoria e sanzionatoria-punitiva anche quella preventiva di tipo deterrente o dissuasiva. Tale normativa esprime, in maniera tangibile, la tendenza a rafforzare l'utilizzo dello strumento risarcitorio attraverso l'introduzione di norme che sembrano porsi il duplice obiettivo: di riparare la lesione subita, sanzionando l'autore dell'illecito e di dissuadere dal perpetrare tale condotta illegittima⁷⁰. A supporto di tale prospettazione troviamo la pronuncia delle Sezioni Unite, la n.16601 del 5 luglio 2017, in materia di danni punitivi che contempla sia l'art.709 ter c.p.c. che l'art.614 bis c.p.c. tra le norme che attestano il carattere polifunzionale assunto della responsabilità civile, affermando che *“l'istituto aquiliano pur non avendo mutato la sua essenza presenta una curvatura deterrente/sanzionatoria”* che consente ai giudici di modulare la liquidazione per ristorare il danno patito⁷¹.

Attualmente, è frequente la fattispecie in cui un genitore non adempia agli obblighi di natura economica nei confronti dei figli, ovvero che ostacoli il corretto svolgimento delle modalità di affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale⁷².

pubblicistico, cui è pur sempre finalizzata la tutela del superiore interesse del minore e vanno applicate ex officio da parte del Giudice del conflitto familiare”.

⁶⁸ Tribunale di Roma, sent. n.18799/2016.

⁶⁹ Trib.di Roma sent. n. 18799/2016.

⁷⁰ Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, Op. cit

⁷¹ (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601).

⁷²<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/riforma-cartabia-rimedi-caso-inadempienze-o-violazioni-parte-un-genitore-che-rechino-pregiudizio-minore-AEbGR4OD>

Nei casi in cui si verificano tali inadempienze il legislatore ha previsto, con la Riforma Cartabia, un articolo apposito per disciplinare tale fattispecie: l'art. 473 bis.39 c.p.c., che ha sostituito la disciplina dell'art.709 ter c.p.c. ormai abrogato e rimasto in vigore fino al 27 febbraio 2023. La Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149⁷³, offre indicazioni utili per l'interpretazione dell'art. 473 bis.39, sostenendo che il Giudice, una volta verificata la sussistenza dei descritti comportamenti incidenti negativamente sul corretto svolgimento del programma di affidamento, ovvero anche per gravi inadempienze di ordine economico, può intervenire a modificare il provvedimento vigente e, anche in assenza di istanze di parte, procedere a condannare le parti al pagamento delle sanzioni descritte dalla norma. La natura di queste ultime, tipicamente sanzionatoria, può essere ricondotta, ai *punitive damages*, molto diffusi nei paesi di Common law, previsti in relazione a comportamenti denotati dalla cd. "*malice*" (assimilabile al dolo del nostro ordinamento) relativi alla possibile lesione di diritti fondamentali⁷⁴. La natura sanzionatoria assimilabile tipicamente a quella di natura penale di tali provvedimenti ne consente la cumulabilità con il risarcimento del danno previsto dal successivo quarto comma dell'articolo in esame, al quale il giudice può procedere anche d'ufficio nel caso venga disposto in favore del minore. Una novità rilevante prevista da tale norma, rispetto alla disciplina previgente la riforma, è data dal fatto che le "gravi inadempienze", che possono sollecitare l'intervento del giudice, sono anche quelle di natura economica; il legislatore con tale novità ha superato l'orientamento della Corte Costituzionale (C. Cost. 10 luglio 2020, n. 145) che, anche, in tale recente sentenza aveva ritenuto che l'art. 709-ter, comma 2, c.p.c., dovesse essere interpretato nel senso che il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non doveva essere compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali poteva essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria del pagamento alla Cassa delle Ammende. Le condotte suscettibili di tale sanzione – a parere della Consulta – dovevano infatti essere "altre", ossia soltanto le tante condotte, prevalentemente di fare infungibile, che possono costituire oggetto degli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento di minori⁷⁵. Il legislatore, invece, con tale norma, superando l'interpretazione costituzionalmente orientata ha, invece, precisato che rientrano nel novero delle "gravi inadempienze" anche quelle di natura economica e non solo quelle condotte di fare infungibile, come, ad esempio, quelle relative all'affidamento della prole e all'esercizio del diritto di visita⁷⁶.

⁷³ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 in Gazz. Uff. 19.10.2022, serie gen. n. 245, suppl. ord. n. 5,

⁷⁴ <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/>, Op. cit.

⁷⁵ C. Cost. 10 luglio 2020, n. 145

⁷⁶ <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/>, Op. cit.

1.7 La Riforma Cartabia e il curatore speciale del minore

È evidente che l'affido condiviso diventa difficilmente attuabile in presenza di forte conflittualità tra i genitori e nonostante le misure menzionate (*vedi paragrafo 1.6*) siano state rafforzate dalla misura di coercizione indiretta prevista dall'art. 614 bis c.p.c., con una marcata funzione deterrente e dissuasiva, l'approccio ideale avrebbe dovuto prevedere l'adozione di rimedi soprattutto nella fase procedurale, ossia in un momento precedente alla pronuncia di separazione o divorzio, volti a ridurre i contrasti esistenti nell'interesse del minore. Qualsiasi misura adottata dopo la violazione del diritto del figlio alla bigenitorialità, infatti, interviene spesso troppo tardi, quando i danni all'armonia del suo sviluppo sono già irreversibili. In tal caso, sembra anche pleonastico affermare che nessuna somma di denaro o sanzione a carico del genitore potrà mai compensare le carenze affettive ed educative derivanti da gravi comportamenti dei genitori.

La difficoltà nell'individuare rimedi giuridicamente ottimali deriva dalla constatazione che intervenire preventivamente, attraverso prescrizioni normative o giudiziarie, è quasi impossibile poiché gli obblighi legati alla responsabilità genitoriale implicano azioni che, per loro natura, non possono essere forzate o suscettibili di esecuzione forzata diretta⁷⁷.

Nel tentativo di tutelare i vari interessi in gioco, specialmente quelli del minore, la giurisprudenza ha consolidato un orientamento finalizzato a rafforzare gli strumenti di mediazione, ricorrendo anche alla figura del coordinatore genitoriale; tuttavia, questi strumenti mostrano alcuni limiti a causa della loro natura non vincolante. Allo stesso tempo, è chiaro che l'attività giurisprudenziale non può compensare le carenze derivanti da politiche che non favoriscono adeguatamente i servizi sociali di supporto alle famiglie, e da una normativa ormai obsoleta che non risponde più ai nuovi bisogni emergenti nelle crisi di coppia, che necessitano di interventi rapidi, in special modo a livello procedurale.

La necessità di un mutamento del sistema legislativo è gradualmente emersa e ha trovato concretizzazione con la legge di delega n. 206 del 2021 e nell'ambito di una più ampia riforma sul processo civile è stato successivamente emanato il decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022, entrato in vigore il 18 ottobre 2022 recante l'attuazione della legge n. 206/2021. Oltre a stabilire importanti principi per la creazione di un unico rito per i procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie, e a introdurre, grazie all'art. 473-bis.38, "*Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento*", importanti misure in materia di competenza, con l'obiettivo di semplificare e unificare⁷⁸ la disciplina, va altresì ad innovare la disciplina di cui all'art. 709 ter del codice di

⁷⁷ Senigaglia, R. (2019) "*Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*", Giust. civ.

⁷⁸ Danovi, F. *Il soggetto debole nelle relazioni familiari*, Roma, 17 maggio 2018, www.cassazione.it : "*Uno dei punti nodali è l'unificazione dei riti in materia familiare: prima tappa la riforma dell'art. 38 disp. att. c.c., al fine di superare il*

procedura civile, all'art. 473-bis.39 (*“Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni”*), come evidenziato nella relazione di accompagnamento⁷⁹.

Innanzitutto, viene potenziato il potere d'intervento *ex officio* del Giudice in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, compresi ora anche gli aspetti di natura economica, affermandosi espressamente il potere del giudice di adottare d'ufficio la misura coercitiva di cui all'614-bis. Nella relazione di accompagnamento⁸⁰ si chiarisce che si può operare un distinguo tra le sanzioni riconducibili ai *punitive damages* con una natura assimilabile “a quella penale” cumulabili con il risarcimento del danno, che, qualora riguardi il minore, può essere disposto d'ufficio dal giudice; tale potere giudiziale confermerebbe *“la natura particolare di questo rimedio che presenta, in tali ipotesi, una curvatura deterrente-sanzionatoria”*⁸¹ senza però ignorare la necessità di risarcire un danno derivante da comportamenti che la norma intende sanzionare e scoraggiare e tale potere del giudice trova giustificazione solo in funzione della preminente esigenza di salvaguardare il superiore interesse del minore, come previsto dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza.

Proseguendo con l'analisi della riforma, è stato previsto il ricorso ad un mediatore familiare, da attingere da un apposito elenco, presso ciascun tribunale (ai sensi dell'art. 4. d. lgs 149/2022 deve essere previsto, presso ciascun tribunale, un elenco dei mediatori familiari iscritti presso le associazioni del settore) e tale mediazione non è obbligatoria, ma è demandata ad un invito del giudice dopo che sia stato accertato che non ricorrono le circostanze in ordine al divieto di mediazione, relative ad una violenza domestica e di genere o ad abusi. L'intento di fondo è quello di agire *ex ante*, ove possibile, tentando di risolvere o, comunque, mitigare, la conflittualità tra i genitori in un'ottica di favore e di impulso allo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie⁸². L'obiettivo della disposizione è evitare *“i prevedibili dissidi che oggi comportano una serie di sub-procedimenti che, spesso, minano l'efficacia e la tempestività dell'intervento giudiziario, fornire un quadro il più possibile chiaro del progetto educativo che si intende perseguire, individuarne le modalità di realizzazione da sottoporre al sindacato giudiziale che*

riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario nei procedimenti a tutela dei minori, con l'attrazione dei procedimenti c.d. de potestate alla competenza del giudice ordinario davanti al quale pendono quelli relativi alla crisi di coppia”.

⁷⁹ Relazione illustrativa al d.lgs.10 ottobre 2022, n.149, in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, I, 19 ottobre 2022.

⁸⁰ Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, Op. cit.

⁸¹ Carapezza Figlia, G. (2022), *“Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c. p. c. nella riforma del processo della famiglia”*, Dir. fam. pers.

⁸² Ferrando, G. Fortino, M., Ruscello, F.(2019), *Le riforme - I - legami di coppia e modelli familiari*, Giuffrè, Milano.

dovrà valutarlo alla luce del superiore interesse del minore”⁸³. Il Giudice, infatti, potrà mettere in luce le modifiche necessarie da apportare potendo formulare egli stesso una “proposta”, nell’adottare i provvedimenti temporanei e urgenti.

Malgrado i chiari sforzi del legislatore, l’individuazione di un piano genitoriale di cui all’art. 473 bis.12 c.p.c. sembra essere più adatto a fornire una risposta teorica piuttosto che pratica alle diverse problematiche evidenziate.

Basti pensare al fatto che, con la riforma della filiazione tra i punti significativi, oltre che il riconoscimento, ex artt. 317-bis c.c. e 337-ter c.c. del diritto a intrattenere rapporti significativi con gli ascendenti vi è, ai sensi degli artt. 147 e 315-bis c.c. (rubricati, rispettivamente, “*Doveri verso i figli*” e “*Diritti e doveri del figlio*”), il diritto del figlio ad essere assistito moralmente, tradotto da autorevole dottrina in “diritto all’amore”⁸⁴, che si aggiunge ai tradizionali obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione: è evidente, ad esempio, che nessun piano potrà assicurare l’espletamento di tale diritto- dovere. Il rischio è che la definizione *ex ante* di un prospetto, anche se su proposta del Tribunale, possa rimanere inadempito stante la difficile previsione delle vicende umane dei protagonisti, in quanto connesse essenzialmente a modelli morali, culturali e sentimenti, che molto difficilmente si possono incasellare in un progetto di vita che, sebbene ideale, è destinato a fare poi i conti con la vita reale esposta a sopravvenienze e imprevedibilità. La Corte di Strasburgo ha evidenziato che l’obbligo per le autorità nazionali di adottare delle misure per riunire il figlio e il genitore, con cui non convive, non può mai essere assoluto in quanto a costituire un fattore determinante è pur sempre la comprensione e la cooperazione di tutte le persone interessate: “*per quanto le autorità nazionali devono sforzarsi di agevolare una simile collaborazione, un obbligo per le stesse di ricorrere alla coercizione in materia non può che essere limitato*”⁸⁵. Più efficace è l’intervento finalizzato a rafforzare la figura del curatore speciale. Attraverso le modifiche apportate agli articoli 78 e 80 del codice di procedura civile, applicabili ai procedimenti avviati dal 22 giugno 2022, il legislatore ha ampliato l’ambito di nomina del curatore speciale oltre gli interessi patrimoniali previsti dal comma 6 dell’articolo 320 del codice civile e dai provvedimenti relativi allo stato di adottabilità e alla responsabilità genitoriale. Alla disciplina di cui all’articolo 78 c.p.c., trasposta all’art. 473 bis.8 c.p.c., è stata aggiunta un’ulteriore previsione in forza del quale il giudice, con provvedimento “*succintamente motivato*”, può nominare un curatore speciale, anche d’ufficio, qualora, per gravi ragioni, i genitori appaiano temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; in più, se dovesse rendersi

⁸³ Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, Op. cit.

⁸⁴ Bianca, C.M.(2014), *Diritto civile, 2. 1. La famiglia*, Giuffrè, Milano.

⁸⁵ Corte EDU, 7 ottobre 2021.

necessaria la figura del curatore speciale nel corso del procedimento, anche in quello cautelare, alla nomina provvederà d'ufficio il giudice.

I punti di forza della novella sono essenzialmente due: la legittimazione ad agire, riconosciuta al minore ultraquattordicenne, e l'attribuzione al curatore di poteri di rappresentanza sostanziale⁸⁶. L'attribuzione della legittimazione ad agire al minore per la nomina del curatore speciale, a prescindere dall'adeguatezza o meno dei genitori a rappresentarlo nel procedimento, evidenzia lo sforzo di conferirgli un ruolo centrale, necessario per renderlo sempre più partecipe delle decisioni che lo riguardano. Si riesce ad andare oltre, in tal modo, a quello che è il diritto all'ascolto, la cui applicazione è stata ampliata ex artt. 315-bis, comma 3 e 336-bis c.c. e la cui importanza è già stata ampiamente ribadita dalla Suprema Corte, con l'ordinanza n. 1471 della I Sezione della Cassazione Civile del 25 gennaio 2021⁸⁷ e prima ancora anche le Sezioni Unite, con la sentenza n.22238 del 21 ottobre 2009 già avevano affermato la necessaria audizione del *“minore dodicenne od ultradodicenne, o dotato di capacità di consapevole discernimento, se infrasedicenne, nei processi che riguardano il suo affidamento, salvo che tale ascolto sia contrario al suo superiore interesse, dovendosi motivare l'assenza di consapevole discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto. La mancanza di motivata giustificazione produce la nullità del procedimento per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 Cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o, comunque, diversi da quelli dei genitori”*⁸⁸.

La posizione del figlio risulta, molto spesso, contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento sia richiesto nei confronti di uno solo di essi, dal momento che, in tale ipotesi, non può stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore, posto che quest'ultimo ben potrebbe presentare il ricorso o aderire a quello presentato da uno degli altri soggetti legittimati per scopi meramente personali o, per contro, chiederne la reiezione, se contrario ai propri interessi, non necessariamente coincidenti con quelli del minore⁸⁹. Ne consegue che, grazie ai poteri di rappresentanza sostanziale conferiti al curatore, può essere rimosso ai genitori il potere decisionale circa le scelte sulla vita del figlio che una conflittualità, quando aspra, è in grado di minare.

Il curatore, con i suoi requisiti di terzietà e tramite un attento ascolto del minore, avrà la possibilità di contribuire ad adottare decisioni che contribuiscono a forgiare, giorno per giorno, la personalità

⁸⁶ Art. 473-bis.8 d.lgs 149/2022: prevede che al curatore speciale possano essere conferiti nel provvedimento di nomina ovvero con decreto non impugnabile adottato nel corso del giudizio specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

⁸⁷ Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021, n. 1471.

⁸⁸ Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238.

⁸⁹ Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, Op. cit.

del bambino, con quell'equilibrio che in molti casi può sfuggire al controllo dei genitori evitando che diventi arma di ricatto o di vendetta, così come nella prassi si è, purtroppo, verificato⁹⁰.

⁹⁰ Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, Op. cit.

Capitolo 2: “L’affidamento esclusivo: una risorsa o un limite?”

2. Il regime di affidamento esclusivo e i casi pratici in cui viene disposto

La tematica relativa all’affidamento dei figli assume rilievo centrale, in quanto il fine ultimo che il legislatore e gli interpreti sono tenuti a perseguire è quello della tutela del minore, al quale deve essere assicurato il diritto alla “bigenitorialità” ovvero il diritto a instaurare un rapporto continuativo con entrambi i genitori, un rapporto che sia in grado, cioè, di garantire al minore un armonioso sviluppo psico-fisico. Il “diritto alla bigenitorialità” può essere assicurato al meglio quando tra i genitori, nonostante la separazione (anzi, ancor di più durante la separazione, vista la delicatezza del momento), vige un clima di distensione, di collaborazione, di reciproca comprensione. Il legislatore deve dunque assecondare questa rinnovata concezione delle dinamiche familiari e predisporre tutti gli strumenti idonei ad assicurare una gestione quanto più possibile serena della separazione. In tale ottica, strumenti come quello della negoziazione assistita o modifiche legislative come quelle apportate dalla Riforma Cartabia, che verranno approfondite nel corso della trattazione (*vedi infra paragrafo 2.6*) che tendono a una velocizzazione delle procedure di separazione e divorzio, vanno salutate con favore, poiché costituiscono tasselli di una riforma complessiva in tema di famiglia – cominciata diversi anni fa – che restituisce un’immagine dei rapporti familiari improntati al rispetto della libertà, e, dunque, della felicità di ciascuno, in primis dei figli⁹¹.

Il diritto alla bigenitorialità è sancito anche nelle fonti di carattere sovranazionale: all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è infatti stabilito che: “*Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*”. Come già esplicito in precedenza, dunque, tale diritto alla bigenitorialità tutela l’esigenza del minore di poter godere allo stesso modo dell’affetto e della vicinanza di entrambi i genitori per garantire allo stesso una sana e stabile crescita psicofisica. Nel nostro ordinamento giuridico, in caso di separazione dei genitori, la regola preminente è quella dell’affidamento condiviso, come previsto dall’art. 337-ter del Codice civile, in modo da assicurare il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da parte di entrambi i genitori, e di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale. Il minore deve pertanto poter conservare la relazione con entrambi i genitori, così come con i nonni materni e paterni, al fine di garantire il suo benessere⁹². Per questo motivo, il Giudice, nell’adottare i

⁹¹ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/#:~:text=Qualora%20venga%20disposto%20l'affidamento,da%20entrambi%20i%20genitori%20>

⁹² <https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo-quando-il-figlio-viene-affidato-a-un-unico-genitore/>

provvedimenti necessari, deve fare esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale del minore, valutando prioritariamente la possibilità che i figli minori rimangano affidati a entrambi i genitori. Con l'entrata in vigore della Riforma Cartabia (Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149), è stato introdotto l'obbligo per i coniugi che intraprendono una causa di separazione giudiziale di predisporre, di comune accordo, un piano genitoriale nel quale devono essere indicate le attività del minore, comprese quelle extrascolastiche, e le sue frequentazioni abituali. In tal modo, anche in caso di separazione giudiziale, grazie al piano genitoriale, i genitori possono gestire in modo ottimale le attività del figlio e pervenire a un accordo che realizzi il benessere dei figli⁹³. Il regime ordinario di affidamento dei figli, tanto nati in costanza di matrimonio quanto all'infuori di esso poiché si ritiene che l'affidamento congiunto ad entrambi i genitori meglio risponda all'interesse morale e materiale dei figli in aderenza al principio di bigenitorialità. L'affidamento comporta l'attribuzione del potere di prendere le decisioni più rilevanti per la crescita, l'educazione, l'istruzione e la salute dei minori. Più che un diritto, si tratta di un dovere che spetta a ogni genitore, in virtù dell'obbligo stabilito dal nostro ordinamento di prestare le necessarie attenzioni ai propri figli, di mantenerli e di non far mancare loro l'affetto fino al raggiungimento dell'indipendenza economica. Esso implica che le principali decisioni riguardanti i minori non possano essere prese da un genitore senza aver prima ottenuto il consenso dell'altro; sono escluse da questo principio le decisioni necessarie e urgenti, come ad esempio la sottoposizione a una visita medica.

Al fine di responsabilizzare i genitori e garantire che i figli mantengano solidi legami con entrambi, la legge stabilisce che, di norma, l'affidamento sia condiviso, ossia che le responsabilità siano attribuite in egual misura al padre e alla madre. L'affidamento è quindi un potere decisionale che, di regola, spetta a entrambi i genitori. Nessuno dei due può decidere autonomamente ciò che è meglio per il figlio senza aver raggiunto un accordo con l'altro genitore⁹⁴.

Occorre ricordare brevemente che il concetto di affidamento è distinto da quello di collocazione: quest'ultima si riferisce alla scelta della residenza dove il figlio andrà a vivere in seguito alla separazione o al divorzio dei genitori; a differenza dell'affidamento, non può essere paritaria e non può essere attribuita a entrambi i genitori. La collocazione viene stabilita presso un unico genitore, che il giudice ritiene più idoneo a provvedere alla gestione ordinaria del minore, fatta salva la possibilità per l'altro genitore di vedere il figlio secondo un calendario concordato tra i genitori o, in assenza di accordo, stabilito dal giudice⁹⁵.

⁹³ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

⁹⁴ <https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo-> Op. cit.

⁹⁵ Bonilini G., Op. cit.

Ogni decisione riguardante i minori, dunque, deve essere presa considerando il loro superiore interesse, pertanto, sebbene il principio di bigenitorialità sia fondamentale, l'interesse dei figli può prevalere sul diritto di essere affidati a entrambi i genitori, qualora tale affidamento risultasse dannoso per il loro benessere.

La premessa indicata presuppone l'esistenza di un ambiente familiare sano, dove la separazione possa essere gestita in modo collaborativo e pacifico. Qualora non sussistano le condizioni oggettive per l'affidamento condiviso del figlio, si deve ricorrere a un diverso strumento previsto dal legislatore: l'affidamento esclusivo; esso rappresenta un'eccezione che può essere disposta esclusivamente in casi di grave incapacità da parte di uno dei due genitori⁹⁶. Difatti, l'art 337-quater del codice civile, rubricato "*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso*", al primo comma, ricollegandosi all'inciso contenuto nel primo periodo del comma 2 dell'art 337 ter c.c. ("*Provvedimenti riguardo ai figli*"), disciplina l'affidamento esclusivo stabilendo 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*". Sulla base di quanto disposto dall'articolo in esame, il Giudice, qualora ritenga in virtù del superiore interesse del minore di escludere un affidamento condiviso, deve effettuare una valutazione utilizzando "*umanità, sensibilità psicologica ed esperienza*" (De Filippis - Casaburi, 2004)⁹⁷ tenendo sempre presenti i principi cardine dettati dalla Costituzione e dal Codice Civile in tema di filiazione.

Il ricorso all'affidamento condiviso implica l'esistenza di un ambiente familiare sano, caratterizzato dalla possibilità di gestire la separazione in modo collaborativo e pacifico. Qualora non vi siano le condizioni obiettive per affidare il figlio a entrambi i genitori, bisogna ricorrere a un altro strumento apprestato dal legislatore che è quello dell'affidamento esclusivo⁹⁸.

Una simile premessa risulta necessaria per spiegare il carattere eccezionale dell'affidamento esclusivo, adottato come *extrema ratio*, quando sia assolutamente impossibile propendere per l'affidamento congiunto. Il Tribunale dovrà esaminare non solo la situazione precedente al venir meno del rapporto tra i genitori, ma anche eseguire con saggezza un giudizio prognostico circa gli sviluppi degli avvenimenti futuri andando a valutare quale sia la figura che meglio risponda alle esigenze del minore nella nuova situazione familiare.

Questo principio è stato più volte affermato dai Giudici Ermellini, i quali, con la sentenza della VI Sezione Civile n. 14728 del 19 luglio 2016, hanno stabilito che, in materia di affidamento dei figli minori, il criterio fondamentale cui deve attenersi il Giudice della separazione o del divorzio è

⁹⁶ <https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo- Op. cit.>

⁹⁷ De Filippis B., Casaburi G., 2004, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam

⁹⁸ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/ Op. cit.>

l'esclusivo interesse morale e materiale della prole⁹⁹. Tale principio, in passato previsto dall'art. 155 del Codice Civile e ora sancito dall'art. 337 quater, impone di privilegiare la soluzione più idonea a minimizzare i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e a garantire il miglior sviluppo della personalità del minore. Si richiede, pertanto, un giudizio prognostico riguardo alla capacità di ciascuno dei due genitori di crescere ed educare il figlio nella nuova condizione di genitore singolo e tale prognosi deve basarsi su elementi concreti relativi alle modalità con cui ciascun genitore ha svolto il proprio ruolo in passato, nello specifico *"la capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione e di disponibilità a un rapporto assiduo"*¹⁰⁰; inoltre, devono essere valutati la personalità del genitore, le sue abitudini di vita, l'equilibrio emotivo, la stabilità psicologica, il comportamento morale, la capacità di fornire sostegno e affetto, e l'ambiente che è in grado di offrire, nonché la presenza di una rete di supporto familiare e sociale che possa contribuire al benessere del minore¹⁰¹.

L'analisi della figura genitoriale più adatta a rispondere alle esigenze di vita dei figli deve essere effettuata seguendo un duplice criterio: non solo si deve effettuare una valutazione positiva sull'idoneità del genitore affidatario, ma anche, e soprattutto, una valutazione negativa sull'inidoneità educativa o sulla manifesta carenza dell'altro genitore¹⁰² (Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza n. 24526 del 2 dicembre 2010).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che la motivazione debba essere dettagliata e precisa e non può limitarsi a valutazioni di opportunità o di mera convenienza, ma deve basarsi su circostanze concrete che giustifichino l'eccezione alla regola generale dell'affidamento condiviso¹⁰³. La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, reiterato che i provvedimenti che stabiliscono l'affidamento esclusivo devono essere adeguatamente motivati dal giudice e la motivazione deve riguardare sia il potenziale pregiudizio che un affidamento condiviso potrebbe arrecare ai figli" sia l'"idoneità educativa o la manifesta inadeguatezza dell'altro genitore¹⁰⁴ (Cass. Civ., Sez. I, sent. n.27/2017). Inoltre, la Corte ha chiarito il significato del pregiudizio nei confronti del minore: in positivo, il pregiudizio si manifesta in tutte quelle situazioni che possono alterare o mettere in pericolo il suo sviluppo psico-fisico e il suo equilibrio emotivo; in negativo, esaminando una delle situazioni più comuni nei giudizi di famiglia, ha stabilito che il pregiudizio per il minore non può essere ridotto alla sola indicazione di una conflittualità tra figlio e genitore o tra i genitori stessi, poiché questa non è sufficiente a negare il diritto del minore alla bigenitorialità, né a esonerare il

⁹⁹ Cassazione civile, sez. VI, 19/07/2016, n. 14728.

¹⁰⁰ Cassazione civile, sez. VI, sent. 19/07/2016, n. 14728.

¹⁰¹ Cassazione civile, sez. VI, sent. 19/07/2016, n. 14728.

¹⁰² Cass. Civ., sez. VI, ord. 2/12/2010, n. 24526.

¹⁰³ Bartolini F., Bartolini M., 2016, *Commentario sistematico del diritto di famiglia*, La Tribuna.

¹⁰⁴ Cfr. ex multis, Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 27/2017.

genitore dalle proprie responsabilità genitoriali¹⁰⁵ (Cass. civ., sez. I, ord., 6 luglio 2022, n. 21425). Il punto di riferimento che deve orientare ogni provvedimento giudiziario riguardante i minori, e, quindi quelli relativi al loro affidamento, è il principio della protezione del migliore interesse del minore, il c.d. *"best interest of the child"*¹⁰⁶. Questo principio cardine è sancito primariamente dall'art. 3 della Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176/1991, ed è stato recepito dalla legislazione comunitaria e nazionale, nonché dalla giurisprudenza.

Come evidenziato nelle *"Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore"*, adottate il 17 novembre 2010, il superiore interesse del minore deve essere necessariamente riferito alla ricerca di una soluzione specifica. Ciò significa che il provvedimento adottato deve garantire l'attuazione effettiva non di un interesse astratto e predefinito, ma dell'interesse concreto di quel particolare minore che, nel caso specifico sottoposto a valutazione, è destinatario di quel determinato provvedimento¹⁰⁷.

In questo contesto, la giurisprudenza nazionale ha sottolineato l'importanza di valutare singolarmente ogni situazione in cui sia necessario decidere come affidare il minore a uno solo dei genitori. I Giudici sono chiamati a garantire che la logica della nuova visione sociale eviti soluzioni predefinite e che sia invece affidato al Tribunale il compito di adattare le decisioni alle esigenze specifiche di ciascun caso. Non si tratta, quindi, di cercare distinzioni rigide tra affidamento condiviso e affidamento esclusivo nell'applicazione pratica, bensì di mantenere come obiettivo principale, per il bene dei figli, la continuità della figura genitoriale post-coniugale e tale fine può essere raggiunto *"anche attraverso una parziale sovrapposizione delle due forme di affidamento"*¹⁰⁸ (Tribunale di Roma Sez. I Civile sentenza n. 23620 del 2013).

La disciplina relativa all'affidamento esclusivo è contenuta all'art. 337 quater del Codice civile. Si parla di affidamento esclusivo quando il minore è affidato a uno solo dei genitori anziché a entrambi e può essere disposto, ad esempio, quando uno dei genitori non agisce nell'interesse del minore; in tal caso, il minore viene affidato al genitore che dimostra di potersi prendere cura di lui nel miglior modo possibile.

Tale norma stabilisce che il Giudice può disporre l'affidamento dei figli a un solo genitore con provvedimento motivato quando ritiene che l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore. Inoltre, ciascun genitore può in qualsiasi momento richiedere l'affidamento esclusivo e se questo viene disposto, il genitore affidatario esercita in modo esclusivo la responsabilità

¹⁰⁵ (Cass. civ., sez. I, ord., 6 luglio 2022, n. 21425).

¹⁰⁶ Art. 3 della Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 1989.

¹⁰⁷ *"Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore"*, 17/11/2010.

¹⁰⁸ Tribunale di Roma Sez. I Civ., sent. n. 23620/2013.

genitoriale ed è tenuto ad attenersi alle condizioni stabilite dal Giudice. Tuttavia, le decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere prese congiuntamente da entrambi i genitori e quello non affidatario conserva comunque il diritto e il dovere di vigilare sull'istruzione e l'educazione dei figli, e può rivolgersi al giudice se ritiene che l'altro genitore abbia preso decisioni contrarie all'interesse del minore (art. 337 quater c.c.). In qualsiasi momento, i genitori possono richiedere la revisione delle disposizioni riguardanti l'affidamento dei figli, ai sensi dell'art. 337 quinquies c.c. e il godimento della casa familiare, ex art. 337 sexies del Codice civile, è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli e cessa qualora l'assegnatario non abiti più nella casa familiare, conviva more uxorio o contraiga nuovo matrimonio¹⁰⁹.

È da considerare che la relazione intercorrente tra i due genitori non va di pari passo con quella tra i genitori stessi e i figli: come già visto in precedenza, infatti, l'esistenza di conflitti e la litigiosità tra i genitori non comporta, di per sé, l'esclusione dell'affidamento condiviso; ciò accade nei casi in cui la litigiosità si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole e non alteri, mettendolo a rischio, l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli; se, al contrario, l'affidamento condiviso avesse l'effetto di esporre ogni giorno i minorenni ai litigi tra i genitori, incapaci non solo di condividere le scelte educative, ma anche di riportare e interpretare in modo univoco i fatti a loro relativi, il Giudice potrebbe optare per l'affido esclusivo.

Un altro caso pratico in cui il Giudice può decidere se disporre o meno l'affidamento esclusivo a uno solo dei genitori può essere, ad esempio, quello in cui uno dei due genitori assuma droghe leggere. Il ricorso a tali sostanze stupefacenti, considerate di tipo leggero, da parte di un genitore (così come anche la consumazione di alcolici) non fa venire meno l'affidamento condiviso, a meno che non si risolva in un comportamento grave e costante che pregiudichi le capacità decisionali del genitore in grado di fare venire meno la sua idoneità a prendere decisioni per i figli. Sarà causa di riconoscimento dell'affidamento esclusivo, invece, il comportamento di un genitore che scredita gravemente l'altro, mettendo in dubbio la sua capacità educativa attraverso ripetute e infondate accuse, creando un clima di tensione e conflitto che può compromettere il benessere del minore¹¹⁰. Altre ragioni che possono comportare la scelta dell'affidamento esclusivo da parte del Giudice, possono essere: la violazione, da parte di un genitore, dei suoi doveri; o quando li trascura oppure abusa dei suoi poteri, con grave pregiudizio per i figli, dimostrando un atteggiamento di un genitore negligente, che trascura le sue responsabilità verso il minore, mostrando indifferenza nei confronti delle sue necessità emotive ed educative, oltre che a mancare di partecipare attivamente alla sua vita quotidiana e allo sviluppo complessivo del suo benessere.

¹⁰⁹ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹¹⁰ <https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

Oppure, ancora, quando un genitore non si attiva per preservare la relazione del minore con l'altro genitore, e si adopera per minarne le fondamenta, attraverso azioni o comportamenti che ostacolano o sabotano il rapporto, causando danni emotivi e psicologici al minore; quando uno dei genitori non adempie all'obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro, dimostrando una noncuranza verso l'interesse dei figli e una mancanza di responsabilità nei confronti dei figli; quando un genitore è indifferente nei confronti del figlio, non contribuisce al suo mantenimento e manifesta un disagio sulla relazione affettiva¹¹¹.

¹¹¹ <https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

2.1 I requisiti per la disposizione dell'affido esclusivo e l'esclusione di quello condiviso

L'art. 337 quater del Codice Civile stabilisce, al II comma, primo capoverso, che *"ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma"*; la norma non prevede, quindi, i casi specifici in cui sia legittimo optare per l'affidamento esclusivo, ma si limita ad indicare come unico criterio l'interesse del minore.

È stata la giurisprudenza a delineare una serie di criteri, la cui sussistenza, alternativa o cumulativa, può giustificare il ricorso all'affidamento esclusivo.

I criteri individuati sono tre:

- la sussistenza di un effettivo pregiudizio nel caso in cui si ricorra all'affidamento condiviso;
- l'inidoneità o l'incapacità di uno dei genitori ad occuparsi della prole;
- il rifiuto esplicito e motivato del figlio minore a rapportarsi con uno dei genitori.

Sulla base di queste linee guida analitiche, la giurisprudenza ha individuato alcune situazioni indicative in presenza delle quali l'interesse del minore può essere garantito esclusivamente attraverso l'affidamento esclusivo.

Considerato che la regola dell'affidamento condiviso dei figli è derogabile solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore¹¹², si è precisato, in giurisprudenza, che un tale pregiudizio si verifica, in particolare, nell'ipotesi in cui il genitore non collocatario si sia reso totalmente inadempiente al diritto di visita poiché residente all'estero, essendo tale comportamento indicativo dell'inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente¹¹³(Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 gennaio 2017, n. 977);

un altro caso è quello 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 stabilmente¹¹⁴ (Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 dicembre 2009, n. 26587)¹¹⁵.

Sempre in argomento si è precisato, altresì, che in tema di separazione giudiziale dei coniugi, l'affidamento condiviso dei figli minori, comportante l'esercizio della potestà genitoriale da parte di

¹¹² <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/deroga-affido-condiviso-solo-si-profila-danno-il-minore-AE1p9iIB>

¹¹³ Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 gennaio 2017, n. 977.

¹¹⁴ Caricato C., (2010), *Affidamento esclusivo per inidoneità alla responsabilità genitoriale*, in Famiglia, persone e successioni.

¹¹⁵ Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 dicembre 2009, n. 26587.

entrambi i genitori, con condivisione delle decisioni di maggiore importanza per la prole, costituisce la regola¹¹⁶, cui il giudice di merito può derogare, con provvedimento motivato, disponendo in via di eccezione l'affidamento esclusivo ad un solo genitore, ma non in caso di mera conflittualità tra i coniugi, bensì solo allorché sia provata, in positivo, l'idoneità del genitore affidatario, ed in negativo l'inidoneità dell'altro, vale a dire la manifesta carenza o inidoneità educativa del medesimo, o comunque la presenza di una sua condizione tale da rendere l'affido condiviso in concreto pregiudizievole per il minore¹¹⁷, come ha precisato la Corte di Cassazione, Sez. I, con la sentenza del 18 giugno 2008, n. 16594, che ha confermato la sentenza di merito che aveva disposto l'affido esclusivo di un minore alla madre, in ragione del comportamento gravemente screditatorio della capacità educativa di quest'ultima adottato dal marito, con non provate accuse anche di sue relazioni omosessuali, il che evidenziava la oggettiva inidoneità del padre alla condivisione della potestà genitoriale, pur se la madre aveva mostrato disponibilità a favorire il rapporto tra padre e figlio¹¹⁸. È stata considerata circostanza rilevante per disporre l'affidamento esclusivo il reiterato disinteresse di uno dei genitori nei confronti del figlio, come ha stabilito, *ex multis*, il Tribunale di Napoli¹¹⁹, seguendo un orientamento giurisprudenziale consolidato: se uno dei genitori separati si dimostri assente o poco attento nei confronti del figlio, il minore può essere affidato esclusivamente all'altro genitore e tale decisione serve sia a tutelare l'interesse del minore sia a censurare e moralizzare il comportamento del genitore poco presente e negligente.

Nel caso specifico, il Tribunale ha trattato la situazione di un adolescente in grado di decidere autonomamente se e quando ristabilire il rapporto con il padre, che si era dimostrato assente e poco attento ai suoi bisogni¹²⁰ (Tribunale di Napoli, sentenza n.594/2016). In casi analoghi, sempre il Tribunale partenopeo ha stabilito che l'affidamento esclusivo diventa quasi un obbligo piuttosto che una semplice possibilità¹²¹ (Tribunale di Napoli, sentenza n. 5988/2019).

La condotta del genitore distante e disinteressato nei confronti della vita del figlio ha portato, in un altro caso, alla condanna di un padre al pagamento di un significativo risarcimento danni per essersi completamente disinteressato della figlia sin dalla nascita, privandola della presenza della figura paterna¹²² (Tribunale di Cassino, sentenza n. 832/2016).

Il Tribunale di Bologna, con la sentenza n. 987 del 17 aprile 2008 ha stabilito che bisogna ricorrere all'affidamento esclusivo in caso di totale disinteressamento, da parte di uno dei genitori, verso il

¹¹⁶ <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/deroga-affido-condiviso-> Op. cit.

¹¹⁷ Cassazione, Sez. I, sentenza del 18 giugno 2008, n. 16594.

¹¹⁸ Casaburi G., *Ancora sull'affidamento dei minori*, in Foro it.

¹¹⁹ Tribunale di Napoli, sentenza n.594/2016.

¹²⁰ Tribunale di Napoli, sentenza n.594/2016.

¹²¹ Tribunale di Napoli, sentenza n. 5988/2019.

¹²² Tribunale di Cassino, sentenza n.832/2016.

minore; nel caso specifico, la figlia quindicenne è stata affidata esclusivamente alla madre, essendo emerso nel giudizio che il padre non la vedeva da oltre due anni, disinteressandosi completamente di lei, non versando il contributo per il mantenimento e tenendo condotte elusive e di ostacolo alle iniziative della madre¹²³.

È escluso l'affidamento condiviso, ad esempio, anche qualora uno dei due genitori non abbia presenziato in momenti significativi per la sua esistenza, quali la nascita ed il battesimo, fino a rendersi irreperibile e rifiutando esplicitamente il ruolo genitoriale¹²⁴ (Tribunale de L'Aquila, decreto dell'8.6.2007).

Una particolare forma di disinteresse del genitore nei confronti del figlio è rappresentata anche dal reiterato inadempimento degli obblighi di mantenimento posti a suo carico. Il Tribunale di Roma¹²⁵ ha statuito che il disinteresse dimostrato dal padre nei confronti della prole, manifestato attraverso la violazione sistematica degli obblighi di cura e sostegno, nonché il persistente mancato rispetto dell'obbligo di contribuire al mantenimento dei minori secondo le disposizioni del giudice, costituisce una circostanza adeguata a giustificare l'affidamento esclusivo della prole minore a favore dell'altro genitore. Questo rappresenta un'eccezione alla regola dell'affidamento condiviso, che implica l'esercizio della responsabilità genitoriale e la condivisione delle decisioni di maggiore rilevanza, oltre ai compiti di cura (Tribunale di Roma, Sez. I Civile, sentenza n. 23620 del 2013). Analogamente, il Giudice di legittimità ha confermato tale orientamento, affermando in numerose pronunce che, in relazione alla violazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento a favore dei figli minori, i giudici d'appello hanno correttamente argomentato che il padre, essendo rimasto completamente inadempiente, non ha dimostrato alcuna volontà di fronteggiare i bisogni materiali dei propri figli, offrendo loro ciò che era nelle sue possibilità; l'obbligo di un genitore di provvedere al mantenimento dei figli implica infatti il dovere di soddisfare prioritariamente le loro esigenze, antepoendole alle proprie. La Suprema Corte ha altresì osservato che l'inadempienza non solo pregiudica i figli sul piano materiale, impedendo loro di sfruttare appieno le proprie potenzialità formative, ma ha anche un impatto significativo sotto il profilo morale. Questo comportamento è indicativo della mancanza di qualsiasi impegno da parte del genitore inadempiente nel soddisfare i bisogni dei figli e riflette una carenza di responsabilizzazione. Tale inidoneità del genitore a contribuire alla creazione di un clima di serenità familiare è essenziale per una crescita sana ed equilibrata dei minori¹²⁶ (Cassazione civile, sez. I, 03/01/2017, n. 27). Un ulteriore esempio può essere rintracciato in una pronuncia della Suprema Corte, la n. 977 del 17

¹²³ Tribunale di Bologna, sent. n. 987/2008.

¹²⁴ Tribunale de L'Aquila, decreto dell'8.6.2007.

¹²⁵ Tribunale di Roma Sez. I Civile sentenza n. 23620 del 2013.

¹²⁶ Cassazione civile, sez. I, n. 27/2017.

gennaio 2017, con la quale ha ribadito che l'atteggiamento di disinteresse di uno dei genitori (nel caso di specie, il comportamento assente della madre), verso il minore, comprovato da evidenze concrete, giustifica l'affidamento esclusivo all'altro genitore. Nella stessa decisione, i Giudici di legittimità hanno sottolineato che non è necessario un completo disinteresse da parte di un genitore per ricorrere all'affidamento esclusivo: è sufficiente, ad esempio, che l'altro genitore mantenga con il figlio solo contatti telefonici o via internet e violi costantemente il diritto di visita¹²⁷. Con una sentenza del Tribunale di Caltanissetta del 30 dicembre 2015, è stato, infatti, disposto l'affidamento esclusivo in favore della madre dinanzi alla costante violazione, da parte di uno del padre, delle modalità relative all'esercizio del diritto di visita, violando così il primario diritto dei figli minori di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori, in modo tale da elidere la figura del genitore non collocatario e determinare un grave pregiudizio nello sviluppo psicofisico del figlio¹²⁸.

Il comportamento del genitore che non rispetti il regime delle visite costituisce una violazione del *"primario diritto dei figli minori di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori"*¹²⁹. Nel caso di specie, come evidenziato anche dalla relazione della psicologa del consultorio familiare, posta alla base del provvedimento decisionale, si poteva riscontrare una *"superficialità nei rapporti"* genitore - figli idonea ad arrecare un pregiudizio al figlio.

Inoltre, è stata considerata motivo di preferenza per l'affidamento esclusivo la condotta di un genitore che gestisce il figlio secondo le proprie esigenze e convinzioni, senza rispettare il diritto del minore a mantenere un rapporto con l'altro genitore e qualora un, dotato di *"personalità manipolativa"*¹³⁰ (Tribunale di Cosenza, sez. II, 29/07/2015, n. 778), con un condizionamento programmato allontani fisicamente e psicologicamente i figli dall'altro genitore, cercando persino di allontanarlo fisicamente¹³¹. Come sostenuto dalla dottrina, l'adozione dell'affidamento esclusivo in tali circostanze rappresenta una corretta applicazione del combinato disposto degli articoli 337-ter e 337-quater del Codice civile, che stabiliscono che i figli debbano mantenere rapporti equilibrati e significativi con entrambi i genitori¹³².

Non solo l'assenza, ma anche la presenza eccessiva di uno dei genitori può indurre il giudice a optare per un affidamento esclusivo, in ragione dell'inidoneità di uno dei genitori che, con le sue cure eccessive, sottopone il bimbo ad uno stress continuo, non consentendogli una vita armonica e

¹²⁷ Cassazione civile, sez. I, n. 27/2017.

¹²⁸ Tribunale di Caltanissetta, sent. 30/12/2015.

¹²⁹ Tribunale di Caltanissetta, sent. 30/12/2015.

¹³⁰ Tribunale di Cosenza, sez. II, 29/07/2015, n. 778.

¹³¹ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote29sym>

¹³² https://www.studiocataldi.it/guide_legali/affidamento_dei_figli/affidamento-esclusivo-dei-figli.asp

serena¹³³ (Cassazione civile, sez. I, 19/05/2011, n. 11068). Questo è stato chiarito anche dalla giurisprudenza di merito e, tra altri casi, anche dal Tribunale di Castrovillari, che ha assegnato l'affidamento esclusivo del figlio al padre a causa dell'attaccamento morboso della madre e del rapporto simbiotico tra loro¹³⁴ (Tribunale di Castrovillari, sentenza del 12 luglio 2018, n. 728). La decisione trova il suo fondamento nell'incapacità della madre di prendere posizioni ferme nei confronti del figlio, di sostenere il rapporto del minore con l'altro genitore e con i parenti paterni, e dal conseguente annientamento della relazione tra il figlio e il padre: tali dinamiche compromettono profondamente l'equilibrio interiore del minore, esponendolo al rischio di sviluppare relazioni sociali e affettive disfunzionali¹³⁵.

Un tema che ha suscitato numerosi confronti giurisprudenziali è quello della conflittualità tra i genitori e la sua incidenza sull'affidamento esclusivo, considerata la sua potenziale capacità di turbare l'equilibrio psico-fisico del figlio. Dall'analisi di un consistente numero di sentenze in materia, emerge che solo una conflittualità particolarmente elevata tra i genitori può giustificare l'affidamento esclusivo. Quest'ultimo, infatti, non può essere preferito quando la conflittualità rientra nei limiti del disaccordo consueto e prevedibile tra due individui che hanno deciso di separarsi. Detta conclusione va tuttavia adeguata ai singoli casi specifici: alcune decisioni hanno concluso che la grave conflittualità esistente tra i genitori può costituire un fatto di rilevante influenza sul regime di affidamento più consono, in virtù della preminenza che riveste in tali procedimenti l'interesse del minore, da intendersi come riferito alle sue fondamentali ed imprescindibili esigenze di cura, educazione, istruzione e sana ed equilibrata crescita psicologica, e può, pertanto, fondare la domanda di affidamento esclusivo¹³⁶, come sancito con la pronuncia della Sezione I Civile, n. 18559 del 22 settembre 2016, dalla Corte di Cassazione¹³⁷. Sempre i Giudici Ermellini, infatti, hanno stabilito con ordinanza, la n. 29999 del 31 dicembre 2020, che è legittimo l'affidamento esclusivo rafforzato dei minori al padre nel caso in cui la madre con il proprio comportamento renda cronico il conflitto genitoriale e non appaia in grado di svolgere alcuna funzione educativa nei confronti dei figli ed anzi arrecando loro pregiudizi¹³⁸ (Cass. Civ., ordinanza 31 dicembre 2020, n. 29999).

¹³³ Cassazione civile, sez. I, 19/05/2011, n. 11068.

¹³⁴ Tribunale di Castrovillari, 12.07.2018, n. 728.

¹³⁵ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote26sym>

¹³⁶ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/> Op. cit.

¹³⁷ Cassazione civile, Sez. I, 22/9/2016, n. 18559.

¹³⁸ Cass. Civ., ordinanza 31 dicembre 2020, n. 29999

A conferma di tale orientamento, meritano di essere citate la sentenza del Tribunale di Genova del 18 aprile 1991¹³⁹, che con la sua portata storica ha stabilito che l'affidamento congiunto dei figli presuppone il massimo spirito collaborativo tra i coniugi e pertanto deve escludersi la sua applicazione allorquando persistano contrasti tra i medesimi e disporsi l'affidamento esclusivo¹⁴⁰, e la pronuncia del Tribunale di Milano, sez. IX, 12/05/2008, n. 4353, del 12 maggio 2008¹⁴¹, che ha confermato l'affidamento esclusivo del figlio minore alla madre, così come disposto in sede di provvedimenti provvisori, apparendo impossibile l'instaurarsi tra le parti di quel minimo di dialogo costruttivo necessario perché l'affidamento condiviso potesse essere realmente attuato¹⁴². Si ricorda, poi, che la Suprema Corte, nella già citata sentenza n. 27/2017, ha precisato che la conflittualità tra i coniugi, derivante dalle loro particolari caratteristiche personali, non costituisce di per sé un motivo sufficiente per derogare al regime ordinario dell'affidamento condiviso a favore di quello esclusivo, a meno che il primo non risulti pregiudizievole per l'interesse dei figli, compromettendo seriamente il loro equilibrio e sviluppo psico-fisico. In tali circostanze, la decisione di optare per l'affidamento esclusivo deve essere accompagnata da una motivazione dettagliata, che non solo evidenzi il danno potenziale per i figli derivante dall'affidamento condiviso, ma anche l'idoneità del genitore affidatario e l'inadeguatezza educativa o la manifesta carenza dell'altro genitore¹⁴³.

Ancora, è stato considerato motivo di affidamento esclusivo a uno dei genitori il fatto che la madre avesse aderito a una nuova religione, quella dei Testimoni di Geova, ritenuta destabilizzante per il minore poiché presentava un modello educativo che impediva una corretta socializzazione¹⁴⁴. In modo analogo, la Corte di Cassazione, con la sentenza del 4 aprile 2013, n. 24683, ha vietato al padre, convertitosi a una nuova fede religiosa dopo la separazione, di portare le figlie alle riunioni religiose. La Corte ha motivato questa decisione con il fatto che le figlie vivevano *"in un contesto connotato dal credo cattolico"* e non avevano raggiunto la maturità necessaria per scegliere autonomamente un culto religioso; per questi motivi, la Suprema Corte ha, inoltre, stabilito che le minori trascorressero con la madre i giorni più significativi delle festività natalizie e pasquali, quali il 24 e 25 dicembre, il primo e il sei gennaio, il giorno di Pasqua, nonché il loro compleanno¹⁴⁵.

¹³⁹ Tribunale di Genova, sentenza del 18/04/1991.

¹⁴⁰ (1991) Articolo pubblicato in *Giustizia civile*.

¹⁴¹ Tribunale di Milano, sez. IX, 12/05/2008, n. 4353.

¹⁴² (2008) Articolo pubblicato in *Giustizia a Milano*.

¹⁴³ Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 27/2017.

¹⁴⁴ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote16sym>

¹⁴⁵ Cassazione civile, sez. I, sentenza 04/11/2013, n.24683.

L'affidamento esclusivo della prole minorenni può essere disposto, poi, quando la condotta violenta e aggressiva di uno dei genitori, manifestata in presenza del minore e rivolta contro l'altro genitore o un parente, sia tale da causare un grave turbamento al minore stesso. Un caso esaminato dal Tribunale di Roma, Sez. I, del 27 gennaio 2015, n. 1821, riguarda un ricorso presentato da una madre, la cui figlia era affetta da sindrome dello spettro autistico, la quale denunciava che il padre avesse mostrato comportamenti violenti e aggressivi sia nei suoi confronti sia verso il nonno materno, anche alla presenza della figlia, e che avesse ommesso di contribuire al suo mantenimento. Le accuse della madre erano corroborate dall'adozione di una misura coercitiva ex art. 282 c.p.p. nei confronti del padre, consistente nel divieto di avvicinarsi a lei e ai luoghi da lei frequentati; il padre era stato, poi, rinviato a giudizio e successivamente condannato per il reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi ex art. 572 cod. pen. e nel corso del procedimento penale erano emerse prove di telefonate minacciose e continue¹⁴⁶.

Si ricorre all'affido ad uno solo dei genitori anche nel caso in cui si verificano perduranti problematiche di aggressività di uno dei genitori¹⁴⁷ (Tribunale di Nicosia, sentenza del 22/04/2008)¹⁴⁸; ovvero, nel caso in cui uno dei genitori manifesti una incapacità di controllo dell'impulsività dell'agire, anche se tale impulsività non sia riferibile direttamente ad una psicopatologia (Tribunale Roma, Sez. I, del 15 luglio 2016)¹⁴⁹; oppure, anche quando risulti necessario evitare che un genitore possa privare l'altro dei contatti con il figlio, quando sia dimostrato che il primo non è persona in grado di tutelare il rapporto con l'altro genitore¹⁵⁰ (Tribunale di Palermo, sentenza del 02 novembre 2007). Ancora, un'altra causa che comporta la scelta dell'affido esclusivo si ha qualora un genitore risulti di assai cattiva condotta morale e civile, sia stato condannato per omicidio e per altri non lievi reati, presenti un carattere collerico e violento, sia affetto da etilismo cronico, e manifesti un notevole disprezzo per omosessuali e “*diversi*”¹⁵¹. Il Tribunale dei minorenni di Catanzaro, con la pronuncia del 27 maggio 2008, ha stabilito che detta cattiva condotta morale e civile può indurre la prole, in caso di affido condiviso, a nutrire verso questi ultimi un sentimento di disprezzo e di avversione, contrario allo spirito di tolleranza ed al rispetto delle cd. “*diversità*”, fattori, questi ultimi, non secondari per una equilibrata e serena formazione psicofisica e, soprattutto, morale e civica dei minori¹⁵².

¹⁴⁶ Tribunale di Roma, Sez. I, del 27 gennaio 2015, n. 1821.

¹⁴⁷ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹⁴⁸ Tribunale di Nicosia, sentenza del 22/04/2008.

¹⁴⁹ Tribunale Roma, sez. I, 15/07/2016.

¹⁵⁰ Tribunale Palermo, sentenza del 02/11/2007.

¹⁵¹ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹⁵² Tribunale minorenni Catanzaro, sentenza del 27/05/2008.

A seguito della costante condotta di uno dei genitori che, privo, tra l'altro, di una propria abitazione, chiede ospitalità a parenti ed amici, induce o costringe il minore a duplicare con lui ogni sua condotta tenuti presso l'altro genitore, come, ad esempio, due turni scolastici, due attività sportive, due diete alimentari, così arrecando al figlio traumi e pregiudizi d'ordine psicologico presuntivamente irreversibili, si opta per l'affidamento esclusivo a uno soltanto dei genitori¹⁵³. È stato stabilito, ad esempio, che l'affidamento esclusivo può essere disposto allorché il minore manifesti difficoltà di relazione con uno dei due genitori¹⁵⁴ (Tribunale di Messina, sez. I, sentenza del 18 novembre 2011, n. 2023) o a fronte della sua radicata e persistente avversione, al punto di rifiutare anche solo di incontrarlo¹⁵⁵ (Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 17 maggio 2006)¹⁵⁶. Al termine di questa approfondita disamina dei casi in cui il giudice può preferire l'affido esclusivo rispetto a quello congiunto, in assenza di una specifica e tassativa elencazione da parte del legislatore, si può concludere che le ipotesi di affidamento esclusivo siano individuabili ogni volta che l'interesse del minore possa essere compromesso da un affidamento condiviso.

¹⁵³ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹⁵⁴ Tribunale di Messina, sez. I, 18/11/2011, n. 2023.

¹⁵⁵ Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 17/05/2006.

¹⁵⁶ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo/> Op. cit.

2.2 Confronto tra affidamento esclusivo e affidamento condiviso

L'affidamento condiviso è la regola generale che disciplina l'affidamento dei figli a seguito della cessazione della relazione affettiva e quindi della convivenza tra i genitori. È l'istituto prescelto nella generalità dei casi, in quanto attraverso il modello dell'affidamento condiviso viene garantito l'esercizio effettivo della responsabilità genitoriale da parte di tutti e due i genitori in modo tale da permettere ad entrambi di partecipare attivamente all'educazione dei figli e curare i loro bisogni e interessi in modo diretto, incentivando così un sano ed equilibrato sviluppo della prole¹⁵⁷. Con l'affido sia alla madre che al padre, i genitori sono in grado di prendere insieme le decisioni di maggiore interesse e importanza per i minori, prime fra tutte quelle relative alla scuola, alla salute e alle scelte educative. Nel caso in cui sorga un disaccordo sulle questioni rilevanti, le parti dovranno rivolgersi al giudice; per le questioni di ordinaria amministrazione, invece il giudice può disporre che i genitori possano prendere decisioni separatamente¹⁵⁸.

L'istituto dell'affidamento condiviso, come già esplicito in precedenza (*vedi capitolo 1, paragrafo 1.4*), è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con la legge n.54/2006 al fine di dettare nuove regole per l'esercizio di quella che oggi viene definita la responsabilità genitoriale introducendo nel nostro ordinamento il cd. "principio della bigenitorialità", ovvero il principio secondo il quale un bambino ha diritto a mantenere un rapporto stabile e con entrambi i genitori, ex art 337 ter del codice civile, nonostante gli stessi siano separati o divorziati e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. L'affido ad entrambi i genitori è divenuta, pertanto, la prassi e per discostarsi da tale opzione e ricorrere all'affidamento esclusivo è necessaria una specifica motivazione da parte del Giudice, da riportare nel provvedimento giurisdizionale, "*facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'art. 337 ter c.c.*"¹⁵⁹ (art. 337 quater, secondo comma, del codice civile).

L'art. 337-ter del codice civile impone oggi al giudice di valutare prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, in modo da realizzare al meglio il diritto della prole a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi¹⁶⁰. Viene assegnato alla figura della madre un ruolo primario e centrale e nella maggior parte dei casi i figli vengono collocati presso di lei a cui, in genere, viene anche assegnata la casa familiare. L'obiettivo rimane, in ogni caso, la possibilità per il minore di poter mantenere con entrambi i genitori una relazione affettiva, stabile e significativa che deve essere costruita e

¹⁵⁷ <http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso-esclusivo-e-super-esclusivo/>

¹⁵⁸ <https://www.avvocatipolenzanibrizzi.it/affido-condiviso/>

¹⁵⁹ Art. 337 quater, secondo comma, del codice civile.

¹⁶⁰ <http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso>, Op. cit.

mantenuta nel rispetto dei diritti del minore, promuovendo il suo benessere psicologico ed emotivo. Questo scopo si persegue attraverso un'adeguata disciplina delle modalità di frequentazione e permanenza, garantendo che entrambi i genitori partecipino attivamente alla vita del minore e alle decisioni che ne influenzano lo sviluppo e la crescita, in un contesto di cooperazione e responsabilità condivisa.

Sempre in virtù del fatto che l'interesse materiale e morale del minore costituisce l'obiettivo precipuo a cui deve mirare ogni decisione, è stata sancita l'importanza fondamentale di permettere al minore di poter esprimersi liberamente e soprattutto di poter dare voce alle sue esigenze e necessità. L'esistenza del diritto all'ascolto del minore è ribadita dall'art. 366-bis, introdotto dal d.lgs n. 54/2013, di cui il primo comma dispone: *“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”*¹⁶¹.

Il Giudice conduce l'ascolto, anche con l'aiuto di esperti o altri ausiliari mentre la partecipazione di genitori, difensori delle parti, curatore speciale del minore e P.M. è possibile solo previa autorizzazione del giudice¹⁶².

Si ricorda, inoltre, che al genitore collocatario può essere corrisposto l'assegno familiare anche nel caso in cui egli non sia titolare di un autonomo diritto a richiedere la prestazione, in quanto, ad esempio, non lavoratore né titolare di pensione).

L'art. 337-quater regola la disciplina dell'affidamento esclusivo e dispone 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:

viene riconosciuta a ciascun genitore la possibilità di opporsi all'affidamento condiviso e di richiedere l'affidamento esclusivo.

Nel caso in cui venga disposto l'affidamento esclusivo a uno dei genitori, il ruolo dell'altro genitore non viene meno, infatti, quest'ultimo mantiene sia il diritto sia il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione dei figli e, salvo diversa disposizione, restano ad entrambi i genitori le decisioni di maggiore interesse per i figli¹⁶³. Il genitore non affidatario, quindi, esercita una funzione di monitoraggio sull'operato dell'altro genitore e ha la possibilità, inoltre, di ricorrere al Giudice qualora ritenga che siano state prese decisioni pregiudizievoli per l'interesse dei figli¹⁶⁴.

¹⁶¹ Art. 366-bis, primo comma, d. lgs. n.54/2013.

¹⁶² <https://www.avvocatipolenzanibrizzi.it/affido-condiviso/> Op. cit.

¹⁶³ <http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso>, Op. cit.

¹⁶⁴ <http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso>, Op. cit.

È fondamentale tutelare l'interesse morale e sociale del figlio, nonché il contributo al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli da parte di entrambi i genitori. Le disposizioni relative l'affidamento condiviso, dunque, possono essere riviste dal giudice. Secondo il dettato normativo, nel momento in cui sussistono gravi elementi che impediscono al genitore di esercitare il proprio ruolo in modo adeguato è possibile ricorrere all'affidamento esclusivo (art. 337 quater c.c.). L'unica ragione che può portare il Giudice a effettuare una scelta di questo genere è l'interesse del minore, il bisogno e l'obbligo giuridico di garantire a lui o a lei un sano sviluppo psico-fisico.

La giurisprudenza ha ritenuto che si possa prevedere la forma di affidamento esclusivo quando l'affidamento condiviso recherebbe un pregiudizio per il figlio, come è stato approfondito in precedenza (*vedi paragrafo 2.1*).

Un'ipotesi sottoposta al vaglio giurisprudenziale che ha comportato, poi, la decisione per l'affidamento esclusivo del figlio si verifica quando uno dei genitori sia di fatto assente, non provveda al mantenimento del figlio e talvolta non si renda nemmeno reperibile¹⁶⁵. E' il caso oggetto della sentenza del Tribunale di Torino, del 20 gennaio 2023, n. 205: nel caso in esame, erano stati rilevati concreti indici di inadeguatezza genitoriale del padre, il quale aveva trascurato la relazione con la figlia, giungendo a nascondere il suo nuovo indirizzo¹⁶⁶.

Altra ipotesi in cui si può propendere per l'affidamento esclusivo è quella in cui uno dei genitori venga giudicato colpevole per reati, quali quello di maltrattamenti in famiglia, che implicano un giudizio di inadeguatezza a carico del genitore macchiatosi di tali condotte violente. Lo ha stabilito il Tribunale di Verona, con decreto del 24 aprile 2023, n. 2726 anche se con riguardo all'ipotesi in esame il procedimento penale era stato archiviato¹⁶⁷. Il Tribunale ha infatti ritenuto che le condotte tenute dal padre della minore, comprovate anche dal provvedimento restrittivo emesso dall'autorità di polizia, non fossero idonee a fondare un giudizio di piena idoneità genitoriale¹⁶⁸. Vi sono alcune circostanze nelle quali, invece, l'affidamento esclusivo non viene concesso: se uno dei due genitori abbia una reale o presunta relazione omosessuale che non va ad arrecare alcun pregiudizio al rapporto con i figli; se uno dei genitori aderisce a una religione diversa da quella cattolica, se questo non costituisce un motivo di turbamento della psiche della prole e non va ad alterare le abitudini di vita; se uno dei due genitori è stato accusato ma non condannato da una sentenza penale.

¹⁶⁵ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹⁶⁶ Tribunale di Torino, sentenza del 20 gennaio 2023, n. 205.

¹⁶⁷ Tribunale di Verona, decreto del 24 aprile 2023, n. 2726.

¹⁶⁸ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

L'affido condiviso può essere stabilito anche se i due genitori risiedono in due città diverse, anche molto lontane tra loro, perché non è la distanza che impedisce ad entrambi di raggiungere l'accordo sulle questioni più importanti per i figli.

In simili casi l'affidamento esclusivo può essere disposto se derivi un pregiudizio per il sano equilibrio e sviluppo psico-fisico del figlio (Cass. Civ., Sez. I, sent. n.27/2017)¹⁶⁹. Qualora il Giudice provveda con decisione motivata a disporre l'affidamento esclusivo, il genitore affidatario dovrà esercitare in modo principale la responsabilità genitoriale e allo stesso tempo dovrà favorire il rapporto tra il figlio e l'altro genitore, perché quest'ultimo eserciti il diritto di visita - nei tempi e secondo le modalità stabilite dal giudice - e partecipi alle decisioni più importanti nell'interesse dei figli.

Il genitore non affidatario conserva sempre il diritto e il dovere di vigilare sull'educazione e sull'istruzione del figlio, avendo la possibilità di ricorrere dinanzi all'autorità giudiziaria quando ritenga che le decisioni assunte dal genitore affidatario, in via esclusiva, siano contrarie all'interesse del minore.

L'affido esclusivo non comporta la perdita della responsabilità genitoriale in capo al genitore che non ha ottenuto l'affidamento della prole, ma una sua limitazione se sussistano particolari motivi che abbiano portato il giudice a ritenere l'affidamento condiviso dannoso per i figli minori¹⁷⁰. È opportuno ricordare che, secondo la legge, in alcuni casi in cui il padre o la madre risultano particolarmente inadeguati, negligenti o disinteressati, sia materialmente che moralmente, rispetto al ruolo che dovrebbero ricoprire e alla funzione che dovrebbero svolgere, si ricorre all'istituto dell'affidamento superesclusivo, che la giurisprudenza ha saputo individuare dal dettato normativo dell'art. 337-quater del codice civile, introdotto dal D. Lgs. n. 154/2013, che verrà meglio approfondito in seguito (*vedi infra capitolo 3*).

¹⁶⁹ Cass. Civ., Sez. I, sent. n.27/2017.

¹⁷⁰ <http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso>, Op. cit.

2.3 Impatto dell'affido esclusivo sul benessere dei minori

La questione dell'affidamento dei figli, tanto complessa quanto delicata, sia se condiviso da entrambi i genitori che se esclusivo solo a uno di essi, deve perseguire il prioritario obiettivo di garantire il benessere dei minori coinvolti¹⁷¹.

L'affido dei figli a uno o a entrambi i genitori implica la determinazione di chi avrà la responsabilità principale di occuparsi dei bambini dopo una separazione o un divorzio, di provvedere alle loro cure ed educazione, mentre l'altro genitore conserva il diritto di visite regolari o periodi di contatto, oltre al diritto/ dovere di vigilanza sull'operato del genitore affidatario.

La decisione di optare per l'affidamento esclusivo viene presa perseguendo quello che è il miglior interesse dei minori, valutando aspetti come la relazione dei bambini con entrambi i genitori, la capacità di ciascun genitore di soddisfare le loro esigenze e la stabilità dell'ambiente familiare. L'affidamento condiviso, invece, prevede che entrambi i genitori siano considerati idonei a prendersi cura dei figli e a prendere decisioni importanti riguardanti il loro benessere e questo tipo di affidamento richiede una comunicazione efficace e una cooperazione tra i genitori, affinché le necessità dei figli siano soddisfatte in modo adeguato e continuo, come già esplicito precedentemente (*vedi paragrafi 2.1 e 2.2*).

Durante il processo di determinazione dell'affidamento, il Tribunale può anche prendere in considerazione le opinioni dei bambini, tenendo conto della loro età e maturità: generalmente a partire dal dodicesimo anno di età, ma o anche di età inferiore se capace di discernimento, viene garantito al fanciullo il diritto di essere ascoltato¹⁷². È essenziale fornire ai minori un ambiente sicuro dove possano esprimere liberamente i loro desideri e preoccupazioni, e tale principio è cristallizzato all'art. 315 bis, terzo comma, del codice civile, rubricato "*Diritti e doveri del figlio*". L'ascolto dei minori nei giudizi in cui si devono adottare provvedimenti che li riguardano è regolato, nell'ordinamento civile italiano, oltre che dall' art. 315 bis del codice civile, anche dagli articoli 336 bis e 337 octies, cod. civ., introdotti dalla L. 219/2012 e dal D. Lgs. 154/2013, articoli abrogati dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197 - Riforma Cartabia - a livello internazionale, è previsto dall'art. 12, Convenzione di New York e dall'art. 6, Convenzione di Strasburgo.

L'art. 336 bis del codice civile, intitolato "*Ascolto del minore*", disponeva che il minore fosse ascoltato dal Giudice nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo interessano, salvo il caso in cui l'ascolto sia in contrasto con il suo interesse o

¹⁷¹ <https://arcadia.legal/diritto-di-famiglia/affidamento-dei-minori-il-benessere-dei-figli-al-primoposto/>

¹⁷² <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-nei-procedimenti-che-lo-riguardano>

manifestamente superfluo e, in tal caso, il Giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato, ex art. 336 bis, comma I, c.c.

La norma stabiliva, inoltre, che l'audizione fosse condotta dal Giudice, che poteva scegliere di avvalersi di esperti o altri collaboratori e di autorizzare la presenza dei genitori, anche se parti processuali, dei legali delle parti, del curatore speciale del minore, se nominato, e del Pubblico Ministero, i quali avevano piena facoltà di proporre al Giudice argomenti e temi da approfondire prima dell'inizio dell'udienza¹⁷³.

Prima dell'audizione, il Tribunale doveva procedere a rendere edotto il minore sulla natura del procedimento e sugli effetti che il colloquio stesso potrà avere su di lui e dell'adempimento veniva redatto un verbale che descriveva il comportamento del minore oppure veniva effettuata una registrazione audio-video.

L'art. 337 octies del codice civile, "*Poteri del Giudice e ascolto del minore*", confermava che prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti riguardo ai figli, il Giudice ne doveva disporre l'audizione. Qualora ne ravvisasse l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, il Tribunale poteva rinviare l'adozione dei provvedimenti per consentire che i genitori, avvalendosi di esperti, potessero tentare una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli¹⁷⁴.

Con la Riforma Cartabia la discrezionalità relativa all'ascolto del minore è disciplinata dagli articoli 473 bis. 4 e 473 bis. 5 del codice di procedura civile.

In modo particolare, l'articolo 473 bis. 4, "*Ascolto del minore*", del codice di procedura civile, determina i casi dell'ascolto del minore, l'articolo 473 bis. 5, "*Modalità dell'ascolto*", del codice di procedura civile determina le modalità in cui deve essere condotto l'ascolto del minore. L'articolo 473 bis. 4 c.p.c, al comma 1, stabilisce che il figlio minore che ha compiuto dodici anni e anche di età inferiore qualora abbia la capacità di discernimento viene ascoltato dal Giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti a lui relativi, se dovesse essere necessario con l'assistenza di un esperto o di un altro ausiliario¹⁷⁵. Il magistrato potrà, dunque, attuare il cosiddetto "*ascolto diretto*", ricevendo direttamente la testimonianza del fanciullo, oppure, potrà ricorrere al cosiddetto ascolto assistito, avvalendosi dell'aiuto di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. La delega all'ascolto, che viene conferita dal Giudice a un soggetto terzo è esclusa "*stante la delicatezza dei temi sui quali lo stesso si deve esprimere*"¹⁷⁶.

¹⁷³ <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore> Op. cit.

¹⁷⁴ <https://arcadia.legal/diritto-di-famiglia/affidamento-dei-minori> Op. cit.

¹⁷⁵ Relazione illustrativa al D.L 149/22.

¹⁷⁶ <https://www.diritto.it/ascolto-minorenne-cambiamenti-con-riforma-cartabia/>

Lo stesso comma, all'ultimo periodo, statuisce che le opinioni del minore debbano essere prese in considerazione, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità. L'intento del legislatore, in tale modo, è stato quello di tutelare l'autodeterminazione e la personalità del minore, e allo stesso tempo ha anche voluto designare il patrimonio individuale del singolo, non esclusivamente nelle capacità e inclinazioni naturali ma anche nelle aspettative del minore¹⁷⁷.

I casi di esclusione tipizzata dell'audizione del minore sono elencati nel comma 2 dell'articolo 473 bis. 4 del codice di procedura civile. Il Giudice non procederà all'ascolto del minore: quando l'audizione è in contrasto con l'interesse del minore; quando l'ascolto risulta essere in modo evidente superfluo; quando esiste un'ipotesi di impossibilità fisica o psichica del minore; nel caso in cui lo stesso manifesta la volontà di non essere ascoltato.

Nei casi in cui sussista un accordo tra i genitori in relazione all'affido della prole, il Giudice procede all'ascolto esclusivamente, ex art. 473 bis. 4, comma 3, c.p.c., se ciò risulti necessario a garantire il benessere fisico e psichico del minore e quando dall'audizione possano prodursi effetti positivi circa il suo equilibrio emotivo¹⁷⁸.

L'articolo 473 bis. 5 del codice di procedura civile disciplina le modalità dell'ascolto e detta principalmente una serie di garanzie e accorgimenti a tutela del minore. Il Giudice dovrà fissare l'udienza tenendo in considerazione quali siano gli impegni scolastici del minore e l'udienza sarà tenuta dove sia possibile in locali idonei e adeguati all'età dello stesso, anche al di fuori del Tribunale. Il Giudice esporrà la natura del procedimento e gli effetti dell'ascolto, avendo cura dell'età e della maturità del minore.

Prima di procedere all'audizione, il Giudice dovrà indicare quali siano gli argomenti oggetto dell'adempimento a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali potranno proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, potranno partecipare all'ascolto (art. 473 bis. 5, comma 3, c.p.c.)¹⁷⁹.

L'ultimo comma dell'articolo 473 bis. 5 del codice di procedura civile prevede che venga effettuata la registrazione audiovisiva dell'ascolto.

Se per motivi tecnici non dovesse essere possibile procedere alla registrazione, il processo verbale dell'ascolto deve descrivere in modo dettagliato il comportamento del minore.

¹⁷⁷ Relazione illustrativa al D.L 149/22.

¹⁷⁸ <https://www.diritto.it/ascolto-minore-cambiamenti-> Op. cit.

¹⁷⁹ <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-> Op. cit.

L'art. 12 della Convenzione di New York richiede agli Stati di garantire al fanciullo, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa, e che la sua opinione sia presa in seria considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità: a tal fine, viene riconosciuta al minore la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, conformemente alle regole di procedura delle legislazioni nazionali¹⁸⁰.

La Convenzione di Strasburgo, all'art. 6, impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione nei procedimenti relativi a minori, di valutare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali¹⁸¹.

Quando il minore ha una capacità di discernimento sufficiente, il Tribunale deve assicurarsi che egli abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti e, se il caso lo richiede, consultarlo personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario ai suoi interessi superiori, per consentirgli di esprimere la propria opinione e tenerla in debito conto.

Ascoltare i minori non rappresenta soltanto un obbligo specifico in ambito giudiziario: in caso di contrasto genitoriale riguardante scelte e questioni inerenti ai figli, è dovere primario dei genitori, per evitare l'insorgenza di inutili conflitti giudiziari, ascoltare i figli e prendere atto delle loro volontà specifiche. È passibile di censura, anche ai fini della valutazione della capacità genitoriale, il comportamento del genitore che ignori irragionevolmente le chiare intenzioni espresse dal minore e costringa l'altro genitore a ricorrere all'autorità giudiziaria. Questo vale soprattutto se il Giudice accerta, all'esito dell'audizione, che la volontà del minore era già stata espressa in modo univoco in ambito familiare e riconfermata in sede processuale, dimostrando che si sarebbe potuto evitare il ricorso a procedimenti giudiziari inutili o comunque non necessari¹⁸² (Tribunale Milano, sentenza del 03 giugno 2016).

L'ascolto del minore è prescritto come obbligo, e non come mera facoltà, come sancito dai Giudici Ermellini con la sentenza n. 19327 del 29 settembre 2015 (Cassazione civile, sez. I, 29/09/2015, n. 19327) in tutti i procedimenti che lo riguardano¹⁸³ (ad esempio: affidamento di un figlio nato fuori dal matrimonio, procedimenti di revisione delle condizioni di separazione dei coniugi, affidamento

¹⁸⁰ Art. 12 Convenzione di New York.

¹⁸¹ Art. 6 Convenzione di Strasburgo.

¹⁸² Tribunale Milano, 03/06/2016, in *Ilfamiliarista.it*, 15/02/2017, con nota di De Vellis.

¹⁸³ Cassazione civile, sez. I, 29/09/2015, n. 19327.

ai genitori, modifica dell'affidamento di un figlio nato fuori dal matrimonio, accertamento del diritto del minore a mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale). Tale obbligo rappresenta una modalità fondamentale per il riconoscimento del diritto del minore ad essere informato ed esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, ed è un elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse¹⁸⁴ (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 26 marzo 2015, n. 6129).

L'audizione è un adempimento previsto a pena di nullità¹⁸⁵ (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 15 maggio 2013, n. 11687), a meno che il Giudice, con specifica e circostanziata motivazione, non ritenga l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore. L'irrinunciabilità di questo adempimento consente infatti di garantire la presenza del minore nel giudizio: anche quando il Giudice dispone che l'audizione avvenga tramite consulenza tecnica, ciò non costituisce una restrizione della libertà personale del minore, ma al contrario rappresenta un'espansione del diritto alla partecipazione nel procedimento, quale momento formale deputato a raccogliere le sue opinioni e i suoi effettivi bisogni¹⁸⁶.

I provvedimenti in materia di affidamento dei figli non devono trasformarsi in sperimentazioni forzate che sacrificano le reali esigenze della prole nel tentativo di conformare i comportamenti dei genitori a modelli ideali ma irrealistici, tendenzialmente più maturi e responsabili, ma contraddetti dalla situazione reale¹⁸⁷. La mancata audizione del minore, non giustificata da una motivazione esplicita sull'assenza di discernimento, viola il principio del contraddittorio e del giusto processo. Infatti, in sede di affidamento e diritto di visita, il minore rappresenta interessi distinti e spesso contrapposti rispetto a quelli dei genitori, e per tale ragione è da considerarsi parte sostanziale del procedimento¹⁸⁸ (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 17 maggio 2012, n. 7773; a conferma di: Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza del 21 ottobre 2009, n. 22238). L'audizione del minore deve essere condotta con tutte le precauzioni necessarie per evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, permettendogli così di esprimere liberamente e completamente le proprie opinioni ed esigenze. Il Giudice, a sua discrezione, può procedere personalmente all'audizione, soprattutto in presenza di circostanze particolari, escludere l'interlocuzione con i genitori e/o i loro avvocati, disporre una consulenza tecnica o delegare

¹⁸⁴ Cassazione civile, sez. I, 26/03/2015, n. 6129

¹⁸⁵ L'omessa audizione del minore determina la nullità della sentenza che li conclude, riferita normalmente al giudizio di primo grado: la nullità della sentenza per l'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti con il giudizio di appello: così Cassazione civile, sez. I, 15/05/2013, n. 11687.

¹⁸⁶ <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-nei-procedimenti-> Op. cit.

¹⁸⁷ 2013, Rivista "Guida al diritto".

¹⁸⁸ Cassazione civile, sez. I, 17/05/2012, n. 7773; a conferma di: Cassazione civile, SS.UU., 21/10/2009, n. 22238.

l'audizione a un organo o a un soggetto professionalmente adeguato¹⁸⁹ (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 05 marzo 2014, n. 5097).

Non basta che il minore sia stato interpellato o esaminato da soggetti come assistenti sociali le cui relazioni siano state successivamente inserite nel fascicolo processuale. È necessario che la persona che procede all'audizione sia specificamente delegata dal giudice competente, con il compito di informare il minore su tutte le questioni che lo riguardano, al fine di raccogliergli la volontà. L'ascolto del minore non è un semplice atto istruttorio, ma un momento formale del procedimento volto a raccogliere le opinioni e i bisogni del minore, guidato dal principio secondo cui l'audizione deve garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione¹⁹⁰.

Per quanto riguarda la capacità di discernimento del minore di età inferiore ai dodici anni, si intende la sua consapevolezza e comprensione dell'audizione stessa. Il minore deve essere considerato "capace" in relazione alla sua età e al grado di maturità e la valutazione di tale capacità è affidata al giudice, il quale può effettuare tale riscontro senza necessità di accertamenti tecnici specifici. La capacità di discernimento non può essere esclusa solo sulla base dell'età anagrafica del minore, a meno che quest'ultima non indichi chiaramente tale incapacità. Generalmente, questa capacità può essere presunta nei minori in età scolare, che normalmente sono in grado di comprendere l'oggetto dell'audizione e di esprimersi consapevolmente¹⁹¹ (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 19 gennaio 2015, n. 752: nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la capacità dal tenore della trascritta dichiarazione resa dalla bambina di età scolare, sia in sede giudiziale che nel corso della successiva indagine affidata dai giudici del reclamo ai servizi sociali). È importante sottolineare che, pur essendo il Giudice obbligato a effettuare l'audizione e a tenerne conto, non è tenuto a seguire pedissequamente i desideri espressi dal minore. Il giudice deve perseguire il reale interesse del minore, comprendendone i bisogni profondi e adottando le misure necessarie per garantire una crescita serena ed equilibrata¹⁹² (Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 10 settembre 2014, n. 19007). L'ascolto serve a dare voce ai desideri dei minori, ma anche a determinare se tali desideri siano frutto di scelte consapevoli o influenzate da pressioni esterne e il Giudice deve valutare se soddisfare i desideri espressi dai minori corrisponda realmente al loro interesse¹⁹³. Pertanto, il provvedimento può anche discostarsi dalla volontà espressa dal minore

¹⁸⁹ Cassazione civile, sez. I, sent. 05/03/2014, n. 5097.

¹⁹⁰ <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-nei-procedimenti-> Op. cit.

¹⁹¹ Cassazione civile, sez. I, 19/01/2015, n. 752, in (2015) *Rivista Guida al diritto*.

¹⁹² Cassazione civile, sez. I, 10/09/2014, n. 19007.

¹⁹³ <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-nei-procedimenti-> Op. cit.

durante l'audizione, ma richiede una motivazione tanto più stringente quanto maggiore sia stata la capacità di discernimento dimostrata dal minore.

In sede di appello, se il minore è stato già ascoltato nel grado di giudizio precedente, il Giudice non è obbligato a reiterare l'audizione né a seguire le indicazioni già precedentemente date. Tuttavia, se l'autorità giudiziaria intende discostarsi dalle indicazioni del minore, specialmente se in contrasto con il provvedimento di primo grado, dovrà motivare perché ha ritenuto non necessaria una nuova audizione e perché ha individuato un genitore affidatario o collocatario in contrasto con la volontà espressa dal minore, dovendo altrimenti disporre nuovamente l'esperimento. In questo senso si sono espressi i Giudici della Corte di Cassazione (Sezione I Civile, sentenza del 26 marzo 2015, n. 6129): nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la pronuncia di merito che, in riforma della pronuncia di primo grado, aveva disposto l'affido condiviso di un minore, collocandolo presso la madre, senza operare alcun riferimento all'esito dell'ascolto effettuato in primo grado allorché il minore, conformemente alla sua volontà, era stato affidato al padre in via esclusiva¹⁹⁴.

È importante ricordare un passaggio della celebre pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, del 17 aprile 2019, n. 10774¹⁹⁵.

La Corte ha ribadito il seguente principio, consolidato in giurisprudenza, in base al quale *"In tema di separazione personale tra coniugi, ove si assumano provvedimenti in ordine alla convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicesimo, capace di discernimento, costituisce adempimento previsto a pena di nullità, in relazione al quale incombe sul Giudice un obbligo di specifica e circostanziata motivazione – tanto più necessaria quanto più l'età del minore si approssima a quella dei dodici anni, oltre la quale subentra l'obbligo legale dell'ascolto – non solo se ritenga il minore infradodicesimo incapace di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora il Giudice opti, in luogo dell'ascolto diretto, per un ascolto effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che l'ascolto diretto del Giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda, mentre la consulenza è indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori, la relazione in essere con il figlio"*¹⁹⁶. Pertanto, è essenziale che il minore il quale abbia compiuto i dodici anni debba essere obbligatoriamente ascoltato con riguardo alle decisioni relative al suo affidamento. Si tratta di una previsione normativa che, come visto, si inserisce in un più ampio contesto

¹⁹⁴ Cassazione Civile, Sez. I, sent. 26/3/2015 n. 6129.

¹⁹⁵ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

¹⁹⁶ Corte di Cassazione, sez. I, con sentenza del 17 aprile 2019, n. 10774.

legislativo sempre più teso a valorizzare il rispetto per la personalità del minore e il suo benessere, considerandone non solo gli aspetti materiali e fisici, ma anche quelli emotivi e psicologici e, in definitiva, il rispetto per la sua personalissima idea di felicità¹⁹⁷.

¹⁹⁷ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

2.4 Sospensione e decadenza della responsabilità genitoriale

La responsabilità genitoriale può essere definita come quell'insieme di “*poteri e doveri attribuiti al genitore nell'interesse del figlio, per permettere lo svolgimento della sua personalità, partecipando alla vita di relazione (artt. 2, 3 Cost.), ed anche per consentirgli di assumere diritti ed obblighi (art. 2 cod. civ.)*”¹⁹⁸.

La responsabilità genitoriale – attraverso cui i figli vedono realizzarsi i propri diritti grazie alla dialettica con i genitori – è dunque strumentale all'adempimento dei doveri genitoriali: se correttamente esercitata, essa garantisce alla prole la crescita in un ambiente familiare sereno e l'assistenza morale e materiale di cui ha bisogno¹⁹⁹. Vi sono tuttavia delle ipotesi in cui, al fine di perseguire l'interesse preminente del minore, possa essere pronunciato un provvedimento in forza del quale si disponga la decadenza ovvero la sospensione dalla responsabilità genitoriale. La riforma del diritto di famiglia, che ha visto la luce con la legge 10 dicembre 2012, n. 219, e che ha introdotto il nuovo istituto della responsabilità genitoriale, ha segnato il culmine di un processo evolutivo iniziato nel 1975, quando la potestà genitoriale sostituì la patria potestà. Quest'ultima, risalente all'istituto romanistico della *patria potestas*, attribuiva al *pater familias* un potere quasi assoluto su beni e persone di sua proprietà perché appartenenti alla famiglia²⁰⁰. Già presente nel codice del 1865, l'istituto della patria potestà era regolato dall'art. 316 del Codice civile, il quale stabiliva che il figlio fosse soggetto alla potestà dei genitori fino alla maggiore età o all'emancipazione, con l'autorità esercitata principalmente dal padre. Questo mostrava come il legislatore del 1942 avesse mantenuto la centralità della figura paterna, incaricata di dirigere e disciplinare il comportamento del figlio in relazione al suo mantenimento, educazione e istruzione²⁰¹.

La madre, soggetta alla potestà maritale, poteva esercitare la potestà sui figli solo nel caso in cui il marito fosse deceduto o impossibilitato a farlo.

Dopo un iter legislativo durato circa nove anni, nel 1975, il Parlamento emanò la riforma del diritto di famiglia con la legge del 19 maggio 1975, n. 151, attuando i precetti costituzionali in materia di famiglia. La riforma trasformò radicalmente la disciplina dei rapporti familiari, conformandola ai principi costituzionali: innanzitutto, l'istituto della potestà venne modificato da patria potestà a potestà genitoriale, in ossequio al principio di uguaglianza tra i coniugi. Inoltre, il rapporto tra genitori e figli subì una significativa trasformazione, passando dall'obbligo per i figli di “*onorare e*

¹⁹⁸ A.G. Cianci, 2017, *La «responsabilità genitoriale»*, Utet.

¹⁹⁹ A. Gorgoni, 2017, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam.

²⁰⁰ Altamura F., Cuomo A., 2022, *Decadenza e sospensione della responsabilità genitoriale: alla ricerca del best interest of the child*, Annali 2022 del Dipartimento Ionico.

²⁰¹ F. Invrea, *La patria potestà*, in Foro it.

rispettare i genitori" a quello di rispettarli e di *"contribuire al mantenimento della famiglia"*²⁰². Per la prima volta, il legislatore inquadrò la relazione genitori-figli in una dimensione dialogica e reciproca, in cui non vi erano più ordini assoluti impartiti dal capofamiglia, ma le decisioni riguardanti la famiglia venivano prese di comune accordo tra genitori e figli. La potestà assunse così i connotati di una funzione, un *munus*, attribuito a entrambi i genitori ed esercitato nell'interesse della prole²⁰³.

Nonostante l'innovatività della riforma del 1975, l'istituto della potestà genitoriale rimaneva ancora fortemente sbilanciato a favore dei genitori: il termine stesso "potestà" indicava la posizione di soggezione dei figli minorenni ai poteri attribuiti dalla legge ai genitori. Le indicazioni provenienti dal diritto sovranazionale hanno orientato dottrina e giurisprudenza a riscrivere la relazione genitori-figli secondo criteri nuovi, mirati alla valorizzazione della figura del minore e alla responsabilizzazione dei genitori. La Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ad esempio, utilizzava il termine "responsabilità" anziché "potestà" per descrivere il rapporto genitori-figli, al fine di sottolineare la pari dignità di tutti i membri della famiglia. A livello europeo, il concetto di responsabilità genitoriale è apparso per la prima volta nel Regolamento CE 1347/2000, che disciplinava vari aspetti della potestà genitoriale, riferendosi alla *parental responsibility*²⁰⁴. Tuttavia, è solo nel 2003 che venne fornita una prima definizione di responsabilità genitoriale, intesa come *"l'insieme dei diritti e dei doveri di cui è investita la persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore, riguardanti la persona o i beni di un minore"*²⁰⁵.

Nel 2007, nell'ambito dei lavori della Commission on European Family Law per l'armonizzazione del diritto di famiglia tra i Paesi UE, la responsabilità genitoriale è stata definita come «insieme di diritti e doveri finalizzati a soddisfare e garantire l'interesse del minore». Queste definizioni riflettevano l'evoluzione socio-culturale dei rapporti genitori-figli, focalizzandosi sul superiore interesse dei figli minori piuttosto che sul punto di vista dei genitori²⁰⁶.

Alla luce di quanto esposto, è risultato chiaro al legislatore italiano che le norme del Codice civile in materia di diritto di famiglia necessitavano di una riforma per allinearsi ai principi del diritto internazionale e comunitario. Con la L. n. 219 del 2012 è stata conferita al Governo la delega per adottare provvedimenti volti a unificare le disposizioni in materia di diritti e doveri dei genitori nei

²⁰² A.G. Cianci, 2017, Op. cit.

²⁰³ Altamura F., Cuomo A., 2022, Op. cit.

²⁰⁴ A. Gorgoni, 2017, Op. cit.

²⁰⁵ Regolamento CE n. 2201/2003, 27 novembre 2003.

²⁰⁶ Altamura F., Cuomo A., 2022, Op. cit.

confronti dei figli, sia nati all'interno del matrimonio che fuori di esso, delineando la nozione di responsabilità genitoriale come aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale.

Il decreto di attuazione del 28 dicembre 2013, n. 154, ha stabilito il principio di unicità dello status di figlio all'art. 315 c.c. e ha introdotto il nuovo art. 315 bis c.c., intitolato "*Diritti e doveri dei figli*", che incorpora i contenuti degli articoli 147 e 315 del testo previgente. In dettaglio, l'art. 315 bis c.c. sancisce che i figli hanno il diritto di essere mantenuti, istruiti, educati ed assistiti moralmente dai genitori fino al raggiungimento dell'indipendenza economica, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni e aspirazioni. Inoltre, hanno il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. A partire dal dodicesimo anno di età, o anche prima, se capaci di discernimento, i figli hanno diritto di essere ascoltati su tutte le questioni e nelle procedure che li riguardano. Essi devono anche rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia in relazione alle proprie risorse e reddito²⁰⁷.

La responsabilità genitoriale, disciplinata all'art. 316 del codice civile, è esercitata da entrambi i genitori di comune accordo, tenendo conto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli, come previsto dall'art. 315 bis. In caso di disaccordo, ciascun genitore può rivolgersi al giudice senza formalità, il quale, dopo aver sentito entrambi i genitori e il figlio, suggerisce le determinazioni più appropriate e, se il contrasto persiste, attribuisce la decisione al genitore più idoneo a curare l'interesse del figlio²⁰⁸.

Dalla lettura delle disposizioni sopra richiamate emerge chiaramente il ruolo centrale attribuito alla figura del figlio, cui sono riconosciuti diritti "*per il solo fatto della nascita*"²⁰⁹ e che permangono anche dopo il raggiungimento della maggiore età. I doveri derivanti gravano sui genitori indipendentemente dall'attribuzione formale della responsabilità genitoriale e dall'accertamento dello status filiationis.

L'uso del termine "responsabilità" in luogo di "potestà" ridisegna il rapporto genitori-figli, ponendo l'accento sui diritti dei figli. I genitori hanno il dovere di consentire ai figli di godere dei diritti loro attribuiti dalla legge, attraverso l'esercizio della responsabilità genitoriale, che non è più configurabile come una prerogativa sulla persona "sottoposta", ma come uno strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e alla completa attuazione dei doveri genitoriali²¹⁰. Con l'entrata in vigore della riforma del 2012-2013, il minore viene posto al centro del sistema di

²⁰⁷ Altamura F., Cuomo A., 2022, Op. cit.

²⁰⁸ A. Torrente, P. Schlesinger, 2019, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, Milano.

²⁰⁹ Sesta, 2015, Op. cit.

²¹⁰ A.G. Cianci, 2015, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Cedam, Milano.

tutela dei diritti: i figli diventano il fulcro degli interessi della famiglia e, di conseguenza, i genitori hanno il dovere di garantire il rispetto dei diritti di cui sono titolari²¹¹.

L'obbligo di adempiere ai propri doveri nei confronti dei figli persiste anche se l'*affectio* tra i genitori viene meno, i quali possono decidere di interrompere la loro coabitazione, derivante da un vincolo matrimoniale o meno, senza che ciò incida sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Questo principio è immediatamente applicabile quando il regime di affidamento, seguito alla dissoluzione del nucleo familiare, è quello condiviso. Qualora, invece, il Giudice opti per un regime di affidamento esclusivo, basato su un'attenta valutazione delle esigenze del figlio e delle capacità genitoriali di entrambi i genitori, il genitore non affidatario subisce una restrizione nell'esercizio della responsabilità genitoriale²¹².

L'articolo di riferimento è il 337 quater del codice civile, il quale, al comma 3, stabilisce che il genitore affidatario in via esclusiva, salvo diversa disposizione giudiziaria, detiene l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate con provvedimento del Giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori e il genitore cui i figli non sono affidati mantiene il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può esperire rimedi giurisdizionali quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse. È necessario chiarire i limiti posti dal legislatore all'affidamento esclusivo, ridimensionandone sensibilmente i risvolti pratici. Dall'analisi letterale dell'articolo emerge, innanzitutto, che il genitore affidatario non è l'unico titolare della responsabilità genitoriale, ma ne ha semplicemente l'esercizio esclusivo: l'art. 337 quater c.c. prevede che, "*salvo che non sia diversamente stabilito*", si fa con questo inciso riferimento il c.d. affidamento super esclusivo di creazione giurisprudenziale (*vedi infra capitolo 3*), le decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere adottate da entrambi i genitori, conferendo al genitore non affidatario il diritto e il dovere di controllare l'educazione e l'istruzione della prole, anche se affidati esclusivamente all'altro genitore. Il codice civile, quindi, riconosce al genitore non affidatario non solo un mero diritto di visita e un dovere di contribuzione al mantenimento, ma un effettivo potere/dovere decisionale pari a quello del genitore affidatario²¹³. Le questioni di maggiore interesse indicate dalla norma sono quelle decisioni destinate a incidere profondamente sulla formazione della personalità dei figli, che riguardano la sfera educativa, formativa e religiosa e il genitore non affidatario può decidere di

²¹¹ M.L. Missiaggia, 2020, *Responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in P. Cendon (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. II, Utet, Milano.

²¹² A.G. Cianci, 2015, Op. cit.

²¹³ Sesta, 2015, Op. cit.

ricorrere all'autorità giudiziaria qualora ritenga che siano adottate scelte pregiudizievoli per il figlio minore.

In definitiva, ciò che spetta al solo genitore affidatario in via esclusiva sono le decisioni relative alle questioni di ordinaria amministrazione, ovvero quelle scelte riguardanti il normale svolgimento della vita quotidiana dei figli, che non vanno a incidere su profili significativi della loro esistenza o che, in ogni caso, vi incidono in misura ridotta.

Il regime che emerge è quello di un *"affido monogenitoriale temperato"*²¹⁴ che riguarda solo la distribuzione pratica dell'esercizio della responsabilità tra i due genitori, senza intaccarne in alcun modo la titolarità, che rimane a entrambi.

Per tali motivi, la giurisprudenza ha più volte rilevato la discrepanza semantica tra il termine "esclusivo" e il suo reale significato, sottolineando che *"nel riscrivere la disciplina dell'affidamento esclusivo, il nuovo testo dell'art. 337-quater c.c. ha introdotto alcune modifiche rispetto al previgente art. 155-bis c.c. che non appaiono perfettamente coordinate (...); non si comprende come mai sia stato introdotto l'esercizio congiunto per le 'decisioni di maggiore interesse'. Previsione che finisce per rendere sovrapponibile l'affidamento esclusivo con l'affidamento condiviso con esercizio separato delle questioni di ordinaria amministrazione"*²¹⁵ (Tribunale per i Minorenni di Milano, sentenza del 24 febbraio 2014).

I genitori, dunque, devono esercitare la responsabilità genitoriale adempiendo ai doveri che ne derivano nell'interesse dei figli; tuttavia, possono sorgere situazioni in cui la loro condotta può arrecare gravi danni nei confronti della prole.

La legge prevede che, nel caso in cui un genitore violi o trascuri i propri doveri, abusi dei suoi poteri o metta in atto comportamenti pregiudizievoli per i figli, il Giudice possa adottare i provvedimenti necessari ad assicurare una tutela effettiva del benessere del minore che variano a seconda del tipo di inadempimento del genitore e della gravità del pregiudizio subito dal figlio²¹⁶. Secondo dottrina e giurisprudenza, tali provvedimenti non devono essere equiparate a delle sanzioni nei confronti dei genitori, poiché le misure sanzionatorie mirano a ripristinare la situazione giuridica precedente, mentre questi provvedimenti svolgono una funzione preventiva: il loro scopo è evitare che si perpetuino in futuro condotte dannose che abbiano già pregiudicato il benessere dei fanciulli²¹⁷.

Il rimedio più incisivo, adottato nei casi più gravi di inadempimento dei doveri derivanti dalla

²¹⁴ M.L. Missiaggia, 2020, Op. cit.

²¹⁵ Tribunale per i Minorenni di Milano, sentenza 24 febbraio 2014.

²¹⁶ Altamura F., Cuomo A., 2022, Op. cit.

²¹⁷ L. D'Alessandro, 2014, *La decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)*, in G. Bonilini, M. Confortini, *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, tomo I, Utet.

responsabilità genitoriale, è la decadenza. Ai sensi dell'art. 330 del codice civile, la decadenza dalla responsabilità genitoriale è pronunciata dal Giudice quando un genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio per i figli.

I presupposti della decadenza sono quindi la violazione, la trascuratezza dei doveri o l'abuso dei poteri inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale che possono concretarsi in condotte attive sia come conseguenza di comportamenti omissivi.

Le situazioni che possono portare all'emanazione di un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale sono molteplici: si pensi, ad esempio, ai casi in cui un genitore adotti comportamenti ripetutamente violenti e aggressivi nei confronti dei figli minori e del partner, oppure quando gli abusi e i maltrattamenti provengano dal convivente e la madre, pur consapevole del grave pregiudizio cui il figlio minore è sottoposto, non ponga fine alla convivenza, esponendolo così a ulteriori rischi²¹⁸.

I soli due casi tassativi, previsti dal primo comma dell'art. 330 c.c., nei quali il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale sono la violazione o l'elusione dei doveri inerenti la responsabilità genitoriale ovvero l'abuso dei poteri ad essa concernenti.

In entrambe le circostanze, tuttavia, non è sufficiente aver messo in atto i comportamenti descritti dall'articolo, ma è anche indispensabile che questi abbiano causato un grave danno al figlio. Sul punto si è espressa la Cassazione²¹⁹, affermando che i provvedimenti modificativi e ablativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330, 332, 333 e 336 c.c., sono finalizzati alla prioritaria esigenza di tutela degli interessi dei figli. Da ciò si deduce che tali provvedimenti non costituiscono una punizione per i comportamenti inadempienti dei genitori, ma si basano sull'accertamento, da parte del Giudice, degli effetti dannosi che tali comportamenti hanno prodotto e possono continuare a produrre a danno dei figli, giustificando così una limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale.

Nella medesima sentenza, il Giudice di Legittimità ha dichiarato che “il provvedimento ablativo della responsabilità genitoriale ha natura di giudicato *'rebus sic stantibus'*, e quindi può essere revocato o modificato qualora sopraggiungano nuovi fatti, come stabilito dall'art. 332 c.c. rubricato, appunto, “*Reintegrazione nella responsabilità genitoriale*”, che dispone che l'autorità giudiziaria può reintegrare nella responsabilità genitoriale il genitore che ne è decaduto, quando sono cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, ed è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

La casistica giurisprudenziale è molto variegata con riguardo alla decadenza della responsabilità

²¹⁸ Altamura F., Cuomo A., 2022, Op. cit.

²¹⁹ Cfr ex multis: Cass. civ., Sez. I, n. 18562 del 22 settembre 2016 se n. 22633 del 21 novembre 2016.

genitoriale a seguito della condotta pregiudizievole dei genitori; a titolo esemplificativo, è stata considerata motivo di decadenza dalla responsabilità genitoriale aver esercitato violenza nei confronti dell'altro genitori o di un parente, in presenza del minore, poiché tale comportamento può essere causa di grave turbamento nella psiche del fanciullo. Si parla, pertanto, di “violenza assistita”, poiché il minore non subisce direttamente la violenza da parte di uno dei genitori, ma, essendo testimone dell'aggressione contro l'altro genitore o una persona cara, può subire un trauma a livello del proprio sviluppo psico-fisico, nonché della propria stabilità emotiva e relazionale²²⁰. La giurisprudenza di legittimità²²¹ ha ormai consolidato il riconoscimento della violenza assistita, qualificando come maltrattante “*non solo il genitore che perpetra atti di violenza diretti verso i figli, ma anche quello che, abitualmente o in modo sistematico, adotta comportamenti all'interno della famiglia basati sulla forza, la vessazione e l'intimidazione, anche se rivolti a persone diverse dai figli*”. La “violenza assistita” può provocare numerose manifestazioni di disagio, quali stress, depressione, difficoltà scolastiche, ridotta capacità empatica, bassa autostima e svalutazione di sé. Inoltre, nel lungo periodo, aumenta il rischio di riproducibilità, ovvero la tendenza a sviluppare comportamenti violenti in età adulta, accettando la violenza come strumento legittimo di relazione (Cassazione penale, Sezione VI, sentenza del 23 novembre 2023, n. 47121).

Tra le varie decisioni, si ricorda una pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Roma, del 22 novembre 2016, che aveva decretato la decadenza dalla responsabilità genitoriale di un padre tossicodipendente, il quale, a causa dell'uso di sostanze psicotrope, mostrava atteggiamenti violenti, andando a creare un ambiente domestico intriso di violenza e quindi inadeguato per il sereno sviluppo dei figli. Condannato per tali comportamenti, il padre aveva ammesso le proprie colpe in sede penale e davanti al Tribunale per i Minorenni, dichiarando di aver compreso la gravità degli errori commessi e di voler iniziare un percorso di recupero dalla dipendenza da cocaina e di riabilitazione del proprio ruolo genitoriale. In considerazione del suo ravvedimento, il Tribunale aveva disposto la reintegrazione nella responsabilità genitoriale²²². Questa pronuncia evidenzia l'importanza del principio del *best interest of the child* e la preferenza per il principio di bigenitorialità, sottolineando che la limitazione della responsabilità genitoriale deve essere adottata solo quando l'esercizio della stessa da parte di entrambi i genitori risulti pregiudizievole per il benessere del minore.

La Suprema Corte ha stabilito, infatti, con la sentenza n. 9763 del 2019, della Sezione I, che il Giudice di merito, nel decidere sulla decadenza della responsabilità genitoriale, deve valutare la

²²⁰ <https://www.diritto.it/tema-decadenza-dalla-responsabilita-genitoriale-determinata-dalla-violenza-assistita-patita-dai-minori/>

²²¹ Cass. pen., Sez VI, sent. 23/11/2023, n. 47121.

²²² Trib. Min. Roma, sent. 22/11/2016.

possibilità concreta e attuale di recupero delle capacità e competenze genitoriali. Questo processo di valutazione deve includere la promozione di un percorso di crescita e sviluppo finalizzato alla futura assunzione delle responsabilità genitoriali, avvalendosi anche dell'assistenza di familiari, terze parti e servizi sociali²²³.

È importante precisare che il provvedimento con cui viene dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale non comporta automaticamente l'interruzione dei rapporti con il genitore decaduto. Difatti, l'accertata incapacità di prendere decisioni a favore del figlio non esclude la presenza di sentimenti di affetto sinceri verso la prole, che costituiscono una risorsa preziosa per il minore. Il genitore decaduto dovrà, pertanto, conformarsi alle indicazioni del Giudice o dell'altro genitore, avendo perso la libertà di decisione e di gestione dei tempi di frequentazione del figlio; inoltre, il suo comportamento sarà comunque soggetto a controllo²²⁴.

La pronuncia della decadenza comporta la sospensione di tutti i diritti e doveri legati all'esercizio della responsabilità genitoriale, ad eccezione dell'obbligo di mantenimento. Il genitore decaduto dall'esercizio della responsabilità genitoriale perde, dunque, la capacità di prendere e attuare decisioni relative alla vita del figlio; tuttavia, rimane tenuto a seguirne l'esistenza e a fornire l'assistenza morale ed economica necessaria²²⁵.

I Giudici di legittimità hanno chiarito che per quanto concerne la violazione dei doveri di assistenza familiare, i provvedimenti emanati ai sensi dell'art. 330 c.c. mirano a prevenire danni ai figli derivanti dal comportamento dei genitori, ma non dispensano dall'obbligo di provvedere al loro sostentamento²²⁶ (Cassazione Penale, Sezione VI, sentenza del 24 aprile 2007, n.16559). Qualora soltanto uno dei genitori venga dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale, l'altro genitore ne assumerà l'esercizio esclusivo. Nel caso in cui venga disposta la decadenza, invece, nei riguardi di entrambi i genitori o del genitore che esercita in via esclusiva la responsabilità, potrà essere disposto il collocamento del minore al di fuori dell'ambito familiare, attribuendo l'esercizio della responsabilità genitoriale a terzi o a istituzioni pubbliche.

Quando la condotta di uno o entrambi i genitori è pregiudizievole per il figlio, ma non così grave da richiedere la decadenza, il Giudice, ai sensi dell'art. 333 c.c., rubricato "*Condotta del genitore pregiudizievole ai figli*", valutate le circostanze, può adottare i provvedimenti più idonei, compreso l'allontanamento del minore dalla residenza familiare, o l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore²²⁷.

²²³ M.L. Missiaggia, 2020, Op. cit.

²²⁴ L. D'Alessandro, 2014, Op. cit.

²²⁵ A. Gorgoni, 2017, Op. cit.

²²⁶ Cass. Pen., sez. VI, 24 aprile 2007, n 16559.

²²⁷ L. D'Alessandro, 2014

La norma, volutamente priva di indicazioni di misure tipizzate, consente di adottare tutti i provvedimenti che, nel caso concreto, appaiono atti a tutelare al meglio gli interessi del minore. Si tratta di una disposizione che funge da strumento di chiusura del sistema di controllo giudiziale, applicabile ogni volta che emerga una condotta obiettivamente capace di arrecare pregiudizio alla prole e al suo sviluppo²²⁸.

La decadenza può essere disposta anche in favore del figlio maggiorenne, poiché l'esercizio della responsabilità genitoriale non è più limitato dall'età del figlio. Essa ha effetto solo nei confronti del genitore per cui è stata pronunciata; se il provvedimento riguarda entrambi i genitori, si avvierà la tutela ai sensi dell'art. 343 c.c., intitolato "*Apertura della tutela*".²²⁹

Il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale perde il diritto di usufrutto legale sui beni del figlio e la decadenza sarà causa di indegnità a succedergli *mortis causa*, così come disposto dall'art. 463 c.c., "*Casi di indegnità*".

Altro effetto della pronuncia di decadenza è l'estinzione dell'obbligo di prestare gli alimenti a carico del figlio nei confronti del genitore decaduto.

Il provvedimento che dispone la decadenza non è irreversibile: ai sensi dell'art. 332 c.c., "*Reintegrazione nella responsabilità genitoriale*", infatti, il Giudice, può accertare il venir meno delle cause che hanno determinato la decadenza e, escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio, può reintegrare il genitore nella responsabilità genitoriale, restituendogli tutti i poteri connessi a tale responsabilità e riammesso alla successione *mortis causa* del figlio²³⁰.

Il procedimento da seguire per ottenere il provvedimento di decadenza o sospensione dalla responsabilità genitoriale è indicato all'art. 336 c.c. La possibilità di rivolgersi al Giudice per ottenere l'adozione di provvedimenti previsti dagli articoli 330 c.c., 333 e 334 c.c. è concessa all'"altro genitore", purché la sua condotta non sia oggetto di censure secondo le norme menzionate, ai parenti e al Pubblico Ministero. Inoltre, riguardo ai provvedimenti contemplati dagli articoli 332 c.c. e 335 c.c., che riguardano la revoca di decisioni prese in precedenza, è consentito al genitore destinatario di tali decisioni di avanzare tale richiesta²³¹.

Il Tribunale decide in camera di consiglio, dopo aver acquisito le informazioni necessarie e aver ascoltato il Pubblico Ministero. È fondamentale evidenziare che, nel caso in cui il genitore contro cui è presentata l'istanza non venga ascoltato o non gli venga data la possibilità di difendersi, il provvedimento emesso dal Tribunale risulterebbe nullo. Infatti, è essenziale garantire il diritto di

²²⁸ F. Ruscello, Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335 c.c., 2018.

²²⁹ E. La Rosa, 2018, Art. 330. *Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia*, Utet.

²³⁰ A. Gorgoni, 2017, Op. cit.

²³¹ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-ix/capo-i/art336.html?q=336+cc&area=codici>

essere sentito e di difendersi a tutte le parti coinvolte nel procedimento, per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio.

A seguito della Riforma Cartabia, l'articolo 336 c.c. è stato soggetto a significative modifiche, anche nella sua rubrica, che ora è stata riformulata in "*Legittimazione ad agire*". L'intero procedimento, viceversa, è attualmente regolato dalle disposizioni del nuovo rito unitario (articoli 473 bis e seguenti del Codice di procedura civile), in attuazione del principio di delega riguardante l'unicità del rito, contenuto nell'articolo 1, ventitreesimo comma, lettera a della Legge 26 novembre 2021, n. 206.

Inoltre, sin dall'avvio del procedimento, il Tribunale è tenuto a nominare il curatore speciale del minore nei casi in cui ciò sia previsto a pena di nullità del provvedimento di accoglimento²³². Questo provvedimento è finalizzato a garantire la tutela e la protezione del minore durante il processo e a permettergli di essere ascoltato direttamente dal Giudice, eventualmente con l'assistenza di un esperto, quando si tratta di prendere decisioni che riguardano la sua persona e i suoi interessi.

Infine, nel caso di adozione di provvedimenti temporanei nell'interesse del minore, il Tribunale deve innanzitutto stabilire l'udienza di comparizione delle parti, del curatore del minore se nominato e del pubblico ministero entro un termine perentorio. Successivamente, è tenuto ad ascoltare direttamente il minore e, se necessario, farsi assistere da un esperto. Al termine dell'udienza, i provvedimenti adottati devono essere confermati, modificati o revocati²³³.

²³² E. La Rosa, 2018.

²³³ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-ix/> Op. cit.

2.5 La mediazione familiare come strumento per risolvere dispute legate all'affido esclusivo

Ai fini di offrire un supporto concreto a coloro che si trovano a dover affrontare la separazione, il divorzio o la dissoluzione della propria unione con figli minori e, di conseguenza, a dover gestire l'affidamento dei figli, in special modo quello esclusivo, la recente riforma della giustizia, nota come Riforma Cartabia, ha introdotto alcune importanti novità, con riferimento, in particolare, alla possibilità per i genitori di avvalersi, a loro vantaggio e a beneficio dei bambini, di uno degli strumenti alternativi al contenzioso giudiziario, conosciuti con l'acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution): la mediazione familiare²³⁴.

La mediazione familiare è un percorso volontario ed esoprocessuale, esterno al procedimento giudiziario, pur operando in sinergia con esso, che permette ai genitori di riorganizzare le dinamiche familiari, attraverso la costruzione condivisa di accordi e intese vantaggiose per tutti i membri della famiglia. Questo strumento, presente in Italia da oltre trent'anni, riceve oggi ulteriore legittimazione e valorizzazione nella parte della riforma che rivisita i procedimenti civili e le tecniche di risoluzione alternativa dei conflitti legati alla separazione²³⁵.

Con l'emanazione della Legge delega al Governo n. 216 del 26 novembre 2021 e successivamente con la pubblicazione del D.lgs. n. 149/2022 sono state introdotte importanti novità con riferimento proprio alla mediazione familiare.

Prima della riforma, nel corso degli anni, vi sono stati solo alcuni riferimenti occasionali e disorganici alla mediazione familiare in alcune norme: l'art. 155 sexies c.c. prevedeva che il giudice, qualora lo ritenesse opportuno, potesse, dopo aver ascoltato le parti e ottenuto il loro consenso, rinviare l'emanazione dei provvedimenti ex art. 155 c.c. per consentire ai coniugi di tentare una mediazione al fine di raggiungere un accordo, con particolare attenzione alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli²³⁶.

Con la riforma, invece, la nuova norma segna un vero e proprio cambio di passo riconoscendo a questo istituto uno spazio autonomo, chiaro, specifico.

In primo luogo, viene rafforzata l'idea di includere la mediazione come opportunità all'interno del processo civile, fornendo una sorta di "informativa"²³⁷ ai genitori riguardo alla possibilità di intraprendere questo tipo di percorso. Fin dall'emissione del decreto che stabilisce la prima udienza, il Giudice è tenuto, tra le altre cose, a informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare (art. 473 bis¹⁴ c.p.c.) e, in questo modo, viene sottolineata l'importanza

²³⁴ <https://spazioapertoservizi.org/famiglie-e-giustizia-civile-il-ruolo-della-mediazione-familiare-nella-riforma-cartabia/>

²³⁵ Parkinson L., Marzotto C., Salvagni G., Largaiolli M., 2013, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Erickson.

²³⁶ <https://www.studiocataldi.it/articoli/45695-mediazione-familiare-nella-riforma-cartabia.asp#par2>

²³⁷ <https://spazioapertoservizi.org/famiglie-e-giustizia-civile> Op. cit.

dell'azione informativa, che risulta particolarmente efficace se avviene attraverso un incontro con un mediatore familiare professionista. Inoltre, la normativa prevede che il Giudice possa suggerire ai due genitori di tentare il rimedio della mediazione familiare in qualsiasi fase del procedimento²³⁸ (art. 473 bis 10 c.p.c.).

La riforma introduce, per la prima volta, specifiche riguardanti la tutela dei cittadini e il profilo professionale del Mediatore Familiare: essa prevede che le parti possano selezionare un mediatore dall'apposito elenco stabilito secondo le disposizioni attuative del codice, al fine di ottenere informazioni sulle finalità, i contenuti e le modalità del percorso di mediazione ed effettuare le opportune valutazioni sulla scelta di intraprenderlo o meno.

In qualsiasi fase del procedimento, quindi, il Giudice ha la facoltà di informare le parti sulla possibilità di ricorrere alla mediazione e invitarle a un colloquio informativo condotto da un mediatore familiare²³⁹.

Nel recente aggiornamento normativo viene disposta l'istituzione presso i Tribunali Ordinari elenchi dedicati di mediatori familiari, accessibili a coloro che durante la separazione e nei casi di affidamento esclusivo dei figli si ritrovano ricerca di un professionista.

All'interno di ciascun Tribunale, è costituito un registro di mediatori familiari e la responsabilità della gestione di tale registro spetta al Presidente del Tribunale, il quale presiede un Comitato composto dal procuratore della Repubblica e da un conciliatore familiare nominato dalle associazioni professionali di conciliatori familiari iscritte nel registro presso il Ministero dello sviluppo economico, il quale svolge la sua attività nel circondario del Tribunale. L'elenco è permanente e ogni quattro anni il comitato procede alla sua revisione.

Possono richiedere l'inclusione nel registro coloro che sono iscritti da almeno cinque anni presso una delle associazioni professionali di conciliatori familiari inserite nel registro presso il Ministero dello sviluppo economico, che hanno ricevuto formazione adeguata e possiedono specifiche competenze nel campo del diritto familiare, nonché nella tutela dei minori, della violenza domestica e di genere e possiedono una condotta morale irreprensibile²⁴⁰.

In merito poi alla disciplina della formazione e delle regole deontologiche, e tariffe applicabili, l'art. 12 sexies delle disp. att. c.p.c. ha demandato ad un successivo decreto ministeriale. a norma che più valorizza tale figura è il novellato art. 337 ter c.c. il quale recita "Il Giudice prende atto degli accordi intervenuti tra i genitori, in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare"²⁴¹.

²³⁸ Giordano R., Simeone A., 2023, *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo*, Giuffrè Francis Lefebvre.

²³⁹ <https://spazioapertoservizi.org/famiglie-e-giustizia-civile> Op. cit.

²⁴⁰ Giordano R., Simeone A., 2023, Op. cit.

²⁴¹ <https://www.studiocataldi.it/articoli/45695-mediazione-familiare> Op. cit.

Si può notare, dunque, come non vi sia stato solo un velato accenno, non solamente un'allusione alla mediazione in uno degli articoli, bensì un riferimento di merito chiaro con specifico richiamo alla mediazione come intervento, al mediatore come professionista e all'istituzione dei detti elenchi presso i Tribunali²⁴².

La figura del mediatore familiare è fondamentale, in quanto egli è un professionista qualificato che, con una formazione specifica, aiuta i genitori a confrontarsi su tutte le decisioni che riguardano la riorganizzazione delle relazioni all'interno della famiglia, ponendosi come terzo imparziale, equidistante, il cui unico compito è quello di facilitare la comunicazione aiutando le parti a riconoscere i problemi comuni che sentono l'esigenza di analizzare, affrontare e risolvere²⁴³.

Il mediatore familiare è colui che facilita la negoziazione, ma il suo ruolo non si riduce a semplice negoziatore poiché non accetta alcuna delega da parte dei genitori, ma sostiene e valorizza quelle che sono le competenze di ciascuno, competenze che necessitano di essere riconosciute e "riattivate"²⁴⁴.

Il mediatore familiare assume, pertanto, la funzione di creare il contesto migliore affinché i genitori possano confrontarsi, negoziare utilizzando modalità di dialogo rispettose anche e soprattutto dei bisogni e delle aspettative dell'altro.

Il compito a cui è chiamato il mediatore familiare è complesso e delicato dovendo "mettere le mani"²⁴⁵ nel conflitto della coppia genitoriale, camminare in punta di piedi su un terreno minato dal dolore, dalla disillusione, dall'ostilità, dal rancore, che frequentemente abitano negli animi dei genitori, spesso feriti, e ne guidano le azioni, e il suo ruolo diventa ancora più cruciale e responsabile quando nei casi di affidamento esclusivo dei figli, poiché deve prioritariamente tutelare il loro benessere e interesse²⁴⁶.

Per questi motivi è imprescindibile che tale figura sia ben preparata e appare necessaria una formazione specifica che consenta, in primo luogo, di favorire l'elaborazione di un modo nuovo e più costruttivo di pensare alla separazione come processo di crisi e trasformazione. In secondo luogo, la formazione dovrà permettere al soggetto mediatore di sviluppare una conoscenza degli aspetti funzionali e disfunzionali della famiglia in crisi per la separazione e il divorzio e una competenza sulla gestione del conflitto, con riferimento espresso a una particolare attenzione a quelle che sono le esigenze dei figli minori coinvolti.

²⁴² <https://spazioapertoservizi.org/famiglie-e-giustizia-civile> Op. cit.

²⁴³ Giordano R., Simeone A., 2023, Op. cit.

²⁴⁴ Vendramini C., 2023, *La mediazione familiare e la Riforma Cartabia: luci e ombre*, in Rivista AIAF - Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori, Giappichelli.

²⁴⁵ Vendramini C., 2023, Op. cit.

²⁴⁶ Giordano R., Simeone A., 2023, Op. cit.

Infine, è necessario che il mediatore familiare acquisisca la capacità di sostenere e promuovere le risorse individuali e le competenze genitoriali, con particolare attenzione all'esercizio di un'azione preventiva rispetto a forme di disagio del minore²⁴⁷.

²⁴⁷ Vendramini C., 2023, Op. cit.

Capitolo 3: “L’affidamento superesclusivo (o “rafforzato”) e la tutela del minore”

3. Il regime di affidamento superesclusivo e i casi in cui si ricorre ad esso

Sotto la prospettiva del miglior interesse del minore, che rappresenta il principio guida nella regolamentazione dei rapporti familiari, deve essere considerato anche l'istituto del cosiddetto affidamento "esclusivo rafforzato". Tale istituto è stato introdotto nel nostro sistema giuridico grazie alla giurisprudenza, che lo ha dedotto dall'interpretazione dell'art. 337-quater del codice civile, introdotto dal D. Lgs. n. 154/2013.

L'art. 337 quater c.c., all'ultimo comma stabilisce 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”*. Grazie all'inciso *“salvo che non sia diversamente stabilito”* è stato possibile pervenire alla creazione giurisprudenziale della figura dell'affidamento esclusivo rafforzato: tale clausola, infatti, ha consentito la possibilità di una deroga giudiziaria al regime di affidamento esclusivo, introducendo nel nostro ordinamento una via intermedia tra i regimi standard di affidamento condiviso e affidamento esclusivo, a favore di uno ancora più rigido, il cosiddetto "superesclusivo"²⁴⁸.

I tre regimi di affidamento sono regolati in modo da rappresentare una progressione crescente di “serietà”²⁴⁹ e gravità delle misure da adottare e ciò comporta un obbligo motivazionale più stringente in capo al Giudice riguardo alle ragioni che hanno determinato la scelta della soluzione più severa. Pertanto, il regime di affidamento cosiddetto “super esclusivo” si posiziona al livello più elevato di protezione per i figli e, allo stesso tempo, è anche quello meno frequentemente adottato²⁵⁰.

Il processo di creazione del nuovo istituto ha trovato la sua sede all'interno del Tribunale di Milano, in particolare con l'ordinanza ex art 708 c.p.c. del 20 marzo 2014²⁵¹. La questione affrontata riguardava un caso di separazione coniugale in cui il marito, di nazionalità inglese, si era trasferito nuovamente a Londra durante la crisi matrimoniale, ignorando completamente il figlio di appena un

²⁴⁸ Mari R., 2023, *Cos'è l'affidamento esclusivo e cosa comporta*, in La Legge Per Tutti, Diritto e Fisco.

²⁴⁹ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/>

²⁵⁰ <https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>.

²⁵¹ Tribunale di Milano, ordinanza del 20 marzo 2014.

anno, sia dal punto di vista affettivo che economico, lasciando alla madre l'intero onere del mantenimento ordinario e straordinario. La moglie aveva avviato un procedimento di separazione giudiziale, ma il coniuge non si era presentato in giudizio, rendendo impossibile il tentativo di conciliazione a causa della sua contumacia.

Dall'atto di querela presentato dalla donna e dai messaggi scambiati via chat tra i coniugi, era emerso che il marito, un giovane di ventitré anni, oltre ad aver abbandonato la famiglia e a violare l'obbligo di mantenimento, aveva minacciato la moglie di sottrarle il figlio se non avesse acconsentito alle sue richieste, utilizzando così il bambino come "arma di ricatto"²⁵² nella disputa coniugale. Infine, gli atti allegati evidenziavano che la moglie aveva subito anche violenze fisiche da parte del marito.

Alla luce delle risultanze processuali, emergeva chiaramente l'inadeguatezza del padre a ricoprire il ruolo di genitore, giustificando così l'affidamento a un solo genitore e, considerata la distanza fisica del padre, la sua irreperibilità e indisponibilità nei confronti della consorte, si rendeva necessario un provvedimento più severo rispetto al semplice affidamento esclusivo. In conformità a tale esigenza, il Tribunale di Milano aveva rilevato la necessità di un affidamento monogenitoriale ex art. 337 quater del codice civile: la lontananza del padre residente a Londra, la difficoltà di comunicazione con lui, poiché si rendeva irreperibile, e il comportamento tenuto nei confronti della moglie e del figlio, "*suggerisce un affido con competenze genitoriali concentrate in capo alla madre, quello che, a titolo descrittivo, può essere definito come affidamento super esclusivo*"²⁵³. Questo tipo di esercizio della responsabilità genitoriale trova riscontro nell'art. 337 quater del codice civile, al terzo comma, e nel modulo di affidamento monogenitoriale il genitore cui vengono affidati i figli in via esclusiva detiene l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi. La distinzione esistente tra il modello delineato dal terzo comma dell'art. 337 quater c.c., ovvero l'affidamento esclusivo, e quello rafforzato indicato nell'ordinanza, risiede nella facoltà conferita al genitore affidatario di prendere da solo, senza necessità di previa consultazione con l'altro genitore, anche le decisioni di straordinaria amministrazione²⁵⁴.

Il dispositivo dell'ordinanza del Tribunale meneghino prosegue affermando che "*le decisioni di maggiore interesse per i figli sono, comunque, prese da entrambi i genitori*"²⁵⁵. Quindi, nonostante l'evidente incapacità del genitore non affidatario di assicurare il corretto sviluppo psicofisico del minore e il suo miglior interesse, per quanto riguarda le scelte più significative, come quelle relative alla salute, all'educazione, all'istruzione o alla determinazione della residenza abituale del minore, è

²⁵² Mari R., 2023, Op. cit.

²⁵³ Tribunale di Milano, ordinanza del 20 marzo 2014.

²⁵⁴ Mari R., 2023, Op. cit.

²⁵⁵ Tribunale di Milano, ordinanza del 20 marzo 2014.

sempre prevista la concertazione tra i genitori, anche nell'ambito di un affidamento esclusivo rafforzato in cui la responsabilità genitoriale è assegnata al solo genitore affidatario. Le motivazioni di tale disciplina risiedono nella finalità di garantire il miglior interesse del bambino, ovvero assicurargli serenità e tranquillità per un completo e bilanciato sviluppo psicofisico, e non nell'obiettivo di punire il genitore dichiarato inidoneo²⁵⁶.

La previsione di un affidamento esclusivo rafforzato si rivela fondamentale per evitare che l'interesse del minore venga compromesso a causa del totale e grave disinteresse da parte di uno dei genitori per la famiglia e tale disinteresse potrebbe impedire anche all'altra figura genitoriale di prendere decisioni importanti per la vita del figlio, poiché è necessaria la concertazione con il genitore irreperibile²⁵⁷.

La massima cautela nei confronti dei figli, che può portare all'esclusione di uno dei genitori anche dalle decisioni di maggiore interesse, è ricondotta dal Giudice alla "pericolosità" in senso ampio. Si considera pericoloso qualsiasi comportamento posto in essere dal genitore, sia esso omissivo o commissivo, che possa potenzialmente danneggiare gli interessi del minore e il suo regolare e sano sviluppo, risultante dagli atti prodotti in giudizio dall'altro genitore.

La giurisprudenza è concorde nel valutare come dannosa la contumacia di uno dei genitori nei procedimenti *de potestate*, giustificando così un affidamento super esclusivo.

Tale concetto è stato ribadito dal Tribunale di Milano nella pronuncia su un ricorso presentato da una madre che chiedeva la separazione dal marito e l'affidamento esclusivo del figlio minore²⁵⁸ (Tribunale di Milano, sentenza del 20 giugno 2018).

Poiché il marito non si presentava all'udienza presidenziale, il Tribunale di Milano ha stabilito che, data l'indifferenza dimostrata dal padre nell'esercizio della responsabilità genitoriale, desumibile dal comportamento descritto dalla madre negli atti e confermato dalla sua contumacia nel procedimento, si rappresentava un'inadeguatezza e un'inidoneità nell'assunzione di un ruolo genitoriale consapevole. Il Collegio ha, quindi, ritenuto che l'interesse del minore fosse meglio tutelato affidandolo esclusivamente alla madre, per la quale è stata formulata una prognosi favorevole circa l'idoneità genitoriale, fondata sulla condotta, responsabile, attenta e continua, serbata dalla stessa nel processo. Il disinteresse del padre per le questioni relative al figlio giustifica, secondo il Tribunale, la concentrazione della responsabilità genitoriale sulla madre, anche per le decisioni più importanti riguardanti il minore²⁵⁹.

²⁵⁶ <https://www.altalex.com/documents> Op. cit.

²⁵⁷ <https://www.altalex.com/documents> Op. cit.

²⁵⁸ Tribunale di Milano sentenza del 20 giugno 2018

²⁵⁹ <https://www.avvocatolucaconti.it/genitori-separati-e-figli-minorenni-affidamento-super-esclusivo/>

La propensione del Giudice per un affidamento blindato può essere legittimamente motivata in situazioni di conflittualità estrema e insanabile tra i genitori, nei casi in cui raggiungere decisioni congiunte risulta assolutamente impossibile. Tuttavia, in tale scenario, la conflittualità deve essere tale che l'applicazione del principio di bigenitorialità risulti dannosa per i figli²⁶⁰; in tutti gli altri casi, se la conflittualità rientra nei limiti di una normale disputa, il diritto del minore alla bigenitorialità resta prioritario.

Si segnala, al riguardo, la sentenza del Tribunale di Roma, Sezione I, n. 22749/2017, circa il caso di conflitto insanabile tra coniugi, che vedeva coinvolta la loro figlia di appena sei mesi all'inizio del procedimento²⁶¹. Il padre, fin dalla nascita della bimba, aveva tenuto un comportamento altamente denigratorio nei confronti della madre, screditandola continuamente e descrivendola come un soggetto psicologicamente fragile e paranoico, di fatto incapace di prendersi cura della figlia. Tali atteggiamenti si aggravarono dal momento della scoperta, da parte della donna, di messaggi del marito che rivelavano una relazione con un'altra donna, con la quale progettava una vita futura insieme, includendo la bambina nella nuova famiglia. Inoltre, il padre cercò di strumentalizzare una caduta accidentale della bambina, che comportò il ricovero in ospedale, per mettere in cattiva luce la madre davanti a medici e assistenti sociali. La situazione di grave conflittualità si dimostrò manifestamente evidente anche agli occhi degli operatori sanitari, che indirizzarono la coppia ai Servizi Sociali i quali riferirono al Tribunale la necessità di affidare la bambina ai servizi sociali e collocarla nella casa familiare con la madre. Tuttavia, il padre si rifiutò di rispettare l'accordo di allontanarsi dalla casa, rendendo la situazione ancora più complessa²⁶².

I Servizi Sociali, nella relazione presentata al Tribunale dopo il ricovero della bambina, hanno evidenziato un alto livello di conflittualità tra i genitori, riportando episodi e comportamenti estremamente gravi, che rappresentavano un rischio significativo per la sicurezza di tutti e tre, in particolare della bambina, non perché i genitori potessero farle direttamente del male, ma perché c'era il timore che potessero verificarsi scontri violenti in cui avrebbero potuto perdere il controllo. Il padre continuava a tenere un comportamento ostile e denigratorio nei confronti della madre, attribuendole la responsabilità degli incidenti occorsi alla figlia e le osservazioni del CTU rilevavano che l'uomo presentava un quadro di personalità problematico, caratterizzato da difficoltà nell'introspezione e nel mantenere relazioni congrue, tendendo a mettere distanze tra sé e gli altri, svalutandoli o opponendosi.

²⁶⁰ https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta

²⁶¹ Tribunale di Roma, Sezione I, n. 22749/2017.

²⁶² www.foro.it/affidamentoesclusivo/

Pertanto, la mancanza di comunicazione tra i genitori e la svalutazione della figura materna da parte del padre impediscono sia l'affidamento congiunto che quello esclusivo al padre, che risulterebbe dannoso per la bambina, privandola di un rapporto continuativo con la madre. Il Tribunale di Roma ha, dunque, deciso per l'affidamento super esclusivo alla madre, la quale ha dimostrato di avere competenze genitoriali superiori e una buona capacità empatica, che le permette di comprendere le emozioni della figlia²⁶³. La madre non ha mai messo in discussione il rapporto tra il padre e la figlia né ha mai cercato di ostacolarlo; di conseguenza, alla madre è stata affidata anche la responsabilità delle decisioni più importanti per la bambina, come l'istruzione, l'educazione, la salute e la residenza abituale, in contrasto con precedenti orientamenti giurisprudenziali²⁶⁴.

L'assegnazione alla madre delle decisioni riguardanti anche le scelte più importanti per la figlia, nella sentenza appena discussa, evidenzia un'altra peculiarità dell'affidamento super esclusivo: in questo regime, l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale per le decisioni più significative può essere derogato per decisione giudiziale; il Giudice, infatti, ha la facoltà di attribuire al genitore affidatario anche l'esercizio in via esclusiva della responsabilità genitoriale in riferimento alle suddette questioni fondamentali²⁶⁵.

Giova evidenziare alcuni importanti provvedimenti del Tribunale di Roma: con l'ordinanza del 15 luglio 2018, in sede di separazione, il Tribunale ha disposto che le figlie minori siano affidate in via esclusiva alla madre, stabilendo la loro residenza presso di lei. Alla madre sono state attribuite tutte le decisioni di maggiore importanza riguardanti l'educazione, l'istruzione, la salute e la scelta della residenza abituale, considerando le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni delle figlie. Analogamente, con il decreto n. 19986/2018 del 23 luglio 2018, il Tribunale di Roma ha stabilito l'affidamento esclusivo delle minori alla madre, specificando che a lei spettano tutte le decisioni sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, incluse quelle relative all'educazione, all'istruzione, alla salute e alla scelta della residenza abituale, sempre tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni delle bambine.

Con la prima ordinanza, la decisione del Giudice di escludere il padre dalle scelte più rilevanti per le figlie è stata motivata dal comportamento ostativo e non collaborativo del padre, evidenziato anche dalla sua mancata partecipazione agli incontri di coppia genitoriale nel corso della consulenza tecnica disposta d'ufficio. Questo comportamento ha causato gravi pregiudizi alle figlie, impedendo l'avvio di progetti di aiuto e sostegno previsti da un'ordinanza precedente ed ha dimostrato la totale

²⁶³ www.foro.it/ Op. cit.

²⁶⁴ www.foro.it/ Op. cit.

²⁶⁵ https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta#Padre_assente_e_affidamento_super_esclusivo.

assenza di consapevolezza del padre riguardo alle condizioni psicofisiche delle minori e al disagio vissuto a causa del conflitto genitoriale²⁶⁶.

Nel secondo caso, la personalità del padre è stata determinante per la decisione, poiché avrebbe influenzato negativamente il rapporto con le figlie, in quanto un eventuale affidamento condiviso avrebbe comportato un grave pregiudizio per le bambine, “*conducendo al concreto rischio di una paralisi decisionale*”²⁶⁷.

Nel caso in cui venga disposto l'affidamento superesclusivo, il minore viene affidato ad uno solo dei genitori, che diviene l'unico responsabile della sua custodia e l'unico titolare del potere di scelta circa le decisioni di maggior interesse per la vita e il benessere della prole. Ciò non esclude che il genitore non affidatario debba continuare a mantenere il figlio: il mantenimento è, infatti, un obbligo che prescinde dall'affidamento e consegue al semplice fatto di essere genitori²⁶⁸. Pertanto, anche nella ipotesi in cui venga disposto l'affidamento esclusivo o super esclusivo e anche in ragione della mancata soppressione della responsabilità genitoriale, è specifico onere del genitore non affidatario quello di continuare a contribuire al mantenimento del figlio. Con l'ordinanza del 20.3.2014 del Tribunale di Milano, il Giudice estensore ha precisato, inoltre, che non era stato disposto un regime di visita fra i due per l'assenza del padre e, dunque, per l'impossibilità di stabilire un idoneo e concertato calendario di incontri, cristallizzando il principio per cui anche un regime così stringente, quale quello del super esclusivo, lascia inalterato il diritto di visita.

L'ordinanza in esame ha sottolineato, fra l'altro, che la limitazione delle facoltà genitoriali in capo al genitore non affidatario non ha funzione sanzionatoria nei suoi confronti, bensì quella di evitare che “*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*”²⁶⁹. Il legislatore ha tentato di porre dei limiti alla strumentalizzazione del regime di affidamento esclusivo, prevedendo che laddove la domanda risulti 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. Tale disposizione varrà, *a fortiori*, nel caso di richiesta di esclusivo rafforzato, in considerazione della gravità del provvedimento richiesto.

²⁶⁶ Tribunale di Roma, ordinanza del 15 luglio 2018.

²⁶⁷ Tribunale di Roma, decreto n. 19986 del 23 luglio 2018.

²⁶⁸ https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta#Padre_assente_e_affidamento_super_esclusivo

²⁶⁹ Tribunale di Milano, ordinanza del 20.3.2014.

Inoltre, sarà compito degli operatori del diritto quello di evitare gli eccessi sia da un lato che dall'altro: evitare che un genitore disinteressato possa "sbarazzarsi" agevolmente del proprio figlio e, parimenti, scongiurare l'ipotesi che l'altro genitore riesca ad elidere con facilità la controparte dalla gestione della prole.

L' unica via per fare ciò è non snaturare l'affidamento super esclusivo dalla funzione per la quale è sorto che deve, pertanto, essere confinato ad ipotesi "super" residuali, caratterizzate dalla impossibilità di assicurare il diritto alla bigenitorialità al minore, e finalizzato alla funzionalità decisionale per gli interessi del minore e non all'esclusione di uno o dell'altro genitore dalla vita dello stesso²⁷⁰.

In tal senso dovrà essere condotta l'istruttoria processuale, la quale 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 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. La forma di affidamento esclusivo, c.d. rafforzato o superesclusivo, deve essere decisa in casi assolutamente eccezionali.

Tale principio è stato ribadito la Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217 che si è pronunciata in tema di affidamento super esclusivo²⁷¹.

Nel caso posto all'attenzione dei Giudici Ermellini, si era fatto riferimento all'abusata "sindrome da alienazione parentale" che scaturirebbe dai comportamenti di un genitore tesi all'allontanamento morale e materiale del figlio dall'altro genitore²⁷².

Per la Corte di Cassazione, qualora si opti in tale situazione, per l'affidamento super esclusivo o rafforzato bisogna che le motivazioni alla base della decisione siano effettivamente gravi e provate. Ha, infatti, stabilito che: *"qualora un genitore denunci i comportamenti dell'altro tesi all'allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), nella specie nella forma della sindrome della cd. "madre malevola" (MMS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova comprese le consulenze tecniche e le presunzioni, 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*

²⁷⁰ <https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>

²⁷¹ Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217.

²⁷² <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/>

del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena"²⁷³. Nel caso di specie, la Corte d'Appello aveva confermato l'affido c.d. "super-esclusivo" al padre, in considerazione della gravità dei comportamenti della madre, senza però considerare il suo positivo rapporto con la minore e senza operare una più ampia valutazione circa la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali. Secondo la Corte di Cassazione, la "sindrome da alienazione parentale" ha un "*controverso fondamento scientifico*", ed è posta alla base di una serie di provvedimenti che si sostanziano in un allontanamento del minore da uno dei due genitori ritenuto responsabile di demolire la figura dell'altro agli occhi del figlio. "*Nel caso concreto, il contenuto delle conclusioni delle c.t.u. sono in molti punti generici e non chiari circa la ritenuta carenza delle capacità genitoriali della ricorrente*"²⁷⁴. La Suprema Corte ha, poi, proseguito asserendo che, se è vero che non è contestato che quest'ultima abbia intrattenuto un rapporto, breve, molto conflittuale, cercando, in qualche occasione, di ostacolare o impedire le visite del padre alla figlia (anche attraverso fatti indiscutibilmente gravi, quali certificati medici falsi e assenze scolastiche del minore) e che non ha collaborato con i c.t.u., è stato altresì accertato che "*manteneva con la minore almeno in apparenza, un sufficiente rapporto di accadimento*"²⁷⁵.

Nel caso in esame, deve escludersi che la Corte d'Appello, nel disporre l'affidamento esclusivo del minore al padre, abbia garantito il migliore sviluppo della personalità del minore stesso, escludendo l'affidamento condiviso su una astratta prognosi circa le capacità genitoriali della ricorrente fondata, in sostanza, su qualche episodio, seppur grave, attraverso cui la madre avrebbe tentato di impedire che il padre incontrasse la bambina, senza però effettuare una valutazione più ampia, ed equilibrata, di valenza olistica che consideri cioè ogni possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriale della ricorrente, nell'ambito di un equilibrato rapporto con l'ex-partner, e che soprattutto valorizzi il positivo rapporto di accadimento intrattenuto con la minore, sebbene il riferimento della Corte di merito all'apparenza di tale rapporto costituisca una chiara conferma del fatto che il suo giudizio sia stato incentrato esclusivamente sul disvalore attribuito all'asserita PAS²⁷⁶. Per la Corte, in sostanza, "*dagli atti emerge, invece, che le asprezze caratteriali della ricorrente sono state valutate in senso fortemente stigmatizzante, come espressione di un'ineluttabile e irrecuperabile incapacità di esprimere le capacità genitoriali nei confronti della figlia, pur in mancanza di condotte di oggettiva trascuratezza o incuria verso quest'ultima*"²⁷⁷.

²⁷³ Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217.

²⁷⁴ Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217.

²⁷⁵ Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217.

²⁷⁶ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/> Op. cit.

²⁷⁷ Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217.

La sindrome di alienazione genitoriale (PAS) può, dunque, costituire un presupposto per derogare alla regola dell'affidamento condiviso, ma non sempre: trattandosi di una patologia non clinicamente accertabile, bensì di un insieme di comportamenti di un genitore finalizzati a svilire ed escludere l'altro, il Giudice adotta il regime di affidamento che ritiene più idoneo agli interessi del minore sulla base delle risultanze di causa e dell'ascolto del minore, eventualmente anche discostandosi dalle risultanze di una C.T.U. che pur aveva accertato l'esistenza di un "*genitore alienante*" (Tribunale di Civitavecchia, sentenza n.1767 del 03 dicembre 2019)²⁷⁸. Attualmente, la sindrome di alienazione genitoriale (PAS) non è più presa in considerazione, come è stato disposto con ordinanza della Corte di Cassazione del 2022 (Cass Civ., sez. I, ord. 24 marzo 2022, n. 9691), in forza della quale il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale non può dirsi legittimo poiché costituisce il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori. La Corte ha ribadito il principio secondo cui, nell'interesse superiore del minore, va assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi.

Quanto all'ipotesi di un'elevata conflittualità tra i genitori, essa può costituire un giustificato motivo per derogare al principio dell'affidamento condiviso, ma solo se sia tale da pregiudicare l'equilibrata crescita psicofisica del minore²⁷⁹.

Il Tribunale di Palmi, Sezione I, con sentenza n. 6 del 07 gennaio 2021 ha stabilito che in tema di affidamento di minori il criterio fondamentale cui deve attenersi il Giudice è costituito dall'esclusivo interesse del minore, che deve imporre di adottare il regime di affidamento più idoneo a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione familiare ed assicurarne nel contempo il migliore sviluppo della personalità; di conseguenza il regime di affidamento condiviso non è di per sé escluso dalla conflittualità quand'anche elevata tra i genitori, salvo che questa abbia effettivamente effetti pregiudizievoli per la prole²⁸⁰.

Quanto alla inadeguatezza del genitore di svolgere il proprio ruolo ed essere quindi meritevole dell'affidamento condiviso, la Corte di Cassazione, Sez. I, con l'Ordinanza n. 29999 del 31 dicembre 2020 ha respinto il ricorso promosso da una madre giudicata responsabile di condotte ritenute sufficienti per giustificare l'applicazione dell'affido "super-esclusivo" dei figli in favore del padre: nello specifico la madre, di cui era stata accertata l'inadeguatezza educativa sia sotto l'aspetto delle sue difficoltà a comprendere i bisogni dei figli, sia sotto l'aspetto dell'incapacità di comprendere i propri errori, aveva creato un clima familiare di elevata conflittualità, caratterizzato

²⁷⁸ Tribunale di Civitavecchia, sentenza n.1767 del 03/12/2019.

²⁷⁹ <https://www.avvocatolucaconti.it/genitori-separati-e-figli-minorenni-affidamento-super-esclusivo/>

²⁸⁰ Tribunale di Palmi, Sezione I, sentenza n. 6 del 07 gennaio 2021.

da sentimenti negativi di rabbia, criticismo, sfiducia e paura. Questo comportamento aveva condizionato i figli, tanto da portarli ad un progressivo allontanamento proprio dalla madre e ad avvicinarli al padre, individuato come parte debole rispetto alla madre che lo destabilizzava, tanto da indurli a prendere le sue parti e da sceglierlo, senza che l'uomo avesse fatto nulla per condizionarli psicologicamente²⁸¹.

Alla stregua dell'orientamento della Corte di Cassazione, si può concludere che l'affidamento "super-esclusivo" deve costituire una soluzione di carattere eccezionale e residuale, consentita solo quando risulti positivamente accertato all'esito di un'approfondita istruttoria in capo ad un genitore la manifesta carenza ed inidoneità educativa, tale da rendere l'affidamento condiviso in concreto pregiudizievole e contrario all'interesse esclusivo dei minori.

Dall'analisi delle singole fattispecie, risultano ricorrenti particolari situazioni nelle quali l'Autorità Giudiziaria è stata concorde nell'optare per un regime di affidamento superesclusivo; dunque, malgrado l'assenza di una casistica regolamentata *ex lege*, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie di casi in cui l'affidamento del minore risulterebbe pregiudizievole.

In particolare si ritiene che si possa ricorrere a tale scelta:

- in caso di violenza sui figli;
- in caso di violenza sul coniuge anche in presenza del figlio o, comunque, di un atteggiamento denigratorio tenuto da uno dei genitori nei confronti dell'altro;
- se vi sono forti carenze di un genitore sul piano affettivo (violazione degli obblighi di assistenza, irreperibilità del genitore, uso di alcol, di sostanze stupefacenti ecc.);
- in caso di elevata conflittualità tra i coniugi, tale da pregiudicare il benessere e la salute psico-fisica dei figli²⁸².

²⁸¹ Corte di Cassazione, Sez. I, con l'Ordinanza n.29999 del 31/12/2020.

²⁸² https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta#Padre_assente_e_affidamento_super_esclusivo

3.1 Implicazioni socioeconomiche dell'affido superesclusivo

L'implementazione del regime di affidamento super esclusivo ha comportato delle conseguenze pratiche significative.

Prima di tutto, è fondamentale chiarire quale sia il ruolo residuo del genitore non affidatario e se questo regime equivalga a una sorta di decadenza nascosta dalla responsabilità genitoriale. L'adozione di un regime di affidamento super esclusivo non implica l'eliminazione completa della responsabilità genitoriale del genitore non affidatario: come stabilito dall'art. 337 quater del codice civile, al genitore non affidatario rimane il compito di vigilanza e la possibilità di rivolgersi al Giudice se ritiene che siano state assunte decisioni pregiudizievoli per i figli, a meno che l'Autorità Giudiziaria non ritenga opportuno statuire diversamente.

Il dovere di vigilare sull'istruzione e l'educazione dei figli è riconosciuto non solo come un diritto, ma anche come un obbligo, che rappresenta anche la consapevolezza della propria responsabilità genitoriale e ciò è essenziale per poter considerare una possibile revisione delle condizioni stabilite dal provvedimento giudiziale.

La possibilità di modificare le condizioni del regime di affidamento, per renderlo meno rigido, si pone a sostegno della tesi dell'applicazione della disciplina nell'interesse del minore, per il quale tale cambiamento potrebbe essere vantaggioso, poiché consentirebbe il recupero del rapporto con il genitore assente o disinteressato, a patto che quest'ultimo dimostri di aver riacquisito le proprie competenze genitoriali²⁸³.

Pertanto, la disposizione dell'affidamento superesclusivo in capo a un singolo genitore non altera la titolarità della responsabilità genitoriale, ma ne modifica solo l'esercizio, principio ribadito, in particolare, dall'ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano precedentemente citata²⁸⁴ (*vedi paragrafo 3*).

Anche il diritto di visita rimane invariato nel caso di affidamento super esclusivo: sarà compito del Giudice stabilire le modalità concrete, tenendo conto della presenza o assenza del genitore non affidatario e determinando le modalità degli incontri tra genitore e figlio in base alle circostanze specifiche del caso²⁸⁵.

Tale principio è stato ampiamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, avendo stabilito che *“comportamenti altamente sintomatici dell'inidoneità di un genitore a gestire le responsabilità derivanti da un affidamento condiviso includono la violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli e la discontinuità nell'esercizio del diritto di visita”* (Corte di Cassazione, Sezione I Civile,

²⁸³ https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta#Padre_assente_e_affidamento_super_esclusivo

²⁸⁴ Ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano.

²⁸⁵ <https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/>

ordinanza dell' 11 gennaio 2022 n. 667). In tali circostanze, si concreta una situazione che va contro l'interesse del minore e che, per legge, impedisce l'adozione di un provvedimento di affidamento condiviso²⁸⁶.

Proprio poiché la responsabilità genitoriale non viene soppressa, il genitore non affidatario ha il preciso dovere di continuare a contribuire al mantenimento del figlio. L'affidamento esclusivo rafforzato rappresenta uno strumento molto efficace per la tutela del minore, tuttavia, un regime così escludente della figura genitoriale rischia di essere percepito come un'opportunità di rivalsa da parte di uno dei genitori contro l'altro. Può accadere, difatti, che nei giudizi di separazione e divorzio che i figli vengano usati come “merce di scambio” e oggetto di ritorsioni tra gli ex-coniugi, piuttosto che essere considerati il punto cardine attorno al quale raggiungere accordi e richiedere provvedimenti²⁸⁷.

Il legislatore ha tentato di limitare l'abuso del regime di affidamento esclusivo stabilendo che, se la richiesta è manifestamente infondata, il Giudice può tenere conto della condotta della figura genitoriale richiedente nella determinazione delle misure da adottare nell'interesse dei figli, senza pregiudicare l'applicazione dell'articolo 96 del c.p.c.²⁸⁸, “*Responsabilità aggravata*”. Pertanto, spetterà agli operatori del diritto prevenire gli abusi, non solo assicurandosi che il genitore disinteressato non possa facilmente “liberarsi” delle proprie responsabilità verso il figlio, ma anche andando a impedire che il genitore affidatario possa escludere l'altro genitore dalla gestione della vita del bambino con troppa facilità.

L'unico modo per raggiungere detto obiettivo è mantenere l'integrità dell'istituto dell'affidamento rafforzato, rispettando la sua funzione originaria. L'applicazione di tale tipologia di affidamento deve essere limitata a casi estremamente rari, in cui è assolutamente impossibile garantire il diritto del minore alla bigenitorialità e si deve ricorrere ad esso esclusivamente per prendere decisioni nel miglior interesse del minore, e non per escludere uno dei genitori dalla vita del figlio²⁸⁹. L'istruttoria processuale dovrà essere indirizzata alla luce di tali finalità, verificando con precisione se l'affidamento a un solo genitore, con la possibilità di prendere le decisioni di maggiore importanza, sia l'unica soluzione possibile. Inoltre, quando previsto dalla legge, il parere del minore dovrà essere tenuto in considerazione, riconoscendolo non solo come oggetto di tutela, ma soprattutto come soggetto di diritto capace di esprimere i propri desideri²⁹⁰.

²⁸⁶ Cassazione, Sez. I Civ., ordinanza n. 667 dell'11/1/2022.

²⁸⁷ <https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/23/affidamento-c-d-super-esclusivo-ammissibilita-applicazioni-e-limiti>

²⁸⁸ <https://www.altalex.com/documents/news/> Op. cit.

²⁸⁹ <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/deroga-affido-condiviso-solo-si-profila-danno-il-minore-AE1p9iIB>

²⁹⁰ <https://www.altalex.com/documents/news/> Op. cit.

3.2 Le decisioni giuridiche e il “migliore interesse del minore”

Il “*best interest of the child*” costituisce il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il Giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore. Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l’assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana.

Corollario applicativo è che i diritti degli adulti cedono dinnanzi ai diritti del fanciullo, con l’ulteriore conseguenza che essi stessi trovano tutela solo nel caso in cui questa coincida con la protezione della prole. Si potrebbe dire che i diritti degli adulti, nel settore familiare, acquistino una portata “funzionale” alla protezione del bambino, soggetto debole della relazione e pertanto bisognoso di maggiore tutela²⁹¹.

Gli strumenti internazionali a tutela del bambino si informano al principio del superiore interesse del minore, sancito in maniera formale in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo. Si pensi, in via esemplificativa, alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano (*vedi capitolo 2*). Parimenti, l’art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea sancisce che: “*in tutti gli atti relativi ai bambini, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*”²⁹². Gli strumenti internazionali dedicati al minore non definiscono il principio del superiore interesse del minore, lasciando alla discrezionalità (e creatività) dell’interprete il compito di riempire di contenuto tale formula. Stante la mancata definizione del concetto e trattandosi di principio contenuto in disposizioni internazionali, occorre interpretarlo alla luce della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, artt. 31-33, più precisamente i criteri interpretativi da seguire sono: i lavori preparatori, l’analisi del testo e del contesto, l’esame dei rapporti e dei commenti generali che accompagnano lo strumento internazionale, nonché la prassi applicativa²⁹³.

Seguendo questa linea di ragionamento, si può tentare di delineare il concetto di superiore interesse del minore. Questa espressione compare per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, “*the best interest of the child shall be the paramount consideration*”, ovvero sia il superiore interesse del minore deve essere la considerazione predominante. Tuttavia, durante i lavori preparatori per la stesura della Convenzione sui diritti del

²⁹¹https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it/files/files/N_%20Di%20Lorenzo_%20Il%20principio%20del%20superiore%20interesse%20del%20minore%20

²⁹² Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, art. 24, par. 2.

²⁹³ C. FOCARELLI, (2010), *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di Diritto Internazionale*.

bambino del 1979, questa formulazione venne abbandonata. Si preferì invece utilizzare l'espressione "*a primary consideration*", ovvero "una considerazione primaria" e questo cambiamento riflette la necessità di bilanciare vari interessi: la posizione del minore deve essere valutata in relazione alle altre considerazioni in gioco²⁹⁴.

La nozione di superiore interesse del minore è intrinsecamente ambigua e suscettibile di molteplici interpretazioni. Questo non sorprende, poiché la tutela dell'infanzia è un ambito giuridico in costante evoluzione, riflettendo i cambiamenti di consapevolezza e necessità del contesto sociale. In passato, il fanciullo era considerato quale oggetto di diritto, una parte passiva nelle relazioni familiari, sottoposto all'autorità degli esercenti la "patria potestà". Il concetto di superiore interesse del minore, in tale contesto, mirava a trovare equilibri basati su una concezione gerarchica della famiglia e legati all'idea di uno *status filiationis*.

Oggi, invece, il fanciullo è riconosciuto come soggetto di diritto autonomo, titolare di una propria soggettività giuridica che necessita di tutela e protezione, garantendo che i diritti fondamentali a lui riconosciuti siano pienamente affermati nelle sue relazioni familiari e sociali. In tale contesto mutato, il superiore interesse del minore assume nuovi significati e una rinnovata portata applicativa nella prassi giuridica e dottrinale. Detto principio diviene inizialmente un criterio interpretativo dei diritti fondamentali del minore e, infine, un criterio generale che fonda e ispira autonomamente la protezione giuridica del minore, riaffermato come soggetto di diritto²⁹⁵. Il principio del "*best interest of the child*" ha subito una significativa evoluzione dottrinale nella prassi giurisprudenziale e dottrinaria, riflettendo una rinnovata concezione del minore all'interno del tessuto sociale e giuridico.

Nel secolo scorso, le relazioni familiari erano centrate attorno alla figura dell'esercente la patria potestà, con una progressiva affermazione della parità tra padre e madre che portava al superamento del concetto di patria potestà verso il più ampio concetto di autorità genitoriale. In quel contesto, il minore era considerato oggetto delle relazioni familiari, sottoposto alle decisioni dei genitori che, sebbene dovessero tener conto del suo interesse, rispettando le sue inclinazioni ed esigenze, non riconoscevano il minore come soggetto autonomo di diritto²⁹⁶.

Durante questa fase storica, non esisteva ancora una concettualizzazione del minore come soggetto di diritto, bensì come figlio, titolare dello *status filiationis*. Era solo alla fine del secolo scorso che iniziarono a emergere i primi tentativi di tutela autonoma del minore, inteso come soggetto di diritto. In questa nuova accezione, il minore veniva protetto come persona autonoma, titolare di posizioni giuridiche soggettive a lui riconosciute in quanto tale.

²⁹⁴ C. Focarelli, (2010), Op. cit.

²⁹⁵ <https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it> Op. cit.

²⁹⁶ <https://www.altalex.com/documents/news/2018/09/24/diritto-dei-minori-il-best-interest-of-child>

Tale periodo è caratterizzato dall'elaborazione di strumenti internazionali volti alla protezione del fanciullo e al riconoscimento esplicito dei suoi diritti fondamentali. È in questo contesto di evoluzione che nasce il principio del superiore interesse del minore, segnando una svolta nella considerazione giuridica e sociale del bambino come soggetto autonomo di diritto²⁹⁷. In una fase iniziale di applicazione, la prassi giurisprudenziale sembrava riluttante nell'adozione del principio del migliore interesse del minore. Questo atteggiamento derivava dalle difficoltà interpretative nel dare contenuto a tale principio e dal contesto culturale degli interpreti, ancora legati a una concezione gerarchica delle relazioni familiari, in cui l'autonomia del minore era considerata inaccettabile.

Nel corso del secolo scorso, si assiste a un cambiamento anche nelle legislazioni nazionali in materia di diritto di famiglia. Il concetto di "autorità genitoriale" viene sostituito da quello di "responsabilità genitoriale". In questo nuovo quadro di interessi, il padre e la madre non esercitano più un potere nei confronti del minore, ma assumono la responsabilità di assistere, educare e mantenere i figli nella loro crescita come soggetti autonomi. I genitori diventano garanti del rispetto dei diritti fondamentali dei figli, che vengono esercitati prima di tutto nel contesto familiare²⁹⁸. Il principio del superiore interesse del minore acquista, quindi, una sua progressiva rilevanza autonoma e appare frequentemente richiamato nelle decisioni giurisdizionali in materia. Mutato il quadro giuridico di riferimento e avendo il minore acquisito una propria autonoma soggettività giuridica, il superiore interesse del minore diviene chiave di lettura del sistema di protezione e tutela del fanciullo. Si possono individuare due fasi evolutive nell'interpretazione del superiore interesse del minore: in primis il principio è criterio interpretativo nella materia dell'ordinamento minorile, successivamente il "*best interest of the child*" diviene principio generale avente portata autonoma. Più in particolare, in una prima fase, la giurisprudenza e la dottrina si riferiscono al principio del superiore interesse del minore valorizzandone la portata esplicativa nel contesto dei singoli diritti riconosciuti al minore²⁹⁹. Nelle decisioni che riguardano la prole, quindi, le singole disposizioni normative vengono interpretate alla luce del suo superiore interesse. In via esemplificativa, il diritto alla bigenitorialità implica che appare nel superiore interesse del minore intrattenere relazioni stabili e significative con entrambi i genitori, sia nella fase fisiologica della vita familiare che nel caso di crisi delle relazioni tra coniugi o conviventi³⁰⁰. Tuttavia, in materia di responsabilità genitoriale in caso di separazione e divorzio si assiste a decisioni giurisdizionali che possono limitare la relazione del minore con uno dei due genitori ciò in virtù di una considerazione differente dell'interesse del

²⁹⁷ <https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it> Op. cit.

²⁹⁸ Distefano M., (2012), *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minore*, CEDAM

²⁹⁹ Distefano M., (2012), Op. cit.

³⁰⁰ <https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it> Op. cit.

bambino nel caso concreto. Tali decisioni sono giustificate e assistite proprio dalla valorizzazione del miglior interesse dei fanciulli che funge da criterio ermeneutico per il giudice chiamato a decidere della cura del minore³⁰¹.

Progressivamente si assiste ad una evoluzione della portata applicativa del principio del superiore interesse del minore che, pur conservando il valore di criterio ermeneutico, diviene principio generale del sistema di tutela del minore. In tal senso, alla luce del *best interest of the child*, la giurisprudenza elabora importanti inversioni di tendenza delle proprie posizioni consolidate, giungendo in taluni casi a stravolgere il senso e la portata della stessa normativa a protezione del minore. Da ultimo, quindi, il superiore interesse del minore può essere considerato un principio generale all'interno del sistema giuridico di tutela del fanciullo, che fonda in maniera autonoma decisioni giurisdizionali originali e nuove, nella prospettiva secondo cui nella protezione dei suoi diritti fondamentali non trovano ingresso meccanismi stereotipati e automatici, quanto soluzioni ragionate caso per caso, avendo presente la cura del superiore interesse non del minore quale soggetto generale del diritto, ma del singolo fanciullo destinatario finale del provvedimento giurisdizionale³⁰².

Appare necessario, in chiusura, evidenziare brevemente come il concetto del “migliore interesse del minore” sia stato affrontato nella giurisprudenza nazionale.

Secondo la giurisprudenza di legittimità appare di intuitiva evidenza come il giudizio circa la valutazione dell'interesse del minore, ove si consideri anche la rilevanza del principio del contraddittorio e la delicatezza della materia, non possa non conseguire all'esito di un giudizio di cognizione piena (Cassazione civile, Sezione I, 22 dicembre 2016, n. 26767). La Suprema Corte, infatti, specifica che il bilanciamento, tragiudicato nell'ottica dell'interesse superiore del minore, non può costituire il risultato di una valutazione astratta: in proposito deve richiamarsi il costante orientamento della Corte di Cassazione in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale³⁰³.

Nella prassi delle Corti, il criterio è spesso richiamato in relazione alla bigenitorialità e l'affidamento del minore. A tal proposito, la giurisprudenza ha sostenuto che l'interesse superiore del minore, a cui occorre avere riguardo nel disporre l'affidamento dello stesso ai genitori in maniera condivisa o in via esclusiva, deve intendersi di portata non limitata al desiderio, intuibile o comprensibile, del medesimo di mantenere la bigenitorialità, bensì in funzione del soddisfacimento

³⁰¹ <https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it> Op. cit.

³⁰² <https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it> Op. cit.

³⁰³ Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767

delle sue oggettive, fondamentali ed imprescindibili esigenze di cura, mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale, nonché della sua sana ed equilibrata crescita psicologica, morale e materiale. Va censurato, dunque, il provvedimento di affidamento condiviso del minore ad entrambi i genitori, adottato essenzialmente in virtù del rapporto affettivo esistente tra padre e figlio, in quanto ritenuto non intaccato dalla grave conflittualità esistente tra i genitori, qualora sia attestata la scarsa maturità genitoriale del padre nell'affrontare le maggiori responsabilità derivanti da un affido condiviso e la sua inidoneità educativa, in quanto elementi chiaramente in contrasto con l'interesse del minore ad un tale affidamento - nella specie, pertanto, non adeguatamente valutato³⁰⁴ – come chiarito dai Giudici Ermellini con la sentenza n. 18559 del 22 settembre 2016. Le decisioni giuridiche del panorama giurisprudenziale si inseriscono in un contesto più ampio che, in armonia con le disposizioni legislative, è sempre più orientato a valorizzare il rispetto per la personalità del minore. Questo approccio sottolinea l'importanza di riconoscere e tutelare la sua individuale concezione di felicità, assicurando al contempo la protezione del suo superiore interesse. La giurisprudenza, in linea con le normative vigenti, mira dunque a garantire che ogni decisione riguardante il minore sia improntata al rispetto della sua dignità e dei suoi diritti fondamentali, promuovendo un ambiente che favorisca il suo sviluppo armonioso e sereno.

³⁰⁴ Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2016, n. 18559.

Conclusioni

L'obiettivo perseguito dalla presente tesi è stato quello di esaminare in modo approfondito le due possibili soluzioni residuali riguardanti l'affidamento dei figli in seguito a una crisi coniugale, sottolineando l'importanza della capacità dei genitori di gestire la disgregazione del nucleo familiare ed evidenziando l'assunto fondamentale in forza del quale il fallimento di una relazione non deve tradursi nel fallimento del ruolo genitoriale, poiché non si divorzia dai figli e non si smette mai di essere genitori.

Il principio di bigenitorialità è volto a garantire la presenza di entrambi i genitori nell'interesse esclusivo del minore, il cui benessere richiede la presenza sia della madre che del padre come modelli di riferimento; il fanciullo ha diritto a ricevere, oltre a quanto necessario per la propria sussistenza, amore, serenità e stabilità da entrambe le figure genitoriali.

L'assenza di indicazioni specifiche da parte del legislatore sui casi in cui l'interesse del minore non sia compatibile con il diritto alla bigenitorialità attribuisce al Giudice un ruolo cruciale: l'Autorità Giudiziaria deve analizzare attentamente tutte le disfunzioni della crisi tra i genitori e determinare con meticolosa diligenza i provvedimenti più idonei per garantire il corretto sviluppo psico-fisico del minore, evitando ulteriori traumi in una situazione già di per sé emotivamente stressante per la prole.

Considerando l'eccezionalità dell'adozione di un regime di affidamento esclusivo, e ancor più nei casi di affidamento esclusivo rafforzato il Giudice è tenuto a motivare dettagliatamente la propria scelta di derogare al regime ordinario. I genitori hanno la facoltà di presentare reclamo contro la decisione della Autorità Giudiziaria in caso di mancanza di motivazione o di motivazione inadeguata.

Inoltre, il Giudice potrà valutare negativamente, ai fini della scelta del regime di affidamento, il comportamento del genitore che presenti una domanda di affidamento esclusivo infondata o pretestuosa, dimostrando, tale comportamento l'incapacità di assumere le responsabilità genitoriali richieste.

E' essenziale che ciascun genitore, dopo la separazione, miri a conservare il rapporto dell'altro genitore con il figlio, senza permettere che rancori personali prevalgano sui doveri derivanti dal loro ruolo di genitori. Il supremo bene dei figli deve essere sempre la priorità, anche quando non coincide con il proprio interesse.

Bibliografia

- Altamura F., Cuomo A., 2022, *Decadenza e sospensione della responsabilità genitoriale: alla ricerca del best interest of the child*, Annali 2022 del Dipartimento Ionico.
- Bartolini F., Bartolini M., 2016, *Commentario sistematico del diritto di famiglia*, La Tribuna. "Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore", 17/11/2010.
- Bonilini G. (2023), *Manuale di diritto di famiglia*, Utet Giuridica.
- Bianca, C.M.(2014), *Diritto civile, 2. 1. La famiglia*, Giuffrè, Milano.
- Carapezza Figlia, G. (2022), "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c. p. c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.*.
- Caricato C., (2010), *Affidamento esclusivo per inidoneità alla responsabilità genitoriale*, in *Famiglia, persone e successioni*.2013, Rivista "Guida al diritto".
- Casonato, M.: "Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale nei conflitti familiari" *Fam. dir.*, 2015.
- Cianci A.G., 2017, *La «responsabilità genitoriale»*, Utet.
- Cianci A.G., 2015, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Cedam, Milano.
- D'Alessandro L., 2014, *La decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)*, in G. Bonilini, Confortini M., *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, tomo I, Utet.
- De Filippis, B. (2007), *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 in *Gazz. Uff.* 19.10.2022, serie gen. n. 245, suppl. ord. n. 5.
- De Filippis B., Casaburi G., 2004, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam.
- Distefano M., (2012), *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minore*, CEDAM.
- Facchini G., Fissone A., Naggar M., Oberto G., Ronfani A.C. (2007). *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Cedam.
- Ferrando G., Fortino M., Ruscello F.(2019), *Le riforme - I - legami di coppia e modelli familiari*, Giuffrè, Milano.

Focarelli C., (2010), *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in Rivista di Diritto Internazionale.

Frezza, G. (2009), “*Appunti e spunti sull’art. 709 ter c. p. c.*”, Giust. Civ. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, (dicembre 2022), ISSN: 2386-4567, “*Il principio di bigenitorialità tra sanzioni e rimedi nella riforma del processo della famiglia*”.

Giordano R., Simeone A., 2023, *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo*, Giuffrè Francis Lefebvre.

Gorgoni A. (2017) *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam.

La Rosa E., 2018, Art. 330. *Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia*, Utet. Parkinson L., Marzotto C., Salvagni G., Largaiolli M., 2013, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Erickson.

Lenti L. (2021), *Diritto di Famiglia*, Giuffrè.

Loffredo F. (1938), *Politica della Famiglia*, Bompiani, Milano.

On. Lucidi (2005). *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Resoconto Sommario e Stenografico*, seduta n.652.

Mari R., 2023, *Cos’è l’affidamento esclusivo e cosa comporta*, in *La Legge Per Tutti, Diritto e Fisco*.

Missiaggia M.L., 2020, *Responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in P. Cendon (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. II, Utet, Milano.

Moro A.C. (2003). *La separazione dal genitore: i diritti del figlio*, Studi Zancan

Murgo C. (2006), *L’autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Giuffrè Editore.

Padalino C. (2006). *L’affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino.

Ruscello F., *Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335 c.c.*, 2018.

Senigaglia, R. (2019) “*Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*”, Giust. Civ.

Sesta M. (2015), *Codice della famiglia*, Giuffrè Editore.

Torrente A., Schlesinger P., 2019, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, Milano.

Vendramini C., 2023, *La mediazione familiare e la Riforma Cartabia: luci e ombre*, in Rivista AIAF - Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori, Giappichelli.

Sitografia

Capiluppi M. (2006), Diritto di famiglia, l'affido condiviso diventa legge, <https://docplayer.it/3561887-Diritto-di-famiglia-l-affido-condiviso-diventa-legge.html>

Casaburi G., *Ancora sull'affidamento dei minori*, in Foro it

Danovi, F. *Il soggetto debole nelle relazioni familiari*, Roma, 17 maggio 2018, www.cassazione.it

F. Invrea, *La patria potestà*, in Foro.it

<http://www.avvcoletta.it/affido-condiviso-esclusivo-e-super-esclusivo/>

<https://arcadia.legal/diritto-di-famiglia/affidamento-dei-minori-il-benessere-dei-figli-al-primo-posto/>

<https://iusletter.com/archivio/affidamento-condiviso-principio-bigenitorialita/>

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/deroga-affido-condiviso-solo-si-profila-danno-il-minore-AE1p9iIB>

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/deroga-affido-condiviso-solo-si-profila-danno-il-minore-AE1p9iIB>

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/riforma-cartabia-rimedi-caso-inadempienze-o-violazioni-parte-un-genitore-che-rechino-pregiudizio-minore-AEbGR4OD>

<https://spazioapertoservizi.org/famiglie-e-giustizia-civile-il-ruolo-della-mediazione-familiare-nella-riforma-cartabia/>

<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote29sym>

<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote26sym>

<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2017/07/13/l-affidamento-esclusivo-dei-minori#sdfootnote16sym>

<https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/11/ascolto-del-minore-nei-procedimenti-che-lo-riguardano>

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

<https://www.altalex.com/documents/news/2018/09/24/diritto-dei-minori-il-best-interest-of-child>

<https://www.avvocatipolenzanibrizzi.it/affido-condiviso/>

<https://www.avvocatolucaconti.it/genitori-separati-e-figli-minorenni-affidamento-super-esclusivo/>

<https://www.brocardi.it/affidamento-condiviso-interpretazioni-giurisprudenziali/382>

<https://www.brocardi.it/affidamento-condiviso-interpretazioni-giurisprudenziali/382.html>

<https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-ix/capolo/art336.html?q=336+cc&area=codici>

https://www.cde.unict.it/sites/cde.unict.it/files/files/N_%20Di%20Lorenzo_%20II%20principio%20del%20superiore%20interesse%20del%20minore%20

<https://www.diritto.it/affidamento-esclusivo-quando-il-figlio-viene-affidato-a-un-unico-genitore/>

<https://www.diritto.it/ascolto-minorenne-cambiamenti-con-riforma-cartabia/>

<https://www.diritto.it/da-potesta-a-responsabilita-genitoriale-cambiamento/>

<https://www.diritto.it/da-potesta-a-responsabilita-genitoriale-cambiamento/>

<https://www.diritto.it/la-suprema-corte-di-cassazione-si-dice-contraria-alla-sindrome-da-alienazione-genitoriale/#4>

<https://www.diritto.it/la-suprema-corte-di-cassazione-si-dice-contraria-alla-sindrome-da-alienazione-genitoriale/#5>

<https://www.diritto.it/tema-decadenza-dalla-responsabilita-genitoriale-determinata-dalla-violenza-assistita-patita-dai-minori/>

<https://www.istitutopsicoterapie.com/il-fenomeno-della-pas-la-sindrome-da-alienazione-parentale/>

https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta

https://www.laleggepertutti.it/630775_cose-laffidamento-super-esclusivo-e-cosa-comporta#Padre_assente_e_affidamento_super_esclusivo

<https://www.lexplain.it/affidamento-esclusivo/#:~:text=Qualora%20venga%20disposto%20l'affidamento,da%20entrambi%20i%20genitori%20>

<https://www.studiocataldi.it/articoli/45695-mediazione-familiare-nella-riforma-cartabia.asp#par2>

https://www.studiocataldi.it/guide_legali/affidamento_dei_figli/affidamento-esclusivo-dei_figli.asp

Magno G. (2006) *L'affidamento condiviso*, <http://www.minoriefamiglia.it>

Tribunale Milano, 03/06/2016, in *Ilfamiliarista.it*, 15/02/2017, con nota di De Vellis

www.foro.it/affidamentoesclusivo/

Giurisprudenza di legittimità

Cass. civ., sez. 6 - 1, del 12 giugno 2018, n. 15238

Cass. Civ. 22 giugno 1999, n.6312

Cass. Civ. 23 settembre 2015, n. 18817

Cass. Civ., I Sez., 8 aprile 2019, n.9764

Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia

Corte di Cassazione - I sez. civ. - sentenza n. 31902 del 10-12-2018

Cassazione Civile, sentenza n. 19594/11

Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2022, ord. n. 286

Cassazione civ., sez. I, 8 aprile 2016, n. 6919

Cassazione, ordinanza 24/03/2022 n. 9691

Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2019 n. 13274

Cass. Civ., sez. I, 8 aprile 2019, n. 9764

Corte EDU, 7 ottobre 2021, ric. n. 29786/19 T. M. c. Italia

Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145

Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601

Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021, n. 1471

Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238

Cassazione civile, sez. VI, 19/07/2016, n. 14728

Cass. Civ., sez. VI, ord. 2/12/2010, n. 24526

Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 27/2017

Cass. civ., sez. I, ord., 6 luglio 2022, n. 21425

Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 gennaio 2017, n. 977

Cassazione, Sez. I, sentenza del 17 dicembre 2009, n. 26587

Cassazione, Sez. I, sentenza del 18 giugno 2008, n. 16594

Cassazione civile, sez. I, 19/05/2011, n. 11068

Cassazione civile, Sez. I, 22/9/2016, n. 18559

Cass. Civ., ordinanza 31 dicembre 2020, n. 29999

Cassazione civile, sez. I, sentenza 04/11/2013, n.24683

Cassazione civile, sez. I, 29/09/2015, n. 19327

Cassazione civile, sez. I, 26/03/2015, n. 6129

Cassazione civile, sez. I, 17/05/2012, n. 7773

Cassazione civile, sez. I, sent. 05/03/2014, n. 5097

Cassazione civile, sez. I, 10/09/2014, n. 19007

Cassazione Civile, Sez. I, sent. 26/3/2015 n. 6129

Corte di Cassazione, sez. I, con sentenza del 17 aprile 2019, n. 10774

Cass. civ., Sez. I, n. 18562 del 22 settembre 2016

Cass. pen., Sez VI, sent. 23/11/2023, n. 47121

Cass. Pen., sez. VI, 24 aprile 2007, n 16559

Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza del 17 maggio 2021, n. 13217

Corte di Cassazione, Sez. I, con l'Ordinanza n.29999 del 31/12/2020

Cassazione, Sez. I Civ., ordinanza n. 667 dell'11/1/2022

Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767

Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2016, n. 18559

Giurisprudenza di merito

Tribunale di Roma, sentenza del 14 giugno 2011

Tribunale di Roma, sentenza dell' 11 marzo 2016

Trib. Torre Annunziata, 27 maggio 2022, sentenza n. 1247

Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202

Tribunale di Roma, sent. n.18799/2016

Trib.di Roma sent. n. 18799/2016

Tribunale di Roma Sez. I Civ., sent. n. 23620/2013

Tribunale di Napoli, sentenza n.594/2016

Tribunale di Napoli, sentenza n. 5988/2019

Tribunale di Cassino, sentenza n.832/2016

Tribunale di Bologna, sent. n. 987/2008

Tribunale de L'Aquila, decreto dell'8.6.2007

Tribunale di Roma Sez. I Civile sentenza n. 23620 del 2013

Tribunale di Caltanissetta, sent. 30/12/2015

Tribunale di Cosenza, sez. II, 29/07/2015, n. 778

Tribunale di Castrovillari, 12.07.2018, n. 728

Tribunale di Genova, sentenza del 18/04/1991

Tribunale di Milano, sez. IX, 12/05/2008, n. 4353

Tribunale di Roma, Sez. I, del 27 gennaio 2015, n. 1821

Tribunale di Nicosia, sentenza del 22/04/2008

Tribunale Roma, sez. I, 15/07/2016

Tribunale Palermo, sentenza del 02/11/2007

Tribunale minorenni Catanzaro, sentenza del 27/05/2008

Tribunale di Messina, sez. I, 18/11/2011, n. 2023

Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 17/05/2006

Tribunale di Torino, sentenza del 20 gennaio 2023, n. 205

Tribunale di Verona, decreto del 24 aprile 2023, n. 2726

Tribunale per i Minorenni di Milano, sentenza 24 febbraio 2014

Trib. Min. Roma, sent. 22/11/2016

Tribunale di Milano, ordinanza del 20 marzo 2014

Tribunale di Milano sentenza del 20 giugno 2018

Tribunale di Roma, Sezione I, n. 22749/2017

Tribunale di Roma, ordinanza del 15 luglio 2018

Tribunale di Roma, decreto n. 19986 del 23 luglio 2018

Tribunale di Milano, ordinanza del 20.3.2014

Tribunale di Civitavecchia, sentenza n.1767 del 03/12/2019

Tribunale di Palmi, Sezione I, sentenza n. 6 del 07 gennaio 2021

Ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano