

ANNA MARIA DEL FANTE\*

*Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza  
(Parte prima: profili personali)*

*Sommario:* 1. L'affidamento condiviso: individuazione della fattispecie – 2. Il ruolo centrale del c.d. diritto alla bigenitorialità – 3. L'affidamento esclusivo come scelta residuale – 4. L'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria – 5. L'affidamento etero-familiare – 6. Le decisioni di maggior interesse per il minore – 7. Il problema della *Kafalah* – 8. Gli accordi tra i genitori – 9. La situazione giuridica degli ascendenti – 10. La “nuova” responsabilità genitoriale.

*1. L'affidamento condiviso: individuazione della fattispecie*

Nell'evoluzione della disciplina giuridica della famiglia, formazione sociale per eccellenza, alla quale è dedicata una specifica, pregnante tutela costituzionale, assume peculiare rilievo l'introduzione della figura dell'affidamento condiviso [d'ora in poi: a.c.] ad opera della l. 8 febbraio 2006, n. 54.

Invero, il legislatore, ancora una volta, come per altre realtà sociali, ha preso atto che il diritto può (e deve) svolgere una funzione promozionale, soprattutto in settori delicati e ad alto rischio di inclusione/esclusione con riferimento ai valori costituzionalmente garantiti. Sicché, anche alla luce di norme sovranazionali, l'attenzione è stata concentrata sulla protezione privilegiata ed adeguata, in prospettiva di libero sviluppo della loro personalità, dei soggetti più deboli della comunità familiare, col tempo diventata un «microcosmo di rela-

---

\* Professore aggregato di Diritto di famiglia presso l'Università degli studi di Camerino.

Le decisioni giurisprudenziali riportate, laddove non diversamente indicato, sono state reperite nei seguenti siti:

[www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it); [www.altalex.com](http://www.altalex.com); [www.famigliaeminori.it](http://www.famigliaeminori.it); [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

zioni fragili»<sup>1</sup>, talvolta affatto inidonea ad assolvere il suo fondamentale ruolo socio-giuridico.

In questo quadro, la previsione, come regola generale<sup>2</sup>, dell'a.c. dei figli mira a ricompattare la famiglia in crisi o disgregata sull'obiettivo primario dello sviluppo della personalità della prole ed in funzione di una crescita sana ed equilibrata di essa.

L'a.c., investendo entrambi i genitori della responsabilità per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli<sup>3</sup>, segna una netta discontinuità con il precedente assetto

<sup>1</sup> L'espressione, tratta da E. BORGNA, *La fragilità che è in noi*, Torino, 2014, si legge in A. BONOMI, *L'ombra della crisi dietro a violenze e famiglie fragili*, in *Il Sole24ore*, 31 agosto 2014.

<sup>2</sup> E' un'opinione (ormai) diffusa: v., *ex multis*, Trib. Trani, 4 aprile 2007; Trib. Bari, 24 luglio 2007; Trib. Matera, 24 novembre 2007; Trib. Catania, 13 febbraio 2008; Trib. Lodi, 26 giugno 2008; Trib. Cassino, 4 novembre 2008; App. Roma, 11 luglio 2007; App. Catania, 24 aprile 2009, che discorre di «modalità naturale» della genitorialità, attinente alla qualità di vita del minore. Fa riferimento all'interesse esistenziale del minore, Cass., 18 agosto 2006, n. 18187. Incisivamente, Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841, chiarisce che la deroga alla preferenzialità del regime di a.c. è del tutto eccezionale e necessita di adeguata giustificazione. Sul punto, cfr., inoltre, Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. min.*, 2008, 8, 42 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, 2010, I, 427; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24256, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412. In dottrina, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 207 ss. (affidamento condiviso come modalità normale di regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli alla fine della convivenza, in una cornice in cui il baricentro dell'unità della famiglia si sposta dalla coppia al bambino e l'attenzione si sposta dal matrimonio alla filiazione); T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2014, p. 268 ss. (a.c. quale soluzione prioritaria e privilegiata con cui ambedue i genitori assumono la cura della prole); S. PATTI, *Rilievi introduttivi*, in AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006, p. 2; G. PAGLIANI, *La riforma dell'affidamento condiviso*, in *Famiglia e persone*, III, t. 1, *Aggiornamento*, ne *Il dir. priv. nella giur.*, a cura di P. Cendon, Torino, 2008, p. 166 ss. (criterio ordinario, preferenziale, vero e proprio principio cardine della riforma); G. BALLARANI, in S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2010, pp. 40 e 59 ss.; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli*, in M. Sesta e A. Arceri (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2012, p. 17 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, II ed., Milano, 2013, p. 704 s. (nuovo a.c. inteso come diritto alla bigenitorialità, come «attiva e fattiva presenza di entrambi i genitori accanto al figlio»). Si mettono, dunque, in primo piano le esclusive esigenze dei figli: cfr., inoltre, V. SCALISI, *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 520 ss.; F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo affidamento "condiviso"*, *ibidem*, p. 625 ss.; G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi familiare*, ne *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da G. Autorino Stanzione, V, Napoli, 2007. Secondo F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 291 ss., l'interprete dovrà applicare le norme sempre in funzione dell'interesse dei figli, correggendo l'eventuale difforme senso letterale in omaggio alla coerenza di un sistema che postula un principio, quello appunto dell'interesse precipuo della prole, su cui ruota l'intera disciplina legale.

<sup>3</sup> V., ora, l'ampia formula recata dall'art. 3 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che, riproducendo l'art. 147 c.c., lo arricchisce della previsione aggiuntiva del diritto del figlio ad essere assistito «moralmente» dai genitori. Peraltro, la norma va riconnessa all'introduzione dell'art. 315 *bis* c.c. (art. 8 l. 10 dicembre 2012, n. 219), che, al comma 2, sancisce il diritto del figlio a crescere in famiglia, ulteriormente rafforzando quella dimensione affettivo-morale. Nella prassi veniva, antecedentemente alla riforma, privilegiato l'affidamento monogenitoriale (S. PATTI, o. cit., p. 9 s. – valore fondamentale è invece la preservazione di un intenso rapporto tra il figlio ed entrambi i genitori nonostante la cessazione della vita di coppia, ponendo su ambedue un obbligo di «cura» –; G. PAGLIANI, o. cit., p. 157 ss.; M.N. BUGETTI, *Affidamento condiviso e affidamento monogenitoriale*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 59 – l'a.c. riveste un ruolo promozionale per l'attivazione di un rapporto

normativo, indirizzato all'affidamento monogenitoriale, sebbene non fossero infrequenti i casi di affidamento c.d. congiunto.

Tuttavia, l'affidamento congiunto comportava che i genitori esercitassero il loro ruolo, per così dire, a mani unite, con esercizio congiunto della “potestà”, mentre il novello affidamento rimanda ad un’idea di compartecipazione nei compiti di cura e crescita della prole, di modo che ciascun genitore conserva l’esercizio della “potestà” (*rectius*: responsabilità genitoriale)<sup>4</sup>, esercizio che può anche essere disgiunto per le decisioni di ordinaria amministrazione<sup>5,6</sup>.

In altri termini, l’a.c. postula, ed al contempo promuove, una genitorialità cooperativa e consensuale, una paritaria condivisione del ruolo genitoriale, nel prioritario interesse dei

---

dialogico tra i genitori, spronati a comunicare tra loro a cagione della necessaria ripartizione della responsabilità genitoriale –).

<sup>4</sup> Espressione che ha sostituito la precedente per effetto della nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 154 del 2013.

<sup>5</sup> Può essere stabilito un esercizio separato dalla “potestà” da parte dei genitori limitatamente alle decisioni concernenti la quotidianità, che saranno prese dal genitore presso cui permane il figlio, cioè da chi in quel momento avrà con sé il figlio: Trib. Bologna, 9 maggio 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 75, secondo cui l’esercizio separato va disposto anche in caso di affidamento esclusivo. Tanto più in situazioni di forte conflittualità tra i genitori: App. Trento, 15 giugno 2006. Più in generale, si ha cura di precisare che la gestione condivisa dei figli non significa immediata e capillare assunzione di decisioni unanimi in ordine alla quotidianità: App. Trento, 24 agosto 2006. Sul punto v., per un’ampia disamina e ragguagli bibliografici, G. PAGLIANI, o. cit., p. 176 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 65 ss.; M. SESTA e M. BALDINI, *La potestà dei genitori*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 118 ss.

<sup>6</sup> D’altra parte, sebbene sia tuttora praticabile e, nelle fattispecie concrete, auspicato e realizzato l’affidamento esclusivo, dal nuovo assetto normativo consegue che anche in tale ipotesi si deve ritenere che permanga in capo ad entrambi i genitori non soltanto la titolarità ma altresì l’esercizio della “potestà”, sia pure differenziata nel contenuto tra genitore affidatario e genitore non affidatario: v. già, nel vigore degli artt. 155 e 155 *bis* c.c., oggi trasfusi negli artt. 337 *ter* e 337 *quater* c.c., App. Napoli, 22 marzo 2006 e Trib. min. Trento, 11 aprile 2006. Per l’opinione di segno contrario, v. Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. min. Cagliari, 16 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 11, 82; Trib. Pisa, 16 febbraio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1719. Tuttavia, il giudice può sempre disporre circa l’esercizio della “potestà” genitoriale, tenendo in precipuo conto l’interesse del minore: cfr. Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Giur. it.*, 2011, 12, 1095 ed in *Corr. giur.*, 2012, 91, per la quale «nel quadro della nuova disciplina dei rapporti familiari è stata operata una vera e propria dicotomia fra l’esercizio della potestà genitoriale e l’affidamento della prole». In tema, il Trib. min. Milano, 24 febbraio 2014, benché dubitando della legittimità costituzionale del nuovo art. 337 *quater* c.c. per la parte che introduce l’esercizio congiunto della responsabilità genitoriale per le decisioni di maggior interesse per i figli, prescrizione che renderebbe sovrapponibili affido esclusivo ed a.c. con esercizio separato delle questioni di ordinaria amministrazione, rileva che non sussistono i presupposti per sollevare questione di legittimità costituzionale, in quanto difetta la rilevanza, atteso che nella norma è presente la clausola «salvo diversa disposizione del giudice», utilizzabile nel caso di specie (palese disinteresse mostrato dal padre durante tutto l’arco della procedura e conseguente prevedibilità di atteggiamenti ostruzionistici nell’ipotesi di condivisione dell’affidamento). Sostiene la necessità dell’accordo dei genitori sulle decisioni più rilevanti per il minore anche in regime di affidamento esclusivo, T. AULETTA, o. cit., p. 274. In generale, sull’esercizio della “potestà” in tale sede, cfr. M.N. BUGETTI, o. cit., p. 67 ss. (ed *ivi* riferimenti).

figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre, seppur separati<sup>7</sup>.

Si afferma, così, decisamente, quale principio generale, nel nostro ordinamento giuridico il diritto del minore alla bigenitorialità, già contemplato<sup>8</sup> e di recente ribadito<sup>9</sup> da fonti sovranazionali, a prescindere dalla crisi della relazione di coppia nonché dalla natura coniugale o no di essa.

Siffatto mutamento prospettico è stato ulteriormente rafforzato e corroborato dalle ultime modifiche legislative in materia di famiglia. In particolare, risalta la rinnovata impostazione dei rapporti tra genitori e figli, modellata sul diritto di questi ad essere mantenuti, educati ed assistiti moralmente dai genitori, nel rispetto delle proprie capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni (art. 315 *bis*, comma 1, c.c., introdotto dall'art. 8 l. 10 dicembre 2012, n. 219). Parallelamente, l'art. 147 c.c., sull'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione e delle aspirazioni dei figli, viene riformulato aggiungendo l'obbligo di assistenza morale (leggi: affettiva)<sup>10</sup>, ma “nel rispetto” e non più “tenendo conto” delle capacità, ecc. dei figli medesimi, in stretto coordinamento con quanto previsto dal menzionato art. 315 *bis* c.c. (v. art. 3 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Trib. Messina, 18 luglio 2006; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593.

<sup>8</sup> L'art. 9 Conv. New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, sancisce il diritto del figlio separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi, a meno che ciò non sia contrario al suo interesse. È configurabile un vero e proprio diritto soggettivo dei figli a crescere nella propria famiglia, ricevendo l'assistenza dai loro genitori: T. AULETTA, o. cit., p. 363; M. SESTA, o. cit., p. 12. Anzi, il diritto alla bigenitorialità è da collocare nel novero dei diritti inviolabili della persona: A. PALAZZO, o. cit., p. 679 ss. (con ampi richiami).

<sup>9</sup> L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, vincolante nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), che, all'art. 6, le conferisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, attribuisce ad ogni bambino il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

<sup>10</sup> Nei lavori preparatori della l. n. 219 del 2012 si legge che si è preferito evitare il richiamo agli affetti, considerato improprio in un testo legislativo, ma si è comunque voluto introdurre nel rapporto genitori-figli un elemento che va oltre gli obblighi materiali, divenendo dovere di protezione personale.

<sup>11</sup> Interessante, ad ulteriore, piccolo ma non meno significativo, esempio, la circostanza che il legislatore abbia avvertito la necessità di sostituire, nell'art. 401 c.c., la parola «allevamento» con quella di «mantenimento» del minore (art. 61 d.lgs. n. 154 del 2013 – che dire se non «*nomina sunt consequentia rerum*!» –). Sul punto, la Relazione c.d. Bianca discorre di superamento di un concetto di adempimento legato alla mera nutrizione, a favore di un termine che pone l'accento «sul più ampio obbligo di far fronte alle diverse esigenze della vita di un minore che non si riducono al solo sfamarlo» – p. 173 –. «Il figlio ha il diritto di essere formato e sostenuto moralmente in un contesto, qual è quello familiare, in cui dovrà essere posto in condizione di coltivare le proprie doti e i propri talenti» (così, in una prospettiva d'indagine prevalentemente orientata alla disamina del

Si riconosce, quindi, centralità al c.d. interesse del minore<sup>12</sup>, espressione, questa, dai contorni talora incerti e foriera di equivoci applicativi<sup>13</sup>, ma che, tuttavia, è ormai definitivamente consacrata in un vero e proprio diritto soggettivo del minore nelle molteplici manifestazioni del rapporto familiare, tale da orientare le pronunce giurisprudenziali, le quali si avvalgono, in svariate fattispecie, del riferimento a siffatto diritto<sup>14</sup>.

---

dovere di contribuzione alle necessità della famiglia (anche) da parte del figlio, L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1297 ss., qui p. 1311, il quale, opportunamente, ricomprende nel concetto di famiglia «tutti quei consorzi familiari o parafamiliari che, seppur disancorati dal vincolo matrimoniale perché non fondati sul matrimonio, sono tutt'altro che privi di rilevanza giuridica in quanto caratterizzati da una convivenza tra i membri del gruppo che ne evidenzia il carattere di famiglia naturale» – p. 1324 –).

<sup>12</sup> Tutelato, a prescindere dall'esistenza di un rapporto coniugale tra i genitori, solamente sulla base del rapporto di filiazione, senza alcuna distinzione: v. artt. 7 e 8 l. n. 219 del 2012. Su tale nozione, sovente accusata di essere sfuggente ed indeterminata e di aprire la porta ad un eccessivo potere discrezionale del giudice, opportunamente si sofferma G. FERRANDO, o. cit., p. 287, asserendo che «come ogni clausola generale, anche quella dell'interesse del minore attribuisce al giudice il potere di definire il precetto normativo in relazione alle circostanze del caso concreto, facendo perciò riferimento a quelle proprie del particolare contesto in cui il minore si trova a vivere; di valorizzare la pluralità delle concezioni etiche, religiose e culturali diffuse in una società sempre più complessa ed articolata. Tutte queste valutazioni debbono poi essere compiute alla luce dei principi fondamentali di un dato ordinamento», ed incisivamente aggiungendo che, dovendo il giudice tener conto del concreto interesse del bambino, inteso come persona, l'interesse del minore va riguardato in senso relazionale, come elemento del rapporto con i genitori, orientato alle esigenze della sua crescita. Anche G. PAGLIANI, o. cit., p. 171, afferma che siffatto interesse non è definibile in astratto, ma emerge dall'analisi della situazione fattuale. V. pure G. BALLARANI, o. cit., p. 28 ss. sul corretto inquadramento di simile interesse nell'alveo dell'esigenza di sviluppo della personalità del minore e pertanto metro adeguato di valutazione della responsabilità genitoriale. D'altronde, la natura di canone fondamentale della normativa (l'interesse in questione funziona, oramai, come una sorta di *passé-partout* e funzionalizza pressoché tutta la disciplina del diritto di famiglia: conf. A. PALAZZO, o. cit., p. 532), riconosciuta alla centralità dell'interesse in parola (che ha reso il diritto di famiglia «paidocentrico»: J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 1980, p. 370), è acquisita e rafforzata nella recente legge sull'equiparazione dei figli (cfr. G. CASABURI, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 79 ss.).

<sup>13</sup> Si pensi, ad es., alle decisioni prese in un clima di accesa conflittualità tra i genitori, con le inevitabili ricadute sull'equilibrio psicofisico dei figli, nonché alle frequenti difficoltà che sorgono per garantire l'effettività della relazione del minore con il genitore non collocatario, attesa la diffusa collocazione prevalente dello stesso presso uno dei genitori, più spesso la madre. In proposito, si chiarisce che l'a.c. «deve essere calibrato in relazione alla fattispecie concreta al fine di realizzare il preminente interesse del minore» (così, Trib. Modena, 18 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 512). In linea generale, sull'interesse del minore come criterio-base nell'orientare i provvedimenti del giudice, v., ad es., Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, 184.

<sup>14</sup> Ad es., la Corte costituzionale, sul presupposto che il c.d. interesse del minore costituisce un parametro fondamentale di valutazione nelle questioni che lo coinvolgono, ha dichiarato illegittima la normativa del codice penale sull'automatica perdita della potestà genitoriale nell'ipotesi di condanna pronunciata contro il genitore per i delitti di alterazione e soppressione di stato (art. 569 c.p.). La Corte ha sostenuto che simile automaticità compromette l'interesse del figlio minore a vivere ed a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ogni genitore, da cui ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. In dettaglio, incidendo la pena accessoria della decadenza su una potestà che riguarda non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, è evidente che in tanto si può ritenere giustificabile l'interruzione della relazione di rilievo giuridico, oltre che naturalistico, in quanto essa sia attuata proprio in funzione degli interessi del minore (Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e 23 gennaio 2013, n. 7, in *www.giurcost.org*, la quale ultima richiama a supporto le fonti sovranazionali, nonché le Linee guida del Comita-

Pertanto, il superiore interesse del minore funge da precipuo parametro esegetico, criterio-guida per il giudice, il quale deve proporsi l'obiettivo di garantire la serenità e la stabilità dei rapporti affettivi con entrambi i genitori, con riguardo, da un lato, alla personalità del minore, dall'altro, alla capacità dei genitori di esercitare responsabilmente le prerogative a loro attribuite dall'ordinamento giuridico, in virtù del rapporto di filiazione. In effetto, alla luce dell'art. 30, comma 1, Cost. e delle fonti sovraordinate, questo rapporto chiama i genitori ad assolvere le loro responsabilità nei confronti dei figli, per assicurare ad essi uno sviluppo ed una maturazione integrale della personalità, in una prospettiva funzionale, costruita non come frutto dell'esercizio di una libertà personale, ma come un diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua giustificazione ed il suo limite. Di tal che, l'istituto della "potestà" genitoriale, in quanto strettamente e rigorosamente finalizzato alla protezione dell'interesse del minore ed alla formazione della sua personalità, è da considerare sempre meno come "diritto" e sempre più come "dovere" posto a presidio di diritti fondamentali della persona<sup>15</sup>.

Dunque, il preminente interesse del minore costituisce il criterio di fondo che sorregge i provvedimenti giurisdizionali in tema di affidamento della prole<sup>16</sup> ed il legislatore ha

---

to dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura del minore, adottate il 17 novembre 2010). Sulla decisione della Corte, v. il commento di U. ZINGALES, in *www.minoriefamiglia.it*.

<sup>15</sup> Esemplarmente, Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452, che discorre di «nozione funzionale della potestà genitoriale, vista quale ufficio di diritto privato, quale mezzo, cioè, attraverso il quale il titolare è messo nelle condizioni di adempiere al meglio i propri obblighi di assistenza nei confronti del figlio»; pertanto, la tutela della potestà parentale deve essere declinata in senso «dinamico», ossia funzionale alla realizzazione dell'interesse del minore. V. pure Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067, ove si sottolinea che la funzione genitoriale è aliena da qualsivoglia concezione di «privatezza». In letteratura, v., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 175; G. BALLARINI, o. cit., p. 54 ss., per il quale la "potestà" genitoriale si configura come un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole e va riconosciuta in termini di esercizio di una funzione in cui il profilo del dovere genitoriale è un *prius* rispetto ai poteri, giacché il nucleo familiare medesimo è assunto a tutela dello sviluppo della personalità della prole. Critico sull'inquadramento della "potestà" come mero ufficio, perché non tiene conto delle relazioni affettive correnti tra genitore e figlio, è A. PALAZZO, o. cit., p. 565 ss. (qui, p. 568), il quale, per altro verso, precisa che essa non può più essere intesa come espressione di una posizione di potere sul figlio, a cui corrisponderebbe una soggezione del minore, giustificata da un interesse alieno e superiore, e che la posizione dei genitori nel rapporto di filiazione è caratterizzata dagli obblighi aventi per finalità preminente l'interesse del minore, soggetto attivo del rapporto che partecipa all'adempimento degli obblighi genitoriali attraverso il dialogo (p. 590 ss., spec. p. 599).

<sup>16</sup> *Ante* riforma del 2006, v., ad es., Cass., 4 gennaio 2005, n. 116. Sul rimedio monoparentale che consegue ad una indagine negativa sull'idoneità educativa del genitore che si pretende di escludere, cfr., altresì, per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, G. BALLARINI, o. cit., pp. 26, 42 ss. e 61 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 61 ss. (qui, valutazione della rilevanza di comportamenti, atteggiamenti, stile di vita del genitore indagato, suscettibili di ripercuotersi in via immediata sul rapporto con la prole). D'altro canto, in proposito, è dato parlare di un diritto soggettivo del minore alla monogenitorialità, allorchando egli debba essere tutelato

giudicato idonea a realizzarlo la previsione, quale soluzione prioritaria e regola generale<sup>17</sup>, dell'a.c.

L'istituto in esame diventa il regime normale di affidamento dei figli minori, degradando ad eccezione ogni altra ipotesi, a meno che esso, con riguardo alle circostanze del caso concreto, non generi un serio pericolo, un pregiudizio certo<sup>18</sup> per l'equilibrato svilup-

---

dall'ingerenza contraria al proprio sviluppo psicofisico proveniente da un genitore (così, G. BALLARANI, o. cit., p. 42) oppure da un manifesto disamore di quest'ultimo (v., utilmente, sui casi di genitori disinteressati o, all'opposto, assillanti, R. RUSSO e M. STURIALE, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Milano, 2013, p. 95 ss.). Comunque sia, il pregiudizio per il minore non deve essere puramente eventuale, ma bensì certo o, almeno, presumibilmente certo, in considerazione dello stile di vita del genitore al quale ci si oppone, o dell'accertata incapacità dello stesso alla dedizione materiale ma anche (anzi, soprattutto) morale, affettiva, che l'affido di un minore inevitabilmente comporta (efficacemente, G.E. NAPOLI, *L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 488 s.). Quanto, poi, all'eventuale accertamento di uno stato di abbandono, materiale e/o morale, che legittima l'avvio di una procedura volta all'adozione, v., per tutti, G. FERRANDO, o. cit., p. 303 ss., spec. p. 308 ss.; T. AULETTA, o. cit., p. 383 ss.; T. MONTECCHIARI, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Famiglia e persone*, cit., p. 318 ss. (ed *ivi* ulteriori richiami).

<sup>17</sup> Cfr., *ex multis*, Trib. min. Abruzzo, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. Modena, 18 aprile 2007; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593; e la giurisprudenza cit. in nota 2. Il giudice, quindi, nel disporre in ordine all'affidamento dei figli minori, deve privilegiare l'a.c., sebbene in assenza di espressa volontà conforme dei genitori, «trattandosi di istituto che meglio risponde all'interesse della prole di avere garantito un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi» (efficacemente, Trib. Trani, 4 aprile 2007).

<sup>18</sup> Quando è evidente, ad es., l'inidoneità educativa di uno dei genitori (fra le tante, Cass., 17 dicembre 2009 n. 26587, in *Fam. min.*, 2010, 1, 50) o addirittura l'inadeguatezza di entrambi (in questa evenienza, il giudice potrà utilizzare i servizi sociali e l'affido eterofamiliare – per un caso, Cass., 11 ottobre 2013 n. 23193 –, ed in ultima analisi dichiarare lo stato di abbandono al fine dell'adottabilità del minore. Ciò può verificarsi allorché i genitori non appaiono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico, indispensabili per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e la situazione non è dovuta a forza maggiore di carattere transitorio (Cass., 10 luglio 2013, n. 17096 – il caso riguardava un minore affetto da un lieve deficit cognitivo, per cui esigeva particolari cure ed attenzioni, ottenibili soltanto in un alveo familiare stabile che gli potesse assicurare un sostegno certo e rapido –), per tale dovendosi intendere quella inidonea, per la sua durata, a pregiudicare il corretto sviluppo psicofisico del minore. D'altro canto, la dichiarazione dello stato di abbandono «non ha alcuna connotazione sanzionatoria della condotta dei genitori, ma è pronunciata nell'esclusivo interesse del minore, il quale rappresenta il criterio che deve orientare in via esclusiva la valutazione del giudice» (Cass., 20 gennaio 2014, n. 1099 – il caso manifestava gravi criticità del nucleo familiare, costituite da «grave precarietà delle condizioni psichiche della madre, palese difficoltà del padre a farsi carico della situazione della compagna e nel contempo dei bisogni dei figli, impellenza ed entità di detti bisogni, per l'età e le allarmanti condizioni» in cui versava la prole, da cui la necessità di un urgente inserimento in un nucleo familiare in grado di assicurare ad essa attenzione privilegiata e cure appropriate e personalizzate, non procrastinabili e protratte nel tempo –). Di tal che, la dichiarazione predetta può essere assunta anche quando lo stato di abbandono sia determinato da un disturbo comportamentale grave e non transitorio che renda il genitore, ancorché ispirato da sentimenti di amore sincero e profondo, inidoneo a prendere ed a conservare piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso il figlio, nonché ad agire in modo coerente per curarne al meglio lo sviluppo fisico, psicofisico ed affettivo, sempreché il disturbo sia tale da coinvolgere il minore, arrecando danni irreversibili al suo sviluppo ed al suo equilibrio psichico (Cass., 29 ottobre 2012, n. 18563; Cass., 21 marzo 2014, n. 6755 – qui, il caso presentava, oltre ad un padre totalmente assente non soltanto nel processo ma anche nella vita della prole, una madre, sebbene amorevole, affetta da un «disturbo della personalità con funzionamento psicologico paranoide, caratterizzato da affetti, impulsi ed idee intollerabili che vengono disconosciuti ed attribuiti ad altre persone» e con spunti persecutori che non le permettono

po dei figli medesimi. Nella pratica attuazione, si rende, nondimeno, necessaria una continuità di relazione tra i genitori, allo scopo di assicurare al figlio quella qualità di vita che l'a.c. si prefigge: occorre, cioè, un progetto educativo condiviso, un impegno dei genitori per un programma concordato sull'educazione, istruzione e cura del figlio, nel rispetto delle sue esigenze<sup>19</sup>. Il che, però, non significa che, in assenza di simile progetto, non si possa disporre l'a.c.<sup>20</sup>, avendo il giudice un ampio ventaglio di risorse a sua disposizione per favorire l'instaurazione, anche attraverso percorsi di sostegno, di un dialogo costruttivo<sup>21</sup> dei genitori nell'interesse della prole. Altrimenti, si correrebbe il rischio (concreto) di un'applicazione residuale dell'a.c., coincidente con il vecchio affidamento congiunto, qualora, come avviene molto di frequente, la conflittualità tra i genitori impedisse il dialogo sulle questioni concernenti la vita del figlio, senza considerare il fatto che uno dei genitori potrebbe strumentalmente innescare in via unilaterale i conflitti allo scopo di orientare il giudice verso un affidamento esclusivo<sup>22</sup>.

---

«un minimo di consapevolezza circa le sue criticità e difficoltà personali». Questa condizione aveva causato «una situazione di grave sofferenza psichica a carico dei minori che accusavano sintomi di stress post-traumatico che rimandavano ad episodi causativi di vera e propria paura e verosimilmente ad episodi di veri e propri maltrattamenti, negati, perché rimossi» dalla madre –).

<sup>19</sup> Trib. Bologna, 10 aprile 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007.

<sup>20</sup> Così, invece, App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 300, che discorre di mancato riscontro di una convergenza di intenti e di una consapevole adesione ad un programma educativo comune. Sulla stessa linea di pensiero, App. Bologna, 8 gennaio 2007, facendo leva sull'esperata conflittualità dei genitori.

<sup>21</sup> Ne sottolineano la necessità Trib. Firenze, 27 settembre 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1709 e Trib. Salerno, 30 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 639. Che il magistrato, per rendere effettivi i suoi provvedimenti, possa (e debba) servirsi di un vasto strumentario di azione è stato di recente ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, sentenza 29 gennaio 2013, *Affaire Lombardo c. Italie*, in *Foro it.*, 2013, IV, 349 con nota di G. SERGIO, *Tutela effettiva dei diritti relazionali e rispetto della vita familiare* – c. 361 ss.), secondo cui, per garantire i diritti dei genitori separati, il giudice non si deve limitare a misurare «stereotipate ed automatiche», ma ha l'obbligo di adottare modelli decisori plastici e di concreta efficacia, nell'ottica di assicurare la massima attuazione del benessere del minore. Per essere adeguate, «le misure deputate a riavvicinare il genitore con suo figlio devono essere attuate rapidamente, perché il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui» – nel caso specifico, la Corte ha sostenuto, in particolare, che «la médiation des services sociaux aurait dû être utilisée encourager les parties à coopérer et ceux-ci auraient dû, conformément aux décrets du tribunal, organiser toutes les rencontres entre le requérant et sa fille... les juridictions internes n'ont pris aucune mesure appropriée pour créer pour l'avenir les conditions nécessaires à l'exercice effectif du droit de visite du requérant» –. Tuttavia, ammonisce Cass., 1° luglio 2015, n. 13506, i percorsi di sostegno alla genitorialità non possono contemplare percorsi di tipo psicoterapeutico, perché così viene lesa la libertà personale garantita dalla Costituzione e si entra in conflitto con il divieto di imporre, al di fuori dei casi previsti dalla legge, i trattamenti sanitari. L'indicazione della via terapeutica, pertanto, esula dai poteri del giudice, ancorché venga disposta allo scopo di risolvere la condizione di immaturità della coppia genitoriale, rilevata dal ctu, impeditiva del reciproco rispetto dei ruoli.

<sup>22</sup> Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006. Anche la contumacia di un genitore non può essere di ostacolo alla pronuncia di a.c.: Trib. Bologna, 26 gennaio 2007.

## *2. Il ruolo centrale del c.d. diritto alla bigenitorialità*

Nell'alveo della delineata impostazione, l'a.c. si connota quale strumento per concretizzare il diritto soggettivo dei figli a mantenere un rapporto soprattutto affettivo con entrambi i genitori, malgrado la crisi e/o la disgregazione della famiglia di origine<sup>23</sup>. In inscindibile nesso con questa configurazione, il ruolo centrale assegnato al c.d. diritto alla bigenitorialità conferma che l'ordinamento giuridico con contrassegna (più) il minore come oggetto della c.d. potestà dei genitori e/o del potere officioso del giudice di individuarne l'interesse preminente, ma bensì quale soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale, con rilevanti riflessi processuali<sup>24</sup>, e che la "potestà" genitoriale, come del resto incisiva-

---

<sup>23</sup> In generale, va rimarcato che la giurisprudenza riconosce un risarcimento per danno non patrimoniale derivante dalla privazione del diritto del minore all'assistenza economica e morale da parte dei genitori: Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 927; Trib. Lecce, 3 settembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 785 (nella specie, un vedovo aveva affidato le figlie a propri congiunti, allontanandole da casa); Trib. Roma, 4 febbraio 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 824; App. Bari, 25 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 42; Cass., 10 aprile 2012, n. 5662 (qui, l'ipotesi di mancato riconoscimento da parte del genitore naturale). Inoltre, cfr. Trib. Roma, 12 novembre 2013, n. 22648, secondo cui la totale assenza del padre dalla vita del minore, che aveva per giunta perduto in tenera età la madre, concreta la violazione di obblighi a cui corrispondono diritti primari della persona, costituzionalmente garantiti, dando luogo, pertanto, ad un illecito endofamiliare risarcibile. Ciò in quanto l'inadempimento degli obblighi fondamentali di mantenimento, istruzione, educazione e cura che gravano su ognuno dei genitori causa «una lesione significativa dei diritti scaturenti dalla filiazione, riconosciuti e tutelati in primo luogo dalla Costituzione (artt. 2 e 30) e quindi da numerose norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento»; Trib. Roma, 18 novembre 2014, in *IlSole24ore*, 4 dicembre 2014, che attribuisce il risarcimento del danno non patrimoniale al figlio nei riguardi del padre che lo abbandona totalmente, mostrando un perdurante disinteresse e privandolo di un rapporto continuativo ed adeguato: di conseguenza, la lesione del diritto del figlio di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, di primario rilievo nello sviluppo dell'equilibrio psicofisico dello stesso, genera il diritto al risarcimento di un danno connesso al «vuoto emotivo, relazionale e sociale dettato dall'assenza paterna», danno liquidabile in via equitativa in base ai criteri della perdita parentale; Trib. Roma, sentenza n. 17401 del 2014, *ivi*, 16 aprile 2015, che, stigmatizzando la colpevole mancanza della figura paterna nello sviluppo della personalità del figlio, chiarisce che il mero mantenimento economico non esaurisce l'onere della responsabilità genitoriale, che si sostanzia nel soddisfacimento di obblighi «ancora più primari in quanto connessi alla cura, all'educazione e all'istruzione che sono da ritenersi ancor più fondamentali per il corretto sviluppo di una psiche in formazione, quale quella di un minore». In argomento, v. pure Cass., 22 novembre 2013, n. 26205 e Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079. In tema di danno alla persona causato dalla violazione degli obblighi genitoriali (e sul rimedio risarcitorio) v., per tutti, T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, in *Famiglia e persone*, cit. p. 149 ss.; M. PALADINI, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 488 ss.

<sup>24</sup> Cass., 26 marzo 2010, n. 7281. In sostanza, il minore non può essere equiparato ad un bene conteso, ma deve essere apprezzato nella sua dimensione umana, di modo che occorre favorire concretamente il ristabilimento del legame familiare tra genitore non convivente e figlio, se difetta la collaborazione dell'altro genitore, fino a far ricorso a misure coercitive: cfr. Cass. pen., 31 luglio 2009, n. 31783; Cass., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Foro it.*, 2007, I, 2049 ed in *Guida dir.*, 2007, 15, 28, che richiama allo scopo l'art. 709 *ter* c.p.c. Sul minore come "persona" e sul riconoscimento della sua dignità, identità, autonomia, v., segnatamente, G. FERRANDO, *La tutela del minore nella famiglia disgregata*, in *www.csm.it* (15 marzo 2010); EAD, *Diritto di famiglia*, cit., p. 251 ss.; A. PALAZZO, o. cit., p. 547 ss., spec. p. 554 (qui, nell'interessante cornice del diritto al dialogo codificato dal § 1626, comma 2, BGB, il discutere con il bambino – *besprechen mit dem Kind* –); P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, VII ed., Napoli, 2014, p. 145 ss., spec. p. 147.

mente (ri-)affermando nel d.lgs. n. 154 del 2013, si traduce in una «comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole»<sup>25</sup>, funzionale alla promozione della personalità del minore.

L'a.c. rientra a pieno titolo in un quadro di centralità della persona del minore (si discorre di visione “puerocentrica”), essendo uno strumento ritenuto (massimamente) idoneo a garantire l'interesse morale e materiale dello stesso, ovvero una “modalità naturale” della genitorialità attinente alla qualità di vita del figlio<sup>26</sup>, superandosi, così, l'antica logica del diritto di visita, ben potendo ogni genitore frequentare il figlio, senza essere costretto a rispettare dei giorni e dei tempi prestabiliti<sup>27</sup>.

Per converso, l'a.c. non implica necessariamente una permanenza di pari durata del minore presso ciascun genitore, sebbene una suddivisione paritaria dei tempi di permanenza possa essere accordata tenendo conto della volontà manifestata in piena consapevolezza e libertà dal minore<sup>28</sup>. In assenza di simile circostanza, non è richiesta, e nemmeno auspica-

<sup>25</sup> Non più «esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia» (Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Fam. dir.*, 2011, 12, 1095, che sottolinea la «maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia»).

<sup>26</sup> App. Catania, 21 aprile 2009; Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, in *Fam. dir.*, 2007, 345, che parla di «interesse esistenziale». Si ha cura, comunque, di precisare che ciò non implica la necessità di un mantenimento paritario in maniera diretta ed autonoma; anzi, non viene meno l'obbligo patrimoniale del genitore non collocatario di contribuire, con la corresponsione di un assegno, al mantenimento dei figli, in relazione alle loro esigenze di vita, nell'ambito del contesto familiare e sociale di appartenenza (cfr., altresì, Cass., 29 luglio 2011, n. 16376; Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060).

<sup>27</sup> In questa direzione, v. App. Potenza, 14 novembre 2006, in *Fam. min.*, 2008, 60, secondo cui l'interesse del minore «è quello di vivere quanto più possibile con entrambi i genitori, senza che nessuno di essi venga escluso dalla sua vita quotidiana». Per un'esemplificazione, v. App. Catania, 18 febbraio 2010, ove viene chiarito che eventuali termini, fissati dal giudice della separazione, entro i quali i genitori devono concordare il periodo di vacanze estive che il figlio trascorrerà con il genitore non collocatario non hanno affatto natura perentoria, quindi la loro decorrenza non può essere assunta a pretesto per rifiutare di concordare il periodo in discussione e siffatto atteggiamento è censurabile dal giudice. Scompare, quindi, l'ottica (preesistente alla riforma) del cd. diritto di visita, sostituita da un regime contrassegnato ed informato al “dovere di presenza” dei genitori nella vita quotidiana del figlio (v., ad es., G. PAGLIANI, o. cit., p. 195 ss.).

<sup>28</sup> Cfr. Trib. Catania, 28 giugno 2006 e 12 luglio 2006, nonché Trib. Chieti, 28 giugno 2006. Un'ipotesi di affidamento alternato con pari suddivisione dei tempi in Trib. La Spezia, 14 marzo 2007 ed in Trib. Catania, 11 ottobre 2010, recante il caso della conforme volontà della figlia diciassettenne. Più di recente, v. Trib. Roma, 20 gennaio 2015, n. 1310, che si adegua alla situazione fattuale, in cui la figlia sedicenne divide il suo tempo in modo essenzialmente paritario presso le abitazioni, peraltro molto vicine, di entrambi i genitori. Che l'a.c. non implichi un'eguale permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori e men che meno un'abitazione alternata è opinione largamente accreditata: cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 210; G. BALLARANI, o. cit., p. 71 ss. (a.c. non equivale ad un'aritmetica partizione dei tempi e dei modi con cui il minore dovrà essere presente presso l'uno e l'altro genitore); R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 67 ss. (non necessità che i tempi di permanenza siano uguali tanto più nell'ipotesi che sussista una valutazione negativa sulla persona di un genitore, il che porta a ridurre al massimo i contatti tra i genitori in vista della frequentazione del figlio). Circa, poi, l'affido cd. alternato, tuona contro il continuo «ballottamento» del bambino, in termini non soltanto lo-

bile, «una spartizione chirurgica dei tempi e della presenza» del figlio presso ognuno dei genitori<sup>29</sup>. A tale riguardo, si precisa che la caratteristica saliente dell'istituto appare individuabile non tanto nella dualità della residenza e nella parità dei tempi di cura, ma bensì nella «paritaria condivisione del ruolo genitoriale», allo scopo di predisporre ed attuare un programma concordato per l'educazione, la formazione, l'assistenza e la gestione del minore, nel rispetto delle sue esigenze e richieste<sup>30</sup>.

Anzi, non è escluso che il minore abbia una stabile residenza presso un solo genitore, non potendo egli in concreto continuare a vivere con entrambi i genitori né apparendo ipotizzabile una collocazione alternata o l'alternanza dei genitori presso la casa in cui egli risiede, purché continui a mantenere rapporti regolari e continuativi anche col genitore non convivente ed i genitori condividano le scelte di maggiore importanza che lo riguardano<sup>31</sup>. In questo modo, l'a.c. si differenzia dall'affidamento c.d. alternato, cioè un affidamento a potestà esclusiva per un equo periodo all'uno ed all'altro genitore, alternativamente e per periodi di tempo prestabiliti. Nel concreto, tale tipologia di affidamento implica due paralleli affidamenti monogenitoriali, con il riconoscimento di un'autonoma potestà in capo al genitore per il periodo di permanenza del figlio presso di lui, senza l'obbligo di concordare

---

gistici, ma anche di cura e di educazione, A. ARCERI, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, p. 32.

<sup>29</sup> Trib. min. Trieste, 20 febbraio 2013, in *ILSole24ore*, 4 marzo 2013, che avverte dell'esigenza di non consentire, neanche nei casi di residenza dei genitori in entità separate di uno stesso edificio, «il palleggio ping-pong della prole», lesivo della dignità del minore.

<sup>30</sup> Trib. Bologna, 28 marzo 2006 e 22 maggio 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006. La differenza con le altre forme di affidamento non è di tipo quantitativo – pari distribuzione dei tempi di accudimento e frequentazione –, ma bensì qualitativo, nella direzione della pari partecipazione alla vita quotidiana del minore (G. PAGLIANI, o. cit., pp. 162 s. e 197, nonché p. 172 ss. sulla differenza con le tipologie dell'affido alternato e dell'affido cd. congiunto; v. pure M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso; a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, 4, p. 377 ss. e, sull'affinità dell'affidamento congiunto all'istituto nordamericano denominato *joint physical custody*, mentre il nuovo a.c. richiede la compartecipazione nei compiti di cura e crescita del figlio, R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 59 ss.).

<sup>31</sup> Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014. Si legge in Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060 che, «mentre l'a.c. tende a mantenere viva, in riferimento al rapporto fra genitori e figli, la comunità familiare, la collocazione della prole presso uno dei genitori è il riflesso di un'esigenza pratica, essendo evidente che non è materialmente possibile, né appare opportuno, che il minore conduca la propria esistenza quotidiana presso entrambi i genitori, non più conviventi». Sul cd. genitore collocatario (o domiciliatario) v. A. COSTANZO, *I rapporti personali tra genitori e figli nella prospettiva giurisprudenziale*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 533 ss. Esprime riserve critiche alla prassi applicativa che individua un genitore, se non tecnicamente «affidatario», nei fatti «collocatario», A. PALAZZO, o. cit., p. 707. La prassi predetta rappresenta una fotografia dell'a.c. nella forma della *joint legal custody* nordamericana, stabilendo, per l'appunto, una domiciliatazione (o collocazione) prevalente del minore ed i tempi di permanenza presso l'altro genitore (R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 61).

le scelte attinenti alla vita del figlio medesimo. E' ovvio che ciò contrasta con l'obiettivo di assicurare stabilità soprattutto psichica a quest'ultimo, giacché l'alternanza dei genitori, principalmente nell'età infantile ma altresì nella delicata fase adolescenziale, si può ripercuotere sulla sua serena ed equilibrata crescita<sup>32</sup>.

Il fulcro del novellato sistema di affidamento va, dunque, ravvisato nell'esclusivo (ed assorbente) riferimento all'interesse morale e materiale della prole. Tanto induce a scindere radicalmente due aspetti: quello del rapporto di coppia, caratterizzato pur sempre, sebbene con diversa intensità caso per caso, dalla conflittualità connessa alla disgregazione dell'unità familiare, e quello relativo alla relazione interpersonale con i figli<sup>33</sup>.

Innanzitutto, l'a.c. richiede una fattiva collaborazione ed un dialogo il più possibile pacifico tra i genitori, elementi questi che possono essere concretizzati e, per così dire, incentivati, in mancanza di cooperazione spontanea e responsabile, per il tramite di specifici provvedimenti giudiziali, con l'avvertenza che, malgrado tutto, i provvedimenti in materia di affidamento «non possono consistere in forzate sperimentazioni, nel corso delle quali, come in un letto di Procuste, le reali ed attuali esigenze della prole vengono sacrificate al

---

<sup>32</sup> Trib. Modena, 8 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 363. Che l'a.c. non equivalga ad un affidamento alternato è sottolineato da Trib. Bologna, 10 aprile 2006; App. Bologna, 17 maggio 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Messina, 27 novembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, 495, dove si aggiunge che è comunque necessario prevedere per il minore, specialmente fino alla prima età adolescenziale, «un *habitat* preferenziale, risultante dall'integrazione di un ambiente domestico, di relazioni personali e di abitudini comportamentali, idoneo a costituire un contesto di riferimento stabile». Non è, d'altronde, esclusa l'alternanza dei genitori nella casa familiare, sempreché non sussista un'oggettiva impraticabilità della soluzione (per un'ipotesi in cui, a causa delle precarie condizioni economiche, la madre non fosse in grado di provvedere ad un'abitazione per sé, escludendosi, perciò, la realizzabilità dell'alternanza, cfr. Cass., 20 gennaio 2015, n. 885).

<sup>33</sup> Sul punto, v., ad es., Trib. Bologna, 21 novembre 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, 188. Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841 contesta ai giudici di merito di avere attribuito rilievo, per l'affidamento dei figli, a fatti accaduti molti anni prima ed aventi ad oggetto situazioni interpersonali tra i genitori, estranee all'attuale rapporto genitoriale e non conferenti con l'interesse dei minori (nella specie, la madre aveva falsamente accusato il padre di abusi sessuali sulla figlia di tre anni ed era stata condannata per calunnia, ma la sentenza non era ancora passata in giudicato). Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587 conferma la decisione di merito assoggettata a gravame, secondo la quale la contrarietà dell'a.c. all'interesse della prole deve essere valutata esclusivamente in relazione al rapporto genitoriale. Incisivamente, Trib. Napoli, 9 giugno 2006 rimarca che «le decisioni sull'affidamento prescindono dall'accertamento della responsabilità per il fallimento del matrimonio, in quanto sono esclusivamente volte alla tutela dei figli», a recuperare, cioè, il rapporto affettivo reciproco di essi verso i genitori. In tema, sottolinea C. PALADINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, p. 121, che proprio la nozione normativa di «contrarietà all'interesse del minore» impone di utilizzare quale parametro di riferimento il rapporto genitoriale e non il diverso rapporto di coppia, Sulla doverosa distinzione tra il ruolo di coniuge (o di *partner*) e quello di genitore, v., inoltre, A. PALAZZO, o. cit., p. 700.

tentativo di conformare i comportamenti dei genitori a modelli tendenzialmente piú maturi e responsabili, ma contraddetti dalla situazione reale già sperimentata»<sup>34</sup>.

D'altro canto, comunque escluso un regime di forzosa ed illusoria condivisione, va profuso ogni sforzo per favorire la cooperazione dei genitori in vista dell'equilibrato sviluppo del minore, in modo che la collocazione preferenziale presso uno dei genitori non venga percepita o financo utilizzata per rendere difficile o addirittura vanificare la relazione con l'altro da parte del minore medesimo<sup>35</sup>.

Si richiede, pertanto, al genitore collocatario non soltanto di non ostacolare l'esercizio delle facoltà dell'altro, ma anzi di favorire il rapporto del minore con lui<sup>36</sup>, attivandosi per una crescita serena, connotata dalla relazione interpersonale con entrambi i genitori<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> E' il severo monito rivolto ai giudici di merito da Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, 1839 (qui, il caso della collocazione, in via principale, della figlia sedicenne presso la madre, fondata, piuttosto che su un giudizio in concreto circa le capacità genitoriali della stessa, sul mero auspicio che la madre potesse migliorare il rapporto con la ragazza, la quale, dal canto suo, aveva espresso, in sede di audizione, il bisogno di maggiori spazi di incontro con il padre ed il desiderio di intrattenersi e relazionarsi di piú con l'attuale *partner* del genitore, la cui compagnia era di suo gradimento). V. pure Cass., 18 giugno 2012, n. 9949, *ivi*, I, 145, con un forte richiamo all'attenzione per l'interesse effettivo del minore.

<sup>35</sup> Per i giudici, invero, l'a.c. si presenta idoneo alla ripresa del dialogo tra i genitori, perché devono confrontarsi su decisioni importanti sulla vita dei figli: v. Trib. min. Bologna, 26 aprile 2006, nonché Trib. Genova, 10 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, 1119; Trib. min. Milano, 20 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 640; Trib. Ascoli Piceno, 13 dicembre 2006, che giudica l'istituto funzionale alla conservazione della figura materna, altrimenti a rischio, nella specie, di ricoprire un ruolo marginale. Su questa linea si muove Trib. min. Catania, 4 ottobre 2007, che ritiene confacente alle esigenze educative e di crescita della prole non relegare uno dei genitori ad un ruolo marginale.

<sup>36</sup> Persino in regime di affidamento esclusivo, eventuali esigenze di protezione del minore non si devono tradurre in comportamenti pregiudizievoli della relazione tra il figlio ed il genitore non affidatario, comprimendola oltre misura: App. Catania, 27 novembre 2014, in *www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com* (nella specie, la Corte ha riformato il provvedimento con cui era stato disposto che gli incontri tra padre e figlia avvenissero solamente in presenza della madre, a cagione della condotta di vita sregolata del padre, affermando che l'affidamento esclusivo onera il genitore affidatario di maggiori responsabilità, tra cui garantire, nell'interesse della prole, un corretto svolgimento delle modalità di incontro con il genitore non affidatario).

<sup>37</sup> Cfr., sul punto, Trib. Potenza, 7 aprile 2008, che discorre di garanzia di riequilibrio, sul piano psicologico, della relazione educativa ed emotiva con ogni genitore; secondo Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034, «allorché uno dei genitori manifesti un pressante interesse per la partecipazione piú intensa alla vita educativa della prole, in funzione del suo piú equilibrato sviluppo psicofisico, deve essere privilegiata e favorita un'intensificazione del contributo genitoriale di questo in ordine alle scelte piú incisive riguardanti la figlia minore». V., inoltre, Trib. Bari, 10 marzo 2009; App. Catania, 16 ottobre 2013; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176 (tutte queste decisioni insistono sull'obbligo di collaborazione del genitore collocatario nei confronti dell'altro). Interessante e significativa, in proposito, la pronuncia di Cass. pen., 27 maggio 2015, n. 22152, che ritiene non sussistente il reato di disturbo o molestia alle persone (art. 660 c.p.) nel caso di un padre che aveva tempestato di *sms* e *e-mail* l'ex compagna al solo scopo di avere notizie del figlio minore, per poterlo incontrare, in un contesto in cui la madre «si mostrava sostanzialmente indifferente rispetto al rapporto tra l'imputato ed il figlioletto, quando non frapponeva ostacoli alle visite».

Qualora, poi, il genitore collocatario impedisse all'altro di visitare e frequentare il figlio, assumendo comportamenti ostruzionistici in grado di inibire o rendere più difficoltosa la reciproca relazione, costui può essere punito penalmente per mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice civile, a norma dell'art. 388, comma 2, c.p. Ai fini della configurabilità del comportamento elusivo potrebbe rilevare perfino il singolo ed occasionale episodio di violazione ingiustificata del provvedimento di affidamento del minore<sup>38</sup>, sempreché il giudice non ravvisi l'applicabilità, nel caso concreto, dell'inedita causa di non punibilità per tenuità del fatto, scriminante introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (in vigore dal 2 aprile 2015).

In sede civile, il genitore che, deliberatamente ed ingiustificatamente, pone in essere condotte tese ad impedire i rapporti tra il figlio e l'altro genitore e/o non dimostra di impegnarsi per agevolare tali rapporti, può essere soggetto all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., nell'ambito delle quali il giudice può pervenire a modificare le condizioni di affidamento, se lo reputa opportuno per realizzare l'obiettivo di maggiormente responsabilizzare il genitore non collaborativo. In effetto, la modifica del regime di affidamento, accertata una situazione di rischio attuale per la prole, può assumere un significato sanzionatorio, ed anzi può risultare il provvedimento più efficace ed idoneo non soltanto per prevenire, ma anche per reagire ad altre inadempienze e violazioni, stimolando la rifles-

---

<sup>38</sup> In senso positivo, Cass. pen., 25 marzo 2009, n. 13101; *contra*, Cass. pen., 18 marzo 2010, n. 10701, la quale, però, puntualizza che la condotta elusiva di specie si inseriva in un contesto temporale di mesi in cui la madre aveva sempre assicurato l'esercizio dei diritti del padre, aggiungendo che sarebbe comunque punibile quella inosservanza (benché occasionale) che, per le sue specifiche, peculiari ed invasive caratteristiche concrete, fosse ritenuta atta a determinare l'alterazione dell'equilibrio fissato nel provvedimento di affidamento ed a frustrare le legittime pretese del genitore non collocatario. A sua volta, Cass. pen., 6 luglio 2009, n. 27995 ribadisce che ostacolare gli incontri tra genitore e figlio, fino a recidere qualsiasi legame fra di essi, oltre ad avere effetti deleteri sull'equilibrio psicologico e sulla formazione della personalità del minore, configura elusione dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale, avendo il genitore collocatario l'obbligo di favorire ed agevolare il rapporto con l'altro, a meno che non sussistano contrarie indicazioni di particolare gravità (nella specie, la madre si era rifiutata, ingiustificatamente, di consentire che il figlio trascorresse col padre il periodo di vacanza stabilito dal giudice della separazione). Per una recente disamina di sistematici espedienti (iscrizione in piscina, catechismo e visite mediche) adottati dalla madre per impedire la frequentazione tra padre e figlio, cfr. Trib. Ivrea, sentenza n. 115 del 2014, in *IlSole24ore*, 4 novembre 2014. In materia, anche per ragguagli, cfr. F. CESARI, *Le altre fattispecie penali relative alla violazione dei doveri familiari*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1027 ss., spec. p. 1029 ss.; v. pure L. PICOTTI, *Le disposizioni penali della nuova legge sull'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 553 ss.

sione sulle conseguenze pregiudizievoli per il minore dei comportamenti non proattivi o addirittura ostruzionistici di un genitore nei confronti dell'altro<sup>39</sup>.

Questa finalità di dissuasione dal tenere contegni che l'ordinamento, nel perseguire l'interesse del minore, stigmatizza perché nocivi e contrastanti con l'effettività del diritto alla bigenitorialità, costituisce il fondamento della previsione dell'art. 709 *ter* c.p.c., a norma del quale il magistrato, anche d'ufficio, può graduare e persino cumulare le sanzioni, altresì disponendo il risarcimento del danno subito dal minore e dal genitore ostacolato. L'intervento in tale ultima direzione da parte del giudicante (compreso il giudice istruttore) è, quindi, improntato ad una sostanziale coartazione all'adempimento dei doveri genitoriali, per il tramite di rimedi che assolvono ad una funzione non già compensativa (poiché la misura del risarcimento non è commisurata all'entità del danno), ma, all'inverso, punitiva, orientata alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari, di per sé non coercibili né suscettibili di esecuzione diretta<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> V., sul punto, Trib. Firenze, 11 febbraio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 167; Trib. Modena, 17 settembre 2008. Un'indagine sui rimedi *ex art.* 709 *ter* c.p.c. in G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709 ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, nota ad App. Firenze 29 agosto 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1207 ss.; G. PAGLIANI, o. cit., p. 248 ss.; S. PATTI, *La domanda di affidamento esclusivo infondata*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 250 ss.; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l'inadempimento e le sanzioni: l'art. 709 ter c.p.c.*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 875 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 263 ss.

<sup>40</sup> Trib. Roma, 10 giugno 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 298 a cui *adde* Trib. min. L'Aquila, 3 aprile 2006, *ivi*, 2006, 1775; Trib. Siena, 4 dicembre 2007; Trib. Palermo, 2 novembre 2007 e Trib. Padova, 8 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 1207 e 714; App. Firenze, 29 agosto 2007. A detta della prevalente giurisprudenza, siamo in presenza di una fattispecie di danno, liquidabile senza necessità di istruttoria sui fatti né di richiesta di parte, mutuata dai sistemi di *common law*, nel senso del *punitive damage*, con duplice funzione pubblicistica di deterrenza e prevenzione ed anche sanzionatoria: Trib. Vallo della Lucania, 7 marzo 2007; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1795; Trib. min. L'Aquila, 27 febbraio 2008, *ivi*, 2008, 1333; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, *ivi*, 2009, 215; Trib. Napoli, 18 aprile 2008, che critica, fra l'altro, Trib. Pisa, 19 dicembre 2007 (in *Foro it.*, 2008, I, 1689), che sostiene l'applicabilità delle sanzioni riservata esclusivamente al collegio; Trib. Pisa, 14 agosto 2009, *ivi*, 2010, 730; Trib. Roma, 4 febbraio 2011, *ivi*, 2011, 824; Trib. Novara, 11 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 5, 12; Trib. min. Milano, 29 marzo 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 283; Trib. Modena, 20 gennaio 2012; Trib. Messina, 8 ottobre 2012; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, *ivi*, 2011, 651. Recentemente, Trib. Palermo, 13 marzo 2014, in *ILSole24ore*, 7 aprile 2014, chiarito che il procedimento dell'art. 709 *ter* c.p.c. non ha natura contenziosa perché il giudice non dirime una controversia ma esercita un'attività orientata all'interesse del minore (con celere definizione dei contrasti che possono pregiudicarlo), evidenzia la duplice funzione sia riparatoria sia di coercizione indiretta e di pressione psicologica della tutela risarcitoria predisposta dalla norma. Sulla controversa figura dei cd. danni punitivi, cfr., in generale, P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 531 ss.; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 343 ss.; ID., *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, III, 1, Torino, 2007, p. 453 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25 ss. In particolare, circa la configurabilità in termini di danno punitivo del risarcimento previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c., v. G. CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Corr. merito*, 2006, p. 573; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in

Da altro versante, il riscontrato inadempimento degli obblighi familiari assurge generalmente ad indice, altamente sintomatico, dell'inidoneità del genitore ad affrontare le maggiori responsabilità che l'a.c. comporta. La rispettiva valutazione compete, tuttavia, al magistrato, non potendo essere attribuito rilievo decisivo al fatto che uno dei genitori si opponga alla condivisione dell'affidamento, dipingendo negativamente l'idoneità genitoriale dell'altro, magari contestandone le scelte educative o di (nuova) vita<sup>41</sup>, in quanto il criterio-guida per il giudicante è, comunque, l'interesse del minore, quindi va conferito valore dirimente, in qualsiasi circostanza fattuale, alla sussistenza di un serio e concreto pericolo per l'equilibrato sviluppo del minore medesimo, atto a convincere il giudice ad optare per una soluzione diversa<sup>42</sup>.

Pertanto, i comportamenti ostativi, non conformi al modello di genitore corretto e leale (*fair parent* nella giurisprudenza anglosassone), secondo cui ciascun genitore ha l'obbligo di promuovere attivamente e costantemente il rapporto tra i figli e l'altro, misurandosi la sua capacità genitoriale alla luce dell'attitudine a garantire quanto più possibile tale rapporto<sup>43</sup>, se in genere vengono posti a fondamento dell'adozione di provvedimenti di rimodulazione o di sospensione degli incontri, possono addirittura condurre alla revoca dell'affidamento nell'ipotesi in cui si ravvisi un pregiudizio per il figlio<sup>44</sup>.

---

*Fam. dir.*, 2008, p. 71 ss.; G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, *ivi*, p. 1023 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 268 ss., spec. p. 270. Secondo G. PAGLIANI, o. cit., p. 257 ss., le misure risarcitorie assomigliano ad un danno punitivo, ma la ricostruzione in questo senso suscita forti dubbi (qui, p. 261). Decisamente contrari, invece, G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 594 ss.; D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 966; S. PATTI, *La domanda di affidamento esclusivo infondata*, cit., p. 254; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori*, cit., p. 905 ss. Di là, comunque, dalla polemica sulla corretta definizione di tali tecniche di riparazione del danno, non si può non rammentare che un autorevole insegnamento (P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 155 ss.) invita a riflettere sull'esistenza di una pluralità di funzioni della responsabilità civile (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro tranquillamente coesistere.

<sup>41</sup> App. Napoli, 13 luglio 2007; Trib. Milano, 23 marzo 2013 ritiene che sussista il diritto di coinvolgere il figlio nella relazione instaurata con una nuova convivenza, giacché ragionando altrimenti risulterebbe leso il diritto di frequentazione, inclusivo del periodo di pernottamento nella casa del genitore. V., altresì, Cass. 9 gennaio 2009, n. 283 (nella specie, frequentazione, da parte della figlia, della nuova compagna del padre).

<sup>42</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, 184; Cass., 3 aprile 2008, n. 8535; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Fam. min.*, 2010, 1, 50; Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108; Cass., 31 marzo 2014, n. 7477.

<sup>43</sup> Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176. V., inoltre, Cass., 27 aprile 2007, n. 10094; Cass. pen., 21 ottobre 2008, n. 39411; Cass. pen., 8 settembre 2009, n. 34838, in *Fam. min.*, 2009, 10, 39; App. Lecce, 6 luglio 2009, *ivi*, 42.

<sup>44</sup> Parametro è pur sempre l'interesse del minore (alla giurisprudenza citata nelle note precedenti, *adde* Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034; Trib. Firenze, 11 febbraio 2008, *ivi*, 2009, 167, che dispo-

Ma v'è di più: se un genitore si propone per l'affido esclusivo, sia all'esito del primo giudizio riguardante la sorte del minore sia, alternativamente, all'esito dell'eventuale istanza di revisione di un'iniziale pronuncia di a.c., questi deve provare che l'altro non è idoneo ad essere un buon educatore, capace di perseguire, primariamente, il corretto sviluppo psicologico del figlio e/o di soddisfare le esigenze di vita del minore, sicché, in assenza di concreti argomenti rilevanti a questo scopo, la richiesta di affido esclusivo può essere giudicata meramente pretestuosa ed avanzata unicamente per dare fastidio all'altro genitore. Conseguentemente, il giudice può ritenere siffatta condotta, puramente dilatoria e lesiva di fondamentali interessi esistenziali dei figli minori (aventi diritto ad una normale e feconda relazione parentale, impedita, ritardata o limitata per tale comportamento processuale), quale abuso dello strumento processuale, condannando la parte per responsabilità aggravata *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*<sup>45</sup>.

---

ne l'affidamento al padre della minore prima collocata presso la madre; Trib. Bari, 10 marzo 2009; App. Napoli, 22 marzo 2006; App. Bologna, 23 marzo 2009; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24256; Cass., 10 luglio 2013, n. 17089). La sanzione della perdita dell'affidamento deve pur sempre rispondere all'interesse del minore, quindi presuppone l'accertamento di un pregiudizio a lui derivante da un comportamento del genitore (come la richiesta pretestuosa di affidamento esclusivo) che ne disveli una condizione di manifesta carenza od idoneità negativa sotto il profilo educativo (puntualmente, G. IRTI, *L'affidamento esclusivo*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 246 s.). Orbene, la richiesta di affido esclusivo deve essere ponderata e non invocata unicamente per dare fastidio all'altro genitore (M. FINOCCHIARO, *Disfavore per l'assegnazione esclusiva*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 37 ss.) né essere mossa dal fine di realizzare l'egoistico intendimento di sottrarre l'affidamento all'altro genitore, perché ciò, in effetto, paleserebbe l'inettitudine del richiedente a garantire la continuità del rapporto (bi)genitoriale (M.N. BUGETTI, o. cit., p. 76 ss.).

<sup>45</sup> Trib. min. Milano, 14 marzo 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1294, che discorre, al riguardo, di una disposizione avente natura sanzionatoria, nella formula del c.d. danno punitivo, volta a scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia, traducendosi, dunque, in una sanzione d'ufficio. Quanto, poi, alla lesione del diritto costituzionalmente garantito alle relazioni parentali, incisivamente si nota che questi diritti ottengono effettiva tutela solamente se l'intervento giurisdizionale è particolarmente tempestivo, in quanto «il fattore tempo toglie al minore ed al suo genitore, ed al reciproco rapporto interpersonale di cura, affetto, costruzione dell'identità personale e familiare, pezzi di vita che non consentono alcuna *restitutio in pristinum*, poiché ciò che è andato perduto è difficilmente recuperabile». V. pure Trib. min. Milano, 29 marzo 2011, *in*, 283 e, per un caso di condanna al risarcimento del danno, a seguito di una domanda di affido esclusivo manifestamente infondata, Trib. min. Milano, 4 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1107. In argomento, v. M. FINOCCHIARO, *Trasferire in tribunale il contenzioso tra ex sfocia nella sanzione punitiva per lite temeraria*, in *Guida dir.*, 2011, 16, p. 54 ss., il quale consiglia di manovrare la norma anti-abuso del processo con estrema prudenza, attenzione e cautela. Cfr., ancora, G. BUFFONE, *L'art. 96, comma 3, c.p.c.: un ulteriore strumento di tutela dei diritti dei minori* (nota a Trib. min. Milano, 14 marzo 2011, cit.); T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 61 ss. (che discorre di condanna avente per oggetto i cd. danni punitivi); F.D. BUSNELLI e E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno resp.*, 2012, 6, p. 585 ss.; L. FRATA, *L'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ. tra "danni punitivi" e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 272 ss.

Condotte simili, dichiaratamente o subdolamente ostruzionistiche, ed atteggiamenti ostativi nonché, piú latamente, non collaborativi nel perseguire l'interesse del minore, non sfociano necessariamente nella negazione dell'a.c., istituto che permane di elezione privilegiata; ciò nonostante, essi sono valutabili dal giudicante nell'ambito dei criteri di scelta (o di mutamento successivo) del genitore collocatario. La capacità di un genitore di preservare al minore la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento, nella sua mente, della trama familiare, di là da egoistiche considerazioni di rivalsa sull'altro, è, così, stimata connotazione decisamente rilevante per riconoscere l'idoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'a.c. comporta<sup>46</sup>.

Si richiede, in altri termini, al genitore collocatario di mettere da parte le rivendicazioni nei confronti dell'altro e di conservarne l'immagine positiva agli occhi del minore, garantendo nei fatti serenità e continuità nelle frequentazioni tra i due. Questa impostazione cooperativa dei reciproci rapporti deve, se possibile, condurre ad una scelta concordata della residenza del minore; altrimenti, sarà il giudice a stabilirla, tenendo conto di molteplici fattori, quali il nuovo assetto abitativo ed ambientale, l'età scolare del minore, l'importanza di ciascuna figura genitoriale nella crescita dello stesso, lo spirito di collaborazione e disponibilità del genitore collocatario al riconoscimento del ruolo che l'altro può (e deve) svolgere nella vita del figlio<sup>47</sup>.

### 3. *L'affidamento esclusivo come scelta residuale*

La scelta dell'a.c., costituente l'opzione prioritaria a cui è necessario attenersi nel disciplinare i rapporti genitori-figli della famiglia in crisi e comportante una comune responsabilizzazione della coppia genitoriale in funzione dell'equilibrato sviluppo psicofisico del

---

<sup>46</sup> Trib. Bari, 10 marzo 2009; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176.

<sup>47</sup> V., specialmente, la dettagliata motivazione di App. Napoli, 17 ottobre 2008. Secondo Cass., 4 giugno 2010, n. 13619, al fine dell'individuazione del genitore maggiormente idoneo a garantire il miglior sviluppo della personalità del minore, hanno un peso rilevante le consuetudini di vita già acquisite dallo stesso (nella specie, il vaglio del giudice investe l'interesse del minore al perdurare della sua permanenza in un contesto familiare ed ambientale nel quale già vive, circondato dall'affetto dei nonni materni). Sulla necessità che la scelta della residenza del minore sia assunta di comune accordo, cfr. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1051; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307. Si legge, altresì, in Trib. Pisa, 24 gennaio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 6, 78, che non è possibile attribuire peso decisivo al dolore per l'allontanamento della madre, dal momento che la prole è esposta ad eguale dolore per l'allontanamento del padre, non essendo aprioristicamente consentito conferire maggior peso ad una figura genitoriale rispetto all'altra.

minore, può essere contrastata solamente da comprovati elementi impeditivi, da cui desumere un sicuro pregiudizio per il minore medesimo. Nel novero di tali elementi non può essere ricompresa, puramente e semplicemente, la conflittualità, benché notevole, esistente tra i genitori. Infatti, se si desse sempre rilievo ad essa, del resto pressoché fisiologica nella patologia familiare, l'a.c. rischierebbe di degradare da regola ad eccezione ed avrebbe un'applicazione residuale; ciò anche considerato il fatto che uno dei genitori potrebbe strumentalmente innescare in via unilaterale i conflitti, al fine magari di orientare il decidente verso un affidamento esclusivo<sup>48</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che non sia (più) praticabile l'affidamento monogenitoriale: questo potrà, però, essere disposto soltanto in via di deroga eccezionale e giustificata alla regola dell'a.c.<sup>49</sup>, specialmente allorché la conflittualità sia talmente elevata da determinare l'impossibilità di giungere a qualunque condivisione della vita quotidiana dei figli e l'a.c. risulti fonte e/o occasione di continui e gravi scontri, nocivi all'equilibrio psichico del minore<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> In questi termini, Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. Catania, 12 luglio 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006, che correttamente sottolinea la necessità di respingere, nella valutazione dell'idoneità per l'affido, «qualunque parallelismo tra contegni anche moralmente deplorabili ed impostazioni di vita eccentriche o dissonanti dal comune modo di sentire, da un lato, ed attitudine genitoriale, dall'altro, sempre che non si riscontrino in concreto la violazione dei doveri genitoriali, ovvero un pregiudizio per il minore»; Trib. Bari, 16 gennaio 2008, per cui sarebbe fin troppo facile agitare ed esasperare le ragioni del disaccordo per inibire l'applicazione dell'a.c. e svuotare, così, di contenuto il senso della normativa; Trib. Tivoli, 8 febbraio 2010; App. Catania, 4 febbraio 2009. Interessanti, in argomento, sono: Cass., 19 giugno 2014, n. 13983, che giudica non legati da nesso di causalità con un grave pregiudizio per i figli i comportamenti di *mobbing* familiare addebitati dalla madre al coniuge; Cass., 22 luglio 2014, n. 16658, che reca il caso di un figlio affidato in maniera condivisa e collocato in modo prevalente presso il padre (allo scopo di superare il rischio psicologico a cui era esposto a causa della perdurante conflittualità tra i genitori e della situazione di isolamento affettivo in cui versava all'interno di una precedente collocazione presso la madre), per rinsaldare il rapporto con quest'ultimo, che poteva aiutarlo nel processo di maturazione psicologica, non ostante il «tratto narcisistico della personalità» dello stesso e le difficoltà del minore di inserimento nella nuova famiglia del padre. È stato perfino statuito che occorre tutelare i veri legami affettivi del minore, di là dalla natura della filiazione, allorché risulta, in base al vissuto dello stesso, che la nuova moglie del padre ha rappresentato la figura materna di riferimento, «indipendentemente dall'essere ella genitore biologico o meno» (Trib. min. Genova, 12 marzo 2009, che ha dato rilievo all'effettiva condivisione delle scelte inerenti la vita del minore, rimasto orfano di madre dopo pochi giorni dalla nascita e per sette anni accudito e seguito nel suo sviluppo dalla nuova moglie del padre).

<sup>49</sup> Cfr., per tutte, Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1777, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 705; Cass., 10 luglio 2013, n. 17089. Unanime, in dottrina, la considerazione dell'affido esclusivo come soluzione residuale ed eccezionale: v., ad es., G. PAGLIANI, o. cit., p. 180 ss.; G. BALLARANI, o. cit., pp. 42 ss. e 61 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 224 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 51 ss.

<sup>50</sup> Trib. Firenze, 27 febbraio 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1706; Trib. Napoli, 9 giugno 2006; Trib. Ascoli Piceno, 13 dicembre 2006; App. Trento, 15 giugno 2006; App. Bologna, 8 gennaio 2007; App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 297; App. Napoli, 11 aprile 2007; App. Perugia, 12 luglio 2010 (qui, però, l'accessa

Nondimeno, per potersi pronunciare sull'affidamento esclusivo della prole, fermo restando che la nozione di «contrarietà all'interesse del minore», di cui all'art. 155 *bis* c.c. (ora, art. 337 *quater*, ex d.lgs. n. 154 del 2013), impone di utilizzare come parametro di giudizio il rapporto genitoriale e non quello di coppia<sup>51</sup>, occorre che si evidenzi, nei riguardi del genitore pretermesso, una sua manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque un'incapacità di assolvere correttamente i propri compiti, tale da rendere l'a.c. concretamente pregiudizievole per il minore ed incompatibile con la tutela del suo preminente interesse. Di conseguenza, l'esclusione della modalità dell'a.c. dovrà scaturire da una doppia (indagine e) motivazione, vuoi in positivo sull'idoneità del genitore affidatario, vuoi in negativo sull'inidoneità educativa dell'altro, che dimostri, quindi, non rispondente all'interesse del figlio l'adozione del modello legale prioritario di affidamento<sup>52</sup>.

L'affidamento monogenitoriale presuppone, dunque, che il genitore eletto appaia idoneo, dal punto di vista materiale, psicologico ed affettivo, ad assicurare la tutela e lo sviluppo psicofisico del minore e che tale soluzione si appalesi maggiormente in grado di evitare o ridurre i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare, garantendo al mino-

---

conflittualità si somma al riscontro di atti minacciosi ed aggressivi nei confronti dell'altro genitore, oltre all'inadempimento dell'obbligo di mantenimento); Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam., min.*, 2008, 8, 42 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *Fam. dir.*, 2012, 706. Normalmente, una conflittualità (ancorché) elevata non è giudicata di ostacolo alla condivisione dell'affidamento: cfr., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 185 ss.; A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2012, 7, p. 709 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 58 ss. (sempreché l'alto livello di conflittualità non precluda un minimo di comunicazione tra i genitori); A. PALAZZO, o. cit., p. 709 ss. Sull'affido esclusivo come *extrema ratio* in ipotesi del genere, v. pure G. MANERA, *Se un'elevata conflittualità dei genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1693 ss.; R. MARINI, *Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso*, *ivi*, p. 931 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 12, 3110: «da contrarietà dell'a.c. all'interesse del minore può verificarsi solo per le carenze di un genitore (e cioè solo quando il contatto diretto tra genitore e minore sia dannoso per quest'ultimo) e non per i suoi rapporti con l'altro genitore o per la loro esasperata conflittualità». Occorre, pertanto, che il giudice indichi con particolare rigore o precisione, cioè con circostanze specifiche e non con clausole di stile, le ragioni che ostano all'a.c. ovvero la contrarietà di esso all'interesse del minore (G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2007, p. 119): è necessaria, quindi, una motivazione puntuale (C. IRTI, o. cit., p. 228 s.).

<sup>52</sup> Cass., 18 giugno 2008, n. 16593; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, che parla di «carenze comportamentali di uno dei genitori, di gravità tale da sconsigliare l'affidamento al medesimo, per la sua incapacità di contribuire alla realizzazione di un tranquillo ambiente familiare» (nella specie, comportamenti altamente sintomatici dell'inidoneità ad affrontare le maggiori responsabilità connesse ad un a.c. sono stati giudicati la totale inadempienza all'obbligo di versare l'assegno di mantenimento e la discontinuità nell'esercizio del diritto di frequentazione dei figli); Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841. Nettamente, in proposito, Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481, che, di recente, ribadisce, con evidente endiadi iniziale: «l'affidamento esclusivo dei figli ad uno solo dei genitori potrà essere disposto solo qualora l'affidamento ad entrambi sia contrario all'interesse del minore».

re il miglior assetto per crescere sereno ed essere educato nel contesto piú adeguato a soddisfare le sue esigenze di vita<sup>53</sup>.

Lungi, perciò, dal rispondere ad un'arcaica concezione premiale nei confronti di quel genitore che presenti, astrattamente, caratteristiche personali di normalità sociale, essendo, all'inverso, saldamente ancorato all'effettiva ricerca dell'interesse primario del minore, l'affido esclusivo postula l'accertamento in concreto dell'inidoneità educativa dell'altro genitore, non rilevando eventuali responsabilità per il fallimento dell'unione familiare e neanche, di per sé, condizioni o condotte di vita (seppur) contraddistinte da illegalità o da contrarietà alla morale corrente<sup>54</sup>.

Il legislatore, d'altronde, non ha reputato opportuno tipizzare le circostanze ostative all'a.c., di modo che la loro individuazione resta rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che adotterà la decisione con pronuncia motivata, in riferimento alla peculiarità della concreta fattispecie<sup>55</sup>.

Orbene, in applicazione del criterio dell'oggettiva inidoneità di un genitore alla condivisione dell'esercizio della "potestà" genitoriale, sono stati considerati di ostacolo alla stipulazione dell'a.c.: a) il comportamento gravemente screditatorio della capacità educativa

---

<sup>53</sup> Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412; Cass., 2 luglio 2013, n. 17089, che avalla, in motivazione, altresí la scelta nel merito di assoggettare il rapporto tra la madre pretermessa e la figlia alla vigilanza dei servizi sociali comunali e, indirettamente, del giudice tutelare, tenuto conto dei rischi a cui la figlia era esposta a causa della «condotta disinvolta» della madre.

<sup>54</sup> Efficacemente, Trib. Napoli, 9 giugno 2006, che cosí conclude sulla precipua rilevanza della validità del rapporto con il figlio: «il miglior interesse del minore è dato dalla realizzazione dei suoi bisogni: è idoneo quel genitore che, sulla base di un'efficace analisi preventiva, risulti maggiormente in grado di soddisfare tali bisogni, il che significa che il giudice dovrà tener ben presente come reale punto di riferimento l'equilibrio affettivo del minore, che non comporta il possesso di diplomi di educatore, ma una vera e profonda sintonia con il bisogno psicologico del minore stesso». In tema di inidoneità educativa, v., fra tante, Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 75; Trib. Napoli, 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1610 (in ipotesi di decisione monogenitoriale sulle questioni di maggior interesse per la prole, autorizzata dal giudice visto il contratto tra i genitori); Trib. Catania, 2 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 74; Trib. Caltanissetta, 20 dicembre 2010, *ivi*, 2011, 4, 54; App. Trento, 15 giugno 2006 (con motivazione centrata sulla storia personale del minore); App. Bologna, 23 marzo 2009, in *www.giuraemilia.it*, che ritiene gravemente pregiudizievole per il minore l'atteggiamento del padre di totale insofferenza rispetto ai limiti impostigli nella frequentazione con lo stesso; App. Perugia, 12 luglio 2010.

<sup>55</sup> Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, 2010, I, 427, che stigmatizza, nel caso di specie, l'annosa e totale inadempienza dell'obbligo di mantenimento dei figli, perché lesiva (soprattutto) sotto il profilo morale, essendo sintomatica della carenza di responsabilizzazione nei loro confronti e di inidoneità a contribuire a creare per gli stessi quel clima di serenità familiare necessario per una sana ed equilibrata crescita. V., fin d'ora, per un'esauriente casistica in tema di affido esclusivo, G. PAGLIANI, o. cit., p. 183 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 62 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 236 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 51 ss.

dell'altro genitore<sup>56</sup>; b) l'anomala condotta di vita: ad esempio, lo stato di detenzione<sup>57</sup>, o l'applicazione di misure cautelari a causa di gravi ed abituali atteggiamenti aggressivi verso il coniuge<sup>58</sup>; c) l'estraneità al vissuto dei figli ovvero l'interruzione dei rapporti oppure il totale disinteresse nei loro confronti<sup>59</sup>; d) la carenza educativa, manifestata da fatti concreti<sup>60</sup>; e) la

<sup>56</sup> Cfr. Trib. Napoli, 9 giugno 2006 e App. Napoli, 11 aprile 2007, confermate da Cass., 18 giugno 2008, n. 16593 (nella specie, episodi di violenza ed accuse non provate di relazione omosessuale); Trib. min. Trieste, 28 marzo 2012, in *Fam. dir.*, 2013, 1, 65 (qui rileva, in più, l'assenza prolungata dalla vita del minore, addebitabile al genitore pretermesso); Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481 (con violenza anche fisica sul coniuge); Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 723 (qui, la denigrazione anche da parte della famiglia di origine dell'altro genitore); Cass., 31 marzo 2014, n. 7478 (nella specie, svalutazione della figura del padre, vissuto come soggetto negativo e pericoloso, traducendosi in comportamenti fortemente ostili ed oppositivi da parte della madre).

<sup>57</sup> Cfr. Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; ma anche Trib. Catania, 18 maggio 2006 (nel caso deciso, il padre era stato arrestato in flagranza del reato di tentato omicidio della moglie e risultava, inoltre, affetto da gravi patologie psichiche. In proposito, va segnalato un recente provvedimento legislativo – d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, recente norme per il contrasto della violenza di genere che hanno l'obiettivo di prevenire il femminicidio e proteggere le vittime –, che, con l'art. 2 *bis* aggiunge all'art. 609 *decies* c.p. un comma in tema di comunicazione al tribunale per i minorenni, qualora essa riguardi uno dei delitti previsti dagli artt. 572, 609 *ter* e 612 *bis*, commessi in danno di un minore o da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro genitore. Tale comunicazione si considera effettuata anche ai fini dell'adozione di provvedimenti di affidamento, nonché di ablazione o limitazione della "potestà" genitoriale).

<sup>58</sup> Cfr. Trib. Ancona, 13 febbraio 2013 (nella specie, ripetute violenze fisiche e psicologiche da parte di un padre, pesantemente dedito all'alcool). A questo riguardo, va detto che la giurisprudenza penale è orientata a ritenere che integrino il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) le ipotesi di c.d. violenza assistita (percepita), una forma di violenza domestica che si realizza se il minore è, suo malgrado, spettatore di scene di violenza tra i genitori, in quanto le ipotesi in parola concretano condotte (omissive) «connotate da una deliberata indifferenza e trascuratezza verso gli elementari bisogni affettivi ed esistenziali della persona debole da tutelare». Viene, cioè, ad essere ricompresa nel novero dell'offensività anche la posizione passiva dei figli minori, allorché essi siano sistematici spettatori obbligati delle manifestazioni di violenza, altresì psicologica, tra i genitori (v. la recente pronuncia di Cass. pen., 29 gennaio 2015, n. 4332, la quale, rammentando che simile violenza è stata positizzata con l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 *quinquies*, c.p., numero aggiunto dal d.l. n. 93 del 2013 – conv. in l. n. 119 del 2013 –, nella fattispecie concreta non ha ravvisato gli estremi di operatività dell'art. 572 c.p., a cagione della non ricorrenza dell'elemento soggettivo nonché della mancanza della necessaria reiterazione e persistenza nel tempo degli episodi di violenza). Per l'affermazione che «da violenza assistita costituisce di per sé elemento idoneo a giustificare sia disposto l'affidamento esclusivo» v., recentemente, Trib. Roma, 27 gennaio 2015, n. 1821.

<sup>59</sup> Trib. Firenze, 27 settembre 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1709; Trib. Trani, 4 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 819; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; Trib. Napoli, 18 aprile 2008; Trib. Bari, 12 giugno 2008; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587.

<sup>60</sup> Emblematico il caso deciso da Trib. Catania, 2 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 74, in cui si giudica pregiudizievole l'affidamento anche al genitore che abbia avallato, per molto tempo, la sregolata condotta di vita del figlio, il quale si era assentato spesso da scuola, si era allontanato da casa per lunghi periodi ed era solito frequentare luoghi di ritrovo giovanili dove era diffuso l'uso di sostanze alcoliche e psicotrope. Dal suo canto, il Trib. min. Catania, 27 ottobre 2007, aveva collocato il minore sedicenne in una struttura comunitaria, visto che il figlio percepiva la madre, a fronte della maggiore rigidità del padre. «come figura protettiva e permissiva, da poter quindi sfruttare a proprio vantaggio nella fase più acuta della crisi familiare». Da diverso versante, è stata ravvisata l'inidoneità educativa del genitore che ponga in essere verso il figlio delle cure talmente ossessive da turbarne la crescita serena ed equilibrata (Trib. min. Messina, 27 ottobre 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 703; Cass., 19 maggio 2011, n. 11068, in *Foro it.*, 2012, I, 204).

violazione dell'obbligo di mantenimento della prole<sup>61</sup>; f) gli abusi compiuti sui figli<sup>62</sup>; g) l'invincibile ripulsa del figlio ad incontrare uno dei genitori ossia un suo fermo, consapevole e motivato rifiuto a relazionarsi con lui<sup>63</sup>. Nondimeno, in quest'ultima evenienza, nell'ottica di privilegiare il reale interesse del minore quale pietra angolare di giudizio<sup>64</sup>, l'atteggiamento ostile del minore non deve essere indotto, artatamente, dall'altro genitore e/o essere frutto di svalutazione e denigrazione della figura del genitore non collocatario, deliberatamente volte ad impedire qualsivoglia contatto del figlio con lui.

In simile ambito, può accadere che la costante denigrazione di un genitore nei riguardi dell'altro conduca ad una sorta di indottrinamento del figlio, che così si allinea, si schiera con il genitore denigrante, partecipando e contribuendo ad "alienare" il genitore pregiudicato. Si parla, in tale ipotesi, di PAS, acronimo di *Parental Alienation Syndrome* (sindrome da alienazione genitoriale), disturbo innescato nel minore allo scopo di distruggere ai suoi occhi la figura dell'altro genitore e di arruolarlo, per così dire, contro quest'ultimo. Spesso nei

---

<sup>61</sup> Trib. Catania, 14 gennaio 2007, rileva che «il dovere di mantenimento è uno dei doveri primari previsto dall'art. 147 c.c. a carico dei genitori, essendo finalizzato ad assicurare l'esistenza in vita, la salute ed il benessere del minore, ed è quindi strettamente collegato con il dovere di assistenza (che deve essere non solo morale ma altresì materiale)». Sul punto, cfr. pure Trib. Napoli, 23 settembre 2008, in *Corr. merito*, 2008, 11, 1118 (nella specie, già durante la convivenza il genitore aveva attuato un sostanziale abbandono del minore sia sotto il profilo economico sia affettivamente – ipotesi, questa, in cui, a detta di Trib. Bari, 27 novembre 2008, l'a.c. inserirebbe, nella gestione della prole, una «figura praticamente estranea» –). Nondimeno, va segnalato che in giurisprudenza si preferisce optare, salvo situazioni-limite, per le sanzioni contemplate dall'art. 709 *ter* c.p.c., cercando così di preservare quanto più possibile la condivisione della responsabilità genitoriale.

<sup>62</sup> Trib. min. Abruzzo, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. Terni, 31 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1142; Trib. min. Catanzaro, 27 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 10, 86. Giova rammentare, in argomento, che l'art. 448 *bis* c.c., aggiunto dall'art. 1, comma 9, l. n. 219 del 2012, statuisce che il figlio e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla "potestà" (ora, responsabilità genitoriale *ex* art. 66 d.lgs. n. 154 del 2013) e possono escluderlo dalla successione anche per fatti che non integrano i casi di indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c.

<sup>63</sup> E', normalmente, una risultanza dell'ascolto del minore: cfr. Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 291; Trib. min. Catanzaro, 28 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 4, 78; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307; Trib. Reggio di Calabria, 28 marzo 2008, in [www.famigliaegustizia.it](http://www.famigliaegustizia.it), che ha previsto, comunque, un sostegno psicologico per il figlio, attraverso i locali servizi sociali, finalizzato al graduale recupero della figura genitoriale paterna; App. Napoli, 22 marzo 2006; App. Napoli, 17 maggio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 138; Cass., 15 settembre 2011, n. 18867 (nella specie, un netto rifiuto di qualunque rapporto con la madre, combinato con l'incapacità dei genitori di evitare conflitti tra di loro in funzione dell'interesse superiore della figlia). Invece, Cass., 3 dicembre 2012, n. 21591, in *Fam. dir.*, 2012, 705 sottoscrive la non decisività dell'avversione del figlio verso uno dei genitori, propendendo per la necessità della cooperazione del genitore affidatario allo scopo di favorire la ripresa dei rapporti con l'altro. In letteratura, si rinvia a G. PAGLIANI, o. cit., p. 198 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 243 s.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 65 s.

<sup>64</sup> Solamente in tale chiave di lettura delle circostanze concrete si può giustificare l'affido monogenitoriale: chiaramente, per tutte, Trib. Catania, 15 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2011, 1, 50; Trib. Varese, 21 gennaio 2013.

provvedimenti giurisdizionali si è fatto riferimento a siffatta patologia<sup>65</sup>, che non ha, tuttavia, ricevuto il necessario supporto scientifico, al punto che il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia. Sicché la Cassazione, nell'arco di pochi giorni, ha dapprima avallato, non ponendola in discussione, la diagnosi di PAS assunta a fondamento della decisione di merito impugnata<sup>66</sup>, e successivamente ha censurato una pronuncia basata su una c.t.u. secondo cui il minore era affetto da PAS, giacché, a prescindere dalla notazione che nel caso concreto poteva seriamente revocarsi in dubbio la riscontrabilità di tale patologia, la validità, sul piano scientifico, della PAS era diffusamente contestata nel «mondo accademico internazionale»<sup>67</sup>. Né va, infine, sotto-aciuto che la giurisprudenza più accorta, superando la diatriba sull'inquadramento e riconoscimento della «alienazione genitoriale», utilizza gli strumenti sanzionatori di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. se riscontra uno «sbilanciamento» del minore a favore dell'area di uno dei genitori, con «arruolamento» a danno dell'altro<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. Trib. Matera, 11 febbraio 2010; App. Catania, 11 giugno 2010 (qui, l'alleanza collusiva era addebitabile al padre collocatario); App. Venezia, 2 agosto 2012 (nella specie, come nella prima decisione citata, la PAS era stata attivata dalla madre collocataria). V., altresì, più o meno espressamente, Trib. Bari, 6 settembre 2012 e Trib. Messina, 5 aprile 2007 (in *Foro it.*, 2008, I, 1689), in tema di misure sanzionatorie *ex art.* 709 *ter* c.p.c. a carico della madre che aveva volontariamente indotto il figlio minore ad avversare il padre.

<sup>66</sup> Cass., 8 marzo 2013, n. 5847, la quale ha, d'altronde, messo in evidenza che la decisione impugnata non si basava soltanto sul riconoscimento della PAS ad opera del servizio di psichiatria della ASL, ma anche su altri elementi concernenti il giudizio negativo circa le attitudini genitoriali del padre (il giudizio era desunto altresì dalla reiterata condotta ostruzionistica adottata allo scopo di impedire in ogni maniera gli incontri della prole con la madre).

<sup>67</sup> Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, la quale conclude, lapidariamente, «di certo non può ritenersi che, soprattutto in ambito giudiziario, possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare». Nel quadro descritto, il giudice del rinvio ha evitato di affrontare il tema dell'attendibilità scientifica della PAS e, sottolineando «lo stato di grave disagio del minore ed il suo invischiamento in un conflitto coniugale in cui la madre ha avuto la possibilità di qualificare in modo negativo il marito, tanto da acquisire l'alleanza del figlio», rimarca che, «indipendentemente dalla loro qualificazione dal punto di vista medico», gli «agiti aggressivi» del bambino, «se non ricomposti, porterebbero a disturbi che gli impedirebbero di crescere e sviluppare tutte le sue notevoli capacità intellettuali ed espressive» (App. Brescia, 17 maggio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 1840, che individua, pertanto, nel padre «alienato» il genitore più idoneo a consentire al bambino una serena crescita).

<sup>68</sup> Recentemente, Trib. Roma, 27 giugno 2014, in *IlSole24ore*, 23 ottobre 2014, secondo cui, qualora risulti introiettata dal minore una visione ostile dell'altro genitore, le misure sanzionatorie *ex art.* 709 *ter* c.p.c. possono essere applicate d'ufficio per (tentare di) indurre il genitore «alienante» ad «attivarsi al fine di consentire il giusto recupero da parte della figlia del ruolo paterno, che, nella tutela della bigenitorialità cui è improntato lo stesso a.c., postula il necessario superamento delle mutilazioni affettive del minore, da parte del genitore per costei maggiormente referenziante». Sul comportamento manipolativo o indottrinamento (*brainwashing*) del minore, v. R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 87 ss., nonché G. BERNABÒ DI STEFANO, *L'art. 155 c.c.*, in *www.affidamentocondiviso.it* (novembre 2006), e M. SANTINI, *Sindrome di alienazione genitoriale: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *www.altalex.com* (11 aprile 2013).

#### 4. L'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria

E' dato individuare nelle decisioni dei giudici, in ossequio al canone legislativo che prospetta l'affido esclusivo come soluzione puramente residuale, una diffusa resilienza a discostarsi dal principio-cardine dell'a.c., pur a fronte di condizioni personali di dubbia accettabilità oppure di condotte di un genitore contrastanti con la morale corrente. Già prima dell'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, era stata affermata l'irrilevanza giuridica, di per sé, nello statuire sull'affidamento della prole, della convivenza con persone aventi precedenti penali; delle deviazioni sessuali dell'affidatario; di comportamenti socialmente non commendevoli, quali l'attività di *entraineuse* o di spogliarellista o di pornstar o l'esercizio della prostituzione, nonché lo stato di tossicodipendenza o di alcoolismo (sottolineandosi, in tutti questi casi, che ciò che davvero rileva è il rapporto che il genitore è venuto strutturando col figlio<sup>69</sup>). In seguito, assunto l'interesse del minore a fulcro del sistema, i giudici, in omaggio alla conclamata visione "puerocentrica", hanno, per così dire, dilatato il vecchio e scarsamente efficace affidamento congiunto, per addivenire alla (sempre più radicata) convinzione che solamente l'a.c. è in grado di preservare i rapporti familiari ed assicurare al minore un ambiente positivo ed idoneo alla sua serena ed equilibrata crescita. Di tal che, fermo restando che la conflittualità tra i genitori, sebbene aspra, non è di ostacolo alla regola dell'a.c. se non determini una situazione pregiudizievole per i figli<sup>70</sup>, non portano, normalmente, alla negazione dell'a.c.: a) il clima di tensione e l'assenza della volontà di collaborare ovvero l'intollerabilità dei rapporti tra i genitori, magari in chiave di (assoluta) incomunicabilità<sup>71</sup>; b) l'instaurazione di un nuovo rapporto coniugale o di una nuova convivenza,

---

<sup>69</sup> V., la giurisprudenza citata da Trib. Napoli, 9 giugno 2006, al punto 3b) della motivazione.

<sup>70</sup> V., *ex multis*, Trib. min. Catania, 4 ottobre 2007, in [www.famigliaegustizia.it](http://www.famigliaegustizia.it); Trib. Bari, 16 gennaio 2008; Trib. Potenza, 7 aprile 2008; Trib. Torino, 8 febbraio 2010; Trib. min. Milano, 25 marzo 2011; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014 e 2 maggio 2014, n. 1481; App. Trento, 15 giugno 2006; App. Catania, 4 febbraio 2009; App. Bologna, 31 maggio 2012; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 706; Cass., 3 dicembre 2012, n. 21591; Cass., 8 luglio 2014, n. 15501.

<sup>71</sup> Trib. min. Milano, 20 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 640; Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. Modena, 17 settembre 2008, che, peraltro, modifica il regime di a.c., attribuendo ad uno dei genitori la decisione esclusiva su alcune questioni di maggior interesse per la prole (nella specie, trattamenti sanitari); Trib. Novara, 4 novembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 207; Trib. min. Bari, 17 novembre 2010 (qui, alla profonda conflittualità, funge da cassa di risonanza la forzosa coabitazione tra genitori che «da anni non condividono più un progetto comune di vita familiare» – la coabitazione da “separati in casa” non osta all'a.c. nemmeno per Trib. min. Torino, 22 maggio 2008 –).

seppure omosessuale<sup>72</sup>, tenendo, comunque, nel debito conto eventuali difficoltà di inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare<sup>73</sup>; c) una malattia psichica, purché non cagioni incapacità di relazionarsi con il figlio o comportamenti pregiudiziosi al figlio medesimo<sup>74</sup>; d) la tenera età della prole<sup>75</sup>; e) un clima di forte tensione tra genitore e figlio oppure un rifiuto del minore indotto dall'altro genitore<sup>76</sup>; f) l'obiettivo lontananza del genitore con collocatario,

<sup>72</sup> Cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, 1572; Trib. Bologna, 15 luglio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1, 251; Trib. Nicosia, 14 dicembre 2010; App. Napoli, 11 aprile 2007, *ivi*, 2008, 234; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23786, in *Fam. dir.*, 2005, 118 (si afferma che il graduale inserimento dei nuovi compagni nella vita dei figli dei genitori separati ben può corrispondere al loro benessere, se madre e padre hanno «cura e premura di far comprendere alla prole che le nuove figure non si sostituiscono a quelle genitoriali» – v. pure, di recente Trib. Milano, 23 marzo 2013 –); Cass., 18 dicembre 2014, n. 26697. Da diversa angolazione, è stata ritenuta idonea all'affido etero-familiare una coppia omosessuale: Trib. Parma, 3 luglio 2013; Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, ove si rileva che «costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, soprattutto in relazione ad un istituto di carattere strettamente temporaneo come quello dell'affidamento consensuale». In armonia con quest'ultima impostazione si muove Trib. Palermo, 15 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 1780, che include nel concetto di bigenitorialità e di famiglia anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare di fatto significativo e duraturo (la particolarità del caso è data dalla circostanza che il genitore in questione è un'ex convivente della madre biologica e che i minori erano nati da procreazione medicalmente assistita eterologa, nell'ambito di un comune progetto di genitorialità della coppia omosessuale, poi disciolta). Questi aspetti, riferiti sia alle cd. famiglie ricomposte (*rectius*: allargate o rinnovate, visto che il concetto di ricomposizione non postula un *quid novi*) sia al cd. genitore sociale (*step parent*), sono sovente ritenuti materia di uno specifico intervento del legislatore: cfr. T. AULETTA, o. cit., p. 289 ss., spec. p. 293 (ove esprime dubbi sull'affidamento a colui che ha esercitato di fatto la funzione genitoriale); G. PAGLIANI, o. cit., p. 201; L. ROSSI CARLEO, *Introduzione*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 16 ss.; M.G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010; E. BET, *Genitore biologico e "figura genitoriale di riferimento"*, in *Fam. dir.*, 2013, 1, p. 101 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 155 ss.; C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 155 ss.

<sup>73</sup> Cfr. Trib. Velletri, 25 novembre 1979, in *Giur. merito*, 1979, 889, a proposito di frequenti ingerenze del nuovo *partner* nei rapporti tra madre e figlio.

<sup>74</sup> Cfr. Trib. Milano, 27 novembre 2013, sul caso di una madre che presentava manifestazioni maniacali, tipiche di un disturbo bipolare, giudicata, tuttavia, non nociva per la prole, «grazie anche alla collaborazione attenta del padre». Cass., 22 maggio 2014, n. 11413, con riguardo ad una madre affetta da una patologia mentale definita «paranoia querula», che aveva causato nei figli ancora bambini una situazione di profondo malessere con l'addebitare al padre ed ai suoi familiari molestie ed abusi inesistenti, ha convalidato la decisione di merito di affidare i minori ai Servizi sociali, disponendone la collocazione abitativa presso i nonni paterni.

<sup>75</sup> App. Potenza, 14 novembre 2006, in *Fam. min.*, 2007, 8, 60; Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034. V., da ultimo, Trib. Milano, 14 gennaio 2015, il quale ricorda che «la genitorialità si apprende facendo i genitori», cosicché, soltanto con l'esercizio del ruolo genitoriale una figura matura ed affina le proprie competenze genitoriali (nella specie, con riguardo al caso di un padre di una minore di due anni di età, il giudice sottolinea la necessità di consentire al genitore non collocatario dei tempi di permanenza con i figli pienamente adeguati all'esigenza di conservare i legami con lui, poiché, per adottare limitazioni al diritto-dovere di un genitore di intrattenere con i figli un rapporto continuativo, bisogna dimostrare che da ciò può derivare ad essi pregiudizio).

<sup>76</sup> App. Catania, 9 giugno 2008. Diversamente, se il rifiuto categorico del minore è genuino, cfr. Cass., 15 settembre 2011, n. 18867, nonché Cass., 10 gennaio 2014, n. 13028 (in un clima di gravissima conflittualità, che aveva richiesto l'intervento dei Servizi sociali). *Adde*, App. Napoli, 22 marzo 2006, per la sospensione degli incontri tra padre e figlia, a cagione della ferma ripulsa da parte di quest'ultima.

poiché, al fine della comunicazione interpersonale, possono sopperire, in maniera comunque non esaustiva della periodica frequentazione, le moderne tecnologie telematiche, e dal momento che la distanza fra i luoghi di rispettiva residenza può incidere unicamente sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso (ovvero con) ciascuno di essi<sup>77</sup>.

### 5. *L'affidamento etero-familiare*

Sovente, né la soluzione preferenziale dell'affidamento della prole ad entrambi i genitori né quella eccezionale dell'affido monogenitoriale appaiono praticabili per inidoneità delle principali figure di riferimento, sicché, per perseguire il reale interesse del minore, la giurisprudenza, di là dai casi-limite di degrado materiale e/o morale della famiglia (che conducono, inevitabilmente, alla cesura del legame originario ed all'apertura di procedimenti volti a dichiarare lo stato di adottabilità del minore), utilizza il modulo dell'affidamento ete-

---

<sup>77</sup> Trib. min. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 813; Trib. Messina, 22 gennaio 2008; Trib. min. Potenza, 23 aprile 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412; Trib. min. Roma, 14 maggio 2010; App. Caltanissetta, 29 giugno 2006, in *Fam. min.*, 2007, 3, 76; App. Roma, 30 novembre 2006, *ivi*, 2006, 7, 68; App. Bologna, 31 maggio 2012, che pone l'accento sulla necessità che i rapporti con il figlio siano significativi e non brevi e frammentati; App. Catania, 14 novembre 2012; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24526. In direzione contraria, v. Trib. Rimini, 21 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 481; Trib. Trani, 16 marzo 2007, *ivi*, 482; Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007; App. Bologna, 28 dicembre 2006; Cass., 21 novembre 2013, n. 26122, in un caso di minori affidate in via esclusiva al padre, con collocazione presso la nonna ed uno zio paterno residenti in Argentina (qui, la Corte conferma la decisione di merito, che affermava: la concreta irrealizzabilità dell'a.c. finché le minori rimanevano in Argentina presso i parenti paterni; la maggiore corrispondenza all'interesse delle minori dell'affido esclusivo al padre, nell'ottica di assicurare il mantenimento di «una medesima linea guida nella loro educazione, senza inutili e soprattutto dannosi, possibili contrasti»). Discorrono di diritto di frequentazione per il tramite di tecnologie informatiche, non sostitutivo delle visite personali, accollandone le spese al genitore non collocatario, Trib. Nicosia, 22 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 1914; Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010. Un'interazione audiovisiva in diretta, attraverso un collegamento *Skype*, può surrogare la frequentazione personale se il minore si oppone ad essa (consapevolmente), per Trib. Milano, 16 aprile 2013, che valuta tale modalità di contatto idonea a preparare la prole in vista di una ripresa dei rapporti con la madre (rientrata nel paese di origine in Francia) e di realizzare, in via eccezionale e provvisoria, una presenza ed un confronto propedeutici a futuri incontri (nella specie, il giudicante, pur disponendo l'affido esclusivo al padre, ritiene indefettabile avviare una graduale ripresa del dialogo tra madre e figlie e ritiene questa forma di comunicazione, essenzialmente verbale, in grado di favorire una «ri-abitudine alla gestualità e allo scambio emotivo». In dottrina, è opinione diffusa che la lontananza delle residenze dei genitori non è un fattore, di per sé, decisivo in ordine alla statuizione dell'affidamento: v., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 183 ss.; M.N. BUGGETTI, o. cit., p. 58; C. IRTI, o. cit., p. 239 ss. (si pone, comunque, l'accento sulle modalità di attuazione del provvedimento di a.c., che, nel caso in cui si intenda garantire al minore la possibilità concreta, e non solamente astratta e teorica, di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, comporteranno sacrifici non indifferenti, connessi ai frequenti spostamenti e ad inevitabili difficoltà di natura pratica ed economica, nonché psicologica); v., altresì, L. DE SISTO, *Sulla praticabilità dell'affidamento condiviso anche quando i genitori vivano in località molto distanti o addirittura in Stati diversi*, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 3110 ss.

ro-familiare. Così, è possibile la collocazione del minore presso terzi, preferibilmente parenti<sup>78</sup>; in mancanza, oppure se anche costoro sono inadeguati, sussiste l'alternativa, come ipotesi affatto residuale, della collocazione del minore presso una terza persona o dell'affido ai servizi sociali. Ciò viene desunto dalla norma di chiusura (definita «clausola atipica») contenuta nell'art. 155, comma 2 (ora, art. 337 *ter*, comma 2, *ex* art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013), c.c., che attribuisce al giudice il potere di adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole», in aggiunta a quelli espressamente indicati<sup>79</sup>.

V'è da rimarcare, in proposito, che, se i genitori sono temporaneamente inadeguati a tutelare la posizione del figlio minore perché incapaci di comunicare in modo costruttivo e positivo nell'interesse dello stesso, si verifica un conflitto di interessi tra minore e genitori,

<sup>78</sup> Sulla nozione di parentela, v. ora la nuova formulazione dell'art. 74 c.c., redatta dall'art. 1, comma 1, l. n. 219 del 2012, recante l'equiparazione dei figli. L'affido a terzi, preferibilmente a terzi cd. intrafamiliari, è, ad ogni buon conto, un'ipotesi marginale e residuale, caratterizzata necessariamente dalla temporaneità, giacché la finalità dell'istituto non è quella di rescindere la relazione familiare, ma soltanto di renderla equilibrata: cfr. T. AULETTA, o. cit., pp. 273 (l'affidamento a terze persone non può avere il carattere della definitività se non ricorre una situazione di abbandono, altrimenti il minore verrebbe privato del diritto ad essere inserito nel proprio nucleo familiare) e 411 ss. (il giudice può concedere il godimento di prestazioni previdenziali e di assegni familiari spettanti all'affidato, ma il terzo non può essere investito anche di compiti di tutela); G. PAGLIANI, o. cit., p. 187 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 81 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 491 ss., nota 10; A. PALAZZO, o. cit., p. 715 ss. (sul punto, v. L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, cit., p. 1327 ss. ed *ivi* raggugli bibliografici).

<sup>79</sup> App. Caltanissetta, 6 marzo 2012, in *ISole24ore*, 19 marzo 2012, in cui si sostiene che la ricostruzione del rapporto genitori-figli può passare attraverso il provvisorio affidamento ai servizi sociali con contestuale collocazione del minore presso una parente (una zia); Trib. min. L'Aquila, 15 maggio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 221; Trib. Napoli, 21 ottobre 2008, in *Corr. merito*, 2008, 12, 1238; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907, in *Foro it.*, 2009, I, 836 (nella specie, affidamento ai Servizi sociali e madre collocataria); Cass., 10 dicembre 2010, n. 24996, che convalida l'affidamento dei figli ai nonni materni, i quali, peraltro, avevano costantemente offerto ai nipoti affetto e sostegno materiale; Cass., 19 maggio 2010, n. 12308, in un caso in cui la prole era stata affidata ai Servizi sociali perché versava in una situazione di gravissimo disagio psicologico, causato dall'aspra conflittualità esistente tra i genitori; Cass., 5 ottobre 2011, n. 20352, la quale rimarca che, pur senza pretermettere radicalmente i genitori, i provvedimenti giurisdizionali assumibili nell'interesse dei minori non possono arrestarsi all'"alternativa secca" della scelta tra di loro; Cass., 20 gennaio 2012, n. 784, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 704, che conferma la pronuncia di merito sull'inserimento temporaneo del minore presso idonea struttura, per il tramite dell'intervento del Comune di residenza, a cui il minore medesimo era stato affidato; Cass., 10 gennaio 2014, n. 372; Cass., 25 febbraio 2014, n. 4413, la quale avalla la pronuncia di merito che aveva optato per l'affidamento ai Servizi sociali, dal momento che tale affidamento non si poneva affatto in antagonismo con il ruolo genitoriale, ma bensì era inteso a supportarlo ed a reintegrarlo attraverso un percorso di recupero volto alla riacquisizione, da parte dei minori (in regime di convivenza con la madre), di un equilibrio psicologico ed emozionale gravemente compromesso dal conflitto familiare vissuto; Cass., 10 giugno 2014, n. 13028; ove è evidenziata una «pesante sovraesposizione» del minore al conflitto tra i genitori ed una «convinta insoddisfazione» e risentimento nei confronti del padre con conseguente rifiuto di incontrarlo. In tema, v. altresì i casi decisi da Trib. Mantova, 2 febbraio 2010 (sull'affido dei minori a terzi, vista l'incapacità dei genitori di assolvere i propri compiti) e Trib. min. Catania, 22 maggio 2013. Su siffatti provvedimenti cd. atipici, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 187 ss. (a p. 189 la locuzione «clausola aperta» con riguardo alla norma in esame); M.N. BUGETTI, o. cit., p. 81 ss., spec. p. 84; N. ORLANDI, *Il ruolo del giudice tutelare e dei servizi sociali*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1008 ss., spec. p. 1010 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 113 ss.

il che può rendere necessaria una nomina d'ufficio, da parte del giudice competente, di un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c. per il minore coinvolto in un procedimento sul suo affidamento<sup>80</sup>.

Stante, dunque, la primazia dell'interesse del minore, l'affido ai servizi sociali, in particolare, è funzionale a consentire al minore medesimo una corretta formazione della sua personalità, di elaborare criticamente la sua condizione e di effettuare autonome opzioni: in questo senso, l'affido in parola deve essere inteso come misura di sostegno alla prole ed ai genitori ed orientato al recupero della relazione parentale. Corollario di tale inquadramento concettuale è che esso deve essere attuato in maniera da preservare il mantenimento di rapporti tra minore e genitori, od almeno assicurare al figlio la possibilità di essere successivamente affidato al genitore che appaia maggiormente idoneo a curarne gli interessi<sup>81</sup>.

Orbene, è sempre più auspicato ed attuato, rispetto al passato<sup>82</sup>, un percorso di mediazione familiare coinvolgente la coppia genitoriale ed i figli minori, al fine, volta a volta, di «riaffermare la diversità e la dignità dei ruoli spettanti a ciascuno dei genitori, a rendere cosciente il figlio ed a recuperare una sana ed equilibrata relazione tra e con essi»<sup>83</sup>, ovvero «al fine di consentire il raggiungimento di intese necessarie alla serena ed equilibrata gestione del rapporto genitoriale»<sup>84</sup>, oppure ancora allo scopo di pervenire ad un rasserenamento del rapporto tra i genitori nell'interesse della prole<sup>85</sup>, assimilando una cultura della

---

<sup>80</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 4, 1565 e in *Fam. dir.*, 2010, 364; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, 1839; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27729. Per un'applicazione, v. Trib. Milano, 15 maggio 2014 (nella specie, a fronte della «conclamata grave situazione di disagio evolutivo del minore» e l'incapacità dei genitori di intendere le stesse indicazioni comportamentali ed i suggerimenti offerti loro dagli operatori dell'*équipe* di specialisti impegnata in un percorso di sostegno psicologico per entrambi, è stata rilevata la necessità che fosse una persona "terza" a curare gli interessi del bambino ed a garantire le sue esigenze nella fase del cambiamento familiare).

<sup>81</sup> A titolo di es., cfr. Trib. min. Catania, 19 marzo 2007 (in un'ipotesi di difficoltosa ripresa del rapporto con il padre, sostituito nella percezione affettiva del bambino dal nuovo compagno della madre); Trib. min. Torino, 22 maggio 2008; Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010; Trib. min. Bari, 17 novembre 2010; App. Napoli, 17 ottobre 2008; Cass., 19 maggio 2010, n. 12308; Cass., 10 gennaio 2014, n. 372; Cass., 10 giugno 2014, n. 13028.

<sup>82</sup> Ad es., Trib. Napoli, 9 giugno 2006 parla di un ruolo essenziale della mediazione familiare sottovalutato dalla l. n. 54 del 2006. Ciò nonostante, il nuovo art. 337 *octies* c.c., redatto dall'art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013, si limita a riprodurre, al comma 2, il precedente testo dell'art. 155 *sexies*, comma 2, c.c.

<sup>83</sup> App. Catania, 9 giugno 2008.

<sup>84</sup> Trib. min. Bari, 17 novembre 2010 (qui, pur disponendosi l'a.c., si è constatata una sorta di «schieramento di campo» dei due figli rispetto a ciascun genitore, con cui da tempo avevano stretto alleanza; ciò aveva dato origine ad uno stato di «profondo disagio e sofferenza dei minori»).

<sup>85</sup> Cass., 28 maggio 2008, n. 14042, che avalla, in tale cornice, l'affidamento ad un terzo, segnatamente all'Ente locale di residenza del minore.

responsabilità e del dialogo con l'elaborazione di una definizione di quel rapporto, in vista del ripristino della fondamentale funzione educativa<sup>86</sup>, o, in definitiva, per facilitare un armonioso esercizio congiunto della "potestà" genitoriale in ordine alle decisioni di maggiore interesse relative al vissuto del figlio<sup>87</sup>.

#### 6. Le decisioni di maggior interesse per il minore

Le «decisioni di maggiore interesse» per la prole rappresentano una cartina di tornasole, in base alla quale il magistrato può valutare l'effettiva disponibilità di ognuno dei genitori ad un dialogo costruttivo atto a soddisfare le reali esigenze del minore, di là dalla pur sussistente conflittualità di coppia o, viceversa, dalla mancanza di comunicazione ai fini di tali decisioni. Così, è dato sottoscrivere la conclusione che l'a.c. è contrario all'interesse del minore quando un genitore, non assolvendo agli obblighi di cura e di presenza nella vita del figlio, rende gravosa la necessità di assumere di comune accordo le decisioni rilevanti su istruzione, educazione e salute di quest'ultimo<sup>88</sup>.

Da diverso versante, siffatte decisioni non devono, coscientemente o no, inibire la frequentazione con il genitore non collocatario o renderla estremamente difficoltosa, avuto riguardo alla distanza dei luoghi di residenza dei genitori<sup>89</sup>, né, qualora assunte senza un

<sup>86</sup> App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 300. V. pure Trib. min. Catania, 26 giugno 2006 e Trib. Roma, 5 dicembre 2014 (in *ILSole24ore*, 5 febbraio 2015), che valuta l'affido ai Servizi sociali utile a «ripristinare le aree disfunzionali dell'esercizio della responsabilità genitoriale».

<sup>87</sup> App. Napoli, 22 marzo 2006. Non di rado, la dottrina discorre del ricorso alla mediazione familiare in termini di strumento di elevato interesse: così, A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., pp. 62 e 114; C. TROISI, *La mediazione familiare nella recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, p. 267 ss., M. ROMANO, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 378 ss. (in funzione preventiva e con carattere propedeutico all'emanazione del provvedimento di affido, salva l'urgenza dell'assunzione dello stesso. L'a. attribuisce un ruolo centrale al percorso di mediazione familiare, che si appalesa come un percorso meno formale di quello delle aule del tribunale, attraverso cui i genitori possono più agevolmente trovare un modo per gestire il conflitto e recuperare il dialogo su basi diverse – pp. 385 e 396 s. –); M.N. BUGETTI, *Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi*, in *Fam. dir.*, 2011, 4, p. 393 ss.; EAD., *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 269 ss.; G. FAVA, *La mediazione familiare*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 789 ss., G. MORANI, *La mediazione familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 3, p. 1322 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 242 ss.; S. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013.

<sup>88</sup> Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010.

<sup>89</sup> Ad es., la scelta di un orario scolastico che confligga con i tempi di permanenza concordati o stabiliti dal giudice (Trib. Bologna, 14 luglio 2008); l'iscrizione alla scuola media superiore in città più lontana dalla sede di residenza abituale del minore (Trib. Massa, 11 settembre 2014: qui, tuttavia, è risultato decisivo l'ascolto del figlio, che ha responsabilmente argomentato la scelta, allo scopo di una migliore gestione del proprio piano formativo).

preventivo accordo o un provvedimento giurisdizionale<sup>90</sup>, possono giustificare una richiesta di rimborso delle spese sostenute dal genitore collocatario<sup>91</sup>.

Ad ogni buon conto, le decisioni in questione postulano un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale<sup>92</sup>, avente quale costante di riferimento il preminente interesse del minore.

Nella prospettiva delineata, particolare importanza riveste la concertazione della scelta in tema di residenza abituale del minore<sup>93</sup>, ma non sono di inferiore livello, per la loro estrema delicatezza, le scelte in materia di confessione religiosa. In argomento, ribadito che, in caso di contrasto tra i genitori, sarà il giudice a decidere<sup>94</sup>, il principio affermato in giurisprudenza recita che il minore ha diritto di permanere nel contesto religioso-culturale in cui è cresciuto, finché non sia in grado di effettuare una scelta confessionale veramente autonoma<sup>95</sup>. In quest'ottica, perciò, se il minore ha iniziato un percorso di catechesi finalizzato

---

<sup>90</sup> Nondimeno, il giudice, in caso di contrasto, può autorizzare a decidere il genitore che ritenga maggiormente idoneo in tal senso: Trib. Napoli, 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1610.

<sup>91</sup> Cfr. Cass., 17 dicembre 2007, n. 26570 (nella specie, un intervento odontoiatrico non urgente e con finalità estetiche, considerato non una semplice spesa straordinaria, ma una «decisione di indirizzo» per la minore, giacché il suo eventuale imperfetto esito avrebbe potuto avere conseguenze rilevanti sulla psiche della stessa).

<sup>92</sup> Il principio è valido anche per l'affido esclusivo, a norma dell'art. 337 *quater*, comma 4, c.c. (*ex art.* 55 d.lgs. n. 154 del 2013). In argomento, il Trib. min. Milano, 24 febbraio 2014 ha obiettato che così si è operata una sovrapposizione all'a.c. con esercizio separato della "potestà" sulla questione di ordinaria amministrazione, adombrando l'esistenza di un eccesso di delega sul punto. Sennonché, tenuto conto dell'inciso «salva diversa disposizione del giudice», il tribunale medesimo ha concluso che difettava la rilevanza della (eventuale) questione di legittimità costituzionale.

<sup>93</sup> V., ad es., Trib. Rimini, 21 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 481; Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, *ivi*, 1051; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307; Trib. Pisa, 24 gennaio 2008, in *Guida dir.*, 2008, 6, 78. La scelta della cd. residenza abituale riveste estrema importanza per il vissuto del minore ed ha precisi riflessi giurisdizionali: cfr. E. D'ALESSANDRO, *I provvedimenti relativi alla prole. Aspetti processuali*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 145 ss., spec. p. 147; C. IRTI, o. cit., p. 319 ss.; M. SESTA e M. BALDINI, *La potestà dei genitori*, cit., p. 138 ss., spec. p. 140 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 516 ss.; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli*, cit., p. 42 ss. Sulla valenza della residenza abituale quale foro di competenza generale, v. E. BERGAMINI, *La separazione ed il divorzio nel diritto internazionale privato: competenza e diritto applicabile*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1103 ss., spec. p. 1114 ss.

<sup>94</sup> Trib. Messina, 18 novembre 2011.

<sup>95</sup> Cass., 4 novembre 2013, n. 24683 (nella specie, è confermato quanto già stabilito dai giudici di merito, che avevano vietato al padre, diventato testimone di Geova, di far partecipare le figlie minori, fino ad allora educate nella fede cattolica, alle adunanze del Regno, ed avevano imposto l'obbligo di far trascorrere alle bambine con la madre i giorni più significativi delle festività natalizie, pasquali ed il loro compleanno). Analogamente, Cass., 12 giugno 2012, n. 9546, in *Foro it.*, 2012, I, 3093 ed in *Dir. fam. pers.*, 2012, 4, 1576 (qui, le parti erano invertite). Peraltro, è stato osservato che, nell'ipotesi specifica, si sarebbe esposto il minore al rischio di una non corretta socializzazione con altri coetanei (es., mancato festeggiamento in comune delle feste cristiane) ed addirittura ad un serio pericolo di vita se il bambino avesse avuto bisogno di una trasfusione di sangue: Trib. Prato, 13 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 1222. In dottrina, v. C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*,

all'amministrazione del battesimo, non è accoglibile la richiesta avanzata da uno dei genitori di sospensione/interruzione immediata della frequentazione del catechismo da parte del figlio (benché fosse stato in precedenza concordato di non battezzarlo), quando la situazione di fatto delineatasi nel tempo mostra l'instaurazione da parte del minore di stabili relazioni con altri coetanei ed il suo approccio positivo al percorso predetto<sup>96</sup>.

Da diversa angolazione, si precisa che ogni genitore deve consentire all'altro di potere far conoscere al figlio la propria fede religiosa praticata, aiutandolo nell'apprendimento dei dogmi religiosi, allo scopo di permettergli, nel prosieguo della crescita, di maturare, a sua volta, la personale e libera scelta<sup>97</sup>, sempreché tale coinvolgimento non si riveli dannoso per l'equilibrio e la salute psichica del bambino, in quanto un indottrinamento precoce ed intransigente, a qualunque fede religiosa si faccia capo, ben può risultare gravoso per una mente in fase di evoluzione<sup>98</sup>. In stretta connessione con questo tema è quello della decisione circa la frequenza di una scuola confessionale o dell'ora scolastica di religione, campo nel quale la giurisprudenza si avvale comunque del criterio-guida dell'interesse del minore<sup>99</sup>.

E', dunque, pienamente legittimo che il giudice proceda, guidato da quel criterio, a tutelare nel modo piú adeguato lo sviluppo psicofisico del minore, anche limitando l'esercizio di diritti fondamentali dei genitori, come quelli della libertà e parità religiosa, proprio per non arrecare pregiudizio alcuno alla prole.

Analogo ragionamento s'impone allorché si versi in ipotesi di trasferimento (unilaterale) della residenza del minore, poiché in simile evenienza entrano in conflitto, principalmente, il diritto del genitore collocatario di fissare la propria residenza ovunque ritenga piú opportuno, magari per motivi di lavoro, ed il diritto del minore a mantenere la relazione

cit., p. 50; P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1921 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 87; M. SESTA e M. BALDINI, o. cit., p. 139; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 83 ss.

<sup>96</sup> App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 919, che conferisce opportuna rilevanza al precipuo interesse del minore, chiarendo, però, che il bambino, al termine del percorso, avrà la possibilità di elaborare liberamente e responsabilmente la legittimità di ogni diversa opzione in materia.

<sup>97</sup> App. Brescia, 4 febbraio 2011.

<sup>98</sup> App. Firenze, 31 marzo 2010, confermata da Cass., 12 giugno 2012, n. 9546, la quale, ribadito che il superiore interesse del minore «assume rilievo sistematico centrale nell'ordinamento dei rapporti di filiazione, fondato sull'art. 30 cost.», prende atto dei riscontrati effetti pregiudizievoli sul figlio, ancora in tenera età, indotti dal contegno materno conseguente e correlato all'adesione ad una specifica confessione religiosa (nella specie, movimento dei testimoni di Geova) ed inseritisi in un contesto di vita del minore già reso particolarmente delicato dalla separazione dei genitori.

<sup>99</sup> In argomento, cfr. Trib. Bologna, 19 febbraio 2010 e Trib. Rimini, 24 giugno 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 797 (qui, i giudici hanno attribuito un peso decisivo, a favore del minore, alla «continuità didattica»).

affettiva con l'altro genitore in maniera stabile e continuativa. Certamente, il regime di a.c., che può essere attuato sebbene i genitori risiedano a distanza (pur notevole) l'uno dall'altro, pone un evidente limite, costituito dal prioritario interesse del minore alla bigenitorialità, al diritto costituzionalmente riconosciuto a chiunque di stabilire la propria residenza in qualunque parte del territorio nazionale o all'estero. Pertanto, l'intendimento, espresso o invero dal genitore con cui il figlio abitualmente convive, di trasferire la residenza (e con essa quella del minore), seppure non rappresenti, di per sé, ostacolo alla conservazione dell'a.c., se collide con il superiore interesse del minore, potrà comportare un provvedimento del giudice volto, non già a vietare il trasferimento, ma bensì a rimodulare, anche d'ufficio, i tempi di permanenza con il genitore non collocatario<sup>100</sup> e, nei casi estremi, a condizionare il diritto del genitore che intende mutare residenza alla perdita dell'affidamento<sup>101</sup>.

Va, innanzitutto, messo in luce che il luogo di residenza abituale costituisce, in realtà, un elemento centrale nella vita del minore, configurandosi quale basilare contesto entro cui si sviluppa e si radica la sua personalità<sup>102</sup>, e che proprio in funzione del preminente interesse del minore medesimo all'evoluzione positiva della sua crescita, il genitore collocatario

---

<sup>100</sup> Trib. Messina, 22 gennaio 2008 (nella specie, un minore di due anni di età, dal principio convivente con la madre, poi trasferitasi in Germania, per ragioni di lavoro e di vicinanza alla famiglia di origine); Trib. Catania, 18 dicembre 2008 (qui, la madre collocataria si trasferisce in Portogallo con la figlia di sei anni, che «parla correttamente la lingua portoghese e non è ancora definitivamente radicata nella città di origine»); App. Catania, 15 ottobre 2008; App. Lecce, 2 dicembre 2010; Cass., 21 marzo 2005, n. 6014, in *Dir. giust.*, 2005, 15, 22; Cass., 21 marzo 2011, n. 6339 (in un caso di trasferimento in diversa Regione per motivi di lavoro); ma anche Cass., 30 ottobre 2014, n. 23105 (sul caso di una madre che aveva abbandonato la casa familiare unitamente ai figli per trasferirsi nell'abitazione del nuovo convivente). Comunemente, si sostiene che la decisione circa la residenza della prole, in quanto decisione di maggior interesse, è vincolata alla regola dell'accordo tra i genitori; in mancanza di esso o dell'autorizzazione del giudice, l'unilaterale fissazione e/o mutamento di dimora abituale del minore è passibile di sanzioni: cfr. M.G. CUBEDDU, *La «responsabilità genitoriale» e i trasferimenti di residenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 680 ss.; G. PAGLIANI, o. cit., p. 244 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 321 ss.; A. COSTANZO, o. cit., pp. 549 ss. e 561 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 147 ss. (necessità di valutazione giudiziale in ipotesi di disaccordo o di trasferimento non autorizzato, anche per evitare il *forum shopping*).

<sup>101</sup> Trib. min. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 813; Trib. Pisa, 19 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 1689; App. Perugia, 12 luglio 2010. Tuttavia, secondo Cass., 26 marzo 2015, n. 6132, in *Foro it.*, 2015, I, 1543, il giudice può confermare la scelta della residenza del minore pur illegittimamente ed unilateralmente individuata da uno solo dei genitori, se la reputi in concreto corrispondente all'interesse del minore medesimo (nella specie, era stato accertato dal giudice di merito che il minore si era ormai radicato nel nuovo ambiente; in più, era stata costatata l'assenza di un buon rapporto tra il minore ed il genitore che ne contestava il trasferimento).

<sup>102</sup> In tema, v., *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3680; Cass., 14 febbraio 2014, n. 3540; Cass., 22 luglio 2014, n. 16648, la quale, richiamando il parametro della continuità affettivo-relazionale, sancisce la piena legittimità del rientro del figlio minore con il padre in Italia, sebbene la madre fosse rimasta a vivere in Brasile col fratello più piccolo. In effetto, si trattava di una ripresa della vita abituale nella casa in cui il minore aveva sempre abitato, in un contesto di consolidata rete affettiva, sociale e scolastica.

deve favorire la frequentazione tra il figlio e l'altro genitore<sup>103</sup>, altresì non interponendo distanze eccessive, ostantive di una regolare frequentazione<sup>104</sup>, che non sempre (ed auspicabilmente non *in toto*) può essere surrogata dai moderni mezzi di comunicazione interpersonale a distanza<sup>105</sup>.

Se, dunque, è conforme alle esigenze di vita del figlio predisporre ed il più possibile preservare una stabile organizzazione domestica idonea a rispondere alle sue esigenze di cura, di educazione e di relazioni personali e sociali (si pensi alla frequenza scolastica o all'assistenza sanitaria od anche ai momenti ludici e di svago), si comprende come la giurisprudenza pregressa ed il legislatore recente<sup>106</sup> richiedano, sul mutamento della residenza di minore, un accordo preventivo dei genitori, ovvero, in ipotesi di disaccordo, una pronuncia giudiziaria che lo autorizzi, con precipuo riguardo all'interesse del minore medesimo.

In altri termini, dal momento che l'affidamento dei figli nella forma condivisa implica la necessità che ogni decisione comportante un mutamento rilevante nella vita di essi, quale appunto un cambio di residenza, sia assunta, quanto meno, in seguito ad un leale confronto tra i genitori, consegue che il genitore collocatario, libero in linea di principio di stabilire ove creda la propria residenza, deve tuttavia tenere nel dovuto conto gli effetti che la sua scelta produce in relazione ai tempi di gestione e di cura del minore fissati dal giudice, quindi i riflessi nella sfera della vita del minore medesimo, ma anche, ed è l'altra faccia della medaglia esprime il diritto alla bigenitorialità, dell'eventuale compressione del diritto di frequentazione spettante all'altro genitore.

---

<sup>103</sup> In generale, cfr. App. Lecce, 6 luglio 2009; Cass. pen., 27 aprile 2007, n. 10094; Cass. pen., 21 ottobre 2008, n. 39411; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176.

<sup>104</sup> Paradigmatico il caso sottoposto a Trib. Bari, 10 marzo 2009: qui, fermo l'a.c., il giudice ha deciso il mutamento di collocazione del minore, allo scopo di evitargli, dalla sua abituale residenza, un'eradicazione lunga ottocento chilometri.

<sup>105</sup> Si riferiscono, ad es., a tali mezzi Trib. Messina, 22 gennaio 2008 e Trib. Catania, 18 dicembre 2008, prescrivendo ai genitori, durante i tempi di permanenza della prole con ciascuno di essi, di promuovere il più possibile i contatti a distanza, comunicando tempestivamente numeri di utenza telefonica sia fissa sia mobile, indirizzi e quant'altro idoneo a consentire una comoda ed immediata reperibilità. Per una pronuncia difforme, v. Cass., 18 settembre 2014, n. 19694, che ha convalidato il diniego dell'autorizzazione alla madre a trasferirsi con il figlio nel Regno Unito, tenuto conto che entrambi i genitori seguivano un percorso terapeutico, ma soprattutto che un'eventuale comunicazione a distanza sarebbe stata molto difficile per il minore, che mostrava scarsa dimestichezza con la lingua italiana. Sui cd. genitori con la valigia e genitori digitali, v., specificamente, A. COSTANZO, o. cit., p. 570 ss. (*ivi*, ulteriori riferimenti).

<sup>106</sup> L'art. 337 *ter*, comma 3, c.c., recato dall'art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013, dispone che fra le decisioni di maggior interesse per i figli, da prendere di comune accordo tra i genitori, oppure dal giudice se sussiste contrasto tra gli stessi, va annoverata la scelta della residenza abituale del minore.

Sicché, è arbitraria la decisione in parola se presa senza preventiva autorizzazione di quest'ultimo o, in mancanza, del giudice competente<sup>107</sup>.

L'inadempienza del genitore collocatario provoca un grave pregiudizio al minore, che vede, in tal modo, fortemente leso il proprio diritto a conservare un equilibrato e continuativo rapporto affettivo con il genitore non stabilmente convivente: di tal che il magistrato può applicare le sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. e valutare, nello specifico, le maggiori spese che quel genitore deve affrontare, addebitandole al genitore collocatario e/o riducendo o addirittura revocando l'assegno di mantenimento<sup>108</sup>.

Se, poi, il trasferimento ad iniziativa unilaterale del genitore contempla lo spostamento della residenza in uno Stato membro dell'UE, soccorre la statuizione dell'art. 8 reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in base al quale a decidere sulla responsabilità genitoriale su un minore è il giudice dello Stato in cui egli effettivamente risiede, perché questi è in condizione di acquisire quegli elementi che consentono di comprendere in maniera piena le esigenze del minore, sí da meglio elaborare il contenuto del provvedimento da adottare, ma anche monitorare costantemente, grazie alla sua prossimità, la formazione della personalità del

---

<sup>107</sup> La competenza spetta al giudice del luogo di residenza abituale del minore e non può essere radicata nel luogo eletto unilateralmente dal genitore collocatario: Trib. Milano, 16 settembre 2013; Cass., 4 dicembre 2012, n. 21750. Una diversa conclusione è ascrivibile al fatto che il minore abbia (già) acquisito una stabilità affettiva e relazionale, essendosi inserito proficuamente ed attivamente nella nuova sede e nella nuova realtà ambientale: cfr. Trib. min. Catania, 23 luglio 2008, sul caso di un minore convivente con la madre trasferitasi in Germania, deciso applicando l'art. 8 reg. CE n. 2201 del 2003; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 15 novembre 2010, che ha valorizzato, al fine di stabilire la competenza del giudice del luogo di nuova residenza del minore, la circostanza che il padre, in sede di omologazione della separazione consensuale, aveva prestato il proprio consenso preventivo al trasferimento di residenza della madre, affidataria del figlio. Corollario del criterio dell'abituale residenza è che va affermata la giurisdizione interna per il minore, figlio di cittadini stranieri, residente in Italia: cfr., ad es., Trib. Roma, 23 maggio 2014, in *IlSole24ore*, 18 luglio 2014. Nemmeno rileva, in senso contrario al radicamento della giurisdizione domestica, il fatto che i genitori abbiano ottenuto una sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio in uno Stato estero, prevalendo il canone della prossimità del giudice (Cass., 12 marzo 2014, n. 5710).

<sup>108</sup> In generale, v. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 11, 1051; Trib. Bari, 10 marzo 2009, che ha mutato la collocazione della figlia e revocato il contributo per il mantenimento a carico del genitore nuovo collocatario; Trib. Locri, 28 novembre 2011; Trib. Perugia, 31 gennaio 2014, in *IlSole24ore*, 25 agosto 2014 (nella specie, madre e figlie si erano trasferite dal Veneto in Umbria, di modo che è stato considerato che le spese sostenute dal padre per affrontare un viaggio di circa cinquecento chilometri e per alloggiare nella città dove erano domiciliate le figlie gravavano sul suo reddito, ridimensionandone la disponibilità economica – sul punto, però, precisa Cass., 19 aprile 2010, n. 9277, in *Fam. min.*, 2010, 7, 41, che i costi di trasferta, di per sé soli, non giustificano la riduzione del contributo di mantenimento –); Trib. Roma, 8 ottobre 2014, *ivi*, 9 ottobre 2014 (qui, la madre si era trasferita all'estero con i figli senza autorizzazione e senza coinvolgere i Servizi sociali, resi affidatari dei figli per permettere al padre di riprendere la frequentazione di essi con modalità protette); App. Venezia, 17 settembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1035.

minore e l'evoluzione di rapporti con ciascuno dei genitori e dei parenti presso cui egli eventualmente viva.

Siffatto criterio della vicinanza, a maggior ragione valido, come si è visto, nell'ambito dello stesso territorio nazionale, appare strettamente consono all'interesse del minore, altresì considerando che il giudice di prossimità può, in modo più agevole e in tempi ristretti, apportare le modifiche che si rendessero necessarie alle misure già sancite.

Tuttavia, il criterio della residenza effettiva o "abituale", secondo la terminologia usata dal legislatore europeo, non è supportato da una definizione, che è stata, per converso, elaborata dal giudice di Lussemburgo. Questi ha ritenuto che essa deve essere individuata alla luce delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie: in particolare, oltre alla presenza fisica del minore, si devono analizzare altri fattori atti a dimostrare che tale presenza non è in alcun modo temporanea od occasionale e che risulti una certa integrazione in un ambiente familiare e sociale<sup>109</sup>.

In definitiva, benché la scelta della residenza configuri l'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata, non apparendo contestabile che l'inevitabile diradamento degli incontri tra il minore e l'altro genitore concreti un pregiudizio per il minore medesimo<sup>110</sup>, si giustifica l'opposizione da parte del genitore non collocatario per ragioni che attengono alla pienezza del proprio diritto di frequentazione, in quanto strettamente funzionale all'interesse del minore. Corollario di tale assunto è che il bilanciamento degli interessi in gioco non può essere fondato sulle ragioni soggettive del trasferimento in capo al genitore

---

<sup>109</sup> Si deve specificamente tener conto della durata, della regolarità delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio alieno e del trasloco della famiglia, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel nuovo Stato (Corte giust., 22 aprile 2009, c. 523/07, A.C.). All'esito positivo di siffatta verifica, il giudice, a norma dell'art. 15 reg. CE n. 2201 del 2003, può dismettere la propria competenza durante la trattazione della causa sottopostagli, attuando una *translatio iudicii* internazionale (Trib. Vercelli, 18 dicembre 2014 – nella specie, la prole risiedeva in Romania da oltre un anno –).

<sup>110</sup> A titolo esemplificativo, v. i casi decisi da Trib. Pisa, 20 dicembre 2006; Trib. Bari, 10 marzo 2009; Trib. min. Roma, 14 maggio 2010; App. Venezia, 17 settembre 2007; App. Napoli, 17 ottobre 2008; App. Firenze, 10 giugno 2009. Diversamente, Cass., 12 maggio 2015, n. 9633 giudica il caso di due bambine, entrambe in tenera età, per le quali, nella comparazione degli interessi in gioco, ritiene preminente l'interesse alla presenza e vicinanza costante e durevole della figura materna (nella specie, magistrato trasferito d'ufficio a seguito della soppressione del tribunale presso cui esercitava quale sostituto procuratore della repubblica). La Corte reputa secondaria l'esigenza dello stabile mantenimento delle relazioni sociali ed amicali intessute nel contesto ambientale in cui le piccole erano vissute sin dalla nascita, giacché «la particolare duttilità e capacità di adattamento dei bambini alla novità» sono risorse tali da rendere più agevole il superamento di eventuali difficoltà iniziali, «mentre invece un brusco e prolungato distacco dalla figura materna avrebbe avuto irrimediabili ripercussioni negative sul loro equilibrio e benessere fisico e psico-emozionale».

collocatario; all'inverso, la comparazione deve essere agganciata al parametro (assorbente) del prioritario interesse del minore<sup>111</sup>. E' necessario, pertanto, vagliare la compatibilità della nuova sede con il regime di affidamento condiviso e con la pienezza del (connesso) diritto di frequentazione della prole<sup>112</sup>.

Ma v'è di più: la «grave violazione del regime giuridico dell'a.c.», scaturente dal trasferimento arbitrario della residenza del figlio<sup>113</sup>, potrebbe perfino integrare (salva, ora, la non punibilità per tenuità del fatto *ex* d.lgs. n. 28 del 2015) gli estremi del reato di sottrazione di persone incapaci *ex* art. 574 c.p., poiché, alla luce altresì delle recenti modifiche intervenute in materia di diritto di famiglia, l'esercizio della responsabilità genitoriale viene reso oltremodo difficoltoso a causa dell'allontanamento del minore dalla sfera di accessibilità dell'altro genitore, nei riguardi del quale vengono frapposti notevoli ostacoli alle diverse manifestazioni di quella responsabilità, come le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Prima della nuova formulazione contenuta nel d.lgs. n. 154 del 2013, la giurisprudenza si ancorava all'art. 155 *quater*, comma 2, c.c., a norma del quale, se un genitore cambiava residenza, l'altro poteva chiedere, qualora il mutamento interferisse con l'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati (cfr. Cass., 18 marzo 2014, n. 6208). Ora, con la nuova strutturazione della normativa in tema di responsabilità genitoriale, l'art. 337 *sexies* c.c. contempla il «risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto» che ha mutato residenza senza comunicare il nuovo recapito. Sembra, tuttavia, che, leggendo la norma precedente dell'art. 337 *ter*, comma 3, c.c., la sostanza dell'abrogata disposizione sia permansiva, poiché, se non c'è accordo tra i genitori sulla (ulteriore) residenza del minore, il giudice valuterà il trasferimento attuato unilateralmente «anche al fine della modifica delle modalità di affidamento».

<sup>112</sup> In quest'ottica, Trib. min. Trento, 14 dicembre 2010 non considera idonee a giustificare l'allontanamento di una bambina dal padre e dall'ambiente in cui è cresciuta ragioni attinenti ad esigenze personali ed a scelte di vita della madre (nella specie, è stato censurato l'intendimento di costei di trasferirsi con la minore all'Isola d'Elba presso l'abitazione del nuovo compagno).

<sup>113</sup> V. l'espressione riportata in Cass., 20 gennaio 2012, n. 10174 e, per una chiara affermazione della necessità dell'intervento del giudice, Trib. Varese, 2 agosto 2012.

<sup>114</sup> Incisivamente, Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452, che identifica «nel regolare svolgimento della funzione genitoriale il principale bene giuridico tutelato dalla norma». La sentenza, inoltre, non esclude la configurabilità del concorso formale tra il reato previsto dall'art. 574 c.p. e quello di elusione dei provvedimenti del giudice civile concernenti l'affidamento di minori *ex* art. 388, comma 2, c.p. (nella specie, la madre si era allontanata, portando con sé la figlia di dieci anni, all'insaputa e contro la volontà del padre, conducendola presso il luogo dove viveva la nonna materna, ad oltre seicento chilometri dal luogo di abituale residenza). In argomento, cfr. anche Cass. pen., 4 novembre 2009, n. 42370 e Cass. pen., 1° marzo 2012, n. 8076, che pongono l'accento sul fatto che il comportamento del genitore, per integrare la fattispecie del reato di cui all'art. 574 c.p., si deve configurare come diretto a contrastare il diritto dell'altro, privandolo di fatto della possibilità di esercitare il proprio ruolo nei riguardi del figlio, non esplicabile solamente con conversazioni telefoniche e con visite saltuarie. In argomento, si rinvia alla trattazione contenuta in F. CESARI, o. cit., pp. 1029 ss. e 1072 ss. V. pure M. TOSETTI, *Trasferisce residenza del figlio all'insaputa dell'altro coniuge: scatta il reato*, in *www.altalex.com* (20 ottobre 2014).

### 7. *Il problema della Kafalah*

L'esigenza di dare attuazione al diritto del minore di vivere e crescere in una famiglia, quale luogo di elezione per lo sviluppo equilibrato della sua personalità, induce a tenere nel debito conto le diverse modalità in cui altre culture assicurano il rispetto delle relazioni familiari. Paradigmatica è la questione se la *Kafalah*, antico istituto del diritto di famiglia tipico della tradizione giuridica islamica, possa costituire un idoneo presupposto per permettere il ricongiungimento del bambino con i genitori affidatari residenti in Italia.

L'istituto in esame rappresenta negli ordinamenti islamici l'unico strumento di protezione e tutela dei minori orfani, abbandonati o nati fuori da una famiglia legittima, ed è riconosciuto specificamente nell'art. 20, comma 3, Conv. New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176).

La *Kafalah*, quando non abbia natura esclusivamente negoziale ma sia frutto di un provvedimento emesso dal giudice straniero all'esito di apposita procedura (c.d. *Kafalah* pubblicistica), è assimilabile, sostanzialmente, all'affidamento di diritto interno, non avendo entrambi gli istituti effetti legittimanti e non incidendo sullo stato civile del minore. Di conseguenza, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta a far prevalere, nel precipuo interesse del minore, le somiglianze tra i due istituti sugli aspetti divergenti, si è dedotto che la *Kafalah* ben poteva fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare<sup>115</sup>.

A ciò si è obiettato che il ricongiungimento con un cittadino italiano del minore straniero in stato di abbandono non può porsi in contrasto con la disciplina dell'adozione internazionale, la quale si qualifica come l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di unità familiare e quelle di protezione del minore suddetto<sup>116</sup>. Anzi, si è discusso di contrarietà all'ordine pubblico interno e si è negato il visto di ingresso in Italia per il minore affidato a cittadini italiani con provvedimento di *Kafalah* ottenuto secondo le procedure legislative del paese di origine, rimarcando la possibilità che, nel concreto, la fattispecie di ri-

---

<sup>115</sup> Cass., 20 marzo 2008, n. 7472; Cass., 2 luglio 2008, n. 18174; Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Foro it.*, 2009, I, 1179; Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908.

<sup>116</sup> Cass., 1° marzo 2010, n. 4868; Cass., 23 settembre 2011, n. 19450.

congiungimento familiare realizzi un'adozione «mascherata» ed attuata in dispregio dei principi inderogabili fissati nella normativa sull'adozione internazionale<sup>117</sup>.

Senonché, ha prevalso la tesi della necessaria concessione del visto d'ingresso per il minore in regime di *Kafalah*, allorché fosse stato appurato che l'affidamento in custodia fosse scaturito da un congruo accertamento giudiziale circa l'opportunità dell'affido, l'idoneità dell'affidatario, la sussistenza del consenso da parte dei genitori (se esistenti)<sup>118</sup>. La tesi ha ricevuto l'avallo (delle Sezioni unite) della Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore straniero affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *Kafalah* pronunciato dal giudice straniero, qualora il minore sia a carico o conviva con il cittadino italiano allorquando gravi motivi di salute impongano che sia da quest'ultimo personalmente assistito<sup>119</sup>.

#### *8. Gli accordi tra i genitori*

Al fine di inverare ed attuare il diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, il giudice ha la possibilità di prendere atto degli accordi tra di loro intervenuti, a condizione che detti accordi non contrastino con

---

<sup>117</sup> Cfr. Trib. Torino, 14 maggio 2010; Trib. Verona, 12 luglio 2010; App. Torino, 19 novembre 2009; App. Roma, 31 gennaio 2011.

<sup>118</sup> Cfr. Trib. Modena, 5 novembre 2009; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010; Trib. Tivoli, 22 giugno 2010; App. Bologna, 22 gennaio 2010; App. Venezia, 9 febbraio 2011.

<sup>119</sup> Cass., Sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108. La Corte, richiamato il principio che in ogni situazione in cui venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne garantita la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti, chiarisce che un'interpretazione negatrice della possibilità per il cittadino italiano di ottenere il ricongiungimento con un minore affidatogli con provvedimento di *kafalah* comporterebbe una disparità di trattamento in danno dei cittadini italiani (c.d. discriminazione alla rovescia) rispetto ai cittadini stranieri residenti in Italia, ai quali è consentito quel ricongiungimento. Inoltre, rifacendosi all'art. 3, comma 2, lett. a) d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, di attuazione di una direttiva comunitaria, la Corte precisa che nella dizione «altri familiari», per i quali il cittadino italiano può chiedere il ricongiungimento, può essere ricompreso il minore straniero affidato in *kafalah*, perché la nozione di «familiare» nel diritto interno non postula necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale. Infine, la Corte, escludendo la rilevanza nel nostro ordinamento della *kafalah* puramente convenzionale, fondata cioè su un accordo tra adulti senza che sia stata previamente valutata l'idoneità dell'affidatario, sottolinea che il provvedimento giurisdizionale di *kafalah* svolge la funzione di giustificare l'attività di cura materiale ed affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale od anche di sola rappresentanza legale (in *Foro it.*, 2013, I, 2766). Conf., di recente, Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, *in*, 2015, I, 816. In dottrina, rimarca la necessità di tenere in debito conto le esperienze e gli istituti riscontrabili in altre culture, G. FERRANDO, *La tutela del minore nella famiglia disgregata*, cit. p. 8 s.

gli interessi dei figli (v. quanto prescriveva l'art. 155 c.c., riprodotto nell'art. 337 *ter* c.c. dal d.lgs. n. 154 del 2013)<sup>120</sup>.

La considerazione fondamentale che è rispondente all'interesse del minore l'opzione prioritaria per l'a.c. conduce pianamente a ritenere non accoglibile un accordo che comporti l'abdicazione rispetto alla condivisione della responsabilità genitoriale, a favore di un affido esclusivo in capo ad uno dei genitori; non è, quindi, negoziabile il diritto dei figli alla bigenitorialità<sup>121</sup>, ma, soprattutto, non è ammissibile una rinuncia all'affido bigenitoriale da parte di un genitore, proprio perché si tratta di un diritto del minore e non dei genitori, che hanno, in tale evenienza, l'onere di chiarire quali circostanze concrete, dettagliate e specifiche renderebbero l'a.c. inadeguato e pregiudizievole per il minore<sup>122</sup>.

Di conseguenza, il giudice assume una posizione di garanzia dell'interesse del minore ed alla luce di esso valuterà gli accordi genitoriali, che troveranno tutela in termini di vincatività in relazione alle disposizioni circa i tempi e le modalità di presenza dei figli presso i genitori nonché alla misura ed alle modalità attuative degli obblighi di mantenimento, con il

---

<sup>120</sup> A titolo di es., v. l'applicazione del principio di diritto in App. Catania, 5 novembre 2008, in cui, per l'appunto, si dà conto del fatto che i genitori hanno concordato l'a.c. e raggiunto un ampio e complessivo accordo, mostrando «responsabilità e serenità nel regolamentare l'affidamento del figlio», regolamentazione che risulta conforme all'interesse del minore. Tuttavia, secondo Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 3, 291, non è necessario un accordo su ogni scelta minuta, potendo bastare un progetto educativo condiviso, ancorché dal contenuto generico: in questo caso il giudice si limiterà a specificare al più i profili riguardanti la collocazione ed i tempi di permanenza.

<sup>121</sup> Recisamente, Trib. Bologna, 9 maggio 2006; Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Trento, 23 maggio 2006; Trib. Catania, 15 ottobre 2010), in *Guida dir.*, 2011, 1, 50; Trib. Messina, 23 gennaio 2011; Trib. Varese, 21 gennaio 2013; App. Roma, 15 novembre 2006. *Contra*, alcune risalenti decisioni: Trib. min. Trento, 11 aprile 2006; Trib. Messina, 20 dicembre 2006; Trib. Trapani, 21 dicembre 2006; App. Ancona, 22 dicembre 2006. L'a.c. non è disponibile da parte dei genitori e la decisione compete, in ogni caso, al giudice, mentre gli accordi tra le parti, se non contrari all'interesse del minore, possono regolamentare solamente i tempi e le modalità di frequentazione dei figli: cfr. T. AULETTA, o. cit., p. 271; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2007, pp. 127 e 157 s.; G. PAGLIANI, o. cit., pp. 181 e 193 s.; G. BALLARANI, o. cit., pp. 44 e 117; C. IRTI, o. cit., p. 230; A. ARCERI, *Affidamento dei figli ed autonomia delle parti*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 96 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 87; A. PALAZZO, o. cit., p. 714. In ultima analisi, vista la preminenza dell'interesse del minore nello scrutinio giudiziale, si riconosce che al giudice è attribuito un potere discrezionale di notevole portata, sicché possono acquisire piena efficacia accordi che concernono la fissazione di giorni, orari, situazioni e previsioni varie relative alla concreta presenza dei genitori presso i figli, a condizione che tale determinazione non finisca con l'incidere sulla sostanza dell'affido, trasformandolo di fatto in affidamento esclusivo (G. PAGLIANI, o. cit., p. 192 ss., spec. p. 194; G. BALLARANI, o. cit., p. 109 ss.). Dissente da tale impostazione E. RUSSO, *Affidamento condiviso e attività negoziale determinativa dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, II, p. 244 ss., sostenendo che l'esercizio del potere regolamentare sui figli viene (con la nuova dizione normativa) trasferito dal giudice agli accordi dei genitori, residuando al primo un (mero) potere valutativo del contenuto degli accordi, alla stregua del parametro rappresentato dall'interesse dei figli.

<sup>122</sup> Cfr., ad es., Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. min. Milano, 4 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1107; App. Bologna, 15 luglio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 78.

limite invalicabile del primario interesse del minore, sempre presidiato dal giudicante. In sostanza, occorre che questi si convinca che l'autodeterminazione nella gestione dei rapporti tra genitori e figli sia pienamente improntata ad una responsabile (bi-)genitorialità<sup>123</sup>.

In definitiva, si verte, in tema di adozione dei provvedimenti necessari alla tutela degli interessi morali e materiali della prole (tra cui rientrano a pieno titolo quelli sul mantenimento), in una materia che non è governata né dal principio di disponibilità né da quello della domanda, attese le preminenti finalità pubblicistiche relative alla tutela ed alla cura dei minori, finalità che rendono simili provvedimenti adottabili anche d'ufficio<sup>124</sup>.

#### *9. La situazione giuridica degli ascendenti*

Nel novero degli assetti familiari, la posizione degli appartenenti ai rami parentali dei genitori rappresenta un elemento che contribuisce in concreto, sotto il profilo spirituale e morale, nonché materiale, alla configurazione fattuale di una serena ed equilibrata crescita del minore. Già da tempo la giurisprudenza più attenta ha riconosciuto e regolamentato le facoltà di incontro e frequentazione dei nonni con i minori, evidenziando il ruolo non secondario che i nonni ricoprono nell'ambito della famiglia; conseguentemente, si è dato ampio respiro al diritto di visita, diritto che è stato negato unicamente quando il rapporto dei nonni con il nipote fosse pregiudizievole per quest'ultimo.

Il legislatore, dapprima, è intervenuto riformulando l'art. 155 c.c. (*ex l. n. 54 del 2006*) nel senso di prevedere il diritto del minore di «conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»; successivamente, con la recente normativa sull'equiparazione dei figli, pur ribadendo tale prescrizione in capo al minore (art. 337 *ter*, *ex d.lgs. n. 154 del 2013*), ha attribuito agli ascendenti il «diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», diritto azionabile in giudizio allo scopo di adottare «i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore» (art. 317 *bis* c.c., come sostituito dall'art. 42 d.lgs. n. 154 del 2013).

---

<sup>123</sup> E' altamente significativo che talvolta si faccia appello al "buon senso" dei genitori ed alla loro capacità di anteporre ai propri interessi personali ed alla contesa giudiziaria l'interesse dei figli minori: così, App. Catania, 16 ottobre 2013. Se, quindi, la conciliazione intervenuta tra i genitori è confacente all'interesse del minore, essa può essere fatta propria dal giudice: Trib. min. Catania, 5 novembre 2008.

<sup>124</sup> Cfr. Cass., 28 agosto 2006, n. 18627; Cass., 3 agosto 2007, n. 17043; Cass., 20 giugno 2012, n. 10174; Cass., 10 maggio 2013, n. 11218; Cass., 31 marzo 2014, n. 7477.

E' evidente il salto di qualità compiuto dall'ultima normativa. In base ad essa, non sembra piú conferente discorrere di assenza di un vero e proprio diritto soggettivo di visita o di frequentazione, sussistendo una tutela soltanto indiretta e mediata dai genitori del minore<sup>125</sup>, nell'arco dei tempi di permanenza presso ognuno di essi. Al contrario di questa (riduttiva) impostazione, è dato parlare di un autonomo diritto di frequentazione in capo agli ascendenti, sia pure condizionato all'inesistenza di un pregiudizio per il minore ovvero di un rifiuto consapevole da parte di quest'ultimo.

Siffatte evenienze legittimano (tuttora) la sospensione degli incontri con i nonni, volta a volta, per il negativo apporto psicologico o per la mancanza di una relazione affettiva rilevante da proteggere, oppure perché i nonni medesimi hanno mostrato un sostanziale disinteresse verso i nipoti o una scarsa consapevolezza dei loro bisogni emotivi ossia, ancora, non li hanno adeguatamente preservati dai comportamenti lesivi dei genitori o comunque sono fonte di esposizione ad una situazione di pericolo per la loro serena crescita<sup>126</sup>.

Ciò nonostante, di là da tali scenari patologici, normalmente la frequentazione nonché la collocazione medesima presso i nonni, spesso quale soluzione-ponte, lungi dal costituire elementi di ostacolo allo sviluppo equilibrato della personalità del minore, rappresentano invece un importante fattore di arricchimento di quella, magari al (piú limitato) fine di tenere lontano dai disagi del nucleo familiare di origine il soggetto maggiormente debole e vulnerabile<sup>127</sup>. Così, allargando l'orizzonte alla dimensione giuridica sovranazionale, la Corte di giustizia di Strasburgo ha condannato l'Italia a risarcire i danni morali ad una coppia to-

<sup>125</sup> In tal senso, v. Trib. min. Bologna, 15 maggio 2006; Trib. Reggio nell'Emilia, 17 maggio 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 227; Trib. Napoli, 1° febbraio 2007; Trib. min. Bari, 16 luglio 2008; Trib. min. Milano, 25 marzo 2011, che parla di «interesse legittimo di diritto privato»; App. Perugia, 27 settembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 1913; Cass., 16 ottobre 2009, n. 22081, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 31 ed in *Giur. it.*, 2010, I, 794; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28902, in *Foro it.*, 2012, I, 779; Cass., 16 marzo 2012, n. 4253. Sui rapporti dei minori con gli ascendenti, v. G. PAGLIANI, o. cit., p. 200 s.; F.M. ZANASI, *La posizione degli ascendenti*, in *Famiglia e persone*, cit., p. 279 ss.; S. MEZZANOTTE, *Il rapporto nonno-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1913 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 46 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 581 ss.

<sup>126</sup> Cfr., sui vari punti, Trib. min. Catania, 26 giugno 2006; Trib. min. Palermo, 15 novembre 2010 (qui, il nonno incute timore nei bambini ed è da essi vissuto come una «figura minacciosa», anche a causa dell'aspra conflittualità con il loro padre); Cass., 11 ottobre 2013, n. 23193; Cass., 20 gennaio 2014, n. 1099; Cass., 16 luglio 2014, n. 16280; Cass., 6 agosto 2014, n. 17725.

<sup>127</sup> V., a titolo di es., i casi contemplati in Trib. Perugia, 26 marzo 2014, in *www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com* del 7 luglio 2014; App. Venezia, 3 gennaio 2012; Cass., 21 novembre 2013, n. 26122. In un contesto speciale - precocissima perdita della madre -, cfr. Trib. Napoli, 1° febbraio 2007 e Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067 (qui, un procedimento promosso dai nonni materni a tutela dei nipoti, dopo la morte della loro madre).

rinese che si è vista negare nei fatti il diritto di visita della nipote per oltre dodici anni, poiché, alla luce dell'art. 8 della *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* del 4 novembre 1950 (ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848; in seguito, integrata e modificata da vari Protocolli aggiuntivi), era risultato violato il diritto al rispetto della vita familiare, a cagione dell'eccessiva durata della procedura finalizzata ad autorizzare gli incontri con la minore<sup>128</sup>.

Da diversa angolazione d'indagine, va evidenziato che la valenza affettiva del rapporto tra minore e nonni, talvolta trascurata o minimizzata, per altri aspetti, in assenza della convivenza, assunta a parametro e criterio oggettivo, fonte di prova presuntiva, al quale ancorare la disamina di particolari (e dolorose) evenienze<sup>129</sup>, dovrebbe, per effetto della novel-

---

<sup>128</sup> CEDU, 20 gennaio 2015, *Affaire Mennello et Nevi c. Italie*. La Corte, rammentato che «*les liens entre les grands-parents e les petits-fils relèvent de liens familiaux au sens de l'article 8 de la Convention*», conclude che, nel caso esaminato, «*les autorités nationales n'ont pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour préserver le lien familial entre les requérants et leur petite-fille et qu'elles ont méconnu les droits des intéressés au respect de leur vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention*».

<sup>129</sup> Ci si riferisce alla risarcibilità del danno non patrimoniale sofferto in seguito alla perdita del congiunto causata da atto illecito di terzi. Qui, la giurisprudenza sembra propendere per la rilevanza del rapporto nonni-nipoti quando esso sia corroborato dalla convivenza, oppure se il nonno sia tutore o, benché non convivente, costituisca un referente per il minore in mancanza dei genitori: cfr. Cass., 16 marzo 2012, n. 4253, che configura la convivenza quale «connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico» precisando, per tale ultimo aspetto, che eventuali provvidenze economiche, pur durevoli e costanti nel tempo, erogate dai nonni a favore dei nipoti non conviventi, non possono, al di fuori della convivenza, essere considerate decisive per integrare un danno non patrimoniale derivante dal cessare di esse. Su questa linea di pensiero, v., altresì, Cass., 11 maggio 2007, n. 10823; Cass., 21 gennaio 2011, n. 1410; Cass., 13 maggio 2011, n. 10527; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1025; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23917; Cass., 12 novembre 2013, n. 25415; Cass., 25 luglio 2014, n. 17006. In senso contrario, in precedenza, Cass., 15 luglio 2005, n. 15019 e Cass. pen., 21 ottobre 2005, n. 38809, che invitavano a scrutinare i normali rapporti affettivi, sebbene in assenza di coabitazione; ma, v. pure, benché in diversa fattispecie, Cass., 21 marzo 2013, n. 7128, secondo cui «la convivenza non ha da intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame» tra persone, «connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti», in quanto bisogna riallacciarsi all'art. 2 cost., «che attribuisce rilevanza costituzionale alla sfera relazionale della persona». Più recentemente, Cass. pen., 11 luglio 2013, n. 29735 giudica non determinante il requisito della convivenza, «perché attribuire a tale situazione un rilievo decisivo porrebbe ingiustamente in secondo piano l'importanza di un legame affettivo e parentale la cui solidità e permanenza non possono ritenersi minori in presenza di circostanze diverse, che comunque consentano una concreta effettività del naturale vincolo nonno-nipote: ad esempio, una frequentazione agevole e regolare per prossimità della residenza o anche la sussistenza – del tutto conforme all'attuale società improntata alla continua telecomunicazione – di molteplici contatti telefonici o telematici. A ben guardare, anzi, è proprio la caratteristica suddetta di intenso livello di comunicazione in tempo reale che rende del tutto superflua la compresenza fisica nello stesso luogo per coltivare e consentire un reale rapporto parentale». Dunque, a parere della Corte, l'interprete dovrà utilizzare «quale parametro il concreto configurarsi delle relazioni affettive e parentali in ragione di peculiari condizioni soggettive e situazioni di fatto singolarmente valutabili, escludendo ogni carattere risolutivo della convivenza, che costituisce comunque un significativo elemento di valutazione, in assenza del quale, tuttavia, può comunque dimostrarsi la sussistenza di un concreto pregiudizio derivante dalla perdita del congiunto».

la legislativa, consentire un mutato approccio al problema della qualificazione giuridica della situazione soggettiva degli ascendenti, sempre avendo come punto indefettibile di aggancio l'interesse prevalente del minore<sup>130</sup>.

Invero, scaturisce, dal quadro delineato, una piú incisiva considerazione del ruolo tradizionalmente svolto dai nonni nelle relazioni familiari. Soprattutto in un'epoca, come quella odierna «in cui pure l'idea unitaria di famiglia si è rarefatta», «l'immagine dei nonni non ha perduto il suo indelebile smalto, nucleo portante di tradizioni ed insegnamenti elaborati con l'esperienza degli anni e simbolo di un vincolo... profondo e significativo»<sup>131</sup>.

Certo, se si perviene alla conclusione che il riconoscimento del diritto di frequentazione dei nipoti induce a ritenere, come appare corretto, che altresí sul piano processuale la posizione degli ascendenti viene ulteriormente rafforzata e qualificata nei riguardi dei genitori, è facile comprendere il motivo per cui, nella Relazione conclusiva della Commissione istituita per l'elaborazione di quello che poi diventerà il d.lgs. n. 154 del 2013, si legge che «si ritiene inopportuno che gli ascendenti possano spiegare intervento nei procedimenti relativi alla disgregazione definitiva della coppia genitoriale..., sia perché ciò alimenterebbe la conflittualità tra le parti (si tratterebbe di effetto certo derivato dallo schierarsi delle famiglie di origine), sia perché, in particolare, nei procedimenti aventi ad oggetto lo *status* dei coniugi, si dibatte anche di questioni personalissime (ad es., violazione dei doveri coniugali) che le parti hanno tutto il diritto a non far conoscere a terzi, ancorché (o tanto piú perché) parenti prossimi»<sup>132</sup>.

Tuttavia, a fronte del paventato (e per molti versi ineludibile) pericolo di apportare piú conseguenze dannose che reali benefici, è difficile non sottoscrivere le belle e nobili pa-

<sup>130</sup> D'altronde, già in passato la giurisprudenza di legittimità ha talvolta sancito il potere del giudice di prendere comunque atto dei rapporti positivi correnti tra nonni e nipoti e di regolamentarli in concreto, emettendo un provvedimento *ex art.* 333 c.c. per disciplinare le modalità di incontro: cfr. Cass., 23 novembre 2007, n. 24423. V., ad es., l'autorevole affermazione di chi (G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., *Aggiornamento* 2014, p. 9) discorre di un vero e proprio diritto degli ascendenti alla relazione con i nipoti.

<sup>131</sup> F. DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. dir.*, 2014, 5, p. 539. I nonni sono custodi della tradizione ed anelli di congiunzione tra passato e presente, chiamati a sostituire i genitori incapaci, o impediti, ma anche ad integrare la funzione assistenziale ed educativa, in una sorta di vicariato ad esclusivo beneficio della prole (A. MASCIA, *Lesione del rapporto parentale: il danno non patrimoniale per la perdita dei nonni*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 5, p. 877; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, p. 679).

<sup>132</sup> Relazione c.d. Bianca del 4 marzo 2013, p. 92 s.

role di chi, sotto questo profilo, ritiene «auspicabile che i nonni sappiano preservare anche nel momento del conflitto il bagaglio di ragionevolezza ed esperienza di cui sono portatori e si adoperino per svolgere una funzione di mediazione tra i genitori e non già di appoggio fazioso o strumentale di uno di essi», dal momento che «solo così operando gli stessi svolgeranno correttamente il ruolo di ponte tra passato e futuro e sapranno consegnare il testimone ai nipoti»<sup>133</sup>.

#### 10. La “nuova” responsabilità genitoriale

In virtù dell’ultima riforma legislativa redatta dalla l. n. 219 del 2012 e del connesso d.lgs. n. 154 del 2013, volti alla finalità di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento tra figli nati nel e fuori dal matrimonio, assicurando la completa eguaglianza giuridica degli stessi, si è definitivamente consolidata la prospettiva “puerocentrica” della tutela della famiglia, rafforzandosi il ruolo primario che l’interesse del minore riveste nella valutazione del giudice.

La “potestà” dei genitori sui figli minori cede finalmente il passo, peraltro già ampiamente rivisto e ridefinito nell’accezione funzionale della predetta “potestà” (come strumento, cioè, per l’attuazione del dovere genitoriale di educazione, formazione e realizzazione degli interessi della prole), alla piena affermazione della c.d. responsabilità genitoriale, nozione ormai pervasiva della vigente disciplina giuridica della famiglia.

Per la verità, la delega approntata nella l. n. 219 del 2012 aveva prefigurato di delineare il principio della responsabilità genitoriale quale aspetto dell’esercizio della “potestà”; nondimeno, il legislatore ha preferito sostituire il termine “potestà”, a vantaggio di una chiara definizione funzionale della situazione soggettiva dei genitori. Così, viene superata del tutto la dizione “potestà genitoriale” in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli, con una locuzione «che meglio definisce i contenuti dell’impegno genitoriale, non più da considerare come una potestà sul figlio minore, ma come un’assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio»; sicché, «i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al

---

<sup>133</sup> F. DANOVI, *o. cit.*, p. 548.

punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori»<sup>134</sup>.

Il concetto in questione, «quale situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione» ed esprime non già una soggezione del figlio ad un potere-dovere dei genitori, ma bensì l'«assunzione di un obbligo da parte dei genitori, che dovranno esercitare la responsabilità genitoriale di comune accordo, tenendo conto [*rectius*: nel rispetto] delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio»<sup>135</sup> non viene espressamente definito nella nuova normativa. Tuttavia, nel reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, in vigore dall'1 marzo 2005, la definizione di responsabilità genitoriale esiste nell'art. 2, n. 7, il quale richiama «i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore», aggiungendo che «il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita».

Dunque, bisogna relazionarsi ai diritti dei figli minori, giacché è nel loro prioritario interesse che viene attribuita ai genitori e deve essere da essi azionata la responsabilità genitoriale. Questa scaturisce dal (puro) dato biologico della procreazione e permane nonostante la crisi della coppia genitoriale, prescindendo in specie dalla convivenza tra i genitori<sup>136</sup>. Inoltre, il suo nucleo normativo si estende ai minori stranieri<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Relazione c.d. Bianca, cit., pp. 15 s. e 145 s., nella quale si evidenzia che «la modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso».

<sup>135</sup> Relazione c.d. Bianca, cit., pp. 152 e 166. T. AULETTA, o. cit., 371 s., parla di responsabilità genitoriale quale esercizio della cura del minore, di comune accordo (salva l'urgenza) per singole questioni di particolare importanza (es., avvio ad uno sport pericoloso); cfr., inoltre, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia, Aggiornamento*, cit., p. 7 ss.; T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, cit., p. 139 ss. (sull'evoluzione giurisprudenziale nella concezione della responsabilità genitoriale come «elemento caratterizzante la qualifica di genitore» – qui, p. 140 –); A. PALAZZO, o. cit., p. 565 ss. (riscontra nella responsabilità genitoriale un concetto riassuntivo degli obblighi genitoriali, che permangono, almeno quelli economici, perfino nell'ipotesi di provvedimenti sospensivi od ablativi di essa – qui, p. 626 –).

<sup>136</sup> Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corr. giur.*, 2012, 91.

<sup>137</sup> Infatti, l'art. 36 *bis* l. 31 maggio 1995, n. 218 (art. aggiunto dall'art. 101 d.lgs. n. 154 del 2013), con riguardo alla filiazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, statuisce che si applicano sul nostro territorio, nonostante il richiamo ad altra legge, le norme interne che attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale. Per un'applicazione, v. Trib. Roma, 17 gennaio 2015, n. 960, in *IlSole24ore*, 25 giugno 2015 (nella specie, in una causa riguardante due cittadini stranieri residenti in Italia, è stato disposto

In sostanza, la nuova nozione appare più ampia della precedente (ad es., si attaglia in modo più consono all'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente economicamente) e ricalca in maniera maggiormente aderente l'inquadramento che veniva dato alla "potestà" in chiave di «ufficio di diritto privato» o «*munus* di diritto privato»<sup>138</sup>, confermando la centralità conferita all'interesse del minore, nel cui esclusivo ambito si spiega la comune e costante assunzione di responsabilità da parte dei genitori.

Orbene, va preso atto che il legislatore continua a muoversi in tale direzione, se si pone mente al fatto che, stabilendosi la possibilità di una convenzione di negoziazione assistita da avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, sono state dettate specifiche cautele a tutela dei figli minori, dei figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti. In simili evenienze, la legge prescrive che l'accordo raggiunto a seguito di quella convenzione deve essere trasmesso al (e scrutinato dal) procuratore della repubblica presso il tribunale competente, il quale lo autorizza solamente se esso risponde all'interesse della prole<sup>139</sup>.

Ma v'è di più: i genitori non possono concludere un analogo accordo innanzi al sindaco, quale ufficiale di stato civile, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, qualora si sia in presenza delle predette categorie di figli<sup>140</sup>.

Camerino, ottobre 2015.

---

l'affido esclusivo alla madre, in quanto il padre non era in grado di esercitare la sua responsabilità genitoriale, come dimostrato dalla mancata corresponsione del mantenimento, dall'esercizio discontinuo del suo diritto di visita e dall'abuso di alcool).

<sup>138</sup> Cfr. Cass., 8 novembre 2010, n. 22678; Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452.

<sup>139</sup> Art. 6, comma 2 e 3, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162. Da segnalare è un ulteriore dettame normativo, in base al quale nell'accordo si deve dare atto che gli avvocati hanno informato le parti «dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori».

<sup>140</sup> Art. 12, comma 2, d.l. 132 del 2014, cit.