

BIBLIOTECA DI DIRITTO CIVILE

I4

Direttore

Francesco RUSCELLO
Università degli Studi di Verona

Comitato scientifico

Luigi BALESTRA
Alma Mater Studiorum
Università di Bologna

Carlos CLERC
Universidad Nacional Lomas De Zamora

Ignacio DIAZ LEZCANO
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Gilda FERRANDO
Università degli Studi di Genova

Hugues FULCHIRON
Université Jean Moulin Lyon 3

Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ
Universidad de Cordoba

Carlos LASARTE
Universidad Nacional
de Educación a Distancia de Madrid

Gaspere Poerio LISELLA
Università degli Studi del Sannio

Francesco MACARIO
Università degli Studi Roma Tre

Pietro SIRENA
Università degli Studi di Siena

Stefano TROIANO
Università degli Studi di Verona

Fátima YAÑEZ VIVERO
Universidad Nacional
de Educación a Distancia de Madrid

Virginia ZAMBRANO
Università degli Studi di Salerno

Alessio ZACCARIA
Università degli Studi di Verona

Comitato redazionale

Alessandra CORDIANO
Università degli Studi di Verona

Fernanda MORETÓN SANZ
Universidad Nacional
de Educación a Distancia de Madrid

Araceli DONADO VARA
Universidad Nacional
de Educación a Distancia de Madrid

Giorgia Anna PARINI
Università degli Studi di Verona

Maria Margherita PARINI
Università degli Studi di Verona

Giulia CASTELLANI
Università degli Studi di Verona

BIBLIOTECA DI DIRITTO CIVILE

Sono passati ormai quasi cinquanta anni da quando, in dottrina, si proponeva una « lettura del codice civile alla luce della Costituzione ». Da allora, coerentemente alla sua storia, il diritto civile ha conosciuto momenti di grossi cambiamenti e, anche sulla spinta delle trasformazioni politiche, economiche e sociali, da complesso normativo prevalentemente fondato sull'autorità del potere legislativo interno, si è modificato in complesso normativo, per dir così, anche etero-formato, assumendo sempre più le connotazioni di un « diritto civile europeo ». La Collana, nel tentativo di offrire un quadro sempre più attuale del diritto civile, mira a inserirsi in questo panorama.

La valutazione dei volumi inviati per la pubblicazione nella Collana "Biblioteca di diritto civile" è affidata, in forma anonima, a due membri del Comitato scientifico. La valutazione può essere: positiva; positiva, ma condizionata alla necessità di apportare revisioni o modifiche; negativa. Qualora dalle valutazioni emerga un giudizio positivo, ma condizionato a revisione o modifica anche da parte di uno soltanto dei revisori, il Comitato scientifico consente la pubblicazione a condizione che sia eseguito l'adeguamento. La verifica dell'adeguamento è affidata al Direttore. Il Comitato scientifico può decidere di pubblicare direttamente volumi provenienti da studiosi, anche stranieri, di comprovata esperienza e prestigio tali da essere, di per sé, motivo di lustro per la Collana.



Vai al contenuto multimediale

Famiglia, responsabilità genitoriale e intervento pubblico

a cura di

Francesco Ruscello

in collaborazione con

Giulia Castellani

Giorgia Anna Parini

Martina Vivirito Pellegrino

Contributi di

Giulia Castellani

Alessandra Cordiano

Ignacio Gallego Domínguez

Gaspare Lisella

Helena Mota

Giorgia Anna Parini

Francesco Ruscello

Rute Teixeira Pedro

Fátima Yáñez Vivero

Martina Vivirito Pellegrino

Virginia Zambrano





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it

info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 4551463

ISBN 978-88-255-1825-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2018

Indice

- 9 Famiglia, responsabilità genitoriale e intervento pubblico
Francesco Ruscello
- 27 *Ex facto oritur ius*. La Conversione di un Cavallo
Virginia Zambrano
- 47 Il principio di autoresponsabilità nel diritto della filiazione
(Il rifiuto di sottoporsi ad indagini genetiche nella dichiarazione giudiziale come caso di studio)
Alessandra Cordiano
- 83 L'accesso alle proprie origini per la ricerca della fratria: situazioni soggettive e ricadute pratico-applicative
Martina Vivirito Pellegrino
- 99 Familia y empresa familiar en el Derecho español
Ignacio Gallego Domínguez
- 141 La vivienda familiar y la protección de la familia
Fátima Yáñez Vivero
- 153 Impugnabilità del matrimonio di persona in età avanzata
Gaspere Lisella
- 173 Negoziazione assistita in Portogallo?
Breve riflessione sulle manifestazioni di negoziabilità riconosciute dall'ordinamento giuridico portoghese in occasione di divorzio o separazione delle persone e dei beni
Rute Teixeira Pedro
- 189 La disposizione di preferenza del testatore
Giorgia Anna Parini

- 203 Il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo e alcune possibili interferenze con il diritto delle successioni.
Spunti di riflessione
Giulia Castellani
- 223 A oponibilidade a terceiros da lei aplicável
Helena Mota

Famiglia, responsabilità genitoriale e intervento pubblico

di FRANCESCO RUSCELLO*

1. Intervento del giudice e autonomia della famiglia

Nel complesso rapporto genitori–figli si innesta, come funzione qualificante, una finalità protettiva e promozionale della prole che caratterizza una situazione soggettiva oggi, con una formula mutuata acriticamente dalla legislazione europea¹, qualificata in termini non più di “potestà”, ma di “responsabilità genitoriale”². A questa funzione, riconosciuta in via prioritaria in questi termini ai genitori, per il riconoscimento di sempre maggiori diritti e spazi di tutela attribuiti ai figli³, corrisponde un altrettanto sempre maggiore apparato di controlli pubblici in relazione al corretto svolgimento dei compiti genitoriali. Si affidano, così, a particolari organi, giurisdizionali e amministrativi, poteri di intervento che, tuttavia, pur finalizzati alla tutela del minore, rischiano, da un lato, di invadere l’autonomia riservata alla comunità familiare, dall’altro, racchiusi molto spesso in farraginosi meccanismi burocratici, di paralizzare il corretto svolgimento della personalità di chi si vorrebbe tutelare⁴.

È vero, d’altro canto, che, nel nostro ordinamento, manca un “giudice della famiglia”. Questa mancanza, che, con ogni probabilità, si potrebbe an-

* Già professore ordinario dell’Università degli Studi di Verona.

¹ F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsabilità*, in www.comparazionedirittocivile.it.

² «Nel sistema del diritto privato» – sottolinea P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE (a cura di), *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, p. 189 – «una stretta relazione unisce la tutela del minore ai limiti della potestà parentale e quindi all’intervento del giudice; in tal modo, ogni nuova affermazione di libertà, privatezza, capacità del minore può essere tradotta in un’altra, che restringe il potere dei genitori, può risolversi, in definitiva, nella previsione di un più incisivo impiego di quegli strumenti di controllo giudiziale che il codice civile disciplina nel titolo “Della potestà dei genitori”».

³ Un’ultima testimonianza può essere rintracciata, per esempio, nelle modifiche alle quali sono stati sottoposti gli artt. 315 ss. c.c. a seguito della riforma sullo *status filiationis* intervenuto con la l. 10 dicembre 2012, n. 219, e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, e alle “nuove” situazioni di “diritto” riconosciute ai figli (v., in particolare, l’art. 315-bis c.c., espressamente titolato «*Diritti e doveri dei figli*»).

⁴ Su questi aspetti v. F. RUSCELLO, *Intervento del giudice e autonomia educativa. Riflessioni per una ricerca*, in *Vita not.*, 2017, p. 593 ss., dove anche ulteriori riferimenti.

che comprendere per la complessità stessa del fenomeno familiare⁵, certamente non si può giustificare quando si passi a considerare la cervelotica distribuzione di competenze fra i diversi organi giudiziari⁶; una distribuzione – va pur detto – che, non di rado, consente anche artificiose azioni allo scopo di aggirare esiti negativi su domande precedentemente proposte⁷.

Qualunque sia il giudice chiamato a decidere, tuttavia, la realizzazione dell'interesse del minore, quale soggetto portatore di propri diritti e libertà, è indubbiamente lo scopo prioritario da perseguire per espressa volontà del legislatore in questo senso⁸, è l'elemento che informa l'intero "diritto minore"⁹. Si tratta, in ogni caso, di diritti e libertà che ancor meglio si possono

⁵ Lo rilevano criticamente, in particolare, M. DOGLIOTTI–A. FIGONE, *Famiglia, Costituzione, giudici e procedimenti*, in M.R. SPALLAROSSA (a cura di), *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*², Milano, 2008, p. 27 s.

⁶ In critica al sistema di riparto delle competenze v., per tutti, F. TOMMASEO, *Giustizia minorile: ancora un'esclusiva pronuncia della Consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 222 ss. (in nota a Corte cost., 6 novembre 2009, n. 286, *ivi*, p. 221 s.), secondo il quale, anzi, «è improrogabile un intervento chiarificatore del legislatore, un intervento non limitato a dare interpretazione autentica a un complesso di norme il cui dettato continua a prestarsi a letture confliggenti, ma tale da realizzare una riforma radicale della giustizia minorile così spesso preannunciata ma di cui ancora non si intravede una sicura attuazione» (*ivi*, p. 223).

⁷ Per alcune significative esemplificazioni v., in particolare, P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà*, in G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*², in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, II, Milano, 2012, p. 1307.

⁸ Tant'è che da più parti si sottolinea la visione sempre più "paidocentrica" dei rapporti familiari (v., in particolare, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu–Messineo*, Milano, 2007, p. 541 ss.), visione che, per un verso, tenta di incidere su una realtà tuttora fondata su un rapporto asimmetrico e, per lo più, innestato in un contesto adultocentrico, per un altro verso, con sempre maggiore convinzione continua a «picconare» l'iniziale denuncia di chi, all'indomani dell'emanazione della riforma del diritto di famiglia, rimarcava l'occasione persa dal legislatore per scrivere il *de liberis liberandi* (v., in particolare, P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 451 s.).

⁹ Un interesse, quello del minore, che è riconducibile alla sfera dell'ordine pubblico (da ultimo, in questo senso, F. DANOVI, *Il giusto processo nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=736, p. 3, dove in nota ulteriori riferimenti). Accanto alla letteratura ricordata nella nota prec., v., per tutti, L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in <http://www.minoriefamiglia.it/download/catania-2011-ferrajoli.PDF>, spec. § 2; nonché, più di recente, P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà*, cit., p. 1303. Da ultimo, sull'interesse del minore v. G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 72 ss., dove ulteriori indicazioni.

Resta, in ogni caso, vero – come puntualizza A. C. MORO, *Minorenni (tribunale per i)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 567, dove anche le parole tra virgolette – che, se la «giustizia minorile» non può gli ostacoli che rendono difficile un corretto processo educativo, la stessa giustizia minorile può «essere quanto più possibile presente in ogni situazione in cui il concreto diritto alla educazione del singolo minore possa essere compromesso e può prendere tutte le iniziative per assicurare effettivamente al minore quel regolare sviluppo di personalità a cui ha diritto, individuando mezzi e strumenti idonei a realizzarlo». Sotto questo aspetto, le disposizioni di cui agli artt. 330 c.c. ss., più che porsi quali strumenti di controllo giudiziario sul rapporto genitori–figli bene «possono

attuare quando le scelte siano espressione dell'autonomia dei soggetti stessi – genitori e figli – per ciò che rappresenta la famiglia quale “società naturale” originaria e “diritto inviolabile” anche del minore che in essa ha diritto di crescere e di essere educato¹⁰. Tutto ciò, a testimonianza anche del graduale spostamento del “baricentro” familiare dai coniugi ai figli¹¹, in controtendenza rispetto agli iniziali dubbi che si manifestavano in relazione all'intervento esterno nei rapporti familiari.

In questo panorama, il compito del giudice si rivela particolarmente importante, non meno che complesso, nel far emergere una soluzione concordata¹². È indubbio, d'altro canto, come la storia, anche degli anni più recenti del secolo scorso, insegna, che quando lo Stato ha avuto una “pretesa educativa”, con interventi che hanno oltrepassato i limiti dell'autonomia propria della famiglia, la democrazia ha perso (buona) parte dei suoi caratteri a vantaggio di sistemi, più o meno apertamente, dispotici e autoritari. E anche per questo, con ogni probabilità, in passato si era convinti che la famiglia dovesse essere – secondo l'ormai più che abusata metafora di Jemolo – come un'isola appena lambita dal (mare del) diritto. Oggi, di fronte alle continue intromissioni dell'ordinamento questa espressione si attualizza e acquista un

configurarsi come forme di assistenza educativa» (in questo senso v. anche V. M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, 1985, p. 94).

¹⁰ “Diritto” oggi affermato, oltre che dall'art. 1 l. 4 maggio 1983, n. 184, anche dall'art. 315 bis, comma 2, c.c. sui diritti e doveri dei figli.

¹¹ Uno spostamento messo ben in evidenza da M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 207 ss. e spec. p. 218 ss.; più di recente, anche per gli ulteriori riferimenti v. F. RUSCELLO, *Le convivenze di «fatto» tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, di prossima pubblicazione in *Fam. e dir.*, 2018, § 3.

¹² V., *infra*, nel testo in relazione all'accordo fra coniugi e fra genitori. Secondo A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione-Dottrina-Giurisprudenza*, II, Milano, 1984, p. 1996, «è da ritenere che il giudice, investito della cognizione di un contrasto su questioni di particolare importanza sull'esercizio della potestà dei genitori, non si limiti a suggerire le proprie determinazioni, ma tenterà di giungere, anche e soprattutto, ad una conciliazione delle contrapposte posizioni, convinto come è che l'accordo fra i genitori è il modo migliore per realizzare l'interesse del figlio e l'unità della famiglia». Per contro – si rileva espressamente, e criticamente, da qualche magistrato con riferimento all'affido dei minori ai Comuni (M. G. DOMANICO, *Ruolo dei servizi e processo. Tutela, responsabilità e difesa tecnica*, in <http://www.formazione sociale clinica.it/wp-content/uploads/2013/11/ArticoliRuolo-deiservizi-e-processo.pdf>, p. 4, dove le parole tra virgolette riportate di seguito) – talvolta l'istituto dell'affido è stato disposto dai tribunali per i minorenni «in modo improprio, con una valenza, per così dire, assistenziale: si sono affidati minori al servizio sociale per dare a quest'ultimo maggiore forza di intervento, maggiore potere coercitivo nei confronti di genitori deboli, inadeguati o resisi responsabili di comportamenti rivelatisi dannosi per i figli, ma in realtà collaboranti ovvero che hanno accettato, magari con il tempo, i sostegni proposti».

nuovo significato alla luce del processo di “privatizzazione” al quale è sottoposta da anni la famiglia¹³.

2. La complessità del fenomeno familiare

Le osservazioni sin qui accennate assumono un significato ancora più rilevante allorché si passi a considerare la pluralità di “modelli familiari” che, oggi, si presentano all’attenzione dell’interprete. È indubbio che la famiglia si è modificata nel corso dei secoli e, più ancora, negli ultimi anni di pari passo con l’evoluzione dei costumi, dei rapporti sociali ed economici. La stessa definizione in termini di “società naturale”, quale è indicata dall’art. 29 della nostra Costituzione, richiama il carattere originario della famiglia e ne sottolinea, a un tempo, il suo stretto legame con la realtà nella quale è calata e, in questo senso, ne storicizza la concretizzazione. Lo stesso legislatore, specialmente in questi ultimi anni, ha preso atto delle nuove realtà sviluppatesi e le ha disciplinate, più o meno compiutamente, più o meno adeguatamente, formalizzando anche modelli un tempo reputati contrari alla morale e al senso comune del buon costume. Il riferimento alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e alle convivenze cc.dd. di fatto è sin troppo evidente¹⁴.

Da questa angolazione, si può rilevare come, con il mutare dei costumi e dei rapporti sociali, il “problema della famiglia” abbia mutato prospettiva: dall’originario modo entro il quale si prospettava il ruolo della persona al suo interno, oggi è la famiglia stessa, quale “formazione sociale”, che reclama modi di affermazione diversi da quello “tradizionale” legittimo¹⁵. Con il tempo, in una parola, dal rapporto dell’individuo con l’istituzione famiglia, dall’esigenza di una sua “affrancazione” da essa, per l’autorità espressa da uno dei suoi membri sugli altri, il problema si è posto, e si pone, in relazione al ruolo stesso della famiglia e al suo modo di proporsi in relazione alla collettività.

Il problema si amplia ancor più quando si consideri l’eventuale disgregazione del vincolo coniugale e il riacquisto della libertà di stato da parte degli *ex* coniugi; fenomeno che determina l’affermarsi di altre realtà ancora più complesse e, da noi – pur denominate nei modi più diversi – conosciute come “famiglie ricomposte”: una qualificazione che evoca quella stessa utiliz-

¹³ V., in particolare, P. ZATTI, *Familia, familiae. Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss. ma spec. p. 28 ss.; e F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.

¹⁴ F. RUSCELLO, *Le convivenze di «fatto» tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, cit.

¹⁵ In generale, per ciò che attiene alla Spagna, v. P. ESCRIBANO TORTAJADA, *Apuntes sobre el concepto de familia en el régimen económico del matrimonio y de las uniones de hecho*, in *Revista de Derecho Privado*, 2014, n. 4, p. 51 ss.

zata nel panorama spagnolo di *pareja reconstituida*¹⁶. Eppure, sebbene sempre più frequente, si tratta di una realtà che, colpevolmente, il legislatore ancora ignora espressamente e che, per contro, reclama una attenzione particolare attraverso la quale – come testimoniato anche da studi più e meno recenti¹⁷ – si coniughino le esigenze della famiglia “originaria” e della famiglia “nuova”. Si tratta di famiglie che pur sembrano vivere in alcune disposizioni anche del nostro codice, ma che non si vedono corrispondere una disciplina che ne riconosca cittadinanza. Di là dai grossi problemi che si pongono in relazione al rapporto genitori–figli¹⁸, prime fra tutte si può pensare a disposizioni come quelle enucleate, da un lato, dall’art. 328 c.c., secondo la quale il genitore che passa a nuove nozze conserva l’usufrutto legale sui beni del figlio minore con l’obbligo di accantonare a favore del figlio proprietario quanto risulti eccedente rispetto alle spese per il suo mantenimento, per la sua istruzione e per la sua educazione e, dall’altro, dall’art. 315 *bis* c.c., che attribuisce al figlio convivente, senza specificare la famiglia entro la quale è considerato, l’obbligo di contribuire, in relazione ai propri redditi e sostanze, al mantenimento della famiglia, disposizione, quest’ultima, che giustifica la scelta del legislatore, sempre in tema di usufrutto legale, di imporre ai genitori usufruttuari l’obbligo di destinare i frutti dei beni del figlio «al mantenimento della famiglia» – di tutta la famiglia – «e all’istruzione ed educazione dei figli» – di tutti i figli – (art. 324, comma 2, c.c.)¹⁹.

In definitiva, e in estrema sintesi, si assiste all’evoluzione di un “fenomeno”, quello familiare, inteso come “società naturale”, non più esclusivamente quale comunità originaria e spontanea fondata sull’atto di matrimonio, quello che si vorrebbe riconosciuto nel comma 1 dell’art. 29 cost., ma in termini di formazione sociale, cioè per l’esistenza di quel rapporto che si vorrebbe riconosciuto esclusivamente dal comma 2 dello stesso art. 29 cost.: una formazione sociale che, in quanto tale, deve corrispondere ai parametri di meritevolezza indicati dallo stesso costituente; una formazione sociale, quindi, tra persone che condividano una convivenza caratterizzata da quei

¹⁶ V., per esempio, tra i più recenti, I. MATEO Y VILLA, *El estatuto jurídico del padraastro*, in *Acti del Congvegno Filiación, patria potestas y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas*, Vol. II, *Relaciones paterno-filiales*, C. LASARTE ÁLVAREZ (Direct.) y F. JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ (Coord.), Madrid, 2014.

¹⁷ Per tutti, v. P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 1 ss.; T. AULETTA, *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, *ivi*, 2005, 32 ss. Sui problemi di carattere successorio v., sempre a titolo esemplificativo, M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 493 ss. e spec. p. 513 ss., dove ulteriori riferimenti.

¹⁸ In Spagna v., per esempio, I. MATEO Y VILLA, *El estatuto jurídico del padraastro*, *cit.*; mentre, in una prospettiva più comparatistica, da noi, M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010.

¹⁹ Sui problemi accennati nel testo v., in particolare, il mio studio sull’usufrutto legale: F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale. Artt. 324-329*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger, Milano, 2010, *sub art.* 328, p. 225 ss.

vincoli reciproci di assistenza, di collaborazione, di fedeltà a un progetto di vita comune; una formazione sociale che, in tanto è “naturale” nel senso indicato, in quanto, e fin quando, si presenti alla stregua di una comunità di affetti tra persone con identica dignità all’interno della quale si sviluppa e si realizza la personalità di ciascuno dei suoi membri. Sotto questo aspetto, la famiglia sempre più perde il suo carattere di “valore assoluto” per assumere le caratteristiche di “valore strumentale” allo sviluppo della personalità di ogni individuo e, per questo, di “diritto dell’uomo” al “servizio dell’uomo”. Con ogni probabilità, è questa anche la chiave di lettura alla quale ricorrere nell’interpretazione dei recenti modelli familiari formalizzati dal legislatore – le unioni civili fra persone dello stesso sesso e le convivenze cc.dd. di fatto – e che sono espressamente qualificati non come “famiglia”, ma come “formazioni sociali” *ex artt.* 2 e 3 cost. (art. 1 l. 20 maggio 2016, n. 76).

3. Intervento del giudice, accordo e “privatizzazione” dei rapporti familiari

Tornando all’intervento del giudice, nella prospettiva delineata, non può essere un caso che il “governo” della famiglia si fondi sul principio dell’accordo, dei coniugi e dei genitori²⁰. L’accordo rende sicuramente omaggio alla proclamata parità morale e giuridica dei coniugi (art. 29, comma 2, Cost.) e dei conviventi, ma altrettanto sicuramente testimonia l’affrancazione della famiglia dalla “sfera pubblica” a vantaggio di quel processo di “privatizzazione” nel quale i valori personali dei membri della comunità familiare diventano i parametri di riferimento della stessa meritevolezza della famiglia (artt. 2 e 29 Cost.)²¹. Di qualunque rapporto si tratti – tra i coniugi o tra i genitori, tra genitori e figli o tra conviventi, omosessuali o eterosessuali – l’accordo è richiesto, sin dalla riforma sul diritto di famiglia del 1975, come diritto e dovere che nasce direttamente dalla convivenza. Non dovrebbe essere un caso che il comma 12 della recente normativa sulle unioni civili (la l. n. 76 del 2016) riprenda, quasi testualmente, l’art. 144 c.c., stabilendo che nelle unioni civili «Le parti concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la resi-

²⁰ Sia consentito il rinvio a F. RUSCELLO, *Diritto di famiglia*, Pisa, 2017, p. 97 ss.

²¹ Sulla meritevolezza di tutela della famiglia v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, p. 919 ss., dove anche ampi riferimenti. In questa prospettiva – sottolineo in altra sede (F. RUSCELLO, *o.u.c.*, p. 20) – «nella quale la famiglia conquista una sua autonomia tutelata in quanto strumentale allo sviluppo della personalità dei suoi membri, la qualificazione in termini di “società naturale” indica i confini tra quella sfera di autonomia e il potere di intervento dell’ordinamento a tutela e garanzia dei “diritti inviolabili dell’uomo” riconosciuti alla persona sia come singolo sia come partecipe di una formazione sociale».

denza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato».

Con ogni probabilità, non cogliendo il reale significato di questo processo di "privatizzazione" (o, forse, e meglio, non valutandolo corretto metodologicamente), quale processo attraverso il quale si mira a tutelare all'interno della formazione sociale familiare lo sviluppo e la realizzazione della personalità dei suoi membri²², e immaginando quella formazione sociale quale "zona franca"²³, da più parti si è affacciato, addirittura, il dubbio sulla costituzionalità dell'intervento pubblico (più in particolare, del giudice) nella famiglia, incidendo questo intervento – con sempre maggiore frequenza – sull'autonomia a essa riconosciuta quale "società naturale" (art. 29 Cost.)²⁴. Certo, le situazioni di debolezza che pur si manifestano all'interno di una comunità fondata prevalentemente sugli affetti non possono essere lasciate all'arbitrio dei singoli, sicché un intervento deve pur sempre essere ipotizzabile²⁵. Ma per avere una sua "legittimazione", il potere di intervento (del giudice) si deve configurare proprio quale strumento collegato direttamente alla regola dell'accordo e, per ciò, funzionale alla parità coniugale e alla vita stessa della famiglia «ogniquale questa non riesca automaticamente a raggiungere le proprie finalità e perseguire i propri obiettivi»²⁶. È in questa

²² Un processo che esige, evidentemente, un "controllo assiologico" dei rapporti familiari [l'espressione è di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, cit., p. 926, dove, in particolare, si sottolinea che «Il principio generale di promozione della persona (art. 2 Cost.) si coordina con il pluralismo ideologico e culturale, si da prospettare la necessità da un lato di nuclei familiari variamente fondati e ispirati a valori laici e/o religiosi, dall'altro il rifiuto della concezione dei rapporti familiari come insuscettibili di qualsiasi controllo assiologico»].

²³ Per riprendere ancora un'altra abusata formula di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania*, III, 1948-1949, p. 50.

²⁴ Una sintesi del dibattito sul punto si può leggere in C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, p. 151 ss.; più di recente, v. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*², in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, p. 233 ss., dove gli ulteriori riferimenti.

²⁵ Nella prospettiva delineata nel testo, v., per esempio, fra i tanti, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 25. Non a torto, sottolinea L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in <http://www.minoriefamiglia.it/download/catania-2011-ferrajoli.PDF>, p. 2, che «va affermata, più che mai nel diritto minorile, il primato dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Giacché tali diritti sono sempre le leggi del più debole, stipulate contro la legge del più forte che inevitabilmente prevale tutte le volte che essi manchino o siano ineffettivi. E i bambini, più di chiunque altro, sono i soggetti deboli per antonomasia, destinati a soccombere in quello stato di natura nel quale può consistere il loro mondo, se abbandonato alla sola logica della forza e dei poteri domestici». Sul controllo di meritevolezza al quale deve essere sottoposta la famiglia v., invece, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, cit., p. 926 ss., dove ulteriori riferimenti.

²⁶ C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 153, secondo il quale, in particolare, con l'intervento del giudice, «Si è voluto evitare [...] tanto il sacrificio dell'uguaglianza dei coniugi,

logica che il legislatore, di regola, di là dai casi di grave disagio del minore, prevede un intervento, se non a richiesta, almeno concordato (v. l'art. 4, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 384).

Nel nostro ordinamento giuridico, l'intervento del giudice è sempre stato previsto fin da quando il legislatore ha stimato opportuno tenere sotto controllo, in particolare, l'esercizio della "potestà" da parte dei genitori. L'interferenza dell'autorità giudiziaria, d'altro canto, s'è «accentuata nel passaggio dal codice 1865 a quello del 1942, oltre che nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, costituendo una costante conseguenza della evoluzione del principio per cui la potestà genitoriale deve essere esercitata nell'esclusivo interesse del figlio»²⁷. Da questa angolazione l'intervento esterno da parte dell'autorità giudiziaria non può essere reputato aprioristicamente improprio, se non addirittura illegittimo²⁸. A ben vedere, muta la funzione dell'intervento, oggi previsto a garanzia delle posizioni deboli, siano esse del coniuge o, come molto più spesso accade, della prole, per rendere possibile lo sviluppo della personalità di ciascuno.

Immaginato sulla base di una equivalenza alla prova dei fatti dimostratasi fallace²⁹ – considerare, fisiologico l'intervento del giudice in quanto fisiolo-

quanto la possibile paralisi (o più grave crisi) della vita familiare, consentendo ai coniugi di cercare per via giudiziale l'eventuale accordo che da soli non hanno raggiunto» (*ivi*, p. 152).

²⁷ M. GIORGIANNI, *Il controllo sull'esercizio della potestà dei genitori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1179 ss.; ID., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 325. Che l'intervento giudiziario non vada concepito come repressione di una condotta dei genitori ma in quanto finalizzato ad assicurare in concreto il diritto del minore allo sviluppo della personalità, lo avverte, tra gli altri, anche G. SERGIO, *Il giudice ed il rapporto educativo del minore incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1984, IV, c. 264. Sotto altro verso, sottolinea che di fronte al ciclico alternarsi delle differenti opzioni sul ruolo del giudice all'interno della famiglia – ora presentato quale «demiurgo risolutore della conflittualità domestica» ora «demonizzato quale agente di inammissibili intrusioni nella sfera intima della famiglia» – si può correre il rischio di scandire «le fasi di quella che potrebbe definirsi la storia della "simpatia pubblica" nei confronti del giudice in famiglia», E. ROPPO, *Ruolo del giudice nei rapporti familiari ed interesse minorile*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 284, dove anche la precisazione che «Il rischio è, fondamentalmente, quello di cadere negli apriorismi ideologici proprio in una materia che, al contrario, richiede in massimo grado una laica rinuncia ad ogni pregiudiziale ideologica, in favore di un atteggiamento quanto più possibile concreto ed articolato».

²⁸ Lo rileva già C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 153.

²⁹ Se già dopo pochi anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia si rilevava lo scarso (*rectius*: quasi inesistente) ricorso agli artt. 145 e 316 c.c. (v., in particolare i rilievi di M. DOGLIOTTI, *Il minore e il giudice. Sviluppo storico e incerte prospettive future*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 334 ss. e spec. p. 356, dove ulteriori riferimenti), oggi la situazione non è mutata e i giudici, come i servizi sociali, sono sempre più chiamati e coinvolti per far fronte a situazioni ormai patologiche e, quasi sempre, irrimediabili (sia sufficiente il generico richiamo ai repertori di giurisprudenza o, se si preferisce, alle banche dati).

gici sarebbero i contrasti fra i coniugi e i genitori³⁰ –, le disposizioni che ipotizzano l'intervento del giudice svolgono, almeno in via di logica astratta e negli intendimenti del legislatore, una funzione di "impulso" nei confronti della famiglia³¹. La disciplina dell'intervento dell'autorità giudiziaria nei rapporti familiari è soltanto in apparente contraddizione con l'autonomia a essi riservata e riconosciuta, mirando, almeno nelle originarie intenzioni del legislatore, ad agevolare i compiti dei coniugi e dei genitori, ponendo a loro disposizione un ulteriore strumento per la composizione degli eventuali contrasti nel "governo" della famiglia e nell'esercizio della responsabilità genitoriale; contrasti che, seppure riferiti a "questioni di particolare importanza", non per ciò devono necessariamente implicare una crisi del rapporto coniugale. Quantunque il ricorso al giudice prefiguri una incipiente crisi del rapporto coniugale o genitoriale³², è pensabile che l'intenzione del legislatore sicuramente non sia stata quella di creare nei soggetti interessati «la sensazione che il ricorso al giudice in caso di contrasto su problemi relativi ai figli (o anche su altri problemi, come prevede l'art. 145) possa implicare il pericolo di una rottura dei rapporti tra di essi»³³. Al contrario, il legislatore ha immaginato una famiglia che, pur di trovare una soluzione rispettosa della parità coniugale e genitoriale, da un lato, e dell'interesse dei figli, dall'altro, riesce a capire quando e quanto è opportuno chiedere l'aiuto di un terzo estraneo che, per ciò stesso, può non lasciarsi influenzare dai sentimenti e dal particolare rapporto che vincola i membri di quella formazione sociale

³⁰ Lo avverte L. FERRI, *Della potestà dei genitori, Della potestà dei genitori*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 31.

³¹ Sulle tecniche e sulla funzione dell'intervento del legislatore v., in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, cit., pp. 160 s. e 217 ss.: «La norma, ancorché "promozionale" (cioè innovatrice del reale), è sempre il frutto di esigenze, di bisogni, di spinte [...]. L'attività del legislatore è sempre valutabile sotto il duplice aspetto della funzione di conservazione della situazione di fatto o di trasformazione della realtà. [...]. Il legislatore non sempre fa proprie le istanze che la società esprime; talvolta le disattende o le interpreta diversamente, si da incidere sulla realtà secondo un'autonoma valutazione» (ivi, p. 161) (analogamente v., ora, anche F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 2014, p. 23 s.).

³² D'altro canto – come sottolinea L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La coscienza contemporanea tra «pubblico» e «privato»: la famiglia crocevia della tensione*, Atti del XLIX corso di aggiornamento dell'Università Cattolica, Reggio Calabria, 9-14 settembre 1979, Milano, 1979, p. 284, dove il brano tra virgolette riportato di seguito, in questa nota – «Il coniuge che si vede notificare il ricorso al giudice da parte dell'altro e la fissazione dell'udienza di comparizione, difficilmente perdonerà una simile iniziativa che rende pubblica la controversia». Analogamente V. M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza*, p. 96, dove, in relazione alle ipotesi di cui all'art. 316 c.c., sottolinea che l'intervento del giudice manifesta «una forma di assistenza alla famiglia in presenza di una particolare difficoltà, che può pregiudicare l'interesse del minore e la unità familiare».

³³ Lo avverte già M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 328.

familiare e valutare con la necessaria serenità – con terzietà, appunto – quale provvedimento sia più idoneo a realizzare l'interesse dei coniugi (dei conviventi) e del figlio³⁴.

Fatto è che, nella realtà dei fatti, l'intendimento del legislatore è stato disatteso, tant'è che, nella generalità dei casi, l'intervento del giudice è chiesto in casi di crisi del rapporto fra coniugi (fra conviventi) o del rapporto fra genitori³⁵. Non per nulla, più di recente, e anche sulla scorta delle esperienze di altri ordinamenti, sempre più spesso, proprio per il “fallimento” degli scopi detti, e nel tentativo anche di prevenire crisi coniugali di dimensioni “rimediabile”³⁶, si trovano disposizioni che “invitano” i coniugi o i genitori a ricorrere a quel “nuovo” istituto che va sotto il nome di mediazione familiare.

4. Disaccordo fra genitori e forme di “controllo”

Sebbene da una parte della dottrina, in una «ricostruzione centrata sul binomio libertà–responsabilità dei coniugi–genitori nell'attuazione della vita familiare», sia accomunato all'intervento in caso di disaccordo fra i coniugi³⁷, l'intervento del giudice in sede di disaccordo fra i genitori è parzialmente diverso. Ancor più la differenza si prospetta, allorché si passi a considerare il generalizzato riferimento dell'art. 316 c.c. a tutti i figli, quelli nati nel matrimonio e quelli nati fuori di esso, quelli conviventi con i genitori o quelli conviventi soltanto con

³⁴ In questo senso, quasi testualmente, v. già F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², in *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 180.

³⁵ Sul punto, è interessante porre in rilievo quanto avverte E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, p. 334 s., testo e nota 124, che, dopo aver sottolineato lo scarso ricorso all'intervento dell'autorità giudiziaria per la soluzione dei conflitti sull'indirizzo della vita familiare e l'esiguità delle ipotesi di risoluzione giudiziale del conflitto tra i genitori circa l'esercizio della potestà, richiama i risultati di una «ricerca-pilota» da cui risulta, tra l'altro, che secondo gli intervistati il ricorso alla magistratura è superfluo poiché, nel momento in cui ci si rivolge al giudice, l'unità familiare è già irrimediabilmente compromessa. Nel medesimo senso cfr., altresì, A. CAMILLI, *La posizione del minore nell'ambito della famiglia*, in *Legalità e giustizia*, 1984, p. 385; nonché R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, Napoli, 1984, p. 93, dove, in particolare, ritiene che la scarsa applicazione del ricorso al giudice (in particolare, dell'art. 316 c.c.) nella prassi è «forse dovuta ad un naturale atteggiamento di diffidenza da parte dei genitori». Nondimeno – come sottolinea L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 32 – «l'inefficacia, nel senso di inapplicabilità pratica della norma giuridica, non ha nulla a che vedere con la sua validità, cioè con la sua esistenza come norma giuridicamente vincolante».

³⁶ È pur vero, infatti, come sottolinea anche C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 160 (dove anche ulteriori indicazioni di letteratura), che «può essere preferibile in tante circostanze ambientali risolvere preventivamente una crisi coniugale di dimensioni ridotte che non lasciare tutto all'intervento del giudice in sede di separazione».

³⁷ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*², cit., p. 238 ss. (le parole tra virgolette riportate nel testo sono a p. 239).

uno di essi³⁸. Il rapporto genitori-figli, in buona sostanza, prescinde dal rapporto familiare che non sia quello determinato dal fatto generativo e non necessariamente attiene al “governo della famiglia” e alla “vita familiare” intesa, questa, nella convivenza di genitori – padre e madre – e figli. Di questo il legislatore non può non tener conto ed è anche per ciò che la stessa disciplina dell’intervento è, sebbene parzialmente, diversa. Differenti sono anche gli interessi, tant’è che il legislatore prevede l’eventuale intervento di soggetti terzi secondo il “tipo” di rapporto di cui si tratta. Se è vero che si stabilisce, con l’attribuzione di un “diritto”, la possibile “intromissione” dei parenti nel rapporto di filiazione (artt. 317 *bis* e 336 c.c.), è altrettanto vero che – anche del diverso sentire dell’autonomia in ambito coniugale e in ambito genitoriale – tale “intromissione” è esclusa nel rapporto coniugale, e ciò anche quando siano coinvolti gli interessi dei figli, come – e senza entrare nel merito della scelta, pur criticabile – nell’emblematico caso in cui si chieda la separazione personale giudiziale per gli effetti pregiudizievole che la prosecuzione della convivenza può svolgere sull’educazione della prole (art. 151 c.c.).

Sotto altro verso, indubbio sembra che alla connessione tra “affari in senso stretto coniugali” e “decisioni relative ai figli”³⁹ corrispondono interventi del giudice richiesti per far fronte a esigenze diverse: il legislatore tiene conto che, nell’uno come nell’altro caso i “soggetti terzi” – ora i figli, ora i coniugi – sono soggetti eventuali, che soltanto indirettamente possono incidere sulla decisione e che i conflitti attengono, in un caso, al rapporto coniugale, nell’altro, al rapporto genitoriale. Non per nulla, pur essendo i procedimenti di cui agli artt. 145 e 316 c.c. contraddistinti entrambi da due fasi – una prima conciliativa e una seconda decisoria – i poteri di intervento riconosciuti al giudice sono, così nell’una come nell’altra fase, parzialmente diversi⁴⁰. Una soluzione che avesse puramente e semplicemente equiparato i poteri di intervento dell’autorità giudiziaria sarebbe stata quanto meno dubbia. Vero sembra che, in entrambe le circostanze ciò che si mira a salvaguardare è l’accordo, ma, in un caso, quello fra coniugi e, nell’altro, quello fra genitori. D’altra parte, a tutela dell’autonomia della famiglia e, in particolare, dei genitori, l’intervento del giudice non può mai essere tale da coinvolgere tutta l’impostazione e la regolamentazione

³⁸ Un ambito applicativo, quello accennato nel testo, che è riscontrabile anche prima della recente riforma sulla *status filiationis* (v., infatti, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 176 ss.).

³⁹ Connessione posta in evidenza da M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*², cit., p. 238.

⁴⁰ In estrema sintesi, e di là da quanto si costaterà di qui a poco nel testo, si può rilevare che l’art. 145, diversamente dall’art. 316 non restringe l’ambito operativo dell’intervento alle questioni di particolare importanza; l’art. 145 richiede l’ascolto dei figli che abbiano compiuto i sedici anni, là dove l’art. 316 dei figli che abbiano compiuto i dodici anni e anche di età inferiore se capaci di discernimento (diffusamente sul punto F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 197 ss.).

dell'esercizio della responsabilità genitoriale: l'intervento è possibile soltanto nei limiti entro i quali si debba decidere su una o più questioni e, per di più, di particolare importanza⁴¹.

Nondimeno, proprio per le specifiche esigenze alle quali si deve far fronte, l'accordo richiede forme di tutela diverse, necessitate dall'altrettanto diverso "soggetto" da tutelare: nel primo caso la famiglia (*rectius*: il rapporto coniugale), e non per nulla, proprio a garanzia dell'autonomia a questa riconosciuta, qualora il disaccordo fra i coniugi non sia stato risolto dal tentativo di conciliazione del giudice, quest'ultimo può adottare, ma soltanto se «ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi», la soluzione che reputa «più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia»; nel secondo caso, per contro, il figlio, tant'è che, anche qui non a caso, il giudice, in un primo momento, «suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare» e, in un secondo momento, quando il contrasto permane, abbandonato il richiamo all'unità familiare, richiamo – come sembra di poter sottolineare – da intendersi, in realtà, come "unità coniugale", «attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio»⁴².

5. Responsabilità genitoriale, modalità di concretizzazione dell'intervento del giudice e ambiti operativi delle forme di controllo

Di fronte al disaccordo fra genitori su questioni di particolari importanza, diversamente da quanto si prevedeva prima della riforma sullo *status filiationis*, competente a decidere è non il tribunale per i minorenni, ma il tribunale ordinario (art. 38 disp. att. c.c., che oggi, per certi versi inspiegabilmente⁴³, esclude dall'ambito delle competenze del tribunale per i minorenni i

⁴¹ V., sul punto specifico, F. RUSCELLO, *o.u.c.*, p. 188 ss.

⁴² Una analoga scelta – avverte F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, II, Padova, 1992, p. 532 – «avrebbe potuto trovare giustificazione dal punto di vista funzionale anche per i rapporti fra coniugi, ma evidentemente ha prevalso, in ordine a tali rapporti,, il principio della preservante ricerca dell'accordo da parte dei coniugi, nel rispetto dell'autonomia della famiglia. Viceversa, in ordine ai rapporti coi figli minori, ha prevalso la tutela dell'interesse di costoro [...] ed è stato a tal fine ammesso un intervento del giudice incisivo al punto da escludere l'esercizio della potestà di uno dei genitori, in una questione che per definizione è di particolare importanza».

⁴³ Tanto più la scelta del riformatore sembra inspiegabile quando si passi a considerare che al tribunale per i minorenni, per contro, sono affidati i provvedimenti di cui all'art. 317-*bis* c.c. che, come è noto, oggi attiene al diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni e, in caso di impedimento, al conseguente diritto di ricorrere al giudice affinché siano adottati gli opportuni provvedimenti nell'interesse del minore. La competenza del tribunale ordinario, d'altro canto, resta anche per ciò che attiene ai provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. qualora

provvedimenti di cui all'art. 316 c.c.)⁴⁴. Come è noto, infatti, ed è stato sottolineato anche in precedenza, non esiste un unico giudice competente a decidere in ambito familiare. Ciascun organo, d'altro canto, ha proprie competenze non sempre individuate dal legislatore con certezza, ma sicuramente, nemmeno di rado, con un sovraccarico burocratico e procedurale tale da intralciare, se non proprio ostacolare, la realizzazione degli interessi meritevoli di essere tutelati nella specifica circostanza⁴⁵.

Quanto grave possa essere questa "burocratizzazione", specialmente quando in gioco sono gli interessi dei minori, sembra inutile sottolineare: lentezze che intralciano una serena crescita di bambini in fase evolutiva e bisognosi degli affetti familiari; di bambini che vivono condizioni di disagio e che, a motivo di queste condizioni, ma non senza effetti negativi nel processo di sviluppo della loro personalità, non raramente sono sradicati dalla loro famiglia – talvolta ingiustificatamente anche per la condotta degli stessi servizi sociali, opportunamente censurata in giudizio⁴⁶ – e affidati, di fatto, a

«sia in corso, tra le stesse parti, [...] giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile» (art. 38, comma 1, disp. att. c.c.). Sulla oscurità del nuovo testo dell'art. 38 disp. att. c.c. v., per tutti, F. TOMMASEO, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 558 ss. e spec. p. 570.

⁴⁴ Tra gli ultimi, su alcuni problemi in sospeso dopo la modifica apportata all'art. 38 disp. att. c.c., v. F. MICELA, *Magistrati minorili: nel dubbio sulle competenze si consuma l'attesa per il tribunale della famiglia*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 48, p. 11; nonché, più ampiamente, C. PADALINO, *La competenza sulla decadenza dalla potestà genitoriale*, in http://www.minoriefamiglia.it/download/Lacompetenza%20sulla%20decadenza_%20dalla_potest%C3%A0%20genitoriale.pdf; L. ANTONIOTTI, *Questioni di competenza in materia di filiazione e vis attractiva ex art. 38 disp. att. cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 200 ss. (in nota a Cass., 14 ottobre 2014, n. 21633, *ivi*, p. 199 s.); B. POLISENO, *La concentrazione delle tutele nell'interesse del minore: un repentino revirement della Cassazione*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1253 (in nota a Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349); nonché C. M. CEA, *L'art. 38 disp. att. c.c. ed i contrasti interni della Cassazione*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1255 (in nota a Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349, e a Cass., 14 ottobre 2014, n. 21633).

⁴⁵ Voci particolarmente critiche, da questa angolazione, provengono non soltanto dalla dottrina (v., infatti, F. DANOVI, *Il giusto processo nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., spec. p. 8), ma con sempre maggiore insistenza anche dal mondo della magistratura. V., tra i più recenti, D. DONATI, *Il Tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari: una riforma necessaria per una democrazia evoluta*, in <http://www.associazione-magistrati.it/rivista-la-magistratura>, 9 gennaio 2015, dove, con riferimento alla normativa sullo *status filiationis*, avverte che «La agognata "concentrazione delle tutele" non è stata realizzata ed anzi le incertezze interpretative, le prassi disomogenee sul territorio nazionale, i "passaggi delle carte processuali" dai giudici minorili ai giudici ordinari (e viceversa) e le attese dei tempi necessari a statuire sulle domande delle parti rischiano di compromettere la tutela dei diritti dei minori e dei loro familiari». Per l'analisi delle «norme procedurali» alle quali è sottoposto il controllo giudiziario di cui è questione in questa sede v. P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà*, cit., p. 1303 ss.

⁴⁶ Significativamente, v. Trib. min. Bologna, 8 luglio 2010, in http://www.adoptio.it/tribunale_per_i_minorenni_dellemilia_romagna_sent.html. Sul punto v., altresì, P. VERCELLONE, *La rete di protezione dei minorenni in difficoltà*, in L. LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore*

tempo indeterminato, a “strutture di accoglienza”⁴⁷. Certo è che quei pochi meccanismi messi a disposizione dall’ordinamento – in particolare la procedura di cui all’art. 403 c.c.⁴⁸ – non possono essere usati come “comode scorciatoie” per evitare le “lungaggini” dei tribunali per i minorenni⁴⁹. Anche per questo, sotto altro verso, non manca nemmeno chi, accanto a un intervento che razionalizzi la pletora di competenze fra i diversi giudici, propone la previsione di un unico procedimento per tutte le questioni familiari che sappia superare gli eccessivi formalismi del sistema contenzioso e l’altrettanto eccessiva discrezionalità del sistema camerale⁵⁰.

Nondimeno, si può sicuramente affermare che le attuali forme di controllo e di intervento predisposte dall’ordinamento⁵¹ – almeno in via di logica astratta – corrispondono a mezzi di tutela il risultato dei quali è frutto di un graduale “riconoscimento” sul piano della normativa ordinaria di garanzie da tempo stabilite a livello costituzionale⁵². Le forme di controllo degli organi

e diritto sociale della famiglia², in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, II, Milano, 2012, p. 15 ss., dove anche altri casi di condotte non corrette dei servizi sociali.

⁴⁷ Perpetuando una visione della «giustizia minorile» «classista» (l’espressione è di M. DOGLIOTTI, *Il minore e il giudice*, cit., p. 343 ss.; ma già prima rileva P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., p. 198, che «È osservazione condivisa quella per cui l’apparato normativo, giudiziario e assistenziale che genericamente si riferisce, nel discorso comune, ai “minori”, ha per destinatari reali minori di fasce sociali subalterne»), molto spesso – come rileva P. PAZÈ, *Servizi, magistratura e giusto processo*, in *Minorigiustizia*, 1999, 4, p. 7 – un sistema così burocratizzato, «così limitato di garanzie e ambiguo nella prassi, ha potuto vivere in quanto, e solo in quanto, ha avuto come punto di riferimento quasi sempre situazioni di marginalità sociale».

⁴⁸ Sul quale, per alcune riflessioni proprio con riferimento al problema in questione, v. *infra*, § 1.8.

⁴⁹ Lo rileva anche P. VERCELLONE, *La rete di protezione dei minorenni in difficoltà*, cit., p. 16, dove anche ulteriori indicazioni.

⁵⁰ Il riferimento è, in particolare, a M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Famiglia, Costituzione, giudici e procedimenti*, cit., p. 37. In una diversa prospettiva, per contro, si pone, per esempio, F. DANOVI, *Il giusto processo nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., p. 6 ss., dove anche ulteriori riferimenti; nonché il documento della ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI MAGISTRATI PER I MINORENNI E PER LA FAMIGLIA, *Per una giustizia a misura di minore*, in <http://www.minoriefamiglia.it/download/AIMMF-giustizia-misura-minore.pdf>, p. 6 s.

⁵¹ Si va dalle autorizzazioni per il rilascio di documenti (come il passaporto) o per il compimento di attività anche negoziali (come nelle ipotesi di cui agli artt. 320 ss. c.c.), alla regolamentazione dei rapporti genitoriali (come nelle ipotesi di crisi coniugale di cui agli artt. 337-ter ss. c.c.) a interventi particolarmente invasivi dirimenti un conflitto (come nei casi di cui all’art. 333 c.c.) o, addirittura, ablativi della responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.), fino alla attribuzione di una famiglia al minore che ne sia privo (ed è, ovviamente, il caso della normativa sulla adozione). Sul punto v., con specifico riferimento agli interventi giudiziali tradizionalmente riferibili alla tutela civilistica dei minori, P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., p. 193 ss.; nel tentativo di individuare una “nozione” di “giustizia minorile”, v., anche, F. DANOVI, *Il giusto processo nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., p. 2.

⁵² Per un quadro storico dell’evolversi del rapporto genitori-figli e delle tutele fornite alla posizione dei figli sia consentito rinviare a F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., pp. 1 ss, 11 ss. e 23 ss., dove ampi riferimenti. Sulla evoluzione della tutela dei minori a livello giudiziale v., invece, M. DOGLIOTTI, *Il minore e il giudice*, cit., p. 334 ss., dove ulteriori indicazioni.

pubblici alle quali è sottoposto il rapporto genitori-figli, infatti, si evolvono, nel corso degli anni, di pari passo con la consapevolezza da parte dell'ordinamento, per un verso, che le problematiche minorili, in quanto il minore "persona in formazione", si prospettano e devono essere risolte diversamente da quelle degli adulti, per un altro verso, che il minore è pur sempre una "persona" e, come tale, non va soltanto protetta, quasi fosse soltanto un "oggetto", ma "promossa" nella sua personalità. Sempre più spesso, con riferimento ai procedimenti che riguardano i minori, si ricorre all'espressione "processo mite" tale perché si deve svolgere attraverso «modalità di relazione e di trattamento verso le personalità in formazione e i loro adulti di riferimento»⁵³.

Da questa angolazione, con ogni probabilità, prima ancora di una riforma sulla razionalizzazione del sistema di competenze in materia di famiglia – questione, come si è costato, sicuramente rilevante – occorrerebbe approfondire il modo attraverso il quale tutti i soggetti coinvolti – dai giudici agli avvocati, dai servizi sociali a ogni altro soggetto che abbia in cura o assista un minore – dovrebbero affrontare, e decidere, per dirla con il nostro legislatore, le "questioni che interessano il minore"⁵⁴.

È vero, d'altro canto, che lo stesso tribunale per i minorenni nasce soltanto nella prima metà del secolo appena passato (r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404) come organo giudiziario bensì suddiviso in due sezioni, una penale e una civile, e con compiti anche amministrativi⁵⁵, ma in buona sostanza, almeno nelle sue prime apparizioni, e analogamente ad altri ordinamenti⁵⁶, predisposto per la "tutela penale" delle persone minori di età⁵⁷. «Benché la nuova

⁵³ Sul processo mite v., tra gli altri, P. PAZÈ, *Postfazione*, in P. SERRA, *Il giudice onorario minorile*, Milano, 2006, p. 142 ss. (le parole tra virgolette sono a p. 142); nonché, diffusamente, F. OCCHIOGGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009, *passim*.

⁵⁴ V., nella direzione prospettata nel testo, anche il documento presentato dalla ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI MAGISTRATI PER I MINORENNI E PER LA FAMIGLIA, *Per una giustizia a misura di minore*, cit., p. 4 s., dove si precisa, tra l'altro, che «All'istituzione di un giudice specializzato deve corrispondere la formazione di un'avvocatura altrettanto specializzata [...]. Dovrà essere previsto un percorso formativo obbligatorio specifico per l'iscrizione nell'albo dei difensori abilitati alla materia minorile e familiare». Analogamente v. F. MICELA, *Magistrati minorili: nel dubbio sulle competenze si consuma l'attesa per il tribunale della famiglia*, cit., p. 11.

⁵⁵ V., in argomento, A. C. MORO, *Minorenni*, cit., p. 567 ss. e spec. p. 574 ss., nonché, più di recente e diffusamente, G. SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*², cit., p. 25 ss.

⁵⁶ V., infatti, R. IANNIELLO, *Istituzione ed evoluzione del tribunale per i minorenni*, in R. IANNIELLO e L. MARI (a cura di), *Minori, famiglie, tribunali. Verifiche, sostegni e interventi sulle famiglie in difficoltà nell'attività del Tribunale per i minorenni*, Milano, 2007, p. 25 ss.

⁵⁷ V., in questo senso, v., tra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Il minore e il giudice*, cit., p. 341 s.; S. CICCARELLO e D. MARINELLI, *Il tribunale per i minorenni. Le competenze civili*, Rimini, 2011, p. 11; e ancora più espressamente A. FERRI, *La tutela del minore nell'attività del servizio sociale locale. Procedura applicata e profili pratici*, Milano, 2013, p. 17, secondo la quale il tribunale per i

normativa accoglia alcuni principi favorevoli al minore, ormai sentiti come indispensabili dalla coscienza sociale, tuttavia la netta prevalenza assicurata agli interventi penali e amministrativi rispetto a quelli civili, nell'ambito dei quali dovrebbe manifestarsi, principalmente, la funzione di protezione e tutela, è particolarmente rivelatrice dei reali presupposti "ideologici" del nuovo organo»⁵⁸. Soltanto nel corso degli anni, di pari passo con l'evolversi dei loro "diritti", il tribunale per i minorenni ha sempre più avuto modo di dedicare le sue attenzioni alla "tutela civile" dei minori⁵⁹.

Con riferimento alle problematiche minorili, ovviamente, è proprio il tribunale per i minorenni l'organo maggiormente coinvolto, l'organo attraverso il quale il minore, in situazioni "patologiche"⁶⁰ o di disagio⁶¹, dovrebbe vedere eliminati gli ostacoli che – a volerla dire con il nostro Costituente – limitandone di fatto la libertà, impediscono il realizzarsi della sua personalità. La stessa composizione del tribunale per i minorenni prevede, a questi fini, accanto a "giudici togati", la presenza di "giudici onorari", proprio per le particolari competenze e sensibilità delle quali deve essere fornito il "giudice minorile"⁶². Si tratta di sensibilità che dovrebbero indurre a una composizione concordata della "questione", che salvaguardi la dignità dei soggetti coinvolti e che, in questa salvaguardia, trovi lo strumento per l'accettazione di soluzioni diverse da quelle, semmai, sperate.

L'intervento non è sempre *ex officio* o, come anche si dice, specialmente nelle ipotesi di devianza, "coatto"; anzi, di regola, dovrebbe avvenire (se non proprio su richiesta, almeno) con l'accordo degli stessi genitori esercenti la relativa responsabilità. Sebbene – e lo si è detto – in quest'ambito, per la ne-

minorenni nasce «quando [...] si riconobbe la necessità che i minori che avessero commesso dei reati o tenuto una condotta "irregolare", venissero giudicati da un organo specializzato».

⁵⁸ M. DOGLIOTTI, *Il minore e il giudice*, cit., p. 342.

⁵⁹ Analogamente v., tra gli altri, A. FERRI, *o.l.c.*, secondo la quale è con la riforma del diritto di famiglia e con la normativa sull'adozione che si riconosce al tribunale per i minorenni «una funzione di promozione sociale oltre che di controllo».

⁶⁰ Sulla distinzione tra ciò che è "patologico" e ciò che è "normale" nel rapporto educativo v. P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., p. 198 ss.

⁶¹ Situazioni, quelle di *disagio* che, da un lato, non necessariamente presuppongono la violazione o la trascuratezza di un dovere genitoriale o l'abuso dei relativi poteri e, per ciò, possono anche prescindere dalle disposizioni di cui agli artt. 330 ss. c.c., per un altro verso, contraddistinguono quei minori cc.dd. a rischio nei confronti dei quali si manifestano "disturbi" di vario genere (nell'apprendimento, nell'adattamento a scuola, nei rapporti con i coetanei e così enumerando) fino a vere e proprie *devianze* (teppismo, forme esasperate di bullismo, se non veri e propri episodi delinquenziali). Sul punto v. P. VERCELLONE, *La rete di protezione dei minorenni in difficoltà*, cit., p. 3.

⁶² Sul punto v. le osservazioni di P. PAZÈ, *Postfazione*, cit., p. 138 ss.: «È la partecipazione qualitativa dei giudici onorari che permette al tribunale per i minorenni di essere veramente specializzati e di pervenire tendenzialmente a buoni giudizi. Per questo bisogna che i giudici onorari abbiano una competenza culturale di livello elevato e una esperienza effettiva di impegno sociale per l'infanzia, assicurati attraverso una a loro selezione rigorosa; per questo occorre, più ancora, che le loro professionalità siano valorizzate, trovino spazio e "contino"» (*ivi*, p. 140).

cessità di tutelare un interesse (quello del minore) reputato superiore, sia stata meno sentita l'esigenza di garantire l'autonomia della famiglia, l'accordo dei genitori e dei figli è, in ogni caso, tendenzialmente privilegiato per quel naturale senso di accettazione al quale si è fatto in precedenza accenno. Di regola, come testimoniano, per esempio, già le disposizioni in materia di affidamento temporaneo dei minori «privi di un ambiente familiare idoneo» (v. spec. art 4, commi 1 e 2, l. n. 184 del 1983) o le disposizioni di cui agli artt. 315 ss. c.c. (v. art. 336 c.c.), è soltanto quando manchi il consenso del genitore (o dei genitori) esercente (o esercenti) la responsabilità genitoriale che, secondo le circostanze e la gravità delle situazioni concrete, i parenti interessati, i servizi sociali o il pubblico ministero possono (o devono) sollecitare l'intervento del giudice.

È sotto quest'ultimo aspetto che il legislatore considera, in buona sostanza, gli interventi di cui agli artt. 330 ss. c.c., di fronte alle situazioni di violazione, trascuratezza, abuso della posizione genitoriale e tali da recare un pregiudizio al figlio. Quando, infatti, i genitori (o uno soltanto di essi) pongono in essere una condotta pregiudizievole all'interesse dei figli, il tribunale per i minorenni è tenuto a prendere i provvedimenti opportuni disponendo, se del caso, anche l'allontanamento dalla residenza familiare del figlio stesso o «del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore» (art. 333 c.c.); quando si accerta, invece, che il genitore viola o trascura i doveri inerenti alla responsabilità genitoriale o abusa dei relativi poteri, provocando un grave pregiudizio alla personalità del figlio, il giudice – ancora il tribunale per i minorenni – può dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale del genitore stesso, ordinando, anche in questo caso se necessario, l'allontanamento dalla residenza familiare del figlio o «del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore» (art. 330 c.c.)⁶³.

⁶³ Sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale e sugli interventi *ex artt.* 333 e 334 c.c. v. F. RUSCELLO, *La responsabilità genitoriale. I controlli. Artt. 330-335*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, *passim*.