

ANNO XXXVI
N. 3 Maggio-Giugno

RIVISTA BIMESTRALE
a cura di

GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

2013

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano.

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

Direzione:

G. BALENA
M. CAMPOBASSO
M. CIAN
G. DE CRISTOFARO
M. DE CRISTOFARO
F. DELFINI
G. GUERRIERI
M. MELI
S. MENCHINI
E. MINERVINI
S. PAGLIANTINI
D. SARTI

Redattore capo:

A. FINESSI

- Riforma del diritto della filiazione
(l. n. 219/12)
- Comunicazioni commerciali non sollecitate
(d.lgs. n. 69/12)

ESTRATTO:

G. BALLARANI e P. SIRENA

Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore

(art. 315 bis, inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12)

CEDAM

VIII
 IL DIRITTO DEI FIGLI DI CRESCERE IN FAMIGLIA
 E DI MANTENERE RAPPORTI CON I PARENTI NEL QUADRO
 DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE
 (art. 315 *bis* c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12) (*)

di GIANNI BALLARANI e PIETRO SIRENA

RIFORMA DIRITTO
 FILIAZIONE
 l. n. 219/12

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. – 2. I due elementi del dato normativo. – 3. Il diritto di crescere in famiglia. – 4. Il diritto ai rapporti con i parenti. – 5. Conclusioni.

1. – La l. 10 dicembre 2012, n. 219, rubricata « Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali », è intervenuta ad adeguare l'intero impianto codicistico alla ormai da tempo radicata consapevolezza sociale della piena equiparazione dei figli a prescindere se nati in costanza di matrimonio o al di fuori di esso, dando piena e definitiva attuazione al disposto di cui al comma 1° dell'art. 30 Cost., attraverso l'affermazione della unicità dello stato di figlio ⁽¹⁾.

Ancorché per via ordinaria (e, dunque, con le conseguenti perplessità di legittimità costituzionale), il legislatore ha, di fatto, annullato il campo di applicabilità di quella parte del comma 3° della medesima norma, che contiene la tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori dal matrimonio entro i limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima e con le prerogative specifiche di questa: il comma 3° ha notoriamente rappresentato, infatti, lo strumento normativo per giustificare, sul piano ermeneutico, margini di discriminazione che hanno accompagnato la filiazione naturale sino alla promulgazione della surrichiamata legge del 2012 ⁽²⁾.

L'art. 30 Cost. è stato – ed è certamente – espressione di una radicale frattura con il tradizionale giudizio di disvalore verso la filiazione naturale; operando la sostanziale equiparazione tra quest'ultima e la filiazione legittima in armonia con il principio di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost., la norma ha esteso il contenuto dell'art. 147 c.c. oltre l'ambito ma-

(*) Art. 1. – Disposizioni in materia di filiazione.

(...) 8. Dopo l'articolo 315 del codice civile, come sostituito dal comma 7° del presente articolo, è inserito il seguente: « Art. 315-*bis* (...) Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. (...) ». (...)

⁽¹⁾ Al riguardo, si leggano le prime riflessioni sulla portata riformatrice della legge proposta dalla autorevole penna di chi ne ha presieduto la Commissione: C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; cfr., inoltre, FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 2, p. 132 ss.; CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 225 ss., spec. p. 228 s.

⁽²⁾ Basti, in tal senso, pensare alla negazione della parentela naturale (artt. 74 ss. c.c.), al diritto di commutazione nell'ambito della successione legittima (art. 537, comma 3°, c.c.), ovvero ai limiti al riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c.). In tema, si vedano le chiare note di BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in FREZZA (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 91 ss.; FERRANDO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Tratt. Ferrando, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 3 ss.; CARBONE, *ibidem*, 229.

trimoniale, venendosi a porsi come *Grundnorm* dell'intero istituto della potestà genitoriale⁽³⁾: accordando a ciascun genitore, congiuntamente e disgiuntamente, una posizione giuridica piena, ad un tempo attiva (diritto) e passiva (dovere), volta a realizzare il c.d. *progetto educativo* della prole⁽⁴⁾, il disposto costituzionale ha affermato il riconoscimento ordinamentale dell'interesse attivo dei figli alle specificazioni in esso contenute⁽⁵⁾.

Ed oggi, la posizione fondamentale che ha assunto il combinato disposto dell'art. 30 Cost. e dell'art. 147 c.c. nel quadro della disciplina della potestà, viene confermata dal legislatore del 2012 nella nuova formulazione dell'art. 315 *bis* c.c.

In questo quadro normativo, il riformato art. 315 c.c. (norma di apertura del titolo IX, rubricato *Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio*), con la sua formulazione essenziale, rappresenta una vera e propria rivoluzione copernicana del sistema-famiglia e genera una profonda frattura con il passato, gettando le basi per una riedificazione dell'intera disciplina del diritto di famiglia e delle successioni. Non è un caso che il legislatore del 2012 abbia voluto far riferimento, nell'intitolazione e nel contenuto della disposizione, allo *status* giuridico dei figli⁽⁶⁾, essendo evidente come incidere sullo *status filiationis* rifletta i suoi effetti in via diretta e immediata anche sugli altri *status* familiari⁽⁷⁾. È tale, del resto, l'impatto che la norma ha sull'intero sistema da consentire di ritenerla di per sé sufficiente ad imporre un adeguamento di questo, già solo combinandone il disposto con l'art. 3 Cost. Si vuol dire che, aver radicato l'equiparazione dei figli sul piano dello *status* giuridico rappresenta una scelta che non lascia margine alla interpretazione. Se lo *status* rappresenta, infatti, ad un tempo, la posizione giuridica di un soggetto rispetto al contesto in cui questo si colloca e l'insieme di ogni prerogativa giuridica riconducibile alla suddetta posizione, l'aver posto l'accento su di esso non consente nemmeno più di affermare che i figli nati al di fuori del matrimonio abbiano i medesimi diritti e i medesimi doveri dei figli nati in costanza di questo, bensì impone di considerare titolare di quell'insieme di situazioni giuridiche soggettive attive e passive legate alla filiazione, ogni figlio, prescindendo da qualunque considerazione legata alle origini⁽⁸⁾.

2. – Nei nuovi assetti dell'istituto della filiazione, trova collocazione, al comma 2° dell'art. 315 *bis*, una previsione normativa sempre di portata

⁽³⁾ GIACOBBE, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, in *Justitia*, 1999, p. 242 ss., e adesso in ID., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2006, p. 1 ss.; ID., *Eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 899 ss.

⁽⁴⁾ GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in FREZZA (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 113 ss.

⁽⁵⁾ DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, *passim*, ma spec. p. 28 ss.

⁽⁶⁾ FERRANDO, *La legge sulla filiazione*, cit., p. 133 s.

⁽⁷⁾ ROSSI CARLEO, *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, in *www.comparazioneditto.civile.it*, 2013, p. 2.

⁽⁸⁾ CARBONE, *Riforma della famiglia...*, cit., spec. pp. 226 e 228.

generale ⁽⁹⁾: *Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti*, in guisa di corollario al disposto di cui al primo comma della stessa, a mente del quale *il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni*.

Appare, quindi, opportuno procedere preliminarmente al coordinamento tra i due commi in parola al fine di delineare un quadro unitario volto a cogliere il nesso logico tra gli elementi che lo compongono, consentendone la disamina.

Nell'economia del discorso che ci si appresta a sviluppare, valore preminente assume ricondurre le disposizioni al concetto di superiore interesse del minore ⁽¹⁰⁾, da intendersi come elemento centrale attorno al quale ruota l'intera disciplina giuridica delle relazioni tra genitori e figli ⁽¹¹⁾.

In linea di prima analisi, il concetto di superiore interesse del minore, intimamente connesso al suo sano e armonico sviluppo psicofisico, è giusta sintesi di quel complesso di situazioni giuridiche a lui afferenti e di posizioni giuridiche di questo nei confronti dei genitori e dei terzi: il concetto in parola è, infatti, volto a considerare il minore ad un tempo come soggetto di diritto (art. 1 c.c.; art. 3 Cost.) e come oggetto di specifica protezione ordinamentale in rapporto ai decrescenti gradi di incapacità che connotano questa fase della vita umana. Ed è su queste considerazioni che poggiano, tanto le previsioni normative volte alla protezione patrimoniale e personale del minore, quanto le tendenze di apertura verso gli spazi di capacità autodeterminativa che la crescita comporta e verso il conseguente riconoscimento di sfere di autonomia, specie sul terreno esistenziale ⁽¹²⁾.

Avuto riguardo alla posizione che all'interesse in parola si attribuisce, occorre ribadire, inoltre, come la specificazione della sua superiorità sia la spia di un ordine gerarchico che viene in rilievo qualora questo si confronti con interessi di soggetti diversi (genitori, terzi, Stato) ⁽¹³⁾: nell'esigenza di bilanciamento tra posizioni giuridiche differenti, ed *in primis* con rife-

⁽⁹⁾ SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss., spec. p. 233; DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi* p. 291 ss., spec. p. 293.

⁽¹⁰⁾ Sul concetto di interesse del minore, cfr., *ex pluribus*, PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 95 ss.; STANZIONE, *Lo statuto del minore (commento al disegno di legge 12 gennaio 1994 n. 1792)*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 78 ss.; QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 80 ss.; DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, nota a Trib. min. Torino 26 febbraio 1992, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, I, p. 1093 ss.

⁽¹¹⁾ BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, in FALCHI e IACCARINO (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, in Atti del XIV Convegno Giuridico Internazionale, 9 e 10 marzo 2010, Città del Vaticano) Città del Vaticano, 2012, p. 465 ss., spec. p. 468 ss.

⁽¹²⁾ BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, p. 38 ss.

⁽¹³⁾ BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 495 ss., spec. p. 509.

rimento a quelle connesse alle relazioni intrafamiliari, l'ordinamento accorda preventivamente posizione preminente all'interesse del minore; del resto, il confine tra il potere di indirizzo educativo e formativo (impositivo, correttivo e di sostegno) dei genitori e gli spazi di autonomia decisionale del minore, specie per quanto attiene alle scelte di natura esistenziale, è ben riflesso nelle specificazioni di cui agli artt. 147 c.c. (oggi ritenuto lettera morta ⁽¹⁴⁾) e 315 *bis*, comma 1°, c.c.: norme, queste, che lungi dal regredire a mere ripetizioni del disposto costituzionale, mantengono un precipuo contenuto precettivo segnando nel concreto i confini entro i quali l'ordinamento accorda ai genitori il dovere e il diritto di istruire, educare e mantenere la prole, nella parte in cui impongono ad essi di adempiere a questa funzione entro i limiti del rispetto delle capacità (ossia delle attitudini psicofisiche), della inclinazione naturale (ossia delle propensioni in rapporto alla capacità) e delle aspirazioni dei figli (intese come fattore soggettivo determinante le scelte di vita) ⁽¹⁵⁾; ai diritti di cui sopra, il nuovo art. 315 *bis*, comma 1°, c.c., aggiunge il diritto del minore a ricevere l'assistenza morale dai genitori con cui si evidenzia il dovere di cura in capo ad essi ⁽¹⁶⁾.

Nella prospettiva costituzionale – in cui l'interesse dei figli e il dovere di cura da parte dei genitori, come facce di una stessa medaglia, divengono i paradigmi di riferimento per l'individuazione dei contenuti della potestà ⁽¹⁷⁾ – la radicale inversione di tendenza interpretativa dell'istituto ha condotto a considerare l'esercizio delle funzioni genitoriali, non più come esclusivo contenuto di un diritto, bensì come un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole ⁽¹⁸⁾: il dovere si considera, per tal via, co-

⁽¹⁴⁾ DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al Governo*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 279 ss., spec. p. 284, ove l'A. ritiene abrogato anche l'art. 317 *bis* c.c.; LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss., spec. p. 207.

⁽¹⁵⁾ In tal senso, BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., p. 40 ss.; GIACOBBE e FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2002, p. 1305; SESTA, *L'unicità dello stato...*, cit., p. 236, sottolinea come l'art. 315 *bis* abbia "modificato la graduatoria ascendente di valori" di cui all'art. 30 Cost.

⁽¹⁶⁾ L'espressione « cura della prole », formula di sintesi che racchiude in sé l'intera funzione genitoriale e che rinvia al corrispettivo interesse e diritto di questa a riceverne, si deve a TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità. Cinquant'anni di esperienza giuridica*, Padova, 1988, p. 565.

⁽¹⁷⁾ BALLARANI, *Sub art. 155 c.c.*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies, Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010, p. 28 ss.; ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in DE CRISTOFARO e BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Milano, 1980, p. 301 ss.; GIARDINA, *I rapporti tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 1352 ss., spec. p. 1376; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1990, p. 262 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. 11 gennaio 1978, n. 83; Cass. 2 giugno 1983, n. 3776, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, I, p. 39 ss.; Cass. 17 aprile 2008, n. 10094; la Corte costituzionale ha, peraltro, avuto modo di precisare come la potestà genitoriale trovi nell'interesse dei figli la sua funzione e il suo limite, essendo i diritti e i doveri che la connotano preposti a garantire il pieno sviluppo della personalità del minore: Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 3, p. 685 ss.; in termini non dissimili, v. Corte cost. 25 giugno 1981, n. 109, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1791 ss.

me *prius* rispetto al diritto; di tal che, i poteri alla potestà riconnessi divengono *strumenti* per l'adempimento del summenzionato dovere⁽¹⁹⁾. Con ciò si viene ad affermare un modello relazionale, non tanto informato alla pariteticità delle posizioni⁽²⁰⁾, quanto piuttosto teso a valorizzare, la figura del minore come referente primo, in senso partecipativo, delle scelte genitoriali, mercé l'esaltazione del dovere genitoriale⁽²¹⁾.

Questa prospettiva consente di inquadrare meglio il senso della responsabilità genitoriale di cui al reg. CE n. 2201/2003⁽²²⁾, nonché la logica al fondo della attuale delega al Governo di specificare la portata della responsabilità che dalla potestà deriva, quale conseguenza diretta sul piano giuridico dell'attribuzione di quelle situazioni giuridiche soggettive derivanti e connesse allo *status* di genitore.

Al riguardo, pur condividendo la volontà del legislatore di porre l'accento anche sul piano letterale sulle conseguenze che dall'esercizio delle funzioni genitoriali discendono, come in altra sede si è avuto modo di asserire⁽²³⁾, nonostante la tendenza a ritenere interscambiabili i termini « potestà » e « responsabilità », suscita qualche perplessità, specie sul piano formale, la sostituzione terminologica essendo la responsabilità conseguenza della titolarità della potestà: quest'ultima esprime, infatti, una situazione giuridica soggettiva complessa, entro cui si collocano quell'insieme di diritti e di doveri che governano l'esercizio delle funzioni genitoriali, laddove la responsabilità, legata all'esercizio in parola, investe i genitori in quanto titolari della potestà. In questo quadro, ove il dovere genitoriale è *prius* rispetto al diritto e dove i poteri e le facoltà riconnessi a quest'ultimo divengono strumenti per adempiere al summenzionato dovere, nella contrapposta situazione giuridica del minore rispetto ai genitori, il diritto dei figli di ricevere cura, istruzione, educazione e mantenimento da entrambe le figure genitoriali, si innalza a *prius*. Ben si comprende, allora, come la responsabilità genitoriale discenda, per un verso, dalla violazione dei doveri genitoriali di cura morale e materiale della prole e, per altro

⁽¹⁹⁾ BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., p. 40 ss.; ID., *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, in *Studi Giacobbe*, II, Milano, 2010, p. 476 ss.; GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, cit., p. 113 ss., spec. p. 117 ss.

⁽²⁰⁾ ZATTI, *Gli effetti della separazione*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1996, p. 273 ss.; al riguardo si vedano le precise osservazioni di MORO, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, in AMBROSINI, CORRADO, LOJACONO e ZIINO (a cura di), *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, p. 295 ss., spec. p. 302, ove l'A. sostiene che non può esserci conflitto endofamiliare tra due situazioni soggettive attive – il diritto del genitore e il diritto del minore – perché il diritto è comune e unico.

⁽²¹⁾ BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., p. 53 ss.

⁽²²⁾ Il regolamento 27 novembre 2003 n. 2201/2003 del Consiglio d'Europa (Bruxelles II bis), rubricato *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, è pubblicato sulla G.U.C.E., 23 dicembre 2003, n. 338; in tema, *ex multis*, LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2007, 1127.

⁽²³⁾ BALLARANI, *Sub art. 155 c.c.*, cit., p. 95 ss., spec. p. 97; secondo autorevole dottrina, però, il termine « responsabilità » « esprime meglio il senso dell'ufficio che compete ai genitori »: C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, cit., p. 3.

verso, dall'eventuale esercizio eccessivo rispetto allo scopo o abusivo dei diritti funzionali all'adempimento dei doveri genitoriali ⁽²⁴⁾.

Del resto, evidente appare come l'interesse del minore a un sano ed armonico sviluppo psicofisico venga a realizzarsi, *in primis*, attraverso l'esercizio da parte dei genitori delle funzioni educative, di cura e formazione, essendo teso l'apporto genitoriale alla valorizzazione della personalità del minore.

Sulla scorta di queste premesse, è agevole intendere il diritto del minore a crescere in famiglia ed ai rapporti con i parenti, come giusta sintesi del superiore interesse del minore alle relazioni familiari.

La carica di innovatività che connota questa impostazione, emerge con evidenza considerando come il rinvio al crescere in famiglia ed alla rilevanza dei rapporti parentali, consenta di accogliere appieno quella estensione della genitorialità sul piano sociale e, quindi, ben oltre il dato biologico della stessa, coinvolgendo quanti nel concreto esercitano le funzioni genitoriali, in chiaro ossequio al concetto di responsabilità genitoriale accolto nel contesto europeo e formalizzato dal reg. CE n. 2201/2003 (Bruxelles II *bis*) ⁽²⁵⁾.

3. – Orbene, quanto sinora precisato, consente adesso di procedere alla disamina del contenuto specifico del comma 2° dell'art. 315 *bis* c.c.

Coniugando assieme il diritto del minore a crescere in famiglia e il diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti, la norma sembra essere il frutto della sintesi dell'art. 1 della l. n. 149/01 (avuto riguardo al diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia) e della previsione di cui all'art. 155 c.c. (nella parte in cui garantisce il diritto del minore di mantenere, nella crisi della convivenza genitoriale e a prescindere dalla modalità di affidamento, rapporti significativi con i parenti e gli ascendenti di entrambi i rami genitoriali); ma essa si discosta dalle fonti di derivazione, oltre che per la collocazione sua propria e per il differente tenore letterale, soprattutto in ragione della portata applicativa

⁽²⁴⁾ Basti in tal senso porre mente alla vastissima casistica in tema di affidamento esclusivo o extrafamiliare e alla giurisprudenza sugli artt. 330 e ss. c.c. (su cui si rimanda a IRTI, *Sub art. 155 bis*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 224 ss.; e a GRASSI, *Potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 463 ss.), alle determinazioni sull'abuso degli strumenti di coercizione fisica e psichica elaborate dalla giurisprudenza del S.C. in tema di *ius corrigendi* e di *cupla in vigilando* ed in *educando*, nonché a quelle in tema di responsabilità *ex art. 2048 c.c.* e di responsabilità civile endofamiliare, in ordine alle quali cfr. BALLARANI, *Sub art. 155*, cit., p. 95 ss., spec. p. 99 ss.

⁽²⁵⁾ Secondo quanto stabilito nel reg. CE n. 2201/2003, la responsabilità genitoriale è da intendersi in termini di complesso di « diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore » (art. 2): dizione, questa, comprensiva, nello specifico, tanto del diritto di affidamento, quanto del diritto di visita; al riguardo si rinvia alle suggestive ed accurate riflessioni operate da M. BIANCA, *Il diritto del minore all'« amore » dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 155, la quale, indicando correttamente l'incidenza e l'influenza dei sentimenti nelle vicende familiari come tratto caratterizzante di esse e dato dal quale non si può prescindere, osserva il fenomeno sotto l'opposta prospettiva del minore, ponendo in luce la rilevanza del diritto del minore all'amore dei nonni.

ben più ampia, coinvolgendo non solo le fasi patologiche del rapporto tra partner o tra genitori e figli, bensì anche quelle fisiologiche.

Ciò induce a considerare i due elementi che la compongono (il diritto del minore a crescere in famiglia e il diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti) come espressione di distinti contenuti e rivolti ad ambiti differenti, volti, però, a definire un quadro unitario.

4. – Sul primo versante, ossia quello del diritto del minore di crescere in famiglia, il riferimento è all'art. 1 della legge sull'adozione.

La previsione in esso contenuta – che nell'ambito dell'adozione consente di relegare gli istituti dell'affidamento familiare e dell'adozione a regole residuali in chiave di rimedio, alle quali ricorrere nelle sole ipotesi di oggettivo stato di abbandono morale e materiale di carattere transitorio (per l'affidamento) o permanente (per l'adozione) – trasposta nel corpo dell'art. 315 *bis* c.c., spiega i suoi effetti ben oltre il quadro dell'adozione, investendo l'intero sistema dei rapporti di diritto di famiglia, essendo espressione precipua del diritto del minore alle relazioni familiari.

Il disposto normativo può ben ritenersi, infatti, estrinsecazione del diritto alla bigenitorialità nelle fasi fisiologiche del rapporto genitoriale, come massima garanzia di attuazione del superiore interesse del minore ad una sana e armonica crescita psicofisica.

La norma riflette, per un verso, l'innegabile apporto che il contesto familiare in sé considerato e la compartecipazione genitoriale alla definizione del progetto educativo della prole, determinano sulla formazione della personalità e sulla edificazione dell'identità del minore e, per altro verso, le ragioni della corresponsabilizzazione dei genitori in ordine alle scelte legate all'esercizio delle loro funzioni ⁽²⁶⁾.

Il diritto del minore a crescere in famiglia enfatizza, infatti, ancora maggiormente le responsabilità genitoriali, estendendole per altro, non solamente ai genitori, bensì anche a coloro che, sul piano sociale, vengono ad assumersi le funzioni genitoriali.

Sulla scorta di questa premessa è agevole ritenere che l'art. 315 *bis* c.c. comporti una riconsiderazione di ciascun istituto che preveda in chiave rimediabile il distacco o l'allontanamento temporaneo o permanente del minore dal proprio nucleo familiare, dovendosi bilanciare ogni provvedimento con il diritto del minore a crescere in famiglia.

In tal senso, con riferimento alla disciplina dell'affidamento condiviso, la norma consente di relegare ad ipotesi ancora maggiormente residuali i rimedi dell'affidamento esclusivo ed extrafamiliare; la veste residuale di questi non ne oblitera affatto, peraltro, la rilevanza, in quanto i relativi provvedimenti sono sempre giustificati dalla rispondenza nel caso di specie al superiore interesse della prole che si compone di una pluralità di diritti anche tra loro contrapposti ⁽²⁷⁾: il diritto alla piena bigenitorialità che può cedere il passo al diritto ad una più o meno esclusiva monogenitorialità (potendo il giudice, nel disporre l'affido esclusivo, far salvi i diritti di

⁽²⁶⁾ GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, cit., p. 113 ss.; BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, cit., p. 476 ss.

⁽²⁷⁾ BALLARANI, *Sub art. 155*, cit., p. 40 ss.

cui all'art. 155, comma 1°, c.c.) o degradare a diritto alla extragenitorialità; il diritto al mantenimento diretto che può tradursi nel mantenimento indiretto; il diritto all'ascolto che può cedere innanzi al *diritto a non essere ascoltato* ⁽²⁸⁾, qualora l'audizione possa trasformarsi in un *vulnus* per l'equilibrio del minore (così come confermato dall'art. 53 dello Schema del decreto attuativo presentato in data 5 febbraio 2013, che prevede l'inserimento nel codice civile dell'art. 336 *bis* sull'ascolto del minore, temperando questo diritto soggettivo assoluto con l'opposto diritto a non essere ascoltato). Compito dell'interprete sarà, allora, quello di graduare il tipo di provvedimento in rispondenza piena alle specifiche esigenze del minore nel singolo caso di specie, optando per l'affidamento esclusivo solo qualora l'affidamento condiviso risulti oggettivamente pregiudizievole per il sano e armonico sviluppo della prole e, del pari, per l'affido extrafamiliare qualora anche l'esclusivo non risulti conforme a ciò ⁽²⁹⁾.

Allo stesso modo, la norma opererà in relazione alla valutazione dell'opportunità di ricorrere agli strumenti di tutela di cui agli artt. 330 e 333 c.c., nella misura in cui questi accordano la facoltà al giudice di disporre l'allontanamento del minore o del genitore.

Ma, ancor di più, il diritto del minore a crescere in famiglia di cui all'art. 315 *bis*, comma 2°, c.c., inciderà sulla valutazione in ordine allo stato di abbandono morale e materiale della prole, che, se valutato transitorio, determina il ricorso all'affidamento familiare, mentre se considerato definitivo, il ricorso al rimedio estremo dell'adozione.

Del resto, è la medesima legge del 2012 che all'art. 2, comma 1°, lett. *n*, impone di rimeditare il concetto di abbandono morale e materiale della prole, con specifica considerazione della provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali entro un tempo ragionevolmente utile ⁽³⁰⁾. In quest'am-

⁽²⁸⁾ BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 1807 ss.: con riferimento al diritto all'ascolto, infatti, difficilmente argomentabile è apparso derivare da questo il dovere di essere ascoltato, in quanto il diritto presuppone la facoltà in capo al titolare di esercitarlo o meno; cfr., inoltre, ROSSI CARLEO, *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, cit., p. 3 s.; PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam., pers. e success.*, 2006, p. 302. Da ultimo, cfr. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione...*, cit., p. 285; DE FILIPPIS, *La nuova legge...*, cit., p. 295; LENTI, *La sedicente riforma...*, cit., p. 214; GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti dinanzi al Tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 263 ss., spec. p. 275.

⁽²⁹⁾ Il giudice dovrà, infatti, valutare non più in positivo, la maggiore idoneità ai compiti educativi e di cura di uno dei genitori, bensì, al contrario, in negativo, la inidoneità educativa del genitore (o dei genitori) che si pretende escludere dal pari esercizio della potestà, potendosi solo per tal via non ammettere l'opportunità della condivisione nell'affidamento. Questa linea interpretativa, anticipata in BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 52, è stata, poi, accolta dalla Supr. Corte: cfr. Cass. 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 68; ed in *Familia*, 2008, n. 4/5, p. 103 e da ultimo ribadita in Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 412 ss., con nota di BUGETTI.

⁽³⁰⁾ In senso critico, FERRANDO, *La legge sulla filiazione*, cit., p. 149; SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione...*, cit., p. 237; DOGLIOTTI, *Nuova filiazione...*, cit., 288. Del resto, la medesima Supr. Corte a più riprese ha affermato che la valutazione sullo stato di abbandono non può essere rimessa ad una valutazione prognostica astratta compiuta *ex ante* sulla scarsa idoneità della famiglia ad assicurare in futuro al minore le cure necessarie al suo

bito vengono ad essere chiamati in causa, per un verso, la disciplina dell'affidamento familiare e il ruolo da questa attribuito ai servizi sociali nella indagine della inidoneità educativa dei genitori, della inidoneità dei luoghi, del contesto familiare e nella promozione del recupero delle funzioni genitoriali e, per altro verso, il formante giurisprudenziale in materia di abbandono.

Riguardo al primo profilo, chiaro segnale in tal senso è fornito dal medesimo art. 2, comma 1°, l. n. 219/12, ove, oltre a quanto precisato con riguardo alla succitata lett. *n*, alla lett. *o* indica, tra i criteri direttivi che dovrà osservare il Governo nell'adozione dei provvedimenti di adeguamento normativo, quello di investire i tribunali per i minorenni del compito di segnalare ai Comuni le situazioni di indigenza dei nuclei familiari che facciano richiesta di interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia (in ossequio al disposto di cui all'art. 31 Cost. che impone allo Stato di supplire, con debite provvidenze, alle eventuali situazioni d'indigenza delle famiglie), nonché del compito per i medesimi tribunali di effettuare controlli sulle situazioni segnalate agli enti locali.

Con riferimento al secondo profilo, la Suprema Corte, a più riprese, è giunta a limitare il concetto di abbandono entro confini oggettivi e soggettivi: nel primo senso, accertando i profili materiali e morali dell'abbandono, fermo restando che non può incidere sulla determinazione dello stato di abbandono l'indigenza della famiglia (ancora art. 31 Cost.): l'abbandono materiale sarà, pertanto, circoscritto alle sole ipotesi in cui, a fronte della possibilità di provvedere economicamente alle esigenze della prole, i genitori scientemente non provvedano di conseguenza; nel secondo senso, valutando la possibilità di affido ai parenti che possano nel concreto prendersi cura del minore, al di là della intenzione manifestata⁽³¹⁾.

Questa interpretazione potrebbe riflettersi, inoltre, sulle dinamiche di c.d. « adozione mite »⁽³²⁾, in cui non vengono interrotti i rapporti con i parenti (compresi i genitori di origine), in quanto, se possibile e rispondente al superiore interesse del minore, si ritiene che le relazioni familiari consolidate e le catene di affetti che legano i minori ai parenti possano tradursi in un positivo impulso per il sano e armonico sviluppo psico-fisico del minore: ciò comporta la valutazione di ipotesi in bilico tra affidamento

sviluppo, dovendosi l'accertamento basare sulla reale, oggettiva e concreta situazione esistente tale da far ritenere, *oltre ogni ragionevole dubbio*, la necessità di procedere alla sottrazione del minore dalla famiglia di sangue: Cass. 14 maggio 2005, n. 10126, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 62 ss., con nota di BALLARANI.

⁽³¹⁾ La casistica è vastissima. *Ex multis*, si vedano Cass. 11 ottobre 2006, n. 21817, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 77 ss., in ordine alla gravità delle carenze materiali ed affettive; Cass. 31 ottobre 2008, n. 26371, *ivi*, 2009, p. 474 ss., con nota di ANDALORO, sulla disponibilità non velleitaria e inattuabile dei parenti; Cass. 17 luglio 2009, nn. 16795 e 16796, *ivi*, 2009, p. 977 ss., con nota di ASTIGGIANO, sul ruolo dei parenti e sui compiti di assistenza alle famiglie in disagio; Cass. 21 novembre 2009, n. 24589, in *Giur. it.*, 2009, p. 1550 ss., con nota di TAVAN, sulla rilevanza dell'ingiustificato rifiuto di aiuti proposti dai servizi sociali ai fini della dichiarazione di abbandono; e, da ultimo, Cass. 26 marzo 2012 n. 4855, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 168 ss., con nota di ASTIGGIANO, in ordine alle situazioni di fatto che impediscono il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore.

⁽³²⁾ FERRANDO, *La legge sulla filiazione*, cit., p. 149 s.; Trib. min. Bari 7 maggio 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 393, con nota di CAFFARENA.

e adozione, che non interrompano in modo definitivo le relazioni con la famiglia di origine o con i parenti, ferma restando la distinzione tra l'affidamento – che non genera rapporti di filiazione e che non comporta l'interruzione dei rapporti con la famiglia di origine, essendo volta al reinserimento del minore nel contesto familiare suo proprio – e l'adozione, che, per converso, determina il sorgere di un rapporto di filiazione piena che va a sostituirsi a quello originario.

5. – Sul secondo versante, il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con i parenti, è posto, dalla norma di cui al comma 2° dell'art. 315 *bis* c.c., accanto al diritto del minore a crescere in famiglia ⁽³³⁾.

Anche in questa prospettiva, il disposto si rivolge tanto alla fase fisiologica dei rapporti familiari, ossia quella in cui il minore gode del diritto di crescere in famiglia, quanto a quella patologica del rapporto genitoriale, derivante da una sospensione o cessazione della relazione tra conviventi coniugati o non: in entrambe le fasi, infatti, potendosi ravvisare l'ipotesi in cui un genitore od entrambi impedisca il rapporto con i parenti dell'uno o dell'altro ramo genitoriale, la norma si pone in chiave di garanzia del rapporto medesimo.

Nonostante la scelta terminologica del legislatore si sia orientata verso il termine « rapporto » – normalmente riconducibile, sul piano interpretativo *pre* e *post* riforma del 2006 sull'affidamento condiviso, al quadro degli affidamenti monogenitoriali e, in particolare, al diritto di visita del genitore non affidatario – il senso da attribuire al termine sembra da doversi ricondurre al riconoscimento dell'*apporto* fondamentale allo sviluppo psicofisico del minore che possono fornire i parenti: apporto che comprende il rapporto, ma non si esaurisce in esso, essendo volto a sintetizzare le funzioni di cura e di partecipazione al progetto educativo esercitate dai parenti; ciò riflette una logica delle relazioni familiari in senso costruttivo e partecipativo alla formazione della personalità della prole che tenga conto delle dinamiche dello sviluppo psico-fisico di essa.

La derivazione della norma è chiaramente ravvisabile nel disposto di cui all'art. 155 c.c. *in parte qua*, dopo aver sancito il diritto del minore di mantenere, nelle fasi patologiche della relazione genitoriale, un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, ricevendo cura, educazione e istruzioni da entrambi, prevede il diritto del minore di mantenere rapporti significativi con i parenti e gli ascendenti di ciascun ramo genitoriale.

La formula più contenuta rispetto al precetto di cui all'art. 155 c.c., lungi dal voler rappresentare una chiusura del legislatore verso gli ascendenti, esprime la sufficienza della disposizione con il richiamo dei soli parenti, data l'equiparazione normativa in punto di parentela tra quella che veniva definita legittima e quella descritta come naturale, stabilita dall'art. 1, comma 1°, l. n. 219/12.

In tal modo, la normativa estendendo ai rapporti parentali di ciascun ramo genitoriale il concetto di famiglia nucleare, considera l'insieme delle

⁽³³⁾ LENTI, *La sedicente riforma...*, cit., p. 213.

relazioni familiari come valore imprescindibile della persona ⁽³⁴⁾ e garantisce quella che in dottrina viene definita come « saldatura generazionale » dei rapporti affettivi ⁽³⁵⁾.

Questa visione della famiglia estesa alle relazioni parentali ⁽³⁶⁾, che afferma l'indubbia incidenza dell'apporto dei parenti sull'armonico sviluppo psico-fisico dei minori e la fondamentale rilevanza delle funzioni dirette e vicarie da questi esercitate, rappresenta uno degli elementi che maggiormente caratterizzano il nuovo intervento legislativo e uno dei fattori di maggiore carica innovativa.

Il dato riceve recisa conferma all'art. 2, comma 1°, lett. p, l. n. 219/12, ove si ricomprende nella delega al Governo anche il compito di prevedere la legittimazione attiva in capo agli ascendenti a far valere il diritto a mantenere rapporti significativi con i nipoti minori.

Questa specificazione investe di nuova luce le ombre della legittimazione attiva dei parenti. Come in altre sedi si avvertiva ⁽³⁷⁾, sulla base del diritto soggettivo del minore a mantenere rapporti significativi con i parenti e gli ascendenti di ciascun ramo genitoriale nel quadro della crisi della convivenza genitoriale coniugale e non coniugale (art. 155 c.c. ma, ancor di più, con riferimento alla portata generale dell'art. 315 *bis* c.c.), sebbene i parenti e gli ascendenti (come del resto lo stesso minore) non siano parte in senso processuale (e nemmeno sostanziale, a differenza del minore al quale questa veste è debitamente riconosciuta) del procedimento di separazione e di divorzio, non è ipotizzabile ritenere preclusa la possibilità in capo ai parenti e agli ascendenti di attivarsi per la garanzia del diritto del minore a mantenere il rapporto con essi. In questo senso, si argomenta per garantire la legittimazione attiva in capo ai parenti (che farebbero valere in questo caso in nome proprio un interesse del minore) volta a dare attuazione al diritto del minore a mantenere i rapporti con essi, se ritenuto leso dal comportamento di uno o di entrambi i genitori ⁽³⁸⁾.

Questa interpretazione della norma, si allinea con la logica secondo la quale il diritto a mantenere rapporti con i parenti sia una situazione giuridica soggettiva attribuita al minore in rispondenza del suo interesse alle relazioni familiari ed esclusivamente a lui riconosciuta e riconoscibile, proprio in ragione della superiorità del proprio superiore interesse.

Ma, sempre in ragione del superiore interesse del minore, la normativa attuale si spinge oltre, affermando implicitamente, così come emerge *ictu oculi* dalla formula di cui alla delega surrichiamata (art. 2, comma 1°, lett.

⁽³⁴⁾ M. BIANCA, *Il diritto del minore all'« amore » dei nonni*, cit., p. 155; ID., *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, cit., p. 163 ss.; BALLARANI, *Sub art. 155*, cit., p. 46 ss.; MEZZANOTTE, *Il rapporto nonni-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante*, nota a App. Perugia 27 settembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 1918; RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, II, p. 273.

⁽³⁵⁾ DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1550.

⁽³⁶⁾ Sul punto cfr. ancora le attente osservazione di M. BIANCA, *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, cit., p. 163 ss.

⁽³⁷⁾ BALLARANI, *Sub art. 155*, cit., p. 46 ss., spec. p. 49 ss.

⁽³⁸⁾ Nel medesimo senso, LENTI, *ibidem*.

p), il diritto soggettivo perfetto degli ascendenti al rapporto significativo con i nipoti.

La legittimazione attiva è, infatti, lo specchio della titolarità del diritto in parola che si affianca e completa, nel quadro complessivo dell'interesse del minore, il corrispettivo diritto del minore a mantenere i rapporti con i parenti.

Il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con i parenti e l'affermato diritto dei nonni, comportano così, nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive contrapposte, il dovere in capo ai genitori di non impedire la frequentazione dei parenti in generale e dei nonni nello specifico; il dovere in capo ai parenti (genitori compresi) di attivarsi per garantire il diritto del minore; e il dovere in capo al giudice di ritenere legittimati attivi tanto gli ascendenti, quanto ciascun genitore nel proporre una azione volta a garantirne l'effettività.

RIFORMA DIRITTO
FILIAZIONE
l. n. 219/12

6. – Alla luce di quanto sinora riferito, sembra potersi definire un quadro unitario della norma di cui all'art. 315 *bis* c.c., che emerge dalla stretta relazione tra il comma 1° e 2°, in una ottica di interpretazione sistematica che tenga conto della portata generale dell'art. 315 c.c. nel nuovo assetto della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio di cui è spia la rubrica stessa del titolo IX: la famiglia e le relazioni parentali si armonizzano, per tal via, nella considerazione dell'esigenza ordinamentale di garantire la superiorità dell'interesse del minore ad un sano e armonico sviluppo psico-fisico, unico referente sul piano normativo, interpretativo ed applicativo rimediabile.

La odierna normativa italiana si allinea così a quegli orizzonti europei, segnati in primo luogo dall'art. 8 della CEDU⁽³⁹⁾, ove si scorgono evidenti aperture verso il pieno riconoscimento del valore delle relazioni affettive dei minori a prescindere dai rapporti di parentela⁽⁴⁰⁾, in una prospettiva volta ad intendere l'intera comunità familiare come « luogo degli affetti » in cui si formano e si sviluppano le personalità individuali⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ CARDONA ALBINI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'Ordinamento interno*, in *Giur. merito*, 2008, *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, allegato al n. 12, *passim*.

⁽⁴⁰⁾ Ci si vuol riferire, in particolare, alla nuova formulazione del § 1685 del BGB e all'art. 371-4 del *Code civil* francese, ove, in ragione dell'armonico sviluppo psicofisico del minore, gli è accordata la frequentazione delle persone con cui abbia legami, nonché ancora al reg. CE n. 2201/2003; sul punto, cfr. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 416; M. BIANCA, *Il diritto del minore all'« amore » dei nonni*, cit., p. 172.

⁽⁴¹⁾ Pone in evidenza l'attuale tendenza a promuovere il valore della persona umana come *individuo* anche nell'ambito delle relazioni familiari, MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 146; Cfr., inoltre, sul punto, SCALISI, *La « famiglia » e le « famiglie »*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria di Luigi Carraro, Padova, 1986, p. 273 s., nonché PERLINGERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Id.* (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 19.