



LA POTESTÀ DEI GENITORI ED I DIRITTI E I DOVERI DEL FIGLIO DOPO L'UNIFICAZIONE DELLO *STATUS FILIATIONIS*

VIRGILIO D'ANTONIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I caratteri dell'istituto. - 2.1. Il superamento della par-tizione tra aspetto esterno ed interno dell'istituto. - 2.2. Profili personali e patri-moniai. - 2.3. L'elasticità della potestà e la capacità di discernimento. – 3. La potestà genitoriale e la dimensione dei diritti e doveri del figlio: dall'art. 147 c.c. all'art. 315 bis c.c. – 3.1. I diritti del minore inerenti la sfera personale. – 3.2. Il diritto al mantenimento. – 3.3. I doveri della prole e l'abbandono della casa del genitore. – 4. L'esercizio della potestà e la tacita abrogazione dell'art. 317 bis c.c. – 4.1. La regola dell'accordo. – 4.2. Profili patrimoniali: rappresentanza ed amministrazione. – 4.3. Conflitto tra i genitori ed intervento del giudice. - 4.4. L'impedimento del genitore e le eccezioni alla regola dell'accordo. – 4.5. Gli atti vietati ai genitori. – 5. I provvedimenti a tutela della prole. – 5.1. La decadenza. – 5.2. La rimozione dall'amministrazione. – 5.3. I provvedimenti discrezionali a tutela dei figli.

1. La potestà genitoriale¹ rappresenta la traduzione in discorso giuridico di quel fondamentale momento della vita sociale, in perenne evoluzione², costituito dal rapporto tra

¹ Sul tema della potestà dei genitori, indispensabili riferimenti sono M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, IV, Padova, 1992, *passim*; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 447 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali, sub artt. 315-319*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, *passim*; A. GERMANÒ, *Potestà dei genitori e diritti fondamentali dei minori*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Atti dell'Incontro di studio e documentazione per i magistrati svoltosi in Camerino il 6-12 maggio 1979 a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1980, 44 ss.; F. FINOCCHIARO, *Rapporti personali fra coniugi e patria potestà*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un Convegno*, Napoli, 1975, 97 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 317 ss.; N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, a cura di P. CENDON, IV, Torino, 2000, 1 ss.; A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 774 ss.; C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 113 ss.; A. C. PELOSI, voce «Potestà dei genitori (diritto vigente)», in *Novissimo dig.*, XII, Torino, 1966, 578 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1996, 759 ss. Sia consentito rinviare anche a V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2011, II ed., IV, p. 491 ss.

² Per una visione più generale sulle interrelazioni che legano il diritto di famiglia alle evoluzioni sociali, F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 400 ss.; C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, *passim*; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 63 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., *passim*; G. CIAN, *Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Comm. rif. dir. fam. Carraro-Oppe-Trabucchi*, II, Padova, 1992, 47 ss.; G. PIEPOLI, *Individuo e gruppi sociali. Il gruppo familiare*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*,



genitori e figli³. Espressione di un continuo lavoro di “livellamento” tra istanze sociologiche e prescrizioni giuridiche⁴, l’istituto in esame nasce già come storicizzato, manifestazione particolare cioè di un preciso ambito temporale e dei retaggi culturali ed economici prevalenti in quel dato momento storico: è innegabile, quale esempio emblematico, come la patria potestà *ante* riforma del 1975 fosse estremamente diversa da quella che oggi l’interprete conosce⁵. D’altronde, il legislatore italiano del 1942 – *rectius*, del 1939⁶ - è stato spesso accusato di conservatorismo in materia di diritto di famiglia, dal momento che, inserendosi in un *trend* diffuso anche a livello europeo, aveva impostato tutto il sistema sul principio della preminenza del marito-padre e della sua *auctoritas*.

In quel contesto, emergeva una patria potestà funzionalizzata a garantire in via preminente l’unità e la solidità della famiglia legittima e, perciò, affidata ad una figura che doveva concentrare in sé ogni forma di potere: questo soggetto “forte” viene individuato, sia per esigenza che per ossequio alla tradizione, nell’uomo che era, al contempo, padre, marito e capo della famiglia⁷.

Bari, 1974, 173 ss.; F. D. BUSNELLI, *La tutela della vita familiare nel nuovo diritto di famiglia*, in *Studi Coviello*, Napoli, 1978, 39 ss.; F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943, *passim*; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*. In prospettiva comparata, S. SICA, *Famiglia e autonomia privata*, in *Gentlemen’s agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, 230 ss.

³ Cfr. anche L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, sub art. 315 – 342, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna – Roma, 1988, *passim*.

⁴ Cfr. P. PERLINGIERI (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, *passim*. In una prospettiva assolutamente diversa si pone A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1966, 16 ss., e, sempre dello stesso Autore, *Sull’indissolubilità del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 688 ss.

⁵ È facile ricondurre l’impostazione della patria potestà anteriforma del 1975 alla più generale visione della famiglia che dominava negli anni immediatamente successivi alla codificazione. La cellula familiare, infatti, era immaginata esclusivamente quale *seminarium rei publicae* e, dunque, dedita al perseguimento di un interesse super-individuale del gruppo familiare, di natura pubblicistica, prevalente rispetto all’interesse dei singoli membri. Questa impostazione è propria dell’opera di A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, 131 ss.

⁶ Come noto, il primo libro del Codice civile, dedicato alle persone, entrò infatti in vigore due anni prima rispetto agli altri. In ordine alla patria potestà nella legislazione previgente alla riforma del 1975, per tutti, S. CICCARELLO, voce «*Patria potestà: diritto privato (legislazione previgente)*», in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXXII, 255 ss., ed *ivi* ampi riferimenti di bibliografia sul tema.

⁷ Vedi C. M. BIANCA, voce «*Famiglia (diritti di)*», in *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1961, 71 ss.; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l’emancipazione*, in *Tratt. Rescigno*, 4, Torino, 1997, 515 ss., e P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, Milano, 2002, 959 ss. Per sottolineare la centralità assoluta della figura paterna, il codice del 1942 elimina anche l’antico istituto del consiglio di famiglia. Cfr. M. CAVINA, *Il potere del padre*, Milano, 1995, *passim*, e M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, *passim*.



Questa impostazione dell'istituto della potestà, sebbene all'apparenza indissolubilmente legata al regime fascista, sopravvive al ventennio, così come supera immutata anche l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e la conseguente decisa affermazione di principi ad essa assolutamente antitetici come quello dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.) o del diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30 Cost.).

La descritta impalcatura della potestà secondo la prospettiva della centralità del *pater familias* comincia ad essere posta in discussione soltanto all'inizio degli anni '70, quando i tribunali per i minorenni, resi autonomi, cominciano ad impostare la loro azione nella decisa direzione della tutela degli interessi della prole.

Oggetto immediato di protezione non è più soltanto la famiglia e la sua unità, ma innanzitutto l'interesse dei figli minori in formazione⁸.

Dopo questa fase di rimediazione del ruolo del minore nella famiglia e, più in generale, della famiglia nella società, i cambiamenti, legislativi e sociali, divengono immediati e repentini, sino a giungere alla legge del 19 maggio 1975, n. 151, con la quale si chiude una prima fase di incisive riforme del diritto di famiglia⁹.

All'indomani della riforma, viene rivalutato, innanzitutto, il momento associativo nell'assetto dei rapporti endofamiliari, con l'affermazione della pari dignità di tutti i membri della comunità (artt. 143 ss., nonché art. 315 c.c.); l'accordo, poi, diviene la regola ed il momento propulsore della vita familiare (artt. 144 e 316 c.c.); il principio solidaristico, ancora, impone ad ogni componente della famiglia di collaborare nell'interesse della comunità e degli altri membri (artt. 143, commi 2 e 3, come pure 315 c.c.); la filiazione legittima e quella naturale vengono parificate (artt. 261, 317 *bis*, 537 e 542 c.c.)¹⁰.

Questa linea evolutiva trova, oggi, ideale compimento nel più recente intervento di riforma che ha interessato il diritto di famiglia (la l. 10 dicembre 2012, n. 219), ove, nel

⁸ Cfr. M. CERATO, *La potestà dei genitori*, Milano, 2000, 5 ss. Come evidenziato ancora da P. VERCELLONE, *Introduzione*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., 940, con la mutata concezione dell'interesse della famiglia e di quello del minore, cambiano anche i poteri di cui le corti sono investite. Ad esse, infatti, con l'introduzione dell'istituto dell'adozione legittimante nel 1967, viene attribuito il potere di «portare via i figli da una famiglia per inserirli definitivamente in un'altra, scelta da loro stessi, potere che distruggeva il tabù della famiglia monade». Vedi anche M. CAVINA, *Il potere del padre*, cit., 24 ss.

⁹ Per tutti, S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol dir.*, 1975, 668 ss., il quale esalta il principio paritario, espresso dalla riforma, quale «principio destinato ad operare complessivamente nell'organizzazione familiare, costituendo l'indispensabile supporto formale del privilegio accordato al momento affettivo». Cfr. anche F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 129, e A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, 1979.

¹⁰ In questi termini ricostruisce la vicenda della privatizzazione e della funzionalizzazione del diritto di famiglia posttriforma G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 4 ss.



proclamare l'unicità dello *status filiationis*, finalmente privo di aggettivazione alcuna¹¹, con una opzione che è di sostanza e non di mera forma, il legislatore ha inteso mutare finanche la rubrica del titolo nono del Libro primo del codice civile; la vecchia formula (“*Della potestà dei genitori*”) viene arricchita di una dimensione nuova (“*Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio*”), espressione in termini formali di un mutamento di prospettiva che è sostanziale.

Nella novella rubrica, infatti, v'è l'immediata esaltazione del profilo dei diritti del figlio verso i genitori, sconosciuta alla tradizionale formulazione del dettato normativo in materia di potestà genitoriale, sebbene già da tempo consolidatasi nelle convenzioni internazionali e nelle pronunce del formante giurisprudenziale¹².

2. La storicità del concreto atteggiarsi della potestà, conseguenza diretta dell'evoluzione sociale del rapporto genitori-figli, si è da sempre accompagnata ad una relativa staticità, almeno in termini formali, degli elementi caratterizzanti l'istituto in sede codicistica. La potestà genitoriale, infatti, sin dalle proprie origini più risalenti, è stata qualificata dalla posizione di autorità attribuita alla figura del genitore rispetto a quella di subordinazione spettante alla prole¹³.

È questo uno dei tratti definitivi dell'istituto: esso si delinea quale spazio giuridico entro il quale può esprimersi la supremazia del genitore rispetto al figlio. Tale dato è costante e non muta nel tempo: la posizione della prole soggiace rispetto alla volontà parentale. E' evidente: seppur la potestà porta storicamente – *rectius*, geneticamente – impressa in sé l'impronta dell'autorità, costantemente mutevole sarà invece il rapporto di equilibrio tra tale posizione di dominio e quella di autonomia del figlio. E così, col trascorre delle stagioni storiche e giuridiche, si passa gradatamente da una forma di autorità che attribuisce uno *ius vitae ac necis* sino ad una che intanto si giustifica ed ha ragione di essere in quanto funzionalizzata all'interesse della prole: ecco che, allora, la costanza delle espressioni formali si colora di contenuti assolutamente nuovi e quello che in origine era mero dominio incontra l'interesse del “dominato” e di esso si arricchisce¹⁴.

Oggi, invero, il momento autoritativo, pur indubitabilmente ancora presente, incontra l'argine “forte” del riconoscimento di vere e proprie posizioni di diritto in capo al figlio *sub potestate*, allorché l'art. 315 *bis* c.c., rubricato “*Diritti e doveri del figlio*”, traspone nella propria *sedes naturalis* il principio, sinora enunciato dall'art. 147 c.c., secondo il quale “*il figlio ha diritto*

¹¹ Sebbene, come rileva giustamente M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 3, 2013, 231 ss., vi sia una singolare *contradictio in adiecto* nella titolazione dell'intervento di riforma, “*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*”.

¹² Vedi ancora M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., 236, nonché del medesimo Autore, *La Filiazione*, in *Tratt. Bessone*, II ed., Torino, 2011, 20 ss.

¹³ In una prospettiva più generale, C. M. BIANCA, voce «*Famiglia (diritti di)*», cit., 71 ss.

¹⁴ In tal senso, *inter alios*, A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 515 ss., e P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni*, cit., 959 ss.



*di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni?*¹⁵.

Dunque, con l'esplicito riconoscimento di quelli che sono veri e propri diritti del figlio e non più soltanto doveri dei genitori, la potestà, "spazio" giuridico ove tali diritti e doveri devono trovare la propria esplicitazione concreta, si presenta, una volta di più, quale strumento estremamente duttile: l'istituto, infatti, se, da un punto di vista contenutistico, appare pronto ad accogliere la varietà di fenomeni di filiazione che la realtà presenta, da quelli puramente biologici a quelli meramente sociali¹⁶, d'altro canto, in una ottica funzionale, si dimostra la fucina di sviluppo naturale della ormai riconosciuta autonomia decisionale del minore, dei suoi diritti e della sua capacità di autodeterminazione anche prima del diciottesimo anno di età¹⁷.

Se, invero, già nel 1975, l'istituto era mutato seguendo due linee evolutive parallele, la piena realizzazione della parità dei genitori, per un verso, e la funzionalizzazione della disciplina alla realizzazione dell'interesse della prole, per un altro¹⁸, soltanto nel 2012, con la piena affermazione di diritti in capo al figlio *sub potestate*, si può registrare il definitivo tramonto, anche in termini di mera forma del dettato codicistico, della precedente concezione che leggeva la potestà quale vero e proprio diritto soggettivo attribuito ai genitori: tale lettura, legata alla lunga stagione di reificazione del figlio, appare, oggi, inconciliabile con il pieno riconoscimento del figlio minore quale persona a tutti gli effetti, titolare di proprie posizioni giuridiche che completano e contribuiscono a definire i contenuti propri della potestà genitoriale¹⁹.

¹⁵ Così M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., 236, il quale segnala pure come, rispetto all'art. 147 c.c., destinato a scomparire in sede di attuazione dei provvedimenti delegati ex art. 2, comma 1, lettera h), l. n. 219/2012, il nuovo testo si segnala, oltre che per la già richiamata enunciazione di un diritto dei figli corrispondente al dovere dei genitori.

¹⁶ In tema, M.G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, 6 ss.

¹⁷ Cfr. A. C. PELOSI, *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 1992, 375 ss. Si veda anche, secondo una impostazione tesa ad individuare un diritto della famiglia superiore a quello dei singoli membri, C. GRASSETTI, voce «*Famiglia (diritto di)*», in *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1961, 49 ss., nonché C. M. BIANCA, voce «*Famiglia (diritti di)*», cit., 74 ss.

¹⁸ Come sottolineato da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *la famiglia e le successioni*, Milano, 2001, 286, «da trasformazione della concezione della potestà genitoria può essere colta significativamente nella recente esperienza tedesca, dove il mutato significato dell'istituto è stato espresso dalla recente legge di riforma abbandonando il tradizionale termine (*Gewalt*) e indicando la posizione del genitore come cura (*Sorge*)». Anche nell'ordinamento tedesco, infatti, come in quello italiano postriforma, il genitore conserva un proprio interesse ed un proprio diritto all'esercizio della potestà, garantito anche dal testo costituzionale, eppure essa rimane un ufficio da esercitare in via esclusiva nell'interesse del figlio e per la formazione della sua personalità. Sul punto, vedi anche P. STANZIONE, *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, 93 ss.

¹⁹ In tema, V. FROSINI, voce «*Officio*», in *Novissimo Dig.*, XI, Torino, 1965, 773 ss. Si consideri che la riforma affida alla futura legislazione delegata l'emanazione di regole volte a delineare la nozione di responsabilità genitoriale, quale aspetto dell'esercizio della potestà: in tema, F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori*



Alla luce della riforma del 2012, allora, possono essere presi in considerazione e rilette alcuni dei principali nodi problematici che, nel tempo, hanno caratterizzato l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni in materia.

2.1. Una delle distinzioni fondamentali proposte dalla dottrina in merito alla potestà genitoriale è stata quella tra i profili esterni e quelli interni dell'istituto²⁰. In particolare, nel novero degli aspetti interni della potestà, dovrebbero inquadrarsi esclusivamente i rapporti che legano il genitore ed i figli. Accanto ai profili interni dell'istituto, parte degli interpreti collocano una serie di rapporti intrattenuti ora dai genitori, ora dal minore con soggetti estranei alla famiglia nella sua accezione più ristretta²¹, che andrebbero qualificati come esterni.

Ora, questa distinzione tra ambito interno e esterno della potestà genitoriale ha svolto, nel tempo, sostanzialmente due funzioni: la prima di esse consiste nel consentire una duplice qualificazione dell'istituto a seconda dell'angolo visuale (esterno o interno) prescelto. Secondo questa dottrina, infatti, il contenuto della potestà genitoriale si atterrebbe diversamente nei rapporti tra genitori e figli rispetto a quelli tra genitori e terzi: nel primo caso (profilo interno) dovrebbe discorrersi dell'istituto come dovere, mentre nel secondo (profilo esterno) si sarebbe dinanzi ad un vero e proprio diritto soggettivo da far valere *erga omnes*.

Eppure tale impostazione non appare affatto convincente, dal momento che risulta essere quantomeno arbitrario analizzare una medesima situazione giuridica – *id est*, la potestà genitoriale ed in particolare il ruolo dei genitori - da angoli visuali differenti al fine di dedurne una anomala natura ambivalente. Tale duplice natura, peraltro, non sarebbe neppure una caratteristica endemica dell'istituto, ma mera conseguenza del punto di osservazione prescelto dall'interprete.

In tal senso, proprio in ordine ai rapporti esterni, il dovere di astensione dei terzi non è la posizione passiva di un diritto soggettivo, bensì un naturale riflesso dell'esercizio della

versus responsibility, relazione tenuta al Convegno “*Persona e comunità familiare (1982-2012)*”, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *Comp. dir. civ.* (www.comparazionedirittocivile.it), 2012, 1 ss.

²⁰ Sul punto, C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, relazione tenuta al Convegno “*Persona e comunità familiare (1982-2012)*”, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *Comp. dir. civ.* (www.comparazionedirittocivile.it), 2012, 1 ss.; A. BELVEDERE, voce «*Potestà dei genitori*», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 2 ss., nonché F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 7 ss., e F. MARINELLI, *Il diritto di famiglia venti anni dopo*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 27 ss.

²¹ Secondo questa teorica, infatti, devono considerarsi come rapporti esterni alla potestà anche quelli che intercorrono tra genitori e figli, da un lato, ed i soggetti appartenenti alla cd. “*famiglia allargata*”, come i nonni, gli zii, i fratelli e via discorrendo, dall'altro. In tal senso, C. COSSU, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 117. *Contra*, per tutti, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 325.



potestà quale ufficio di diritto privato. In sostanza, la potestà conserva, tanto nei rapporti esterni, quanto in quelli interni, la propria unitaria e particolare natura e cioè quella di ufficio privatistico: il dovere di non ingerenza gravante sui terzi non trova giustificazione, dunque, in un diritto dei genitori, bensì proprio in tale natura e nel contenuto della potestà²².

Come osservato, momento prevalente della potestà dei genitori è quello della doverosità, riconducibile alla centralità dell'interesse del figlio: è sufficiente tale impostazione dell'istituto per trovare fondamento al generale dovere di astensione, senza dover artificialmente scindere l'istituto in due realtà distinte (quella del dovere-funzione e quella del diritto soggettivo)²³.

D'altro canto, di là da tale artificiosa scissione dell'unitarietà dell'istituto, la giustapposizione tra aspetto esterno ed interno della potestà è stata utilizzata in dottrina anche con un'altra funzione e cioè al fine di individuare differenti spazi di rilevanza per i diritti fondamentali del minore²⁴.

Si distingue, cioè, tra rapporti intercorrenti tra genitori e figlio (interni) e quelli tra figlio e terzi (esterni): nel primo caso, i diritti fondamentali del minore risulterebbero estremamente compressi, se non addirittura assorbiti dalla potestà genitoriale, nel secondo, invece, la prole si vedrebbe riconosciuta non soltanto la titolarità di tali prerogative primarie dell'individuo, ma anche la immediata possibilità di esercizio.

Seguendo tale prospettiva interpretativa, si escluderebbe *a priori* la possibilità anche soltanto di concepire un conflitto di interessi tra genitori e figlio minore, dal momento che la personalità dell'educando si annullerebbe in quella dei genitori nell'esercizio della funzione formativa. In altre parole, il figlio, sino alla maggiore età o all'emancipazione, sarebbe nell'impossibilità di esercitare qualsivoglia diritto fondamentale all'interno del rapporto con gli esercenti la potestà, così come di tutelarlo in via autonoma.

Al minore, così, sarebbero precluse, quali esempi emblematici, la libertà di associazione (art. 18 Cost.), quella di adesione ad un partito politico (art. 49 Cost.), quella di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), quella di professare una fede religiosa (art. 19

²² Sul punto, *inter alios*, A. C. PELOSI, voce «Potestà dei genitori sui figli», in *Novissimo Dig. App.*, V, Torino, 1984, 1124 ss.

²³ Come osservato da C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», cit., 118, «la costruzione dogmatica della potestà che distingue i rapporti tra genitori e figli dai rapporti, riguardanti i figli, tra genitori e terzi, qualificando, rispetto ai primi, la potestà come “funzione”, in relazione ai secondi come “diritto soggettivo”, era del resto già stata sottoposta a critica dalla dottrina più attenta, anche prima della riforma del 1975». In effetti, già A. C. PELOSI, voce «Potestà dei genitori (diritto vigente)», cit., 584, rilevava come si palesasse inopportuna la contrapposizione tra diritto soggettivo e dovere, dal momento che, al fine di derivare l'esistenza del diritto soggettivo, doveva necessariamente scindersi l'unitaria natura dell'istituto, analizzando separatamente prima il dovere di astensione dei terzi e poi l'obbligo dei genitori rispetto alla prole. Tale soluzione ermeneutica era ritenuta inaccettabile.

²⁴ Cfr. A. PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1977, 47 ss., nonché G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2007, 197 ss.



Cost.): l'esercizio di tali diritti spetterebbe esclusivamente ai genitori titolari della potestà e così sarebbero questi ultimi a scegliere, in via autonoma, la religione del figlio, l'associazione o il partito cui gli è consentito aderire oppure, addirittura, l'ideologia che deve formarsi²⁵.

Questa tesi priva il minore sottoposto a potestà della personalità e di tutti i diritti ad essa correlati, affidandoli "in blocco" alla cura esclusiva dei genitori, chiamati a scegliere l'indirizzo educativo, professionale e culturale della prole²⁶.

La ricostruzione appena prospettata, già ampiamente contestata in dottrina, si rivela oggi tanto più insostenibile, nel momento in cui il legislatore del 2012 ha inteso, con l'art. 315 *bis* c.c., inquadrare le prerogative che animano la potestà in termini di diritti spettanti al minore nei confronti dei genitori.

Era già questa la *ratio* della disposizione dell'art. 147 c.c., che espressamente impone ai genitori, nell'esercizio dei loro compiti educativi e di formazione, di tener conto "delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli", oggi esaltata nella prospettiva dei diritti del minore di cui discorre l'art. 315 *bis*. La funzione della norma è quella di ribadire, una volta di più, la centralità della personalità del figlio, prima ancora che nei rapporti con i terzi, in quelli con i genitori²⁷.

In effetti, discorrere di diritto della prole al rispetto delle proprie capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni, nell'ottica della potestà, equivale a ribadire che i genitori non possono sostituire il minore nell'esplicazione della propria personalità, né sono autorizzati a plasmarla secondo le proprie personali aspirazioni: essi devono semplicemente "guidare" il figlio nel compimento di scelte consapevoli relative alla propria persona.

I genitori non possono annullare o mortificare la personalità del figlio, ma hanno anzi il dovere di esaltarne la capacità di autodeterminazione, come di difendere tale capacità da possibili ingerenze, esterne o interne al contesto familiare che siano. Il figlio deve essere posto nelle condizioni di vita ideali per poter compiere scelte consapevoli, frutto della sua soggettività e delle sue naturali inclinazioni, scelte che, se comunque rispondenti

²⁵ In tal senso, anche G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 325. Aderiscono invece ad una impostazione giusnaturalistica della famiglia, individuando un interesse superiore di quest'ultima, preminente rispetto a quelli dei singoli membri, F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, cit., 33 ss.; F. REALMONTE, *Rapporti fra genitori e figli*, in *Iustitia*, 1974, 87 ss.; A. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, *ibidem*, 1955, 453 ss. Tale teorica, che valorizza esclusivamente l'aspetto pubblicistico e superindividuale della famiglia, è espressa da A. CICU (vedi, ad esempio, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 3 ss.).

²⁶ Vedi ancora G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 325, ove l'A., prendendo posizione circa la distinzione tra rapporti esterni ed interni alla potestà genitoriale, osserva che «da conseguenza della descritta impostazione è che esclusivamente ai genitori spetta la scelta dell'indirizzo educativo, professionale e culturale della prole. Parimente, la tutela dei cc. dd. diritti della personalità del figlio spetta soltanto a chi esercita la potestà».

²⁷ Per tutti, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*.



all'oggettivo interesse del minore, in ultima analisi, i genitori sono tenuti ad avallare ed a sostenere, anche quando non coincidenti con i loro personali *desiderata*.

Ed allora si rivela non condivisibile qualsivoglia posizione che neghi al minore la possibilità di esprimere la propria personalità all'interno della famiglia, per poi riconoscergli piena soggettività esclusivamente nei rapporti con i terzi: è proprio la cellula familiare, infatti, il luogo ideale in cui la prole, sin dai primi anni di età, deve essere educata all'espressione libera della personalità individuale ed i genitori, anche alla luce del dettato costituzionale e dell'art. 315 *bis* c.c., assumono il ruolo di garanti di tale libertà di espressione.

Il figlio, dunque, soprattutto nei rapporti con i genitori deve poter esercitare tutti i diritti fondamentali di cui la Costituzione gli riconosce la titolarità sin dalla nascita e la possibilità di esercizio al momento del raggiungimento di una capacità di discernimento²⁸ sufficiente. In tale prospettiva, il compito dei genitori, nell'esercizio della potestà, è duplice: in un primo momento, quando il figlio è più piccolo, devono consentirgli di sviluppare armonicamente la sua personalità attraverso l'educazione al discernimento ed alla consapevolezza di sé e della propria persona. Successivamente, quando il minore è più grande ed ha sviluppato una propria autonoma capacità nelle scelte ed una propria personalità, ai genitori spetta il compito di favorire l'esercizio dei diritti fondamentali da parte della prole, vigilando sulla tutela dell'interesse di quest'ultima²⁹.

2.2. La potestà dei genitori si presta ad una ulteriore fondamentale partizione, tra rapporti di ordine personale e quelli di natura patrimoniale riconducibili all'istituto. In effetti, la potestà comprende posizioni giuridiche connessi tanto alla cura, alla educazione ed alla assistenza morale del figlio (di cui all'art. 315 *bis* c.c.), quanto alla rappresentanza dello stesso ed alla amministrazione dei suoi interessi economici (*ex* artt. 320 ss. c.c.).

Anche a seguito della riforma del 2012, la cennata distinzione non ha perso di attualità, purché se ne adotti una corretta lettura che non si riduca a mero schematismo, con valore assolutizzante.

Difatti, è difficile catalogare *ex ante* ed in astratto una determinata posizione giuridica discendente dalla potestà genitoriale, facendola rientrare pienamente nell'ambito dei profili patrimoniali o di quelli personali. In realtà, nella maggior parte delle fattispecie non vi è una netta linea di demarcazione tra situazioni patrimoniali e quelle non patrimoniali, ma è di tutta evidenza come i due momenti del fenomeno giuridico si presentino assolutamente

²⁸ La soluzione ermeneutica di ricondurre la progressiva autonomia del minore alla formula riassuntiva della capacità di discernimento deve attribuirsi a P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, cit., 446 ed, in particolare, 468 ss.

²⁹ In tal senso, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 350 ss. Analogamente, M. DOGLIOTTI, *Dalla patria potestà alla potestà dei genitori e diritti fondamentali dei genitori*, Atti dell'incontro di studi sui «Rapporti personali nella famiglia», in *Quaderni del CSM*, Roma, 1980, 39 ss., e P. IANNI, *Potestà dei genitori e libertà dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 1977, 867 ss.



interrelati. Peraltro, è principio animante l'ordinamento quello secondo cui la stretta connessione tra patrimonialità e personalità deve tradursi, in concreto, in una strumentalità, in una subordinazione della prima alla seconda. In altre parole, il nostro sistema, non soltanto del diritto di famiglia, si qualifica come funzionalizzato innanzitutto alla piena realizzazione delle situazioni giuridiche esistenziali, ponendo al servizio di tale fine quelle di ordine patrimoniale.

Tuttavia la continua interrelazione tra profili personali e quelli patrimoniali, interrelazione che consente di contestare l'assolutezza di una netta partizione tra essi, non deve condurre l'interprete ad ignorare le profonde differenze che animano i due aspetti. In sostanza, pur nella consapevolezza di tale connessione, bisogna evitare di applicare categorie, istituti, schemi giuridici elaborati in ambito patrimoniale alle situazioni di ordine esistenziale.

Già con la riforma del 1975, d'altronde, si è realizzato un generale ripensamento del diritto di famiglia, anche nell'ottica della depatrimonializzazione e della conseguente accentuazione dei profili personali. Applicando compiutamente questo canone ermeneutico anche alle interrelazioni che legano genitori e figli, ne risulta la necessità di svincolare le situazioni personali che fanno capo al minore *sub potestate* dal rigido schema, di matrice tutta patrimonialistica, che lega la maggiore età alla capacità di agire.

Il discorso sarebbe estremamente ampio e complesso³⁰, ma qui basti accennare al dato, ormai incontestato, che la assoluta incapacità di agire, prima del diciottesimo anno di età, è soluzione giuridica che “funziona” esclusivamente in merito alle situazioni giuridiche di ordine patrimoniale, ma perde qualsivoglia ragione di esistenza quando la si applica ai rapporti di ordine personale³¹.

Se, allora, la partizione netta tra capacità ed incapacità segnata dal raggiungimento della maggiore età è utile per le situazioni giuridiche di matrice economica, tale dialettica non trova più giustificazione quando arbitrariamente trasposta nella dimensione esistenziale. In tale ultimo ambito, infatti, essa finisce per tradursi in una forma velata di incapacità giuridica del soggetto minore e per tradire, in ultima analisi, la *ratio* intima di tale dimensione: quei diritti, riconducibili alla normativa costituzionale ed in particolare agli artt. 2 e 3, che sono riconosciuti in funzione dello sviluppo della persona umana non possono essere astrattamente attribuiti al soggetto senza concedergli immediatamente anche la possibilità di esercitarli³².

³⁰ Per tutti, P. STANZIONE, *Capacità. Diritto privato*, in G. AUTORINO STANZIONE - P. STANZIONE, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, 39 ss.

³¹ In tema, vedi F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*, nonché M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 103 ss.

³² Cfr. P. STANZIONE, *Capacità. Diritto privato*, cit., 96, ove l'A., discorrendo della partizione tra capacità giuridica e capacità di agire in ordine alle situazioni patrimoniali ed a quelle esistenziali, scrive: «non così invece per le situazioni giuridiche personali. Qui l'impostazione dev'essere fedele ad una premessa di carattere fondamentale, che si può compendiare nella seguente proposizione: se taluni diritti, più di altri, sono concepiti



Se, infatti, essi sono funzionali alla affermazione della personalità, proprio al minore, soggetto che deve essere educato dai genitori innanzitutto alla autodeterminazione, deve essere attribuita la capacità di esercitarli in forma autonoma, sebbene sotto la guida degli esercenti la potestà³³.

La distinzione tra situazioni giuridiche patrimoniali e quelle esistenziali, dunque, non è assoluta, perché, come visto, esistono delle ineliminabili interrelazioni tra l'uno e l'altro profilo, ma tuttavia essa non è frutto di mero schematismo poiché tali connessioni non eliminano le motivazioni profonde che la animano e non giustificano conseguentemente il trasferimento di soluzioni e strumenti propri del campo patrimoniale a quello personale, primo fra tutti quello della dicotomia capacità giuridica – capacità di agire³⁴.

2.3. Il mutamento di prospettiva offerto dalla trasposizione in termini di diritti della prole, attraverso l'art. 315 *bis* c.c., di quelli che l'art. 147 c.c. enunciava come doveri parentali è funzionale a descrivere compiutamente il ruolo del genitore nell'esercizio della potestà. A ciascun genitore, infatti, nell'esercizio della doverosa funzione educativa, è assegnato il compito di favorire, per quanto possibile, l'esercizio in via autonoma da parte del minore dei propri diritti fondamentali, così da garantirne costantemente l'autodeterminazione secondo le sue inclinazioni ed aspirazioni.

Questa impostazione è oggi ulteriormente confermata dal terzo comma dell'art. 315 *bis* c.c., ove è esplicitato il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici ed anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano³⁵.

La potestà genitoriale, allora, si rivela dotata di un elevato carattere di elasticità, presentando il massimo grado di coesione nei primissimi anni di vita del figlio, progressivamente destinata a “scemare” con la crescita della prole, allorché il minore, sin dai

ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente. La conseguenza è che per tali situazioni non ha senso ricorrere alle figure della capacità giuridica e della capacità d'agire, sia pure affermandone la coincidenza sia pure – ma, forse, con maggior fondatezza – sostenendone la perfetta irrilevanza». Cfr. anche P. CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, 13 ss.

³³ Vedi G. PALMIERI, *I “minori” tra diritto e società*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 269 ss., nonché F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, I, 57 ss.

³⁴ In tal senso, P. STANZIONE, *Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti*, in *Fam. dir.*, 1994, 351 ss. Cfr. anche S. BOCCACCIO, *L'interesse del minore, I, La potestà dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 162 ss., e M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 301 ss.

³⁵ L'art. 2, co. 1, lett. i), l. n. 219/2012 rimette al legislatore delegato la “disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato”. In tema, vedi anche V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazione introduttive*, in *Fam. dir.*, 3, 2013, 225 ss.



dodici anni, ha diritto a confrontarsi con i genitori circa le questioni che lo riguardano, sino al totale dissolvimento al sopraggiungere della maggiore età³⁶.

Dunque, seguendo il processo di maturazione, con l'aumentare dell'età del figlio, diminuiscono l'estensione ed il rigore della potestà dei genitori, lasciando sempre maggiori margini di libertà alla prole ed all'esercizio autonomo dei suoi diritti in proporzione al consolidarsi della capacità di discernimento e di autodeterminazione di questi³⁷.

L'elasticità dell'istituto, ad ogni modo, non deve misurarsi solamente in una prospettiva verticale, legata allo scorrere del tempo ed alle diverse stagioni di maturità che attraversa il minore, ma anche in una dimensione orizzontale, che valorizzi la concreta individualità e le reali attitudini della prole.

L'elasticità della potestà considerata in chiave esclusivamente diacronica non consentirebbe di realizzare al figlio la sua personalità nel rispetto delle specificità del suo essere in formazione, ma offrirebbe una visione generalizzante della sua capacità di discernimento.

Questa visione critica circa l'elasticità della potestà deve ritenersi superata osservando tale carattere dell'istituto secondo il duplice angolo visuale della prospettiva verticale e di quella orizzontale: nel primo senso, la potestà genitoriale tenderà progressivamente a lasciare sempre maggiori spazi alla autodeterminazione del minore in crescita, nel secondo, invece, i genitori saranno chiamati a valutare quali sono in ogni singolo momento dello sviluppo dei figli gli spazi di libertà che possono concedersi loro nei diversi ambiti della vita civile, religiosa o culturale³⁸.

Ciò comporta che, seguendo lo sviluppo della maturità del minore in concreto, per un verso, bisogna progressivamente concedergli tutti gli spazi che la sua personalità in

³⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Relazione sulla proposte di modifica della disciplina della patria potestà*, in *Riv. dir. matr. pers.*, 1967, 511 ss. Nella dottrina tedesca, J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familien-Elterlichen Gewalt*, in *Arch. civ. Prax.*, 173 (1973), 537 ss., che discorre di «Tendenz zur allmählichen Verflüchtigung», e W. BECKER, *Weichendes Elternrecht-wachsendes Kinderrecht*, in *Recht der Jugend*, 1970, 364 ss.

³⁷ In tema, E. QUADRI, *Considerazioni sulla rilevanza dell'interesse del minore e la sua attuale tutela*, in *Dir. giur.*, 1992, 323 ss., e A. SCARPA, *Legislazione e giurisprudenza per gli interessi dei minori (le riflessioni della dottrina sulla "capacità di agire")*, *ibidem*, 1992, 34 ss.

³⁸ L'elasticità della potestà genitoriale assume importanza centrale per l'esercizio dei diritti fondamentali del minore. In tema, secondo una prospettiva più generale, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1959, 44 ss.; L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 279 ss.; P. RESCIGNO, voce «Personalità (diritti della)», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, voce «Personalità (diritti della)», in *Dig. IV*, disc. priv., sez. civ., XIII, Torino, 1995, 453 ss.; W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, 1923, trad. it. a cura di M. G. LOSANO, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969; MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 18, 2002, 207 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1994. Si veda anche P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 34 ss. Di recente, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 140 ss.



espansione pretende, ma, d'altro canto, non è detto che la formazione del figlio sia sempre omogenea in tutti i suoi aspetti e, di conseguenza, può tranquillamente ammettersi che, in una ottica cronologicamente statica, egli sia bisognoso, ad esempio, di maggiore libertà in campo religioso e di una guida più attenta in campo politico.

Ed allora, se, per un verso, la potestà registra un alto grado di elasticità in prospettiva temporale con l'aumentare della maturità del minore, d'altro canto non si vede perché essa non dovrebbe conservare la medesima proprietà anche in senso assoluto, atteggiandosi secondo diversi gradi di incidenza a seconda della maturità raggiunta dal minore nei diversi ambiti della vita sociale in un dato momento storico.

Il compito che l'ordinamento attribuisce ai genitori, ad ogni modo, rimane sempre assolutamente il medesimo e cioè quello di istruire ed educare la prole, così come la funzione della potestà non cambia, ma rimane sempre strettamente legata alla realizzazione della personalità del minore. Anzi, proprio perché contenuto e funzione dell'istituto rimangono sempre strettamente legati è indispensabile che le modalità di esercizio delle prerogative di cui all'art. 147 c.c. (oggi, codificate dall'art. 315 *bis* c.c.) mutino progressivamente, sì da essere sempre costantemente calibrate al perseguimento dell'interesse del minore ed allo sviluppo della sua personalità.

Ed allora, a fronte del diritto all'istruzione, all'educazione ed all'assistenza morale spettante alla prole, le prerogative dei genitori si evolvono, gradualmente, nelle loro modalità di espressione, trascorrendo da dovere di direttiva in dovere di controllo, ma conservando inalterata la funzione di promozione della personalità del minore: sono le modalità di esercizio a cambiare, non il contenuto, né tantomeno le funzioni dell'istituto.

Si è discusso a lungo circa la possibilità di segnare il passaggio dalla potestà come dovere di direttiva a quella intesa quale dovere di controllo fissandolo ad una età predefinita del minore³⁹.

Invero, la capacità di discernimento, per sua stessa natura, non potrà mai essere ancorata ad una età predefinita, ma sarà quella sfera di capacità corrispondente, appunto, alla gradualità dello sviluppo del minore, non commisurabile in astratto ed *a priori*: essa varierà, invece, a seconda delle situazione e dei soggetti che in ogni fattispecie concreta andranno a considerarsi⁴⁰.

La capacità di discernimento, difatti, esprime la maturità di giudizio raggiunta in una data situazione dal figlio minore e ad essa andrà commisurata l'effettiva possibilità di incidenza della patria potestà. In sostanza, potestà genitoriale e capacità di discernimento si presentano apparentemente come realtà giuridiche inversamente proporzionali, nel senso

³⁹ Cfr. sul punto le riflessioni di A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 1996, 25 ss. Analogamente, M. BESSONE – G. ALPA – A. D'ANGELO – G. FERRANDO – M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1997, 217 ss.

⁴⁰ Vedi A. BELVEDERE, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. DE CRISTOFARO ed A. BELVEDERE, Milano, 1980, 321 ss. Cfr. anche A. C. MORO, *Il diritto dei minori*, Bologna, 1974, 389 ss.



che al crescere della seconda la prima dovrebbe corrispondentemente farsi da parte, ma in realtà sono soltanto le modalità di esercizio della potestà a mutare, adeguandosi alle esigenze della prole⁴¹.

3. Molti interpreti, sin dai primi commenti alla riforma del 1975, non avevano mancato di segnalare una incoerenza sistematica nella collocazione della norma che definisce, almeno in parte, il contenuto dell'istituto: l'art. 147 c.c. Tale norma, infatti, per un ossequio del legislatore del '42 alla tradizione codicistica francese, è posizionata nel capo dedicato ai diritti ed ai doveri che nascono dal matrimonio, con un conseguente riferimento diretto ed esclusivo alla famiglia legittima. L'estensione di siffatto precetto anche alla prole naturale, pertanto, avveniva *de relato* in ragione del richiamo operato dell'art. 261 c.c., limitatamente al genitore che avesse compiuto il riconoscimento (*ex artt. 258 e 317 bis c.c.*)⁴².

Tra i compiti della riforma del 1975, in tal senso, vi era anche quello di eliminare ogni disuguaglianza tra filiazione legittima e naturale, eppure, nonostante il dettato costituzionale, la radicale riscrittura della potestà e la chiara previsione dell'art. 317 *bis* c.c., nulla è cambiato rispetto alla collocazione sistematica del disposto dell'art. 147 c.c.

Oggi, come visto, con la riforma del dicembre 2012, l'art. 315 *bis* finalmente risolve il segnalato profilo di incoerenza sistematica, dal momento che il riconoscimento a tutti i figli del medesimo *status* e la conseguente definitiva affrancazione del rapporto genitore-figlio da quello matrimoniale imponeva il ripensamento della collocazione della disposizione inerente il contenuto della potestà genitoriale. In tal modo, si supera definitivamente ogni incertezza interpretativa, nel tempo divenuta più formale che sostanziale, che, in ragione della collocazione dell'art. 147 c.c., faceva apparire i doveri dei genitori discendenti in via principale dal matrimonio, anziché, secondo una dimensione corretta, dal rapporto di generazione.

Peraltro, l'art. 315 *bis* c.c., rispetto alla formulazione dell'art. 147 c.c., compie un passo ulteriore nella prospettiva della modernizzazione dell'istituto; recependo assunti oramai

⁴¹ Cfr. C. COSSU, *Educazione del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali*, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 335 ss. Sul punto, vedi G. DAMMACCO, *Le droits fondamentaux de la personne: modalités juridiques de la protection*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, Bari, 1995, 1263 ss., nonché I. GRENDENE, *Autonomia del minore e potestà dei genitori: nuovi orientamenti*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 713 ss.

⁴² In tema, L. FERRI, *Lezioni sulla filiazione. Corso di diritto civile*, Bologna, 1976, 147 ss.; A. TRABUCCHI, *Legittimazione dei figli adulterini in costanza di matrimonio*, in *Giur. it.*, 1978, I, 61 ss.; G. FERRANDO, *Filiazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 748 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 240 ss.; G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino, II ed., 1979, 328 ss.; A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975, 196 ss. Sebbene datati ed anteriori rispetto alla riforma del 1975, A. CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, 10 ss.; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, 39 ss.; L. COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, 37 ss.; M. STELLA RICHTER – V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1967, 112 ss.; R. DUSI, *Della filiazione e dell'adozione*, Napoli - Torino, 1924, 600 ss.



consolidati, in dottrina come in giurisprudenza e già a fondamento della riforma del 1975, viene mutato l'angolo prospettico dal quale analizzare i contenuti dell'istituto: non più quello dei genitori, bensì quello della prole, alla cui tutela la potestà è costantemente funzionalizzata.

Ed allora, non si discorre più di doveri incombenti sui genitori, bensì di diritti (e doveri) della prole, diritti che non rappresentano qualcosa d'altro o d'esterno rispetto alla potestà genitoriale, bensì della stessa costituiscono il contenuto essenziale, il nucleo fondante.

Dunque, oggi, i diritti della prole *sub potestate* possono distinguersi a seconda che attengano alla cura della persona oppure all'amministrazione ed alla rappresentanza nei rapporti di ordine patrimoniale⁴³.

I diritti inerenti la sfera personale del figlio sono oggi codificati dall'art. 315 *bis*, che li individua, secondo lo schema proprio dell'art. 147 c.c., nel diritto all'istruzione, all'educazione ed al mantenimento, cui si aggiunge quello all'assistenza morale.

Per quanto riguarda, invece, i profili di ordine patrimoniale, gli stessi non sono stati toccati dall'intervento di riforma, ma, alla luce della *ratio* dello stesso, pur a dettato normativo invariato, pare più opportuno discorrere di diritto della prole all'amministrazione del proprio patrimonio ed alla rappresentanza negli atti civili. L'art. 320 c.c., in materia, conservando la prospettiva del potete-dovere incombente sui genitori, risolve le problematiche attinenti al concreto esercizio di tali prerogative ora affidate ad entrambe le figure parentali ora ad una soltanto di esse ora ancora ad un curatore speciale.

La lettura della potestà quale istituto funzionalizzato alla realizzazione della personalità e dell'interesse del minore, finalmente titolare di propri diritti, trova compiutezza in un quadro normativo che, secondo tradizione, impone anche al figlio una serie di doveri, di contenuto tanto personale quanto patrimoniale. Entrambi i profili sono disciplinati, dopo la riforma, dall'ultimo comma dell'art. 315 *bis* c.c. che impone alla prole, per un verso, di rispettare i genitori e, per un altro, di contribuire, in relazione alle proprie sostanze ed al proprio reddito, al mantenimento della famiglia sino alla cessazione della convivenza con essa⁴⁴.

⁴³ *Inter alios*, B. FASAMELLI e A. AMADEI, *Scelta personale dello stato di vita e progetto educativo dei genitori fra libertà e limiti: un confronto tra l'ordinamento giuridico italiano ed il diritto canonico*, in *Giur. merito*, 2000, II, 395 ss.

⁴⁴ Un posto a sé, nel generale discorso relativo ai doveri che incombono sulla prole *sub potestate*, è occupato dall'usufrutto legale, istituto disciplinato nel titolo dedicato alla potestà dei genitori agli artt. 324 ss. Come osservato da G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 344, «è tramontata da tempo la visione che rinveniva il fondamento dell'usufrutto legale sui beni del figlio minore nella necessità di un compenso per le cure prestate al figlio o nella volontà di quest'ultimo, desumendone la natura di diritto soggettivo di godimento preordinato al vantaggio del genitore, e talvolta separandolo nettamente dalla patria potestà, tanto da collocarlo nel regime patrimoniale della famiglia». Dopo la riforma del diritto di famiglia, infatti, il collegamento dell'usufrutto legale con il principio di solidarietà familiare risulta assai più accentuato e confermato, tra l'altro, dal generale dovere del figlio minore di contribuire al mantenimento della famiglia *ex*



3.1. Secondo il dettato del primo comma dell'art. 315 *bis* c.c., 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 aspirazioni⁴⁵.

Rilevanza centrale assume, nell'esegesi della norma, il richiamo alle capacità, alle inclinazioni naturali ed alle aspirazioni del figlio, allorché, rafforzando quanto già previsto dall'art. 147 c.c., ciascun genitore non deve limitarsi a tener conto delle stesse, ma è tenuto a rispettarle. La scelta terminologica, operata dal legislatore del 2012, del termine “rispetto” non è casuale, ma perfettamente coerente con una disposizione che, come più volte segnalato, non analizza più la potestà genitoriale dall'angolo visuale del genitore, bensì da quello del minore, fissando veri e propri criteri cui i genitori sono chiamati a conformarsi nell'adempimento dei propri doveri di istruzione, educazione ed assistenza morale della prole.

Il riferimento codicistico a tali criteri rappresenta garanzia della immediata ricaduta, anche all'interno del rapporto genitori-figli, dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.: il minore, così come ogni altro individuo della collettività ed ogni altro membro della più ristretta comunità familiare, deve essere tutelato nella propria dignità e nell'armonico sviluppo della sua personalità⁴⁶.

Dunque, nell'impostazione dell'art. 315 *bis* c.c., il figlio ha, innanzitutto, diritto ad essere educato, compito proprio ed autonomo dei genitori, distinto da quello relativo alla istruzione. Tale prerogativa, come evidenziato dalla dottrina più attenta⁴⁷, è condivisa con altri soggetti, che possono essere, ad esempio, gli altri membri della famiglia (fratelli, nonni, zii e via dicendo) oppure i docenti scolastici⁴⁸.

art. 315 c.c. In tema, anche N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 142; A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 790 ss.; C. COSSU, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 125.

⁴⁵ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., 236, segnala come si riveli censurabile la modifica, operata dal legislatore della riforma, di modificare la “graduatoria ascendente di valori” enunciata dall'art. 30 Cost. (poi recepita nel 1975 anche dall'art. 147 c.c.), facendo precedere il diritto all'educazione a quello all'istruzione. In tema, si rinvia alle pagine di P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio*, scritto risalente al 1966, ripubblicato ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 279 ss.

⁴⁶ Sul punto, *inter alios*, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 120-121. In ordine al possibile conflitto tra genitori e figli in ragione delle scelte di questi ultimi in materia di aborto, vedi G. DORA, *Brevi note in tema di potestà dei genitori*, in *Dir. fam. pers.*, 1986, 47 ss., mentre per i contrasti relativi alla religione F. RUSCELLO, *Fattore religioso e diritti del minore nell'indirizzo educativo*, in *Rass. civ.*, 1992, 110 ss., ed E. MATTU, *Libertà religiosa e diritto di famiglia: una sintetica rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, II, 430 ss. Si veda anche W. BIGIAMI, *Ateismo e affidamento della prole*, Padova, 1951, 3 ss.

⁴⁷ Per tutti, U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 361 ss.

⁴⁸ Ancora U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, cit., 427 ss., ove l'A. evidenzia come il momento educativo, pur esistendo anche nel rapporto scolastico, è aspetto di cui tuttavia è responsabile non l'istituzione, ma il docente in prima persona: l'educazione, infatti, è fatto che inerisce non tanto all'istruzione, quanto all'insegnamento.



Sin dal 1975, il diritto alla educazione spettante alla prole non è più oggettivato nei suoi contenuti, secondo un modello sociale predefinito – *rectius*, da tutelare -, come nel periodo fascista; al contrario, il testo costituzionale promuove la pluralità dei percorsi formativi, escludendo ogni forma di educazione ancorata a parametri predefinibili aprioristicamente. In tal senso, si è da tempo passati da una concezione oggettiva ad una soggettiva del contenuto del diritto-dovere educativo ed i genitori, nello svolgimento di tale funzione, devono rispettare esclusivamente le capacità, le inclinazioni e le aspirazioni dei figli⁴⁹.

Il diritto all'educazione, dunque, non ha un contenuto predefinito in positivo, ma il valore precettivo dell'art. 315 *bis* c.c. sembra circoscriversi, in negativo, quale esclusivo obbligo di osservanza, nell'esercizio dell'ufficio, delle norme dettate dall'ordine pubblico e dal buon costume⁵⁰. Ben diverso, invece, è il discorso relativo al limite endemico che incontra il dovere educativo incombente sui genitori: tale limite deve identificarsi esclusivamente nella soggettività del minore ed, in particolare, nella progressiva maturazione della sua capacità di discernimento⁵¹.

Correlato ai doveri di istruzione ed educazione della prole è il potere di correzione che spetta ai genitori esercenti la potestà⁵². Tale potere, individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, deve qualificarsi come di secondo grado, poiché non è sempre attuale, ma trova la sua esclusiva ragione di giustificazione nella violazione, ad opera del minore, del suo dovere di conformarsi alle istruzioni impartite dai genitori. In sostanza, il potere di correzione ha origine soltanto al momento della trasgressione, operata dalla prole, dei poteri di primo grado che spettano ai genitori in virtù dell'esercizio della potestà e, dunque, come

⁴⁹ Per tutti, M. BESSONE, *Garanzie costituzionali di autonomia della famiglia, educazione del minore e regime dell'art. 147 c.c.*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 35 ss. Analogamente, ID., *Ideologie e posizione costituzionale della famiglia, educazione dei minori, valore precettivo degli art. 2 e 29 comma 1 cost.*, in *Giur. merito*, 1979, 1166 ss.

⁵⁰ In tal senso, si veda C. COSSU, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 121. Cfr. anche F. RUSCELLO, *L'istruzione tra scuola e famiglia. Tecniche di tutela della persona*, Napoli, 1992, 87 ss.

⁵¹ Ancora P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, cit., 52: «è proprio in questa equazione tra minore e persona che si coglie il punto nodale della situazione. Il principio costituzionale di eguaglianza non tollera ripartizioni delle persone in classi d'età: ne consegue (...) che aver minore età non significa avere minore valore rispetto agli adulti». In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 497 ss. Sul punto anche F. RUSCELLO, *L'istruzione tra scuola e famiglia*, cit., 48 ss., e F. D. BUSNELLI, *Due diverse concezioni del rapporto educativo*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 71 ss.

⁵² In ordine al potere di correzione vedi ampiamente A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 785; P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, cit., 37 ss., e A. C. PELOSI, *La patria potestà*, cit., 178 ss. In ambito penalistico, G. PIOSELLI, voce «*Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 178 ss., e D. PISAPIA, voce «*Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*», in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957, 99 ss.



si diceva, ha natura derivata o secondaria⁵³. Evidentemente, esso non conferisce ai genitori una libertà di azione assoluta, ma trova un primo, preciso limite nel divieto, sanzionato penalmente *ex art.* 571 c.p., di abusare dei mezzi di correzione. Altro limite ad un esercizio arbitrario del potere di correzione deve individuarsi nei provvedimenti a tutela della prole di cui agli artt. 330 e 333 c.c., finalizzati proprio ad evitare abusi dei genitori nell'esercizio dei poteri derivanti dalla potestà.

Dunque, tale prerogativa dei genitori, cui il legislatore volutamente non ha attribuito un contenuto predefinito, deve connotarsi della medesima elasticità che caratterizza la potestà: nel costante ed imprescindibile rispetto della dignità del minore e del suo essere persona, allora, il potere di correzione dovrebbe andare scemando al crescere della consapevolezza che il figlio acquista della propria personalità. In particolare, esso è destinato, col tempo, a divenire infine mero strumento di persuasione e di consiglio, teso a perseguire l'interesse della prole ed a convincere il minore ad aderire ad un progetto educativo elaborato per consentirgli di esprimere al meglio la sua personalità⁵⁴.

L'art. 315 *bis* c.c. codifica, poi, il diritto all'istruzione del figlio, avente come oggetto la formazione della sua personalità dal punto di vista culturale secondo canoni di omogeneità e completezza.

L'istruzione, quale diritto fondamentale della prole, tutelato in chiave costituzionale, in tal senso, comprende in sé tanto la formazione familiare offerta dai genitori, tanto quella istituzionale impartita da soggetti esterni alla famiglia, senza che un aspetto possa del tutto escludere l'altro, ma anzi, in una ottica di complementarità, entrambi tendono al fine comune della piena realizzazione del minore secondo le sue inclinazioni ed aspirazioni. Seguendo tale prospettiva, i genitori hanno l'obbligo di istruire personalmente il figlio *ex art.* 315 *bis* c.c., ma, al contempo, su di essi grava il correlato obbligo, di matrice costituzionale⁵⁵ (artt. 30 e 34), di consentire a quest'ultimo di fruire anche di quelle conoscenze ulteriori offerte dalle istituzioni scolastiche⁵⁶.

⁵³ Così A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», cit., 785, nonché F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 20 ss. In tal senso anche ID., *La funzione educativa: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Rass. civ.*, 1986, 414 ss.

⁵⁴ Secondo F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, cit., 412, il potere di correzione attribuito ai genitori si giustifica in ragione dello stato di soggezione generale del figlio rispetto a chi esercita la potestà. Cfr. anche F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 20.

⁵⁵ La violazione da parte dei genitori dell'obbligo di consentire al minore di fruire anche della formazione istituzionale offerta dalla scuola è sanzionato penalmente. Cfr. M. SALAZAR, *Osservazioni sull'obbligo dei genitori di istruire i figli*, in *Riv. giur. scuola*, 1976, 383 ss., nonché S. DE SIMONE, *Sistema del diritto scolastico*, I, I principi costituzionali, Milano, 1973, 308 ss.

⁵⁶ *Contra* C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», cit., 121: l'A., infatti, sostiene che il dovere di istruzione che fa carico ai genitori sia costituito essenzialmente da un obbligo, anche in relazione ai mezzi di cui si dispone, di consentire al figlio di acquisire quelle conoscenze tecniche che oggi vengono offerte dalle



Per quanto concerne, poi, il profilo di novità rappresentato dall'esplicitazione del diritto del figlio alla assistenza morale, lo stesso pare diretta eco dell'analogo diritto di cui ciascun coniuge è titolare nei confronti dell'altro *ex art. 143 c.c.* e che, più in generale, innerva i rapporti familiari, specie tra conviventi. Si tratta, in sostanza, della traduzione in termini giuridici di quel dovere di solidarietà attiva, vigile e sollecita, incombente su ciascuno dei genitori, verso tutte quelle situazioni di bisogno in cui il figlio (anche maggiorenne) possa venire a trovarsi nel corso della propria esistenza.

Rientra in tale diritto, allora, ogni forma di sostegno, fisico, morale, materiale o intellettuale che il genitore sarà tenuto a prestare al figlio, non necessariamente in connessione ad una situazione di bisogno o di disagio⁵⁷. Peraltro, tale prerogativa, che giustamente il legislatore, analogamente ai diritti all'educazione ed all'istruzione, non ha vincolato alla minore età, non viene meno né con il raggiungimento dell'autosufficienza personale ed economica, né tantomeno con la cessazione della coabitazione. Al contrario, deve ritenersi che il diritto all'assistenza morale, pur mutando nei contenuti e nell'incidenza in relazione alle stagioni di vita del figlio e dei genitori, permanga intatto durante tutta l'esistenza dell'uno e degli altri.

Il secondo comma dell'art. 315 *bis* c.c., poi, prevede il diritto del figlio di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. L'affermazione esplicita di tale diritto, già desumibile da una serie di disposizioni presenti nel codice (è il caso dell'art. 155 c.c., come riformato dalla l. n. 54/2006) e nella legislazione speciale (si pensi all'art. 1 della l. n. 184/1983), fa assurgere a regola codicistica orientamenti già da tempo consolidati in giurisprudenza⁵⁸. Tant'è che uno dei compiti che la legge di riforma del 2012 assegna al legislatore delegato è quello di prevedere forme di legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori (art. 2, co. 1, lett. p, l. n. 219/2012).

3.2. Il diritto al mantenimento, oggi codificato dall'art. 315 *bis* c.c., ha come oggetto una prestazione di carattere patrimoniale che, prescindendo dallo stato di bisogno della prole, assicuri alla stessa un tenore di vita omogeneo a quello di cui avrebbe goduto

istituzioni scolastiche. Si veda anche la posizione di P. PERLINGIERI, *La libertà di educazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 674 ss., nonché quella di P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 337.

⁵⁷ Si consideri che la l. n. 210/2012, all'art. 2, co. 1, lett. n), affida alla prossima legislazione delegata la "specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia". In tema, M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. dir.*, 3, 2013, 279 ss.

⁵⁸ Si veda, *inter alios*, Cass. 27 dicembre 2011, n. 28902, in *Fam. dir.*, 2012, 1, 348 ss. Cfr. anche, in senso contrario, Trib. min. Torino 11 maggio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 234 ss., nonché Trib. min. Roma 8 settembre 1986, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 247 ss.



convivendo con i genitori: in tale prospettiva, esso è parametrato alle sostanze dei soggetti obbligati⁵⁹.

Tradizionalmente, il diritto al mantenimento, cui corrisponde il correlato dovere dei genitori, ha sempre avuto una ragion d'essere assolutamente autonoma rispetto a quella della potestà genitoriale: esso è caratterizzato da vicende indipendenti dalle sorti dell'istituto in esame⁶⁰.

Si pensi, in tal senso, al disposto dell'art. 148 c.c.: tale disposizione, in prima battuta, sembra far coincidere, dal punto di vista soggettivo, i titolari della potestà e quelli del suddetto obbligo. Lo stesso, infatti, grava innanzitutto sui genitori, tenuti all'adempimento di tale dovere, il cui ammontare è proporzionato alle rispettive sostanze ed alla capacità di lavoro professionale e casalingo di entrambe le figure parentali.

Tuttavia, continuando a leggere la lettera dell'art. 148 c.c., si evince come l'obbligo di mantenimento sia in realtà indipendente dalla potestà, poiché quando i genitori non hanno i mezzi necessari ad adempierlo, lo stesso ricadrà, in seconda battuta, sugli ascendenti, in ordine di prossimità. In realtà il disposto della norma è ancora più esplicito: anche quando i genitori sono costretti a ricorrere all'ausilio degli ascendenti, la potestà rimane comunque nella loro sfera di titolarità e si trasferisce esclusivamente il dovere di mantenimento⁶¹.

⁵⁹ Cfr. G. PASETTI, *Se i figli che non lavorano, abbiano diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione da parte dei genitori, o, quanto meno, abbiano diritto agli alimenti*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 633 ss., e M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., 316 ss. Si veda anche C. D. FIORAVANTI, *Mantenimento dei figli: concorso dei genitori e obbligazioni degli ascendenti*, in *Fam. dir.*, 2001, 534 ss.

⁶⁰ In tal senso, A. C. PELOSI, voce «Potestà dei genitori sui figli», cit., 1126 ss.; N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 42 ss.; A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», cit., 789 ss.; ID., *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 537 ss.; G. B. FERRI, *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, in *Diritto di famiglia*, Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò, Milano, 1982, 360 ss. Cfr. anche G. GIOIA, *L'obbligo di mantenimento tra padre putativo e padre biologico*, in *Fam. dir.*, 2000, 52 ss.

⁶¹ In ordine al dovere di mantenimento gravante sugli ascendenti, bisogna sottolineare che l'obbligo di mantenimento dei figli minori, siano essi legittimi o naturali, spetta primariamente e integralmente ai loro genitori sicché, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro, salva la possibilità di convenire in giudizio l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di costui; pertanto l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli - che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori - va inteso non solo nel senso che l'obbligazione degli ascendenti è subordinata e, quindi, sussidiaria rispetto a quella, primaria, dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli (cfr. Cass., sez. I, 23 marzo 1995, n. 3402, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 1409 ss.). L'obbligo degli ascendenti di pari grado, in tal senso, non subentra nel caso in cui uno solo dei due genitori versi in uno stato di impossibilità, ma soltanto nel caso in cui anche i mezzi economici dell'altro genitore (sul quale grava l'obbligo di provvedere al mantenimento dei figli per intero) non siano sufficienti (così Trib. Roma 7 aprile



In altre parole, potestà e mantenimento si scindono: i genitori esercitano la prima e gli ascendenti adempiono al secondo, fornendo così i mezzi economici necessari perché i titolari della potestà possano continuare ad esercitare i doveri di educazione ed istruzione, così come a quelli di rappresentanza ed amministrazione.

L'indipendenza tra l'esercizio della potestà ed il dovere di mantenimento trova, peraltro, una ulteriore conferma nell'orientamento costante della giurisprudenza che impone ai genitori di mantenere anche il figlio maggiorenne⁶², ove non abbia ancora raggiunto

2004, in *Giur. merito*, 2004, 1332 ss.). In tal senso, si veda anche Trib. Milano 30 giugno 2000 (in *Fam. e dir.*, 2001, 534 ss.): «Nel caso in cui il genitore direttamente obbligato non abbia i mezzi sufficienti per adempiere, gli ascendenti saranno chiamati a contribuire solo se anche l'altro genitore non sia in grado di provvedervi integralmente, con conseguente applicabilità, anche nei confronti degli avi, del procedimento monitorio di cui all'art. 148 comma 2 c.c.».

⁶² In ordine al mantenimento dei figli maggiorenni si veda, innanzitutto, Cass., sez. I, 3 aprile 2002, n. 4765 (in *Foro it.*, 2002, I,1323 ss.): «L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa, "ipso facto", con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione. Deve, pertanto, in via generale escludersi che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata rispetto a quella cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui dette aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate, e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia». Almeno in parte contra Cass., sez. II, 7 luglio 2004, n. 12477 (in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8), ove è statuito che il mantenimento del figlio maggiorenne convivente è da escludere quando quest'ultimo, ancorché allo stato non autosufficiente economicamente, abbia in passato espletato una attività lavorativa, così dimostrando il raggiungimento di un'adeguata capacità e determinando la cessazione del corrispondente obbligo di mantenimento da parte del genitore, atteso che non può avere rilievo il successivo abbandono dell'attività lavorativa da parte del figlio, trattandosi di una scelta che, se determina l'effetto di renderlo privo di sostentamento economico, non può far risorgere un obbligo di mantenimento i cui presupposti erano già venuti meno, ferma restando invece l'obbligazione alimentare, fondata su presupposti affatto diversi e azionabile direttamente dal figlio e non già dal genitore convivente. Giungono a conclusioni similari Cass., sez. I, 18 gennaio 2005, n. 951, in *Dir. e giust.*, 2005, 6, 29 ss. («Il figlio maggiorenne di genitori divorziati, già titolare di un assegno di mantenimento, ha l'obbligo di attivarsi per trovare un lavoro e rendersi economicamente indipendente. Ne consegue che correttamente il giudice di merito revoca l'obbligo di mantenimento a carico del padre, ove risulti che il figlio abbia non solo colposamente omissso di terminare gli studi, ma anche immotivatamente rifiutato di accettare l'offerta di un posto di lavoro, a nulla rilevando che si trattasse di un lavoro fuori sede») e Cass., sez. I, 1 dicembre 2004, n. 22500, *ibidem*, 2005, f. 3, 26 ss. («L'obbligo di mantenere il figlio non cessa automaticamente



l'indipendenza economica⁶³, nonché nella sopravvivenza dell'obbligo anche alla decadenza ed alla perdita dell'esercizio dalla potestà⁶⁴.

Se l'obbligo di mantenere la prole grava innanzitutto sui genitori, in ossequio al principio della parità tra le figure parentali, la commisurazione del contributo⁶⁵ dovuto da

con il raggiungimento della maggiore età, ma si protrae fino al momento in cui il figlio abbia raggiunto una propria indipendenza economica ovvero versi in colpa per non essersi messo in condizione di conseguire un titolo di studio e/o di procurarsi un reddito mediante l'esercizio di una idonea attività lavorativa o per avere detta attività ingiustificatamente rifiutato»).

⁶³ Cfr. N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., il quale, in ordine al dovere di mantenimento dei figli maggiorenni, evidenzia come «il fatto che i genitori siano ritenuti da dottrina e giurisprudenza obbligati a soccorrere economicamente i figli maggiorenni in difficoltà, non significa che l'obbligazione in questione abbia lo stesso contenuto di quella che vincola i genitori del minore, al di là della circostanza che viene usato lo stesso termine per definire entrambe». In effetti, l'A. osserva come l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne sia più simile nel suo contenuto a quello che eventualmente grava sul marito separato o divorziato nei confronti della moglie o del figlio di cui non sia affidatario e, pertanto, non esercente la potestà. Questi ultimi due obblighi, infatti, hanno una natura meramente patrimoniale, escludendo con ciò qualsiasi forma di interferenza dell'obbligato sulle scelte operate dal destinatario del contributo, cioè il figlio maggiorenne. Vedi R. NUNIN, *Sul diritto del genitore agli assegni familiari per i figli naturali riconosciuti non conviventi*, in *Fam. dir.*, 2001, 503 ss.

⁶⁴ In ordine al rapporto tra decadenza dalla potestà genitoriale e dovere di mantenimento *ex art.* 147 c.c., si rimanda specificamente al par. 7.3. Si vedano, in dottrina, A. FIGONE, *Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 358 ss., e N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 42 ss.

⁶⁵ Con riguardo alla commisurazione del contributo dovuto dai genitori ai fini del mantenimento del figlio, nel caso del genitore non convivente, la misura degli assegni e delle coperture delle spese (scolastiche, sanitarie, sportive, ricreative, ecc.) deve essere commisurata alla effettiva realtà economica ed alla situazione patrimoniale delle figure parentali (così Cass., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19040, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 395 ss.). Si veda anche Cass., sez. I, 26 marzo 2004, n. 6074, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3. Il genitore che adempia per intero l'obbligo imposto ad ambedue i coniugi dagli artt. 315 *bis* e 148 c.c. - valido anche nei confronti dei figli maggiorenni, ma non economicamente autosufficienti - è legittimato "*jure proprio*" a chiedere all'altro genitore di contribuire al mantenimento ed a pretendere tale contributo anche per il futuro, finché non sia accertata la raggiunta indipendenza economica della prole (Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5719, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 333 ss.). Vedi anche Cass., sez. I, 13 febbraio 2003, n. 2147, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 377 ss.; Cass., sez. I, 28 settembre 2001, n. 12136, in *Fam. dir.*, 2002, 271 ss., e Cass., sez. I, 16 febbraio 2001, n. 2289, *ibidem*, 2001, 275 ss. Sempre in tema di mantenimento, cfr. anche Cass., sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15481, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10, ove è stabilito che «l'obbligo dei genitori di mantenere la prole sussiste per il solo fatto di averla generata e prescinde da ogni statuizione del giudice al riguardo. Pertanto, qualora il genitore affidatario del figlio minore consenta che il medesimo vada a vivere con l'altro genitore, è tenuto a concorrere al suo mantenimento anche prima ed indipendentemente da un provvedimento di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio, potendo agire l'altro genitore, in caso d'inosservanza dell'obbligo, per l'attribuzione di un assegno a partire dalla data della domanda, e per il rimborso di quanto dovuto dall'onerato per il periodo precedente, tenendo al riguardo presente che a differenza del primo provvedimento, che mirando a tutelare il



ognuno di essi è determinata proporzionalmente alle rispettive sostanze e secondo le capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascuno⁶⁶. L'art. 148, co. 2, c.c., in tal senso, prevede quale strumento riparatorio specifico contro l'inadempienza del genitore tenuto al mantenimento, la distrazione di una quota dei redditi di quest'ultimo a favore di chi effettivamente provvede al mantenimento della prole.

3.3. L'art. 315 *bis* c.c., accanto alla codificazione dei diritti del figlio, si chiude con una norma, identica a quella che prima della riforma del 2012 apriva addirittura il titolo IX del codice dedicato alla potestà dei genitori, che fissa i doveri del figlio verso i genitori. Tali doveri vengono individuati in quelli di rispetto e, per la prole convivente, di contribuzione al mantenimento della famiglia in relazione alle capacità, alle sostanze ed ai redditi dell'obbligato⁶⁷.

Il dovere di rispetto, formula che non ha alcuna rilevanza in senso propriamente giuridico, né è assistita da sanzioni diverse da quelle puramente sociali⁶⁸, non grava sui figli maggiorenni: questi ultimi, infatti, non sono tenuti a conformare i propri comportamenti al dovere previsto dalla norma in esame, ma su di essi incombono esclusivamente quegli obblighi che caratterizzano ogni rapporto tra esseri umani⁶⁹.

Diversamente, l'obbligo di contribuzione al mantenimento della famiglia spesso acquista un senso concreto proprio al compimento della maggiore età del figlio, quando, pur indipendente economicamente, continui a convivere con la famiglia di origine: in tal

minore può essere adottato anche d'ufficio dal giudice, il secondo attiene alla definizione dei rapporti fra debitori solidali, e presuppone, perciò, la formulazione di una specifica richiesta da parte dell'avente diritto.

⁶⁶ Cfr. però E. BAGIANTI, *Sul diritto del padre naturale a percepire gli assegni familiari per il figlio convivente con la madre naturale*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2275 ss.

⁶⁷ Era già stato cancellato, dal legislatore della riforma del 1975, il dovere di onorare i genitori: parte della dottrina riconduce tale scelta allo spirito di «dissacrazione» e di «laicizzazione» della famiglia che caratterizza la riforma. Cfr. A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (Ovvero il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 247 ss. Così anche F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 97. Secondo A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», cit., 785, l'obbligo di onorare i genitori evocava un concetto arcaico e religioso non più rispondente al nuovo rapporto ed alla diversa posizione dei figli in seno alla famiglia. In tema anche F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, cit., 412.

⁶⁸ Vedi, *inter alios*, P. VERCELLONE, *I rapporti genitori-figli*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., 950, il quale discorre di formula vuota; A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., 1971 ss., che lo qualificano come dovere morale prima che giuridico; I. BAVIERA, *Diritto minorile*, II, Milano, 1976, 575, invece, lo inquadra nel novero degli obblighi di carattere etico.

⁶⁹ Si veda, però, la posizione di A. DE CUPIS, *Il dovere di rispetto dei figli verso i genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 271 ss., ed, in particolare, 272, ove l'A. scrive che «a prescindere dall'indegnità a succedere che può colpire il figlio come qualsiasi altro soggetto per i gravissimi fatti contemplati dall'art. 463, per il genitore l'esercizio della sua libertà testamentaria è lo strumento giuridico appropriato per sanzionare volontariamente, sia pure nel limite della quota di riserva (artt. 536-537), il mancato rispetto del figlio verso di lui». *Contra* F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 99.



senso, deve ritenersi che tale dovere non trovi il suo presupposto nella potestà genitoriale, bensì nella semplice convivenza, anche al di là dell'esistenza di vincoli di sangue tra i conviventi. Eppure, dalla lettura di questa disposizione, si deduce una almeno parziale indipendenza della soggettività economica del figlio, anche quando questi non abbia ancora compiuto i diciotto anni e sia perciò sottoposto alla potestà dei genitori. Il minore, allora, al fine di contribuire alle necessità della famiglia, potrebbe essere chiamato a prestare una attività lavorativa all'interno oppure all'esterno della famiglia, purché, chiaramente, tale impegno non contrasti con il preminente interesse alla sua formazione.

In tal senso, in merito all'oggetto ed all'ammontare della contribuzione, tale obbligo del figlio consiste nel concedere quanto la famiglia necessiti per mantenere un tenore di vita proporzionato alle sue condizioni economico-sociali, ma – si badi bene – tale parziale distrazione delle sostanze e dei redditi della prole è ammessa nei limiti in cui siffatto patrimonio si riveli eccedente rispetto ai bisogni della stessa. In effetti, quando il figlio è ancora minorenne, il dovere di contribuzione *ex art. 315 c.c.* finisce per assorbire, funzionalizzandolo almeno in parte ai bisogni della famiglia, quella parte del patrimonio del minore che non rientra nel contenuto dell'usufrutto legale di cui agli artt. 324 ss. c.c.: l'obbligazione contributiva, infatti, ha come oggetto immediato le sostanze ed i redditi propri del figlio e cioè quei beni che, *ex art. 324, co. 3, c.c.*, non sono soggetti all'usufrutto legale⁷⁰.

Inalterata anche a seguito della riforma del 2012, la norma dell'art. 318 c.c. impone al figlio il dovere di non abbandonare la casa dei genitori o di quello tra essi che esercita in via esclusiva la potestà, né la dimora eventualmente assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, ai genitori è attribuito il potere di richiamarlo, ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare⁷¹.

Questa disposizione è destinata a tutelare due interessi: da un lato, uno dei presupposti che era proprio del rapporto genitori-figli, così come riscritto dalla riforma del 1975, e cioè la convivenza, intesa quale comunione di vita, tra minore e titolari della potestà⁷², dall'altro, invece, la libertà di movimento del figlio *sub potestate*.

La comunione di vita tra genitori e prole trova tutela nella prima parte della disposizione in esame, ove è imposto al minore di non abbandonare i luoghi deputati dai genitori allo svolgimento del rapporto formativo, sia essa la casa familiare oppure una

⁷⁰ Cfr. S. ALAGNA, *Doveri patrimoniali dei figli legittimi ed adottivi*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 231 ss.

⁷¹ In tema, L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 58 ss.; R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, Napoli, 1984, *passim*; A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., 2045 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 336 ss.; A. TRABUCCHI, *Il "vero interesse" del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, cit., 728; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 281 ss.; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., 341 ss.

⁷² In tema, vedi ampiamente F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 282, e R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore*, cit., 21 ss., nonché L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 59, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.



dimora temporaneamente assegnatagli. Il concetto di “abbandono”, in effetti, implica quello del distacco definitivo da un certo luogo o, nel caso specifico, da una data comunità: al minore, in altre parole, è fatto divieto di lasciare definitivamente il gruppo familiare, rompendo la comunione di vita con i genitori ed allontanandosi dal percorso formativo tracciato dalle figure parentali⁷³.

Diversamente, l’ultima parte dell’art. 318 c.c. fa riferimento ad un concetto diverso dall’abbandono e cioè a quello dell’allontanamento.

Secondo tale disposto, il minore, allora, quando abbia ottenuto il consenso dei genitori in tal senso, è libero di allontanarsi temporaneamente dalla residenza familiare ed, a garanzia della effettività del preventivo permesso degli esercenti la potestà, è attribuito a questi ultimi il potere, esercitabile anche attraverso l’intervento dell’autorità giudiziaria, di richiamare il figlio che abusi della propria libertà “vincolata” alla volontà genitoriale⁷⁴.

Proprio in virtù di questa dialettica tra libertà del minore e volontà dei genitori, deve dirsi che il potere di richiamo di cui all’art. 318 c.c. incontra comunque un limite naturale nella generale funzione della potestà di promozione della personalità del figlio e, conseguentemente, nella capacità di discernimento di questi⁷⁵. In tal senso, il potere di richiamo deve essere esercitato nel rispetto della dignità, del libero sviluppo della personalità ed, in genere, dei diritti fondamentali del minore, sicché è ammissibile un contrasto tra tale prerogativa dei genitori e l’interesse della prole alla propria autodeterminazione.

Dal momento che l’art. 318 c.c. non attribuisce al minore alcuna legittimazione a ricorrere al giudice, il minore, per contrastare il potere di richiamo dei propri genitori, a parte l’esposizione delle proprie ragioni in sede di audizione di cui all’art. 315 *bis*, co. 3, c.c., potrebbe ricorrere al procedimento *ex artt.* 330 o 333 c.c. Tali disposizioni possono essere utilizzate dalla prole quali strumenti per garantirsi la possibilità di esplicitare la propria capacità di discernimento anche contro la volontà parentale⁷⁶. Tali disposizioni, infatti, di là da ogni possibile lettura in chiave colpevolistica o sanzionatoria, sono destinate a realizzare innanzitutto l’interesse del minore ed, in particolare, esse possono essere utilizzate da quest’ultimo quali strumenti per garantirsi la possibilità di esplicitare la propria capacità di discernimento anche contro la volontà parentale⁷⁷.

⁷³ Cfr. M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., 343; M. BESSONE, *Abbandono della casa dei genitori, ricorso al giudice tutelare, interpretazione correttiva dell’art. 318 c.c. a tutela della personalità del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, 548 ss.; A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», cit., 785; C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», cit., 121.

⁷⁴ Cfr. A. GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull’art. 318 c.c.*, Napoli, 1994, *passim*, ed *ivi* ampia bibliografia sul tema.

⁷⁵ Così, *inter alios*, F. MAZZA GALANTI, *Potestà del genitore ed autonomia del minore. In margine all’art. 318 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1238 ss., e F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 305.

⁷⁶ Cfr. M. BESSONE, *Abbandono della casa dei genitori*, cit., 548 ss.; F. MAZZA GALANTI, *Interesse del minore e “ratio legis” dell’art. 318 c.c.*, in *Giur. merito*, 1980, 74 ss., nonché G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 329 ss.

⁷⁷ In ordine alla rilevanza della volontà del minore contraria al reinserimento nella famiglia, E. MASCHIO, *Lo svilimento della potestà parentale*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 1597 ss. In tal senso, ad ogni modo, si



4. L'intervento di riforma del 2012 non ha minimamente modificato il trittico di disposizioni (artt. 316, 317 e 317 *bis*) regolanti l'esercizio della potestà, sicché la norma di riferimento in materia rimane l'art. 316, co. 2, c.c., secondo cui la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. Questa disposizione, superando la precedente impostazione che affidava la titolarità come l'esercizio delle prerogative della potestà esclusivamente alla figura paterna, fissa il basilare principio della regola dell'accordo, derivazione immediata dello spirito che ha animato il legislatore costituente, prima, e quello della riforma del 1975, poi.

Invero, il trittico di norme *supra* menzionato distingueva l'esercizio della potestà in funzione della natura del rapporto esistente tra i genitori esercenti la potestà, per cui gli artt. 316 e 317 c.c. erano destinati a regolamentare l'istituto all'interno di coppie di genitori coniugati, mentre l'art. 317 *bis* disciplinava l'ipotesi della potestà nel caso di genitori naturali. Tale quadro trovava, poi, il proprio naturale completamento negli artt. 155 c.c. e 6 legge n. 898 del 1970, regolanti rispettivamente l'esercizio della potestà nei casi di separazione e di divorzio.

Tuttavia, già prima della legge n. 219/2012, con l'introduzione dell'istituto dell'affidamento condiviso ad opera della legge n. 54/2006 e la conseguente completa riscrittura dell'art. 155 c.c. (con abrogazione dell'art. 6 della l. n. 898/1970), la Suprema Corte di Cassazione aveva ritenuto tacitamente abrogata la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 317 *bis* c.c. In particolare, dal momento che, con l'espressione "*procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*", contenuta nell'art. 4, co. 2, la l. n. 54/2006 aveva inteso disciplinare tutti i rapporti tra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione alle ipotesi caratterizzate da controversie in atto, ne conseguiva la tacita abrogazione della previsione codicistica, in quanto totalmente incompatibile con la nuova legge⁷⁸.

esprime la dottrina quasi unanime: vedi M. BESSONE, *Abbandono della casa dei genitori*, cit., 551 ss.; F. MAZZA GALANTI, *Interesse del minore e "ratio legis" dell'art. 318 c.c.*, in *Giur. merito*, 1980, 74 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 301 ss.; A. GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore*, cit., 183; L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 59 ss. Sul punto vedi le riflessioni di G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 337: «è possibile ammettere non soltanto che il giudice tutelare possa rifiutare di emettere il provvedimento teso a provocare il ritorno forzoso del minore al domicilio assegnatogli (...) ma si riconosce altresì al figlio il potere di contrastare efficacemente il potere dei genitori di richiamarlo a casa, soprattutto provocando i provvedimenti di cui agli artt. 333 e 330 cod. civ., di là dalla qualificabilità della condotta dei genitori come arbitraria o colpevole». *Contra* A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, 64, e M. STELLA RICHTER e V. SGROI, *Delle persone e della famiglia. Filiazione-Tutela degli incapaci- Alimenti-Atti dello stato civile*, in *Comm. cod. civ.*, Libro I, 2, Torino, 1958, 342 ss., i quali sostengono che il giudice non possa legittimamente rifiutare di emettere il provvedimento richiesto dal genitore, dal momento che i poteri relativi alla potestà competono ai genitori in via esclusiva, almeno sino a quando non ne siano privati tramite un atto autoritativo.

⁷⁸ Il riferimento è a Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1206 ss., con nota (critica) di M. SESTA, *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la legge n. 54/2006: quale sorte dell'art. 317bis c.c.?*



La posizione ermeneutica della Suprema Corte si rivela, oggi, confermata dall'ulteriore intervento di riforma del 2012, dal momento che l'unificazione degli *status filiationis* e la conseguente affrancazione del rapporto genitori-figli dalle vicende coniugali dei genitori impone il superamento di qualsivoglia disciplina differenziata dell'esercizio della potestà in ragione della natura della filiazione⁷⁹.

L'esercizio della potestà genitoriale, allora, non potrà che atteggiarsi in maniera unitaria in consonanza con l'unicità dello stato di figlio, prescindendo dalle modalità di acquisizione dello stesso. Alla luce di tanto, la presenza nel contesto codicistico dell'art. 317 *bis* non trova più giustificazione alcuna, ma assurgono a riferimento esclusivo le regole dettate dagli artt. 316 e 317 c.c., applicabili a qualsivoglia relazione genitore-figlio, indipendentemente dal fatto che si discorra di genitori coniugati o non coniugati, conviventi o non conviventi⁸⁰. A queste previsioni, in caso di scioglimento del vincolo matrimoniale originariamente esistente tra i genitori, si accompagnano le specificazioni di cui all'art. 155, co. 3, c.c., che comunque assegnano l'esercizio della potestà genitoriale ad entrambi i genitori in coerenza con la *ratio* dell'affidamento condiviso della prole. D'altronde, l'art. 317, co. 2, c.c. chiarisce che la potestà comune dei genitori non cessa neppure quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno soltanto di essi, sicché può dirsi oggi che l'istituto sia completamente svincolato, nelle titolarità come nelle modalità di esercizio, dalle sorti del vincolo coniugale eventualmente esistente tra i genitori.

Tale opzione in favore della costanza della bigenitorialità introdotta nel 2006, che costituisce un significativo *quid novi* rispetto al passato, oltre ad evidenziare l'esigenza della condivisione del ruolo educativo anche nella crisi del rapporto coniugale, in conformità a quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare, una volta di più, l'istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole⁸¹.

⁷⁹ In tema, L. ROSSI CARLEO, *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, relazione svolta al Convegno "Persona e comunità familiare (1982-2012)", Salerno, 28-29 settembre 2012, in *Comp. dir. civ.* (www.comparazioneDirittocivile.it), 2012, 1 ss., nonché F. ASTIGGIANO, *L'affidamento condiviso nell'analisi della Suprema Corte a quattro anni dall'introduzione dell'istituto*, in *Fam. dir.*, 2010, 533 ss.

⁸⁰ È questa la posizione espressa, tra gli altri, da M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., 238. Vedi anche B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 3, 2013, 291 ss.

⁸¹ Vedi ancora Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, cit., nonché Cass. 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68 ss., con nota di M. MANTOVANI, e Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526, ivi, 2011, I, 412 ss., con nota di M.N. BUGETTI. In dottrina, G. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2006, 52 ss.



4.1. L'art. 316, co. 2, c.c., dunque, detta un principio generale che innerva l'istituto della potestà genitoriale in maniera trasversale, indipendentemente tanto dalla natura (personale o patrimoniale che sia) del rapporto preso in considerazione, tanto dalla rilevanza di esso (a seconda che abbia efficacia rispetto ai terzi oppure si esaurisca nel rapporto genitori-figli)⁸².

Quale ricaduta nella dimensione del rapporto genitori-figli di disposizioni fondanti l'intero sistema del moderno diritto di famiglia italiano, appartenenti al testo costituzionale (artt. 3 e 29, co. 2), come al dettato codicistico (artt. 143 e 144)⁸³, il legislatore, con l'art. 316 c.c., ha voluto cancellare ogni possibile dubbio circa la piena parità dei coniugi nel rapporto con i figli.

Al fine di evitare la possibilità del crearsi di due rapporti paralleli facenti capo ad un unico interesse – *id est*, quello della prole – l'art. 316, co. 2, c.c. impone che la potestà venga esercitata nella costante consonanza d'intenti tra le due figure parentali, chiamate a determinare insieme quale siano le scelte più opportune per tutelare i figli.

La regola dell'accordo, perciò, informa di sé tutti gli aspetti della potestà, innanzitutto quelli di ordine esistenziale con le scelte riguardanti l'educazione e l'istruzione della prole, ma chiaramente anche i profili patrimoniali, secondo le specificazioni dettate dall'art. 320 c.c. in ordine alla amministrazione ed alla rappresentanza.

Evidentemente, non esiste un accordo unico e definitivo, ma la fisiologia del rapporto genitori-figli è caratterizzata da una pluralità di atti di esercizio congiunto della potestà secondo le esigenze manifestate di volta in volta dalla tutela dell'interesse del figlio. La necessaria pluralità delle manifestazioni di accordo *ex art.* 316, co. 2, c.c. induce ad escludere, se intesa in tal senso, sia la possibilità di un consenso prestato *una tantum* da parte di uno dei genitori, sia la assoluta delegabilità di tale potere: in questa ottica, non bisogna mai tralasciare, accanto al profilo privatistico del potere, quello pubblicistico della

⁸² In ordine alla regola dell'accordo di cui all'art. 316, co. 2, c.c., P. VERCELLONE, *Principio di parità tra coniugi e potestà dei genitori*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., 1057 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 331 ss.; A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», cit., 779 ss.; C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», cit., 116 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *la famiglia e le successioni*, cit., 287 ss.; N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 82 ss., il quale discorre di cogestione dell'ufficio. Vedi anche T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 416 ss., ed E. QUADRI, *I figli nel conflitto familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 539 ss.

⁸³ Cfr. N. IRTI, *Il governo della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del convegno organizzato dal Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia, Milano, 1976, 37 ss., il quale discorre di «governo collegiale», con la partecipazione di tutti i membri della comunità familiare, tanto in ordine alle scelte attinenti al generale governo della famiglia, quanto rispetto a quelle relative all'esercizio della potestà genitoriale. Vedi anche A. D'ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. AMRAN e A. D'ANGELO, Padova 2011, 13 ss.



doverosità che caratterizza la potestà genitoriale⁸⁴. Anche nei rapporti con i terzi, può concludersi che, in virtù del generale principio dell'affidamento che regola il nostro ordinamento, questi potranno legittimamente presumere il consenso di entrambi i genitori nelle questioni di minore rilevanza e, dunque, affidarsi alla volontà espressa da uno soltanto di questi. Diversamente, per le decisioni di maggiore importanza, tale presunzione non varrà più e, di conseguenza, sul terzo incomberà l'onere di verificare l'effettività dell'accordo tra i genitori⁸⁵.

Una tale impostazione, ad ogni modo, non esclude, anzi postula la costante verifica della meritevolezza di tutela di tali accordi secondo il criterio normativo della centralità dell'interesse morale e materiale del minore: tale valutazione andrà svolta analiticamente rispetto ad ogni forma di accordo riconducibile all'art. 316, co. 2, c.c., siano essi frutto della manifestazione espressa della volontà di entrambi i genitori oppure della volontà unilaterale di uno di essi sorretta – *rectius*, legittimata - dalla presunzione del consenso dell'altro⁸⁶.

4.2. In ragione dell'incapacità di agire del minore *sub potestate*, questi non può validamente porre in essere attività negoziali che abbiano una ricaduta nella sua sfera giuridica; di conseguenza, il suo patrimonio, prima della maggiore età, è affidato a chi esercita la potestà, affinché ne curi gli interessi e ponga in essere ogni attività di carattere materiale, negoziale o processuale necessaria⁸⁷. In tal senso, sul presupposto della costante

⁸⁴ Anche secondo la giurisprudenza la potestà dei genitori non ha un contenuto così ampio da consentire ai titolari una illimitata possibilità di scelta delle modalità di esercizio ed, in tal senso, non può essere delegata ad altri se non per tempi determinati e cause giustificate (cfr. Trib. min. Milano 21 settembre 1977, in *Giur. merito*, 1979, 343 ss.). Cfr. pure A. ARCERI, *La giurisprudenza conferma la flessibilità delle regole sull'affido in funzione dell'interesse del minore*, nota a Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587 e a Trib. Mantova, 2 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2010, 684 ss.

⁸⁵ In dottrina, M.N. BUGETTI, *Affidamento condiviso e affidamento monogenitoriale*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. SESTA e A. ARCERI, Torino, 2012, 59 ss., e, di recente, A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2012, 707 ss. Secondo P. VERCELLONE, *Principio di parità tra coniugi e potestà dei genitori*, cit., 1059, una analoga impostazione può applicarsi anche nel rapporto tra genitori e figlio. Quest'ultimo, cioè, potrebbe legittimamente rifiutarsi di obbedire alla volontà formulata unilateralmente da uno soltanto dei genitori quando già risulti un contrasto tra di essi in merito alla questione oppure si tratti di decisioni di particolare importanza. Diversamente, il figlio sarà tenuto ad ottemperare all'ordine unilaterale del genitore se dato nell'ordinaria vita quotidiana, in forza di una tacita delega oppure se pare conforme a regole di principio già elaborate in comune dai due genitori.

⁸⁶ In tema, P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge. Provvedimenti di particolare importanza, purtroppo con inconveniente di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 305 ss. Analogamente E. QUADRI, *La rilevanza dell'interesse e della volontà del minore nel diritto di famiglia*, in *Foro nap.*, 2000, 95 ss. Cfr. anche, nella prospettiva della patologia matrimoniale, G. OBERTO, *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, 271 ss.

⁸⁷ In prospettiva generale, sulla tutela del patrimonio degli incapaci, A. VECCHIARUTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, 55 ss.; P. STANZIONE, *Capacità. Diritto privato*, cit., 67 ss.; F. GIARDINA, *La*



validità della regola dell'accordo *ex art.* 316 c.c. nell'esercizio dell'ufficio, l'art. 320 c.c. integra tale disciplina, affidando specificamente agli esercenti la potestà tanto l'amministrazione dei beni del figlio quanto la rappresentanza della sua persona.

L'amministrazione e la rappresentanza di cui all'art. 320 c.c. sono due prerogative della potestà genitoriale che, sebbene entrambe attinenti ai profili patrimoniali dell'ufficio, tuttavia devono essere nettamente distinte. Il potere di amministrare i beni del minore, infatti, include ogni attività destinata a produrre, direttamente o indirettamente, una modificazione dell'assetto o una alterazione della consistenza quantitativa e/o qualitativa del patrimonio del minore⁸⁸. Al contrario, il potere di rappresentanza, per molti aspetti, deve essere qualificato come strumentale rispetto a quello di amministrazione, poiché quest'ultimo implica, per poter essere esercitato, la necessità di incidere nella sfera giuridica del minore, stante la sua assoluta incapacità. Nonostante ciò, però, non può concludersi che il potere di rappresentanza si esaurisca semplicemente in quello di gestione del patrimonio, dal momento che esso non riguarda, secondo il dettato dell'art. 320 c.c., soltanto gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, ma «tutti gli atti civili» e, di conseguenza, anche atti a contenuto non patrimoniale, fatta eccezione per quelli personalissimi e quelli che eccezionalmente possono essere compiuti direttamente dal minore⁸⁹.

Nell'esegesi del dettato dell'art. 320 c.c., assume, poi, un ruolo centrale l'ulteriore partizione tra atti di ordinaria ed atti di straordinaria amministrazione. L'elemento distintivo deve essere individuato nell'intensità degli effetti dell'atto che i genitori sono chiamati a compiere: dovranno così qualificarsi di ordinaria amministrazione tutti quegli atti indirizzati alla conservazione o al miglioramento del patrimonio, così come alla regolamentazione ed alla disponibilità delle rendite. Saranno, invece, di straordinaria amministrazione le attività che incidono direttamente sulla consistenza del patrimonio in negativo, producendo rilevanti alterazioni tramite trasferimenti o modificazioni dell'assetto originario.

Di conseguenza, di là dalla elencazione meramente esemplificativa offerta dal terzo comma dell'art. 320 c.c., la qualificazione di un atto come di ordinaria o di straordinaria

condizione giuridica del minore, cit., 25 ss.; G. DELLA FONTANA, voce «*Curatore speciale*», in *Novissimo dig.*, V, Torino, 1960, 51 ss.; A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*, sub art. 343 – 389, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna – Roma, 1979, *passim*; U. BISEGNA, voce «*Tutela e curatela (diritto civile)*», in *Novissimo dig.*, XIX, Torino, 1973, 924 ss.; G. PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, *passim*.

⁸⁸ In questi termini si esprime G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., 1076. Cfr. anche L. NANNI, *Rappresentanza legale dei genitori e intestazione di beni ai figli minori*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 109 ss.

⁸⁹ Come evidenziato da G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, cit., 1080, quella dei genitori è una rappresentanza legale (perché il relativo potere è conferito dalla legge e non dall'interessato), necessaria (poiché solo attraverso di essa il minore può partecipare alla vita giuridica) e diretta (poiché i genitori agiscono in nome del figlio, e quindi con effetti immediati e diretti nella sua sfera patrimoniale). In tema cfr. anche M. BERNARDINI, *Schemi legali e rapporti concreti nel diritto di famiglia*, in *Riv. notar.*, 2000, I, 525 ss.



amministrazione non può essere predeterminata in astratto, ma deve necessariamente essere casistica e legata ai parametri particolari del caso concreto.

Soltanto gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con cui si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti da ognuno dei genitori in via disgiuntiva, senza la necessaria partecipazione di entrambi⁹⁰.

Gli atti di straordinaria amministrazione, invece, devono essere compiuti con la partecipazione di ambedue i genitori esercenti la potestà e con l'autorizzazione del giudice tutelare. Quest'ultimo sarà chiamato a valutare, in via preventiva, la sussistenza delle uniche condizioni che giustificano il compimento di atti di eccedenti l'ordinaria amministrazione da parte dei genitori, cioè la necessità o l'utilità evidente per il minore⁹¹.

⁹⁰ In ordine agli atti di ordinaria amministrazione, nell'ambito di una casistica giurisprudenziale molto variegata, può evidenziarsi, ad esempio, che l'esercizio di un'azione giudiziaria in rappresentanza di un figlio minore di età da parte del genitore esercente la patria potestà non costituisce atto eccedente l'ordinaria amministrazione quando persegua delle finalità di conservazione del patrimonio del minore e può quindi proporsi in base ai poteri di rappresentanza del genitore, senza che sia necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. (Cass., sez. I, 12 aprile 1988, n. 2869, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 4). L'autorizzazione del giudice tutelare ex art. 320 c.c. è necessaria per promuovere giudizi relativi ad atti di amministrazione straordinaria, che possono cioè arrecare pregiudizio e diminuzione del patrimonio e non anche per gli atti diretti al miglioramento e alla conservazione che fanno già parte del patrimonio del minore. Ne consegue che l'autorizzazione non è necessaria per proporre domanda di demolizione di opere costruite dal vicino in violazione delle norme legali sulle distanze, giacché con detta azione si mira a impedire l'assoggettamento del fondo dell'incapace a vantaggio del fondo altrui (Cass., sez. II, 6 agosto 1999, n. 8484, in *Fam. dir.*, 1999, 576 ss.).

⁹¹ In merito alle fattispecie di atti di straordinaria amministrazione individuate dalla giurisprudenza, la transazione avente ad oggetto la controversia relativa al risarcimento del danno, stipulata dal genitore nell'interesse del figlio minore, costituisce atto di straordinaria amministrazione quando abbia ad oggetto un danno che, per la sua natura e la sua entità, possa incidere profondamente sulla vita presente e futura del minore danneggiato. In questo caso è necessaria, per la validità della transazione, l'autorizzazione del giudice tutelare ex art. 320 c.c. (Cass., sez. III, 22 maggio 1997, n. 4562, in *Foro it.*, 1997, I, 2473 ss.). Allo stesso modo, il contratto preliminare di vendita di un immobile pervenuto in eredità ad un minore, stipulato dal genitore senza la previa autorizzazione del Tribunale prescritta dall'art. 747 c.p.c., non è inesistente o nullo, bensì solo annullabile, salvo che le parti nella legittima esplicazione della loro autonomia negoziale abbiano subordinato la validità, come l'esecuzione del contratto stesso, con riguardo al termine per la stipulazione del contratto definitivo, al previo intervento dell'autorizzazione (Cass., sez. II, 10 luglio 1991, n. 7638, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 7). Tuttavia, almeno parzialmente *contra* Cass., sez. III, 17 marzo 1990, n. 2235, in *Vita not.*, 1990, 648 ss., ove è sancito che l'autorizzazione di cui all'art. 320 c.c. richiesta per il compimento, da parte dei genitori esercenti la potestà, di atti di straordinaria amministrazione non è diretta a conferire efficacia ad un negozio giuridico già formato, ma rappresenta un elemento costitutivo dello stesso che deve sussistere al momento della sua conclusione non potendo essere supplito da un'autorizzazione successiva ancorché il negozio sfornito di quel requisito di validità sia affetto non da nullità ma da annullabilità che può essere fatta valere successivamente dal genitore, dal figlio, dai suoi eredi o aventi causa. In ordine alla legittimazione a proporre



Fattispecie particolari riconducibili alla categoria degli atti di straordinaria amministrazione sono quelle previste dai commi 4 e 5 dell'art. 320 c.c. La prima è quella della riscossione dei capitali, per la quale, nonostante la normale incidenza in positivo sul patrimonio del minore, è sempre richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare, chiamato a determinare anche le modalità di impiego delle relative somme. La seconda è quella della continuazione dell'esercizio di una impresa commerciale, che deve essere autorizzata dal tribunale secondo il parere espresso dal giudice tutelare⁹².

Gli atti compiuti in violazione di tali disposizioni sono annullabili *ex art.* 322 c.c. su istanza dei genitori esercenti la potestà, del figlio o dei suoi eredi o aventi causa⁹³.

l'azione di annullamento, bisogna sottolineare che la mancanza di autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione riguardanti i minori di età non dà luogo ad inesistenza o a nullità degli atti stessi, bensì alla loro annullabilità, la quale può essere fatta valere soltanto dal genitore che abbia agito in rappresentanza del figlio o dal figlio medesimo. Pertanto, l'annullabilità, per mancanza dell'autorizzazione del giudice tutelare, dell'accettazione dell'eredità devoluta a minori di età non può essere fatta valere dai coeredi allo scopo di accrescere la loro quota dell'asse ereditario (Cass., sez. II, 12 agosto 1996, n. 7495, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1171 ss.). Analogamente, *inter alios*, Cass., sez. II, 23 dicembre 1988, n. 7044, *ibidem*, 1988, 12.

⁹² In merito alla fattispecie prevista dall'art. 320, co. 5, c.c., G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 341, osserva come dall'esplicito riferimento alla continuazione si possa trarre la conseguenza che l'autorizzazione si riferisce esclusivamente alle aziende pervenute al minore a titolo gratuito. In tal senso, anche G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, cit., 1107. Ad ogni modo, altre voci dottrinali non ritengono vietato in modo assoluto l'acquisto a titolo oneroso di un'azienda, purché tale acquisto non implichi per il minore l'acquisto della qualità di imprenditore. In tal senso, A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 629, nonché A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., 2099. In dottrina, anche U. APICE, *Tutela della famiglia e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 872 ss.

⁹³ In merito ai negozi conclusi in difetto di autorizzazione o con autorizzazione invalida, la mancanza di autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione riguardanti i minori di età non dà luogo ad inesistenza o a nullità degli atti stessi, bensì alla loro annullabilità, la quale può essere fatta valere soltanto dal genitore che abbia agito in rappresentanza del figlio o dal figlio medesimo. Pertanto, l'annullabilità, per mancanza dell'autorizzazione del giudice tutelare, dell'accettazione dell'eredità devoluta a minori di età non può essere fatta valere dai coeredi allo scopo di accrescere la loro quota dell'asse ereditario (Cass., sez. II, 12 agosto 1996, n. 7495, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1171 ss.). In mancanza di autorizzazione del giudice tutelare per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione riguardanti i minori di età non dà luogo ad inesistenza o nullità degli atti stessi, bensì alla loro annullabilità ai sensi dell'art. 322 c.c., la quale può essere fatta valere soltanto dal genitore (che abbia agito in rappresentanza del figlio) o dal figlio medesimo, e non anche dalla controparte del negozio (Cass., sez. II, 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 12). In ordine alla efficacia dei contratti conclusi da persone incapaci (nella specie: minori), essi, come sancito *ex art.* 322, non sono nulli, ma soltanto annullabili: di conseguenza, producono effetti giuridici fino a quando non vengono annullati a istanza degli stessi incapaci o di coloro che per essi sono legittimati all'azione di annullamento, senza che a tal fine sia necessaria la convalida, che serve soltanto ad assicurare la definitiva validità del contratto, paralizzando l'azione di annullamento eventualmente esercitata prima che si compia il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 1442 c.c. (così Cass., sez. II, 22 dicembre 1984, n. 6666, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 12).



Di là dalla previsione della annullabilità, il codice definisce una serie di strumenti finalizzati ad evitare che il minore possa subire dei pregiudizi di ordine economico in ragione della attività di amministrazione del suo patrimonio esercitata dai genitori. Si tratta di misure a carattere preventivo, consistenti nell'intervento di un curatore speciale sia nell'ipotesi in cui vi sia un conflitto d'interessi fra i figli o tra questi ed i genitori esercenti la potestà⁹⁴ (art. 320, ult. co., c.c.), sia quando il genitore esercente la potestà non possa o non voglia compiere alcuni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione nell'interesse del figlio (art. 321 c.c.)⁹⁵.

⁹⁴ Qualora il conflitto d'interessi riguardi uno soltanto dei genitori non viene nominato un curatore speciale, ma l'esercizio della potestà per quel caso specifico si concentra in capo al genitore che non sia portatore di un interesse contrastante con quello del figlio minore. Sul punto, vedi approfonditamente G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, cit., 1122 ss. Critica rispetto a tale soluzione normativa è G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 342, la quale evidenzia come, applicando il disposto dell'art. 320, ult. co., c.c. si rischia di porre uno dei genitori nella difficile alternativa di dover scegliere tra gli interessi configgenti del figlio e del proprio coniuge. Si propone, in tal senso, di dare rilevanza anche al cd. conflitto d'interessi indiretto, che si estende a persone legate al genitore da vincoli economici ed affettivi tali da far ritenere che l'interesse dell'altro sia sentito come proprio.

⁹⁵ In ordine al presupposto applicativo dell'art. 320, ult. co., c.c., perché si configuri conflitto di interessi ai sensi dell'art. 320 c.c., è necessario che l'interesse di cui è portatore il genitore sia contrastante con quello del figlio minore. Tale conflitto, invece, non sorge quando, pur avendo i due soggetti interessi propri e distinti al compimento dell'atto, questo corrisponda al vantaggio comune di entrambe le parti, sicché i due diversi interessi, secondo l'apprezzamento del giudice del merito incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato, siano compatibili (Cass., sez. I, 12 aprile 1988, n. 2869, cit.). È ravvisabile un conflitto d'interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale (nella specie, figlio minore e rispettivi genitori), ogni volta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività; ne consegue che la relativa verifica va compiuta in astratto ed "ex ante" secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto ed a posteriori alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa. Pertanto, in caso di omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio (Cass., sez. II, 16 settembre 2002, n. 13507, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1672 ss.). Non si configura conflitto di interessi tra il genitore ed il minore da lui legalmente rappresentato, e non è, conseguentemente, necessaria la nomina di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 320 ultimo comma c.c., invece, quando il compimento dell'atto, pur avendovi i due soggetti un interesse proprio e distinto, realizza un vantaggio comune di entrambi senza danno reciproco (in tal senso, Cass., sez. III, 28 febbraio 1992, n. 2489, *ibidem*, 1992, 2). Tale conflitto, invece, non sorge quando, pur avendo i due soggetti interessi propri e distinti al compimento dell'atto, questo corrisponda al vantaggio comune di entrambe le parti, sicché i due diversi interessi, secondo l'apprezzamento del giudice del merito incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato, siano compatibili (Cass., sez. I, 12 aprile 1988, n. 2869, *ibidem*, 1988, 4). Ad esempio, nell'ipotesi di donazione di cellule staminali, midollari e periferiche a scopo di infusione da parte di un minore a favore della madre, configurandosi un obiettivo conflitto di interessi (tra quello della madre al rimedio terapeutico necessario per la cura e quello del figlio alla sua integrità fisiopsichica), a maggiore tutela del minore, è



Ad ogni modo, non qualsiasi forma di inerzia giustifica la nomina del curatore speciale *ex art. 321 c.c.*, ma esclusivamente quella derivante dal fatto che i genitori “*non possono*” o “*non vogliono*” compiere l’atto. I poteri del curatore speciale differiscono in maniera sostanziale nelle due fattispecie, sebbene siano sempre funzionalizzati alla tutela del patrimonio del minore. Nell’ipotesi prevista dall’art. 320, ult. co., c.c., infatti, il curatore speciale ha il potere discrezionale di accertare se un determinato atto corrisponda oppure no all’interesse del minore. Nella fattispecie di cui all’art. 321 c.c., invece, il curatore speciale è semplicemente chiamato a porre in essere l’atto che i genitori si rifiutavano di effettuare o non potevano realizzare⁹⁶.

4.3. Conseguenza diretta dell’attribuzione dell’esercizio congiunto della potestà ad entrambi i genitori è la possibilità che essi non riescano a trovare un accordo circa le scelte da compiere in ordine alla vita del minore⁹⁷.

Qualora il contrasto tra i genitori si dimostri insanabile tramite la mera conciliazione, si apre un vero e proprio procedimento giurisdizionale, che ha natura di volontaria giurisdizione, secondo il rito camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. Il giudice, infatti, attribuirà il potere di decisione al padre oppure alla madre, a seconda di chi tra i due ritenga nel caso concreto più idoneo a tutelare l’interesse del figlio⁹⁸. Il contenuto di tale

opportuno che il consenso alla donazione venga espresso non dai genitori naturali, ma da un tutore che sia persona estranea al nucleo familiare e con specifica competenza sanitaria (cfr. Trib. min. Perugia 26 aprile 1999, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 361 ss.). Il curatore speciale, nominato per rappresentare in sede negoziale un incapace in conflitto d’interessi con il suo rappresentante legale, è l’unico legittimato ad agire o a resistere in giudizio in suo nome nelle controversie che ne derivano (così Cass., sez. II, 16 settembre 2002, n. 13507, *ibidem*, 2002, 1672 ss.). Cfr. anche Cass., sez. I, 10 marzo 1980, n. 1586, in *Riv. notar.*, 1980, 882 ss.

⁹⁶ Ai sensi dell’art. 321 c.c., così come modificato dall’art. 144 della l. 19 maggio 1975 n. 151, il giudice competente a nominare un curatore speciale al minore, nel caso in cui entrambi i genitori, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio, è il tribunale ordinario e non il tribunale dei minorenni, né il giudice tutelare, atteso che il riferimento ai provvedimenti del giudice tutelare a proposito dell’art. 321 c.c. contenuto nell’art. 45 comma 1 disp. att. c.c., deve intendersi fatto con riferimento al comma 1 di detto articolo, non più sussistente nella unitaria formulazione nel nuovo testo dell’articolo, non più sussistente nella unitaria formulazione del nuovo testo dell’art. 321, con la conseguenza che questo deve essere inteso, in mancanza di un’espressa attribuzione della detta competenza al tribunale dei minorenni o a diversa autorità giudiziaria, come riferito al tribunale ordinario (Cass., sez. I, 13 marzo 1992, n. 3079, in *Vita not.*, 1992, 1146 ss.).

⁹⁷ In tema, M. BESSONE, *Ambito di operatività dell’art. 316 comma 3 c.c., intervento del giudice e “ratio legis” delle norme costituzionali*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1196 ss., e G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 331 ss.

⁹⁸ Cfr. E. MESSORI, *Esercizio della potestà dei genitori e decisioni di maggiore interesse per i figli nel caso di separazione personale*, in *Riv. notar.*, 1985, 1080 ss.



provvedimento consisterà in una deroga, per quel caso specifico, alla regola dell'accordo *ex art. 316, co. 2, c.c.*, con conseguente attribuzione del potere di decisione unilaterale ad uno soltanto dei genitori⁹⁹.

Ad ogni modo, la facoltà di invocare l'intervento del giudice *ex art. 316 c.c.* non è stata mai praticamente utilizzata ed il dettato della disposizione è rimasto lettera morta nella storia oramai quasi quarantennale del diritto di famiglia posttriforma¹⁰⁰: ciò dipende, con buona probabilità, dal fatto che tale procedimento dovrebbe andare ad inserirsi nella fisiologia della vita familiare ed, essendo destinato a dirimere singole specifiche controversie intorno a questioni di particolare rilevanza, presuppone l'esistenza di un accordo di massima circa l'educazione e l'istruzione della prole¹⁰¹. I genitori, invece, tendono ad escludere l'ingerenza del giudice dalle proprie decisioni in ordine ai figli, anche quando queste siano fonte di forti contrasti e di disaccordo, preferendo, invece, ricorrere successivamente, in una situazione a quel punto patologica, alle ben più incisive previsioni degli artt. 330 ss. c.c., se non addirittura alla separazione o al divorzio.

Una ultima notazione merita la questione dell'intervento dell'autorità giudiziaria nella fisiologia dell'esercizio della potestà *ex art. 316 c.c.*: il figlio non è legittimato a ricorrere al giudice, sebbene tale procedimento avrà delle ripercussioni molto rilevanti proprio sull'esistenza di quest'ultimo, né la gravità di tale mancanza può essere stemperata dalla previsione della audizione del minore che abbia compiuto i quattordici anni (età anagrafica che si pone oggi in palese contrasto con quella di dodici anni fissata dall'art. 315 *bis*, co. 3, c.c.). È questa una ulteriore prova del fatto che anche il legislatore del 2012, pur mosso dall'intento di esaltare la posizione della prole in ordine alle decisioni che la riguardano, non ha ritenuto di portare a compimento tale disegno attribuendo rilevanza immediata alla capacità di autodeterminazione del minore, eventualmente in contrasto con la volontà genitoriale.

⁹⁹ In tema, G. MORANI, *Potestà parentale e pronunce dissonanti del giudice minorile nei due gradi: un contrasto (insistito) da comporre*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, I, 1020 ss.

¹⁰⁰ Analogamente, P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, III, 2, Torino, 1987, 457 ss.

¹⁰¹ Così anche G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 332, la quale ammette, al più, che possano ricorrere alla procedura in esame i genitori separati o divorziati cui i figli siano stati affidati congiuntamente. Su posizioni analoghe si pongono anche M. DOGLIOTTI e G. GIACCHERO, *La potestà dei genitori, una rassegna di giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 1999, 193 ss., i quali sottolineano come la giurisprudenza, nei pochissimi casi in cui il procedimento ha trovato applicazione, sia costante nell'escludere i coniugi, anche separati soltanto di fatto, dal potere di ricorrere al giudice *ex art. 316 c.c.* Questa conclusione, nell'impostazione adottata dagli Autori, deriverebbe dall'inesistenza di una comunità familiare da tutelare. *Contra* M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., 326 ss., il quale sottolinea, invece, come lo strumento in esame potrebbe essere molto più utile per dirimere i contrasti, certamente più frequenti e più gravi, tra genitori separati di fatto in merito alle scelte circa i figli minori. Egli, anzi, allarga la sfera di applicazione dell'art. 316, co. 2, c.c. anche ai genitori legalmente separati o divorziati.



4.4. Il dettato dell'art. 317, co. 1, c.c. soltanto in apparenza può apparire una eccezione alla regola dell'accordo di cui all'art. 316, co. 2, c.c.¹⁰² La norma in esame, infatti, prescrive che nel caso di lontananza, incapacità od altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

Presupposto di applicabilità dell'art. 317, co. 1, c.c. è il verificarsi di qualsiasi causa, estrinseca o intrinseca alla persona del genitore, che gli impedisca materialmente o giuridicamente l'esercizio della potestà per un periodo di tempo più o meno lungo. Può individuarsi, allora, una serie indefinita di fattispecie riconducibili al dettato della norma in esame: da quelle della lontananza e dell'incapacità¹⁰³, legale o naturale che sia, tipizzate dal legislatore, a quelle, individuate da dottrina e giurisprudenza, come la malattia o la lunga assenza per qualsiasi motivo. L'effetto concentrativo, peraltro, ha luogo per il semplice verificarsi di uno dei presupposti previsti dall'art. 317 c.c., senza che occorra un provvedimento di carattere giurisdizionale teso all'accertamento del medesimo; d'altronde, parallelamente, il mero venir meno del presupposto impeditivo coincide cronologicamente e giuridicamente con la reintegrazione nell'esercizio della potestà del genitore prima impossibilitato.

Di tenore assolutamente differente rispetto a quella dell'art. 317 c.c., è la previsione dell'art. 316, co. 4, c.c., che stabilisce una vera e propria eccezione alla regola dell'accordo, attribuendo temporaneamente al padre il potere esclusivo di adottare decisioni nell'interesse della prole. Tale norma rappresenta un evidente *vulnus* al principio della perfetta parità tra i genitori nell'esercizio della potestà, giustificata dalla necessità di tutelare comunque l'interesse del figlio in situazioni particolarmente gravi e di indifferibile pericolo, scegliendo, nell'indecisione dei genitori, quello cui affidare *ipso iure* il potere di scelta¹⁰⁴.

Presupposto primo dell'applicazione della norma, infatti, è il disaccordo conseguente all'esercizio congiunto della potestà da parte di entrambi i genitori: ambedue devono essere, in tal senso, legittimati a decidere secondo la regola dell'accordo di cui all'art. 316, co. 2, c.c. e nella piena possibilità, giuridica e materiale, di fare ciò (altrimenti si applicherebbe l'art. 317 c.c.). La possibilità per il padre di ricorrere al potere esclusivo di decisione di cui all'art.

¹⁰² In tal senso, anche P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni*, cit., 1060.

¹⁰³ Da sottolineare sul punto le riflessioni di G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit.: «se si limita l'osservatorio al rapporto educativo, intercorrente tra genitori e figlio e fondato sull'indirizzo concordato dei genitori, ne discendono due conseguenze. La prima è che in tale materia non può ricorrersi alla mancanza di capacità legale d'agire – ad esempio a causa d'interdizione – ma soltanto alla incapacità naturale di intrattenere una valida relazionalità e di determinarsi consapevolmente, e nel rispetto dell'interesse del minore, per quanto attiene alle scelte educative e alla cura del minore sotto il profilo personale. Differente il discorso per quanto concerne i profili patrimonialistici dell'esercizio della potestà, dominato qui dalla capacità legale d'agire del soggetto nel campo negoziale e nei rapporti con i terzi».

¹⁰⁴ Circa i pesanti dubbi di costituzionalità che gravano sull'art. 316, co. 4, c.c., si veda G. AUTORINO STANZIONE, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli-Bologna, 1991, 778 ss.



316, co. 4, c.c., è però condizionata alla preventiva ricerca di un accordo con l'altro genitore e, pur nella brevità dei tempi, soltanto nel momento in cui la soluzione concordata si riveli irraggiungibile o comunque tardiva rispetto al pericolo incombente sul figlio egli sarà legittimato ad agire in autonomia. Qualora, infatti, la madre fosse soltanto irraggiungibile in tempo o semplicemente assente, si ricadrebbe nella diversa ipotesi di cui all'art. 317 c.c. ed alla conseguente concentrazione in capo al padre dell'esercizio della potestà e del correlato potere di decisione, ma, come visto, tale possibilità non è prerogativa attribuita al solo padre, bensì indifferentemente applicabile ad ognuna delle figure parentali.

L'eccezionalità della disposizione in esame ne giustifica una interpretazione restrittiva, in particolare rispetto agli ulteriori presupposti della incombenza del pericolo, della gravità del pregiudizio conseguente, come della urgenza e della indifferibilità dei provvedimenti adottati. Soltanto una lettura della norma che sia coerente con la sua eccezionalità, dunque, consentirà di restringerne il campo applicativo a quelle fattispecie in cui è effettivamente lecito sacrificare il principio di parità dei coniugi: si pensi quale esempio emblematico al campo degli interventi sanitari di assoluta urgenza.

4.5. Si è visto come, in caso di conflitto di interessi tra genitori e minore o tra uno dei genitori ed il figlio, l'ordinamento risolva tale conflitto d'interessi ricorrendo nel primo caso alla nomina di un curatore speciale e nel secondo all'attribuzione di un potere di rappresentanza esclusivo all'altro genitore.

La disciplina dell'istituto, ad ogni modo, sempre nell'ottica della funzionalizzazione della potestà al solo interesse della prole, conosce una serie di fattispecie che il legislatore ha preventivamente qualificato come caratterizzate da un conflitto di interessi non superabile. Sono le ipotesi di cui all'art. 323 c.c.: tale disposizione sancisce che i genitori esercenti la potestà non possano, neppure ad un'asta pubblica, rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del figlio minore.

Il minore *sub potestate* non potrà mai autorizzare i propri genitori a rendersi acquirenti di un suo bene, né esistono circostanze concrete che in questa particolare ipotesi possano escludere il conflitto d'interesse: gli atti vietati agli esercenti la potestà *ex art. 323 c.c.* si presumono *iuris et de iure* compiuti in conflitto con l'interesse dell'amministrato.

Tale conclusione ermeneutica trova, peraltro, conferma anche nella mancata previsione da parte del legislatore della applicabilità dell'art. 320, ult. co., c.c. alle fattispecie di cui all'art. 323 c.c.: neppure attraverso la nomina di un curatore speciale ai genitori esercenti la potestà è consentito trasferire nel proprio personale patrimonio un bene del figlio minore.

La *ratio* dell'art. 323, co. 1, c.c., infatti, non è tanto quella di ostacolare la conclusione del negozio tra genitori e figli, quanto quella di impedire il sorgere di determinati effetti giuridici in capo agli esercenti la potestà: in altre parole, vista anche l'estensione del divieto agli acquisti compiuti per interposta persona, lo scopo della disposizione in esame non è



quella di impedire l'atto in sé, bensì di impedire che determinati beni – quelli appartenenti al patrimonio del minore - pervengano in qualche modo ai genitori¹⁰⁵.

In virtù dell'ultimo comma dell'art. 323 c.c., il divieto *de quo* si estende anche alle ragioni ed ai crediti verso il minore, di cui i genitori esercenti la potestà non possono diventare cessionari. In ordine alla interpretazione di questa disposizione, si ritiene generalmente che, con il termine «ragioni», il codice si riferisca esclusivamente ai cd. diritti litigiosi, ossia a quei diritti per i quali è già in atto una controversia con il minore oppure potrebbe potenzialmente sorgere¹⁰⁶.

Conseguenza della violazione delle disposizioni dell'art. 323 c.c. è l'annullabilità degli atti posti in essere dai genitori esercenti la potestà. Coerentemente con la *ratio* della norma, il co. 2 dell'articolo in esame prevede quali soggetti legittimati a chiedere l'annullamento esclusivamente il figlio ed i suoi eredi o aventi causa, escludendo i genitori che, in questa specifica ipotesi, sono per definizione in conflitto d'interessi con la prole e, dunque, potrebbero finire per privilegiare il proprio interesse rispetto a quello dei figli. In tal senso, qualora si renda necessario e/o opportuno porre nel nulla i negozi compiuti dai genitori in violazione dell'art. 323 c.c. prima del compimento del diciottesimo anno da parte del minore, l'unica strada percorribile sarà quella della nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 320, ult. co., c.c.¹⁰⁷

5. Il complesso di disposizioni che seguono l'art. 330 c.c. è accomunato da una unica *ratio* ispiratrice: qualora la condotta dei genitori esercenti la potestà sia idonea a cagionare un pregiudizio agli interessi della prole, che siano di carattere personale o abbiano natura patrimoniale, all'autorità giudiziaria è conferito il potere di rimuovere le cause di tale pregiudizio¹⁰⁸.

¹⁰⁵ In tema, P. RESCIGNO, voce «*Legittimazione (dir. sost.)*», in *Novissimo. dig.*, IX, Torino, 1963, 717 ss., e A. DI MAJO, voce «*Legittimazione negli atti giuridici*», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 56 ss. Si veda ancora P. STANZIONE, *Capacità. Diritto privato*, cit., 87, che sottolinea, in particolare, come «il difetto di legittimazione a ricevere emerge in tutta la sua importanza allorché si consideri che in questi ed in altri divieti l'acquisto è impedito anche se effettuato per interposta persona, essendo interesse del legislatore che certi beni non pervengano in alcun modo a determinate persone».

¹⁰⁶ In tal senso, *inter alios*, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 344; N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 141; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 641.

¹⁰⁷ Si ritiene che la norma applicabile, in questo caso, sia quella dell'ultimo comma dell'art. 320 c.c. e non l'art. 321 c.c. poiché quella dell'annullamento degli atti compiuti in violazione dell'art. 323 c.c. è una fattispecie di conflitto d'interessi tra genitori e figli e non di impossibilità o di rifiuto di compiere un atto. *Contra* N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 140, ed A. C. PELOSI, *Commentario al diritto di famiglia*, cit., 382. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia che «allorché sussista l'opportunità di impugnare l'atto di acquisto senza attendere la maggiore età del figlio riteniamo che possa essere nominato un curatore speciale ai sensi dell'art. 321 c.c., il quale potrà provvedere all'impugnativa in luogo dei genitori impossibilitati».

¹⁰⁸ Cfr. M. DOGLIOTTI, *I giudici della famiglia nel diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2000, 81 ss. ed *ivi* ampia bibliografia.



Ebbene, il codice offre a tal fine una serie di strumenti diversificati, calibrati a seconda dell'interesse del minore da tutelare e del pregiudizio che egli ha subito o rischia di subire¹⁰⁹.

In tal senso, il giudice può, nei casi più gravi, pronunciare la decadenza dalla potestà (art. 330 c.c.) ed ordinare, qualora lo ritenga necessario, l'allontanamento del minore o del genitore dalla casa familiare. Nelle ipotesi di minore gravità, quando vi sia, però, comunque una condotta pregiudizievole per l'interesse del figlio, al giudice è attribuito il potere di adottare i provvedimenti discrezionali che egli ritenga più opportuni a tutela della prole (art. 333 c.c.). Qualora, infine, siano soltanto gli interessi di ordine economico del minore a rischiare un pregiudizio a causa della cattiva amministrazione del suo patrimonio da parte dei genitori, l'autorità giudiziaria si limita ad intervenire in questa sfera delle prerogative della potestà, dettando le condizioni cui la madre e/o il padre devono attenersi oppure rimuovendo uno di essi o entrambi dall'amministrazione dei beni della prole (art. 334 c.c.). L'art. 336, co. 3, c.c., infine, prevede che in caso di urgente necessità il tribunale possa adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei nell'interesse della prole che ritenga più opportuni.

Legittimati alla richiesta di tali provvedimenti¹¹⁰ sono l'altro genitore, i parenti ed il pubblico ministero, nonché, quando si tratti di revocare deliberazioni anteriori, lo stesso genitore interessato (art. 336, co. 1, c.c.)¹¹¹.

Tutti i provvedimenti in esame¹¹², peraltro, sono qualificati dalla revocabilità in qualsiasi momento (artt. 332, 333, co. 2, e 335 c.c.), essendo caratterizzati dalla situazione

¹⁰⁹ Sul punto, *inter alios*, M. PARADISO, *L'abuso della potestà sui figli*, in *Dir. priv.*, 1997, 381 ss. Cfr. anche A. DE PAULI, *Difesa tecnica e procedimenti sulla potestà genitoriale*, in *Fam. dir.*, 1997, II, 387 ss., e G. FRANCHI, *Sulla tutela processuale del minore*, *ibidem*, 1982, 223 ss.

¹¹⁰ La giurisprudenza è ormai unanime nel ritenere che nei procedimenti diretti all'emanazione di provvedimenti limitativi della potestà del genitore, secondo la previsione degli art. 330 ss. c.c., la competenza per territorio va determinata con riferimento al luogo in cui il minore abitualmente ed a prescindere, pertanto, da trasferimenti di carattere contingente e transitorio (*inter alios*, Cass., sez. I, 10 aprile 1995, n. 4143, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 804 ss.). Nel merito, cfr., ad esempio, Trib. min. Perugia 28 ottobre 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1997, 19 ss. Sempre in tema di competenza, peraltro, la disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 4 l. 26 novembre 1990 n. 353, là dove ha introdotto una generale barriera temporale, di natura preclusiva, ai fini della possibilità di rilevare l'incompetenza per materia, per valore o per territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., fissandola nella prima udienza di trattazione, deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi (contenziosi) di cognizione ordinaria, ma anche a quelli di volontaria giurisdizione (nella fattispecie, procedimento ex art. 330 c.c. promosso dal tribunale per i minorenni), da trattare quindi in camera di consiglio, nei quali l'intervento del giudice trova il suo presupposto in una situazione conflittuale che impedisce ai titolari degli interessi coinvolti di provvedere direttamente alla loro regolamentazione. (Cass., sez. I, 22 maggio 2003, n. 8115, *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5). Cfr. anche Cass., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5237, *ibidem*, 2003, 4.

¹¹¹ Si veda, tra gli altri, E. MERLIN, *Reclamo cautelare e provvedimenti urgenti nell'interesse dei figli ex art. 336 comma 3 c.c.*, in *Fam. dir.*, 1997, 549 ss.



contingente (*rebus sic stantibus*) e trovando il loro presupposto primo ed indefettibile nella continua sussistenza di quelle circostanze che comportano il pregiudizio o il pericolo per i figli¹¹³.

Invero, proprio il carattere della costante revocabilità ha dato ulteriore conferma alla teoria che, in ordine alla natura di tali provvedimenti, esclude quella sanzionatoria¹¹⁴: tutte le misure di cui agli artt. 330 ss. c.c., infatti, non mirano né a punire i genitori per gli inadempimenti commessi, né semplicemente ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli che il figlio ha subito in passato. La finalità di questi provvedimenti è quella di evitare che

¹¹² *Ex* art. 337 c.c., il giudice tutelare è tenuto a vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni. In ordine a tali poteri del giudice tutelare, si veda Cass., sez. I, 3 novembre 2000, n. 14360, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2504 ss., ove è stabilito il principio secondo cui il potere di vigilanza attribuito dall'articolo 337 c.c. al giudice tutelare concerne l'attuazione delle condizioni stabilite sia dal tribunale per i minorenni per l'esercizio della potestà e l'amministrazione dei beni che dal tribunale ordinario per l'affidamento della prole in sede di separazione tra i coniugi; il suo esercizio presuppone l'interpretazione delle condizioni della separazione ma non si estende all'attribuzione di poteri decisori, che non siano meramente applicativi delle condizioni medesime, restando esclusa ogni statuizione modificativa di queste. (Nella specie le condizioni di separazione prevedevano l'affidamento alla madre e l'accollo al padre, tra l'altro, delle spese scolastiche senza stabilire alcunché sulla scelta della scuola; la S.C. ha escluso che la lacuna e il contrasto sul punto potessero superarsi attraverso l'esercizio del potere di vigilanza del giudice tutelare, essendo necessaria un'integrazione e quindi una modifica dei patti della separazione. In tema, cfr. anche Cass., sez. I, 7 agosto 1990, n. 7957, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 508 ss. Dopo la separazione (consensuale o giudiziale) dei coniugi con prole minore, l'autorizzazione al rilascio del passaporto, in favore del genitore o del figlio minore, ancorché insorga questione sull'interpretazione delle clausole della separazione medesima, rientra nelle attribuzioni del giudice tutelare, non del Tribunale per i minorenni (competente invece in sede di reclamo), alla stregua dell'espressa previsione degli artt. 3 e 14 della l. 21 novembre 1967 n. 1185, nonché dei compiti di vigilanza assegnati a detto giudice tutelare dall'art. 337 c.c.

¹¹³ In tema, F. UCCELLA, *Provvedimenti che incidono sulla potestà dei genitori e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1615 ss., e G. NAPPI, *Sulla revocabilità dei provvedimenti relativi alla potestà dei genitori*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 504 ss. Vedi anche N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 180 ss., e A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 792.

¹¹⁴ La giurisprudenza è praticamente unanime in tal senso: i provvedimenti modificativi, ablativi o restitutivi della potestà dei genitori, resi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330, 332, 333 e 336 c.c., configurano espressione di giurisdizione volontaria, non contenziosa, perché non risolvono conflitti fra diritti posti su piano paritario, ma sono preordinati alla esigenza prioritaria della tutela degli interessi dei figli, e sono altresì soggetti alle regole generali del rito camerale, sia pure con le integrazioni e specificazioni previste dalle citate norme. Detti provvedimenti, pertanto, ancorché adottati dalla Corte di appello in esito a reclamo, non sono idonei ad acquistare autorità di giudicato, nemmeno *rebus sic stantibus*, in quanto sono modificabili e revocabili non solo *ex nunc*, per nuovi elementi sopravvenuti, ma anche *ex tunc*, per un riesame (di merito o di legittimità) delle originarie risultanze, con la ulteriore conseguenza che esulano dalla previsione dell'art. 111 cost. e non sono impugnabili con ricorso per cassazione (così Cass., sez. I, 20 maggio 1987, n. 4607, in *Foro it.*, 1987, I, 3278 ss.).



per l'avvenire la prole abbia a subire ulteriori danni della medesima natura o, ancora, che le conseguenze dei pregiudizi già prodotti si protraggano ulteriormente¹¹⁵.

In tal senso, gli artt. 330 ss. c.c. non prevedono una serie di sanzioni di diritto privato a danno dei genitori che hanno male esercitato il loro ufficio, ma soltanto diverse tipologie di rimedi funzionali alla realizzazione dell'interesse del minore: non si tratta qui di sacrificare un interesse (quello dei genitori) a vantaggio di un altro (quello della prole), né di ricomporre due interessi contrapposti, bensì esclusivamente di proteggere al meglio l'unico interesse che la potestà è chiamata a tutelare e cioè quello della prole¹¹⁶.

Una interpretazione in chiave essenzialmente colpevolistica e, dunque, sanzionatoria delle fattispecie di cui agli artt. 330 ss. c.c. porterebbe all'assurda conseguenza concreta che la semplice inettitudine del genitore a provvedere agli interessi morali e materiali della prole lascerebbe il figlio privo di qualsiasi forma di tutela e priverebbe l'autorità giudiziaria di qualsiasi possibilità di intervento¹¹⁷. Una tale conclusione è palesemente in contrasto, però, con tutta la disciplina della potestà ed, in genere, con i principi che animano il sistema del diritto di famiglia: una posizione centrale, infatti, deve sempre essere riservata alla persona minore e, di conseguenza, tutte le disposizioni regolanti l'istituto in esame devono essere interpretate quali strumenti per realizzare il fine della tutela dell'interesse di quest'ultimo.

¹¹⁵ Così A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 661 ss., nonché N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 158, e F. TOMMASEO, *Provvedimenti per i minori e concorso di competenze*, in *Fam. dir.*, 1994, I, 1, 500 ss.

¹¹⁶ Analogo discorso si ripropone per l'adozione e l'esecuzione dei provvedimenti riguardanti la potestà genitoriale da assumere all'estero: cfr. A. MAGRÌ, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori: una proposta di regolamento Ce*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 44, 605 ss. In ordine al diritto interno, vedi ancora A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 661, il quale, circa la natura dei provvedimenti di cui agli artt. 330 ss. c.c., scrive che «a differenza delle ordinarie sanzioni di diritto privato, che hanno uno scopo repressivo, il fine cioè di sanare l'avvenuta lesione illecita di un interesse giuridicamente tutelato, riportando questo ad una situazione uguale o almeno equivalente a quella precedente alla lesione, con sacrificio dell'interesse contrapposto, le anzidette reazioni hanno una funzione essenzialmente preventiva. (...) Nell'ipotesi in esame non vi sono due interessi contrapposti, ma viene in considerazione unicamente l'interesse del figlio».

¹¹⁷ Orientamento opposto abbraccia A. C. PELOSI, *Commentario al diritto di famiglia*, cit., 404, ove l'A. sostiene che un comportamento pregiudizievole del genitore, quando posto in essere in maniera incolpevole, non può dare luogo alla decadenza. Secondo questa ricostruzione, infatti, esclusivamente una azione cosciente e volontaria del genitore diretta a ledere l'interesse del minore è presupposto del provvedimento *ex art.* 330 c.c. Si veda, in tal senso, anche la posizione di N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 158-159, il quale scrive che ritenere sufficiente per l'applicazione degli artt. 330 ss. c.c. la semplice inettitudine del genitore «è una pericolosa concessione alla discrezionalità del giudice che, in questo modo, si ritrova a poter sindacare sul merito di qualsiasi comportamento di un genitore, con grave pregiudizio della libertà che compete a quest'ultimo nell'allevare suo figlio come meglio crede». Seguono, invece, l'impostazione non colpevolistica proposta nel testo G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 329 ss., e C. COSSU, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 125 ss.



Dunque, leggere il complesso di disposizioni che seguono l'art. 330 c.c. in prospettiva sanzionatoria e, dunque, assumendo quale presupposto di esse la colpevolezza dei genitori si traduce in un pregiudizio per l'interesse del minore e, di conseguenza, in una opzione ermeneutica inaccettabile in ottica teleologica¹¹⁸. Ed allora, il momento centrale della valutazione del giudice necessariamente si sposta dal piano soggettivo della colpevolezza dei genitori a quello oggettivo della obiettività del pregiudizio, concreto o potenziale che sia, che la prole può subire. Non è necessario, in definitiva, che la condotta pregiudizievole del genitore sia volontaria, ma è sufficiente la mera attitudine obiettiva di essa ad arrecare un danno alla prole¹¹⁹.

Tale condizione di carattere generale trova specificazione a seconda delle diverse tipologie di provvedimento cui viene riferita. Viene in considerazione, dunque, innanzitutto il "grave pregiudizio" di cui all'art. 330 c.c., presupposto della pronuncia di decadenza dalla potestà: in tal caso, la nozione di grave pregiudizio è estremamente ampia e può riferirsi indifferentemente alle condizioni esistenziali o patrimoniali del minore¹²⁰.

Analogo carattere della generalità ha la nozione di pregiudizio alla prole nell'ipotesi dei provvedimenti discrezionali del giudice ex art. 333 c.c.: in tal caso, però, essa non deve qualificarsi meramente in negativo rispetto a quella dell'art. 330 c.c. Il pregiudizio cui fa riferimento l'art. 333 c.c., infatti, non è soltanto "quello non sufficiente a giustificare la decadenza dalla potestà, ma un provvedimento meno radicale", bensì, letto in positivo, esso può essere inteso quale lesione particolare alla autodeterminazione della prole. In altre parole, il presupposto che giustifica la pronuncia dei provvedimenti discrezionali a difesa della prole non è soltanto un danno di intensità minore rispetto a quello di cui all'art. 330 c.c., ma anche la lesione occasionale e circoscritta della capacità di discernimento del minore in relazione a questioni

¹¹⁸ Cfr., nella prospettiva sanzionatoria, M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2001, 185 ss., il quale individua nello strumento della responsabilità civile un ulteriore strumento per punire la violazione da parte dei genitori dei propri obblighi connessi alla potestà e per ristorare i danni conseguenti.

¹¹⁹ Per tutti, C. COSSU, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 126, il quale sottolinea come il provvedimento del giudice sia in realtà non un modo di «punire» i genitori, ma strumento consegnato all'autorità giudiziaria per la tutela del minore, senza che rilevino altri interessi. Da ciò deriva l'irrilevanza, ai fini della valutazione dei presupposti applicativi degli artt. 330 ss. c.c., della colpa o del dolo dei genitori.

¹²⁰ Cfr. A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 791: «il grave pregiudizio per il figlio non è quello verificatosi in forza degli atti già compiuti dal genitore, ma il pregiudizio futuro o in quanto derivi dalla reiterazione di altri atti del genere, che quelli già compiuti rendano prevedibili o in quanto connesso al perdurare degli effetti di atti già compiuti». Vedi anche l'impostazione ermeneutica adottata C. COSSU, voce «*La potestà dei genitori*», cit., 126: l'A., infatti, ritiene che nell'ipotesi in esame vi sia una tipizzazione della condotta parentale sia sotto il profilo dell'azione (deve trattarsi di una specifica violazione dei doveri compresi nella potestà), che sotto il profilo degli effetti (il pregiudizio arrecato deve essere grave).



specifiche in cui si trova in disaccordo o in contrasto con gli esercenti la potestà che non gli consentono di esplicitare a pieno la sua personalità¹²¹.

Per quanto concerne, infine, la nozione di pregiudizio alla prole in ordine alla rimozione dall'amministrazione di cui all'art. 334 c.c., essa si caratterizza per l'esclusivo rilievo di matrice patrimoniale, tanto che si specifica nel concetto di cattiva amministrazione del patrimonio del figlio.

5.1. L'art. 330 c.c. dispone che il genitore, quando viola o trascura i doveri inerenti alla potestà oppure abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio della prole, può essere dichiarato dall'autorità giudiziaria decaduto dalla titolarità del proprio ufficio.

La decadenza della potestà genitoriale, dunque, comporta non soltanto la privazione dell'esercizio delle prerogative dell'ufficio, ma addirittura la perdita stessa della titolarità di esso, con la conseguente totale esclusione del genitore decaduto da ogni possibilità di incidenza nella vita del figlio. Ad ogni modo, come giustamente osservato dalla dottrina¹²², nonostante la decadenza comporti perfino la perdita della titolarità dell'ufficio, tuttavia non può affatto discorrersi di un fenomeno estintivo *tout court* della potestà, ma, essendo quello in esame un provvedimento profondamente legato alla situazione di pregiudizio o pericolo contingente, esso non acquisterà mai natura definitiva o immodificabile¹²³. La decadenza dalla potestà sarà anzi sempre revocabile, con conseguente riattribuzione al genitore di tutte le prerogative temporaneamente perdute¹²⁴.

¹²¹ È stato, ad esempio, ritenuto comportamento obiettivamente pregiudizievole nei confronti del figlio di dieci anni quello del padre che, dopo anni di separazione dalla famiglia, ricompaia nella vita del figlio dopo aver assunto identità femminile (transessualità) e così causando grave turbamento nel bambino che non accetta una così sconcertante figura di padre-madre, con fisico, abbigliamento e professione (spogliarellista) del tutto diversi da quelli del normale modello paterno (Trib. min. Torino 20 luglio 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 625 ss.). Cfr. anche Trib. min. Venezia 10 novembre 1966, in *Tem*, 1967, 181 ss., ove è stata giudicata condotta pregiudizievole *ex art.* 333 c.c. il comportamento del padre che, pur non mancando in tutto ai doveri inerenti alla patria potestà, per malanimo contro la madre impedisca al figlio di comunicare in qualsiasi modo con la stessa, privandolo così dell'affetto materno del quale si dimostra estremamente desideroso e bisognoso.

¹²² Per tutti, L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 143.

¹²³ Diversamente dovrebbe avvenire, invece, nel caso dell'anomala figura del divorzio del figlio dai genitori: in tal senso, M. BUTTITA, *La crisi attuale della famiglia: divorzio del minore dai genitori*, in *Vita not.*, 1998, LXXXII.

¹²⁴ La dottrina, in tal senso, suole distinguere la reintegrazione nella potestà che fa seguito all'accoglimento del reclamo avverso il decreto di decadenza *ex art.* 330 c.c. dalla fattispecie disciplinata dall'art. 332 c.c. Cfr. N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 171. In particolare, L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 152, scrive che «il reclamo implica un riesame delle circostanze sulla base delle quali è stata pronunciata la decadenza e può accadere che la sezione minorile della corte d'appello valuti tali circostanze non tanto gravi da fondare una pronuncia di decadenza. La reintegrazione nella potestà, di cui all'art. 332 (...), implica invece un sopravvenire di nuovi fatti tali da non giustificare più oltre la privazione della potestà». Si veda anche S.



La costante revocabilità della decadenza *ex art. 330 c.c.* incontra il proprio naturale limite esclusivamente al subentrare della dichiarazione di adottabilità del figlio minore, poiché quest'ultima rompe in maniera definitiva il rapporto tra genitori naturali e prole ed esclude, per sua stessa natura, ogni possibilità di reintegrazione successiva della potestà originaria.

Il genitore decaduto, dunque, perderà i poteri di direttiva e di scelta e non potrà più provvedere all'istruzione ed all'educazione della prole, così come, dal punto di vista della amministrazione, non sarà più titolare dei poteri di gestione e rappresentanza¹²⁵.

Si deve ritenere, invece, che il diritto al mantenimento *ex art. 315 bis c.c.*, essendo indipendente dalla potestà e non riconducibile immediatamente alla prerogative da essa attribuite, non venga meno con la decadenza: esso subirà piuttosto un mutamento delle modalità di adempimento, avvicinandosi ad un generico obbligo di contribuzione. Il genitore decaduto, infatti, pur essendo tenuto ancora al mantenimento, non sarà libero di provvedere in assoluta libertà alle esigenze del figlio, ma rimarrà semplicemente obbligato a versare un contributo proporzionale alle sue capacità economiche affinché chi effettivamente esercita la potestà provveda poi alle necessità della prole.

Conseguenza naturale di tale radicale provvedimento è la concentrazione della potestà in capo all'altro genitore o, in caso di decadenza di entrambe le figure genitoriali, l'apertura della tutela ai sensi dell'art. 343 c.c. Quale provvedimento ulteriore, invece, da affiancare solo eventualmente alla decadenza quando non la si ritenga sufficiente da sola a scongiurare il danno della prole, l'art. 330 c.c. prevede la possibilità che il figlio oppure il genitore decaduto siano allontanati dalla residenza familiare.

5.2. La rimozione dall'amministrazione è un provvedimento specifico dettato dall'art. 334 c.c. al fine di evitare un pregiudizio (o il pericolo di un pregiudizio) di ordine economico ai danni del minore *sub potestate*¹²⁶.

In tal senso, il decreto emesso dal giudice *ex art. 334 c.c.* rappresenta uno strumento volto unicamente a sopperire alla inadeguatezza delle capacità gestorie del genitore, ma non incide in alcun modo sulle prerogative di ordine personale tipiche della potestà, né tantomeno sulla titolarità stessa dell'ufficio. In sostanza, il genitore rimosso dall'amministrazione rimane titolare della potestà, ma perde il diritto di esercitare una serie più o meno ampia di poteri di ordine patrimoniale ad essa riconducibili.

GIULIANO, *La sopravvenuta «seria volontà» del genitore di occuparsi del minore esclude lo stato di abbandono*, in *Fam. dir.*, 1999, 245 ss.

¹²⁵ Si vedano L. LUNARDI, *Decadenza della potestà genitoriale: potere di controllo e di intervento dei giudici*, in *Fam. dir.*, 1998, 281 ss.; R. BARASSO, *La decadenza dalla potestà genitoriale: presupposti e caratteri*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1123 ss., nonché N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 167 ss.

¹²⁶ In ordine al provvedimento di rimozione dall'amministrazione *ex art. 334 c.c.*, si vedano, in particolare, L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 160 ss.; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., 664 ss., nonché N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 174 ss.



Le fattispecie previste dall'art. 334 c.c. sono in realtà due: la prima è quella della rimozione dalla amministrazione, con conseguente perdita di tutte le prerogative di ordine patrimoniale tipiche della potestà; la seconda, invece, è quella che si potrebbe definire della "gestione condizionata".

In questa seconda ipotesi, il genitore non si è dimostrato assolutamente idoneo a gestire il patrimonio del minore e, dunque, non si giustifica un provvedimento di totale esclusione quale è quello della rimozione dalla amministrazione. Tuttavia, vi è stata comunque cattiva amministrazione, dipendente magari da scelte errate, da omissioni o da inesperienza: il giudice, allora, invece di privare completamente il genitore della attività gestoria, gli impone una serie di condizioni cui attenersi nell'esercizio dell'amministrazione, ma quest'ultima rimane comunque nella sua sfera di competenze. In sostanza, fermo il presupposto unico della cattiva amministrazione del patrimonio della prole, il giudice può modulare l'incidenza del proprio provvedimento in merito all'esercizio dell'attività gestoria a seconda delle capacità in tal senso dimostrate dal genitore e del potenziale pregiudizio che ne può derivare al minore.

Nel tornare allo specifico della rimozione dall'amministrazione, essa comporta l'assunzione della attività gestoria in via esclusiva da parte dell'altro genitore oppure, qualora il provvedimento *ex art.* 334 c.c. colpisca entrambi, da parte di un curatore nominato dal giudice (art. 334, co. 2, c.c.).

Proprio in ordine alla nomina del curatore, va sottolineato che anche in questo caso le scelte in ordine ad ogni aspetto della vita della prole rimangono affidate ai genitori, i quali, seppur rimossi dall'amministrazione, rimangono gli esclusivi titolari della potestà. Il ruolo del curatore è, piuttosto, quello di "filtro" delle operazioni economiche.

I genitori non potranno assumere iniziative economicamente pregiudizievoli per il minore e, per attuare le proprie decisioni in ordine al patrimonio di questi, dovranno necessariamente "servirsi" dell'intermediazione del curatore¹²⁷.

5.3. L'art. 333 c.c. attribuisce al giudice il potere di adottare i provvedimenti opportuni, secondo le circostanze del caso, per la tutela del figlio, qualora non riscontri gli

¹²⁷ In ordine alla rappresentanza del minore, Cass., sez. I, 12 gennaio 1984, n. 248, in *Riv. notar.*, 1984, 392 ss., ha stabilito che «Quando l'amministrazione del patrimonio del minore viene affidata ad un curatore speciale, a seguito di rimozione dei genitori, la rappresentanza processuale del minore medesimo, con riguardo ai rapporti patrimoniali, spetta al solo curatore. Ne consegue che la notificazione di decreto ingiuntivo, reso a carico del minore, che sia stata effettuata al genitore, anziché al curatore, è affetta da giuridica inesistenza, e, pertanto, non determina nei confronti dell'intimato l'onere dell'opposizione, nemmeno nella forma dell'opposizione tardiva (riguardante il diverso caso della notificazione esistente, ma viziata), mentre l'inefficacia dell'ingiunzione resta deducibile sia con il procedimento sommario di cui all'art. 188 disp. att. c.p.c., sia con ordinaria azione di accertamento negativo, sia con opposizione avverso l'esecuzione eventualmente intrapresa in forza del decreto». Cfr. anche Trib. Napoli 3 ottobre 1967, in *Foro it.*, 1967, I, 865 ss.



estremi per la pronuncia di decadenza, ma vi sia comunque almeno la possibilità di un grave pregiudizio per la prole. Il comportamento del genitore che arrechi un oggettivo pregiudizio al minore, dunque, non giustifica sempre ed *ipso iure* la decadenza dalla potestà, ma all'autorità giudiziaria rimane un margine di discrezionalità al fine di valutare l'entità del pregiudizio oppure l'incidenza di esso su interessi o beni circoscritti della prole senza che possa dirsi compromesso l'ufficio nella sua interezza.

Questa opzione interpretativa, allora, porta a registrare, tra gli artt. 330 e 333 c.c., una chiara linea di continuità, secondo la quale la seconda disposizione trova applicazione esclusivamente quando la gravità del pregiudizio arrecato al figlio non sia tale da giustificare la decadenza dalla potestà¹²⁸. Ad ogni modo, una lettura dell'art. 333 c.c. soltanto in questi termini si rivelerebbe riduttiva, privando la disposizione la dignità di fattispecie autonoma: ed allora, in attuazione della normativa costituzionale a protezione del minore, il rimedio previsto dalla norma in esame potrebbe essere utilizzata a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di questi ed, in ultima analisi, per garantirgli l'autodeterminazione in relazione alle scelte personali¹²⁹.

In effetti, in ragione della estrema duttilità dello strumento giuridico offerto dall'art. 333 c.c., nulla sembra vietare la possibilità di attribuire ad esso una pluralità di funzioni: I provvedimenti discrezionali, previsti dall'art. 333 c.c., possono presentarsi pacificamente come il frutto della valutazione, operata dal giudice, della sproporzione della comminazione della decadenza dalla potestà rispetto al concreto pregiudizio subito dal minore. Al contempo, però, essi, considerati in via autonoma rispetto alla fattispecie di cui all'art. 330 c.c., possono rappresentare uno dei mezzi ideali per l'affermazione delle ragioni del minore che abbia raggiunto una elevata capacità di discernimento.

L'art. 333 c.c.¹³⁰, in definitiva, si pone quale norma di chiusura del sistema della protezione del minore contro i pregiudizi derivanti da chi esercita la potestà: essa, infatti,

¹²⁸ Cfr. la posizione di C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», cit., 126, il quale scrive che «il discrimine delle due condotte non è nella loro gravità intrinseca, ma soprattutto sulla misura del pregiudizio che esse causano al minore». Nella fattispecie regolata dall'art. 330 c.c., infatti, è previsto il «grave pregiudizio» e, dunque, la decadenza dalla potestà, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 333 c.c. è sufficiente una condotta «comunque pregiudizievole» a giustificare un provvedimento di diverso tenore.

¹²⁹ Per tutti, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 330.

¹³⁰ Circa la discrezionalità che caratterizza i poteri del giudice ex art. 333 c.c., si veda App. Napoli 26 settembre 2002, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 689 ss., che sancisce: «L'art. 333 c.c. è una norma dal contenuto aperto ed autorizza il giudice ad adottare ogni provvedimento conveniente nell'interesse del minore, in presenza di una condotta del genitore che, pur non sanzionabile con provvedimento di decadenza, comporti, tuttavia, un pregiudizio per la prole. Svariata è la gamma dei provvedimenti possibili: dai divieti di visita all'affido dei minori presso strutture idonee, dall'impartire istruzioni per la formulazione di progetti educativi al prospettare oneri di condotta; quello che il giudice non può fare è perseguire il fine - altamente ostativo e socialmente rilevante - di un ottimale sviluppo del minore attraverso provvedimenti coercitivi della libertà personale, ostandovi l'art. 13 cost. E non vi è dubbio che il trattamento psicoterapico ha carattere certamente invasivo



attribuisce al giudice un potere di intervento discrezionale chiaramente non nell'*an*, bensì nel *quomodo*, senza cioè un contenuto predefinito, perché possa sempre essere il più aderente ed efficace possibile rispetto alla situazione concreta¹³¹.

Dal punto di vista concreto, i provvedimenti discrezionali a difesa della prole, pur nella diversità delle possibili manifestazioni, si traducono sempre in una limitazione dell'esercizio della potestà genitoriale, che però ne lascia intatta la titolarità in capo al genitore. In tal senso, il genitore, pur sottoposto ad un provvedimento *ex art.* 333 c.c., non viene privato delle proprie prerogative in merito alle decisioni relative alla vita del figlio diverse da quelle per le quali si è registrato il pregiudizio.

Vi è dunque una estrema discrezionalità del giudice nella definizione del contenuto dei provvedimenti *ex art.* 333 c.c., sicché essi non sono astrattamente inquadrabili in categorie predefinite¹³². Può trattarsi, ad esempio, di mere prescrizioni ai genitori, quali

della personalità di un individuo, finendo con l'incidere sul processo formativo di opinioni e decisioni, attraverso l'intervento di un terzo, il terapeuta per l'appunto».

¹³¹ Secondo A. BUCCIANTE, voce «*Potestà dei genitori*», cit., 792, il contenuto di questi provvedimenti, all'infuori dell'allontanamento del figlio dalla casa dei genitori, non è indicato dalla legge in modo specifico e tassativo, ma è rimesso al prudente apprezzamento del tribunale con questi tre soli limiti: che i provvedimenti abbiano di mira l'interesse del figlio, che siano proporzionati alla gravità del pregiudizio temuto e che si limitino al campo dei rapporti relativi alla persona del minore.

¹³² La casistica giurisprudenziale è, in tal senso, ricchissima. Ad esempio, nell'ipotesi in cui, a causa della totale incapacità educativa dei genitori, sia fortemente compromesso lo sviluppo del minore, deve essere disposto il suo allontanamento dalla residenza familiare ed il suo affidamento ai servizi sociali mediante predisposizione di un programma terapeutico di sostegno che coinvolga il minore stesso ed i suoi genitori (così Trib. min. Perugia 5 febbraio 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 342 ss.). Fattispecie emblematica, ancora, è quella delle vaccinazioni obbligatorie: cfr. in argomento Cass., sez. I, 4 marzo 1996, n. 1653, in *Fam. dir.*, 1996, 368 ss., ove è sancito che in tema di sottoposizione di un minore alle vaccinazioni obbligatorie (contro la difterite, la poliomelite ed il tetano), è inammissibile il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost. che - senza dedurre l'esistenza di uno specifico pericolo per la salute del minore, eziologicamente collegato all'effettuazione delle vaccinazioni, in dipendenza di una particolare condizione sanitaria del soggetto - sia diretto contro il provvedimento della corte di appello, confermativo del decreto del tribunale per i minorenni, che incarica gli operatori sanitari di provvedere alle vaccinazioni del minore, anche senza il consenso dei genitori, atteso che il provvedimento impugnato non è diretto a risolvere una controversia su diritti soggettivi, bensì ad assicurare l'effettuazione di misure finalizzate alla tutela della salute del minore e di quella della collettività. (Nella specie, secondo i ricorrenti sarebbe mancata la prova del pregiudizio derivante al minore dal non essere sottoposto alle vaccinazioni). Di recente, App. Bari 12 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2003, 548 ss.: «A ragione il tribunale per i minorenni, in applicazione degli art. 333 e 336 c.c. in tema di condotta dei genitori pregiudizievoli per i figli, dispone la sottoposizione del minore alle vaccinazioni per legge obbligatorie, allorché l'opposizione dei genitori scaturisca da una soggettiva impostazione scientifica sull'argomento che si ponga in contrasto con altri studi di diverso segno le cui risultanze sono state recepite dal piano sanitario nazionale, e non venga dimostrata la soggettiva incompatibilità del minore con tale trattamento sanitario preventivo. (Nella specie la Corte ha ritenuto che l'esistenza in famiglia di casi di sclerosi multipla e di problemi allergici non



ordini di sottoporsi a terapie psicologiche o per il recupero dalla dipendenza da alcool o stupefacenti, oppure di una autorizzazione che consenta al figlio di fare ciò che gli era stato vietato dal genitore. Ancora, tali provvedimenti possono consistere nell'incarico ai servizi sociali di svolgere determinate attività a sostegno del minore, fermo restando l'affidamento ai genitori; nell'affidamento educativo-assistenziale del minore al servizio sociale o, infine, nella sospensione della potestà genitoriale per un periodo determinato¹³³.

costituisce una valida controindicazione all'espletamento delle vaccinazioni obbligatorie)». Non giustifica, invece, l'adozione di provvedimenti *ex art. 333 c.c.* la semplice difficoltà temporanea del genitore nella cura dei figli, che potrebbe se mai giustificare soltanto l'applicazione di misure di sostegno da parte dei servizi sociali: così App. Potenza 23 dicembre 1999, in *Giur. merito*, 2001, 1296 ss.

¹³³ Riporta molti esempi di tipologie di provvedimenti che il giudice può assumere ai sensi dell'art. 333 c.c., N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, cit., 171 ss. Si vedano anche le fattispecie particolari analizzate da F. LONGO, *Transitorietà dello stato di abbandono e danno allo sviluppo della personalità del minore*, in *Fam. dir.*, 1999, 26 ss., e da M. DOGLIOTTI, *Potestà dei genitori, vaccinazioni obbligatorie, procedimento ex art. 333 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 578 ss.