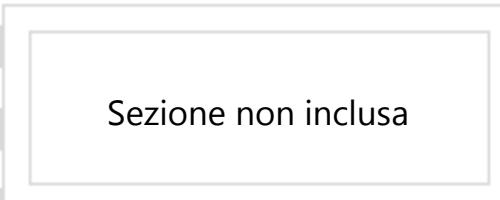


Alessandra Cagnazzo
(a cura di)

DIRITTO MINORILE

Orientamenti giurisprudenziali
e processuali

AGGIORNATO
AL CORRETTIVO
RIFORMA CARTABIA
(D.LGS. N. 164/2024)



Sezione non inclusa

AUTORI

- Denise Amram**, Ricercatrice senior di Diritto privato comparato presso LIDER Lab, Istituto DIRPOLIS, Dipartimento di Eccellenza L'EM-beDS, Scuola Superiore Sant'Anna Pisa
- Margherita Annamaria Baiano**, Docente in materie giuridico-economiche presso le Istituzioni scolastiche di secondo grado
- Alessandra Cagnazzo**, Avvocato matrimonialista, Presidente Nazionale di Officina Familiare, già docente presso l'Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Filosofia del Diritto
- Valentina Caratto**, Giudice presso il Tribunale per i Minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta
- Massimo Donnarumma**, Consigliere della Corte di appello di Firenze, II sezione penale
- Marta Ienzi**, Magistrato, Presidente della sezione di Diritto di famiglia del Tribunale civile di Roma
- Matteo Mele**, Avvocato
- Marco Meliti**, Avvocato matrimonialista, Presidente Associazione Italiana di Diritto e Psicologia della Famiglia
- Stefano Molfino**, Avvocato
- Mimma Moretti**, Professore aggregato di Diritto di famiglia presso l'Università degli studi di Milano
- Giuseppe Musolino**, Docente di Istituzioni di Diritto privato - Università di Bologna
- Mariagrazia Pisapia**, Consigliere presso la Corte d'appello di Salerno
- Allegra Sangiovanni**, Psicologa, psicoterapeuta, CtU tribunale Ordinario e per i Minorenni di Roma
- Carlo Sariconi**, Avvocato
- Massimiliano Sturiale**, Magistrato in servizio presso la IV sezione civile del Tribunale di Firenze
- Vera Tagliaferri**, Notaio e dottore di ricerca in diritto civile
- Alessia Zampolini**, Giudice civile presso il Tribunale di Perugia

Parte I
PARTE GENERALE

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 1

LE FONTI DEL DIRITTO MINORILE IN MATERIA CIVILE

di *Giuseppe Musolino*

SOMMARIO: 1. Il minore nell'ordinamento italiano e, in particolare, nel diritto civile. — 1.1. Prime considerazioni. Relazione del diritto minorile con il diritto di famiglia. — 1.2. Il diritto minorile e familiare come settore del diritto privato. — 1.3. La disciplina del diritto familiare e minorile nel diritto privato e gli aspetti normati dal diritto pubblico. — 2. Minori e famiglia nella Costituzione. — 2.1. La famiglia, comunità in cui il minore viene accolto e cresce (art. 29 Cost.). — 2.2. Diritti e doveri verso il minore. Profili di rilievo costituzionale (art. 30 Cost.). — 2.3. I diritti-doveri familiari come posizioni soggettive di natura personale. — 2.4. Gli strumenti di tutela del minore in caso di difficoltà o incapacità della famiglia di origine. — 2.4.1. L'obbligo statale di tutelare il minore nella famiglia di origine. — 2.4.2. L'affidamento del minore quale misura temporanea. — 2.4.3. L'affidamento superesclusivo. — 2.4.4. La fattispecie di abbandono morale e materiale. — 2.4.5. La dichiarazione di adottabilità. — 2.5. Il minore e il rapporto con i nonni. — 2.6. Diritti del minore e aspetti temporali delle decisioni in materia da parte dell'autorità statale. — 2.7. Il minore in stato di abbandono e l'adozione. — 2.8. Le norme per la protezione sociale della famiglia e dei minori. — 2.9. I minori nati fuori dal matrimonio. Prime considerazioni. — 3. Minori e famiglia nel codice civile. — 3.1. I diritti e doveri del minore e la responsabilità genitoriale. Profili generali. — 3.2. Il conflitto di interessi fra genitori e figli minori: la nomina del curatore speciale. — 3.3. Il diritto al mantenimento. — 3.4. Il diritto all'educazione e all'istruzione. — 3.5. Il diritto all'assistenza morale. — 3.5.1. L'obbligo civilistico. — 3.5.2. Aspetti procedurali. — 3.5.3. Gli aspetti penali (cenni). — 3.6. Il diritto di essere ascoltato. — 3.6.1. L'avvicendarsi delle norme sull'ascolto. — 3.6.2. I limiti del diritto minorile all'ascolto. — 3.7. Casi di intervento giudiziale. — 4. Fonti del diritto civile minorile e clausola generale del 'miglior interesse del minore'. — 4.1. Prime considerazioni sul 'miglior interesse del minore'. — 4.2. Applicazioni giurisprudenziali della formula del 'miglior interesse del minore'. — 4.3. La prevalenza di interessi concorrenti rispetto al 'miglior interesse del minore'. — 4.4. Apporti dottrinali sulla formula del 'miglior interesse del minore'.

1. Il minore nell'ordinamento italiano e, in particolare, nel diritto civile.

1.1. Prime considerazioni. Relazione del diritto minorile con il diritto di famiglia.

L'attenzione prestata dall'ordinamento giuridico alle persone minori di

età ha subito un'evoluzione importante a partire dall'introduzione della l. 1º dicembre 1970, n. 898, recante la "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", così detta legge Fortuna-Baslini ⁽¹⁾.

I provvedimenti che, cominciando da quello menzionato, hanno consentito e via via reso possibile una minore stabilità dell'istituzione familiare, sono stati nel tempo accompagnati dalla constatazione che acconsentire a forme di indebolimento della comunità sociale protetta dall'art. 29 Cost. può comportare traumi e danni ai figli, soprattutto se minori, che di essa fanno parte ⁽²⁾.

In proposito, si sostiene autorevolmente che una concezione di illimitato sviluppo dell'economia vede:

— nella famiglia (quale fondamento di ogni società e comunità solidale di individui che si rapportano secondo criteri opposti alla logica mercantile del *do ut des*) un ostacolo all'allargamento continuo e indefinito degli scambi commerciali e, per questo, chi sostiene tale concezione osteggia e si propone di affievolire fino ad annullare i legami familiari ⁽³⁾,

— nel minore un nuovo, debole, indifeso e facilmente influenzabile soggetto 'consumatore', nell'ottica mercatistica che manifesta l'economia

⁽¹⁾ Sui requisiti sostanziali e formali del negozio matrimoniale, fra gli altri, da ultimo, si segnala E. GIACOBBE, voce *Matrimonio civile (condizioni, forma e invalidità)*, in *Enc. dir., Famiglia, I tematici*, vol. IV, Milano, 2022, 740, ove ulteriori menzioni bibliografiche.

Con specifico riferimento all'ipotesi dell'inesistenza, si veda G. MUSOLINO, *L'inesistenza del matrimonio*, in *Riv. not.*, 2006, 740.

⁽²⁾ In proposito, M. SESTA, *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 391, secondo cui l'ordinamento italiano ha sempre avuto grande attenzione al minore quale soggetto giuridico, un'attenzione che si è via via ulteriormente accresciuta a seguito della pure via via aumentata possibilità per i coniugi di sciogliere il vincolo matrimoniale.

La questione della possibile minore stabilità giuridica dell'istituzione familiare fa sì che sorgano maggiori problematiche per i figli, in particolare per i minori, che rischiano di venire a perdere punti di riferimento essenziali per la loro crescita. Da qui, il progressivo incremento delle statuzioni che pongono al centro la soggettività giuridica dei minori, al fine di cercare, per quanto possibile, di limitare i danni dello scioglimento familiare.

Anche da ultimo, nella legge delega 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie, nonché in materia di esecuzione forzata, in particolare ai commi 27°-36°, e ora nelle norme in cui essa è stata attuata sono molti gli aspetti che riguardano la persona del minore. Si tratta di profili che danno atto di una cura e attenzione particolare del legislatore processuale, che segue quello sostanziale, nel regolare la disciplina del minore all'interno delle norme sui rapporti familiari.

⁽³⁾ Il riferimento puntuale è a A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 929.

degli scambi e della concorrenza non regolata adeguatamente nella sua fase più avanzata, in cui si estendono non solo geograficamente i mercati, ma anche i soggetti chiamati a ‘consumare’ incessantemente, per sostenere la produzione e la circolazione delle merci e dei servizi⁽⁴⁾.

Accanto alla rilevanza del soggetto minore in un’ottica di carattere patrimoniale⁽⁵⁾, a seguito della via via più estesa possibilità di instabilità familiare, si è maggiormente sviluppata anche nell’ordinamento nazionale una maggiormente profonda e articolata visione del minorenne quale persona, soggetto fragile e vulnerabile nel suo percorso di crescita, e per questo bisognoso di una tutela speciale, fino alla creazione della formula del miglior interesse del minore (*the best interest of the child*).

Il menzionato processo di implementazione delle previsioni riguardanti il soggetto minore fa sì, da ultimo, che vi sia chi propone di considerare il

⁽⁴⁾ Al riguardo, fra gli altri, si veda P. RESCIGNO, *I minori tra famiglia e società*, in Id., *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 303.

Vi sono pressioni industriali, generalmente accettate, per lo sviluppo dei consumi, anche del minore; allo stesso tempo, considerate le conseguenze negative dello sfruttamento intensivo delle risorse, da tempo si invocano — senza che si avverta la contraddittorietà di tali istanze con l’attuale assetto economico-sociale e le conseguenti abitudini di consumo — misure per contenere, ad esempio, la produzione di rifiuti o l’utilizzazione di fonti energetiche fossili.

⁽⁵⁾ Il ricorrente tema di una crisi delle categorie giuridiche tradizionali (e ora della loro considerazione secondo una logica patrimoniale) viene con frequenza evocato e, del resto, è notissimo il saggio di G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, in cui si afferma il declino e poi la morte della teoria generale del contratto e altrettanto nota è la pluridecennale discussione circa l’asserita analoga sorte del negozio giuridico.

Constatando la sempre rinnovantesi e, ormai, più che bimillenaria presenza degli istituti e delle categorie derivanti direttamente o indirettamente dal diritto romano (categorie e istituti spesso accolti, da ultimo, anche nel codice civile cinese — in particolare, quanto al negozio giuridico, vi è dedicato espressamente l’intero titolo VI del libro I, artt. 133-160, cod. civ. cinese), *ex multis*, si rimanda a Giov. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2 ed., Padova, 2004, *passim*; U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Bari-Roma, 2007, *passim*, ove fra l’altro si rammenta che le categorie giuridiche elaborate già dai giuristi romani esprimono il senso del fondamento stesso del diritto e solo attraverso il ripensamento di esse da parte dei giuristi delle diverse epoche è stato possibile e lo sarà anche nel futuro orientare giuridicamente la realtà sociale e dare ordine ai rapporti umani.

Illuminante risulta l’insegnamento di L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 9 s.: “Si avverte che ‘saltare oltre ogni tradizione intellettuale non fa un passo nella ragione, ma nel vuoto’ (...). Rivalutare la tradizione vuol dire anche rinverdire la virtù della speranza, che il Leopardi diceva ‘propria degli antichi’, ma ‘quasi annullata per il moderno sapiente’. È la speranza, mai soddisfatta e mai spenta, di una vita degna dell’uomo e di una società in cui finalmente *pax et iustitia osculatae sunt*, la forza più intima che anima l’umanità del diritto”.

diritto delle persone minori di età come ambito giuridico autonomo rispetto alla materia più ampia del diritto di famiglia⁽⁶⁾.

Una simile prospettiva appare non pienamente giustificata, poiché la naturale interdipendenza delle situazioni riguardanti il minore con quelle circa la famiglia, sia di origine sia eventualmente di accoglienza, ove, se fosse abbandonato o, nei casi eccezionali previsti dalla legge, dovesse essere trasferito, risulta tale da suggerire l'utilità della permanenza del diritto minorile all'interno del diritto di famiglia. Ciò tanto più poiché il minore vanta un vero e proprio diritto di crescere in famiglia⁽⁷⁾ (e, correlative, il padre e la madre vantano a loro volta il diritto a vivere con i propri figli, educandoli, istruendoli, mantenendoli, fornendo loro assistenza spirituale e materiale).

Si è così osservato che è “indubbio che, a livello generale, stiamo assistendo sempre più a una crisi delle relazioni sociali, in generale, e delle relazioni familiari, in particolare.

L'incremento dell'intensità della conflittualità sociale, generata, di volta in volta, non necessariamente da posizioni ideologiche differenti, inizia sempre più a incidere sulle possibilità di relazione e ha inevitabilmente trasformato le relazioni sociali. Indubbiamente queste evoluzioni impattano sulla qualità e l'effettività dei diritti relazionali dei minori che possono essere condizionati dalle trasformazioni in atto e dalla diminuita possibilità di relazioni che la vita sociale offre. (...) il conflitto, non di matrice ideologica ma derivante da una difficoltà di mediazione fra gli interessi concreti di natura personale e sociale, si è trasformato sempre più da elemento esogeno della relazione a elemento endogeno e necessario completamento di essa. In questo contesto, nel quale la relazione è divenuta più complessa e meno lineare, si ritiene che continuare a parlare di ‘diritti relazionali’ non sia un errore storico ma contribuisca al corretto inquadramento dei principali nodi tematici, che nel caso di una trattazione sui diritti dei minori rimangono quelli del ‘pieno sviluppo’ e dell’armonico ‘svolgimento della sua persona-

⁽⁶⁾ Si veda, fra gli altri, E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età*, Torino, 2021.

Quanto all'attenzione posta dall'ordinamento sulla figura del minore, *ex multis*, si segnalano anche: F. ASTONE, voce *Minore (relazioni con la comunità familiare)*, in *Enc. dir., Famiglia, I tematici*, vol. IV, Milano, 2022, 803; C. HONORATI, voce *Minore (sottrazione internazionale)*, *ibidem*, 823; B. POLISENO, voce *Minore (tutela processuale)*, *ibidem*, 859.

Con specifico riguardo alla riforma della disciplina della filiazione, si rimanda per tutti a A. CAGNAZZO, *La filiazione. Mentre 2017*. Vedi ulteriori riferimenti bibliografici e bibliografia aggiuntiva.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 2

IL MINORE COME SOGGETTO GIURIDICO

di *Giuseppe Musolino*

SOMMARIO: 1. La residenza del minore. — 1.1. Prime considerazioni. — 1.2. Il trasferimento unilaterale di residenza del minore. — 1.3. La residenza del minore nelle norme europee e la sottrazione internazionale illecita di minori. — 2. La capacità giuridica del minore. — 2.1. Aspetti generali. — 2.2. Capacità giuridica minorile e diritti della personalità. — 2.3. Capacità giuridica minorile e responsabilità civile. — 3. La capacità giuridica del concepito. — 3.1. Profili generali. Tutela del concepito anche nella fase embrionale. — 3.2. Il divieto di commercio degli embrioni. — 3.3. La capacità giuridica del concepito nel codice civile. — 3.4. Capacità prenatale e scioglimento del fondo patrimoniale. — 3.5. Capacità giuridica del concepito e risarcimento del danno. — 3.6. La capacità giuridica del concepito nelle leggi speciali. — 4. La capacità di agire del minore. — 4.1. Aspetti generali. — 4.2. Confronto fra capacità giuridica e capacità di agire del minore. — 4.3. La speciale capacità di agire minorile per gli atti e i negozi di diritto familiare. — 4.4. La capacità di agire del minore emancipato e l'esercizio imprenditoriale. — 4.5. La capacità di agire minorile in materia di lavoro. — 4.6. Capacità di agire, piccole operazioni giuridiche consentite al minore e *social network*. — 4.7. L'attività negoziale compiuta per il minore incapace di agire. — 4.7.1. L'amministrazione da parte dei genitori. — 4.7.2. La nomina di un tutore. — 4.7.3. La nomina di un curatore speciale. — 4.7.4. L'attività negoziale compiuta dal minore incapace. — 5. Diritti del minore e reato di maternità surrogata. — 5.1. Il reato di surrogazione di maternità. — 5.2. L'universalità del reato di surrogazione di maternità. — 5.3. Le sanzioni. — 5.4. Il reato di maternità surrogata e lo *status* del minore. — 5.5. Diritti del minore rispetto alle modalità della nascita. — 5.6. Il miglior interesse del minore rispetto alla maternità surrogata.

1. La residenza del minore.

1.1. Prime considerazioni.

Accanto al concetto di residenza della famiglia, previsto dall'art. 144 c.c., con la riforma del rapporto di filiazione degli anni 2012 e 2013 si è aggiunto il concetto di residenza abituale del minore.

L'art. 316 c.c., infatti, disciplina la responsabilità genitoriale, disponendo, fra l'altro, che i genitori stabiliscano di comune accordo la residenza abituale del figlio minore, la quale è intesa, dalla giurisprudenza ormai

consolidata, come il luogo dello svolgimento concreto e continuativo della vita personale del minore, in virtù di una permanenza durevole e stabile, dove il minore ha il centro dei propri legami affettivi non solo parentali, derivanti dallo svolgimento in tale località della quotidiana vita di relazione⁽¹⁾.

La nozione di residenza abituale del minore implica una valutazione di fatto, al cui accertamento concorre una pluralità di indicatori tali da identificare, anche in chiave prognostica, il luogo che costituisce uno centro stabile di vita e di interessi del minore, e, con esso, il giudice più vicino a tale luogo, in modo da semplificare l'accesso alla giustizia e favorire una tutela effettiva ed efficace del primario interesse del minore⁽²⁾.

Sempre in base all'art. 316 c.c., qualora vi sia un contrasto su questioni di importanza particolare, come quelle relative alla residenza abituale del minore e all'istituto scolastico, sia il padre sia la madre possono adire il giudice allo scopo di ottenere il provvedimento più adeguato all'interesse del minore per evitare il blocco decisionale, che appare dannoso alla migliore cura del minore medesimo.

1.2. *Il trasferimento unilaterale di residenza del minore.*

Può darsi la fattispecie in cui si attua il trasferimento unilaterale di residenza del minore. Tale trasferimento non appare idoneo, secondo un orientamento giurisprudenziale, a incardinare la competenza territoriale del tribunale sulla base della nuova certificazione anagrafica, poiché dovrebbe a tal fine sempre prevalere il criterio della (precedente) residenza abituale.

Secondo un diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità, il trasferimento pur se avvenuto in assenza di un previo accordo, non può essere di per sé solo considerato determinante per un cambiamento automatico del regime di affidamento. In questa prospettiva, a seguito del trasferimento, pur se illegittimo, il coniuge non perde dunque — per ciò solo — l'idoneità a mantenere in affidamento i figli minori o a esserne considerato

⁽¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2021, n. 10243, in *De Jure*.

Corte Cost., 4 giugno 2024, n. 99, in *Foro it.*, 2024, I, 1625, ha dichiarato incostituzionale l'art. 42 *bis*, comma 1, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non prevede che il trasferimento temporaneo del dipendente pubblico, con figli minori fino a tre anni di età, possa essere disposto, oltre che nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, anche in una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia.

⁽²⁾ In tal senso, si pronunzia Cass., 2 novembre 2023, n. 30430, ord., in *De Jure*.

collocatario in via prevalente, poiché devono comunque essere indagate, se necessario, anche *ex post* le ragioni che lo hanno determinato ⁽³⁾.

Poiché la giurisprudenza ha stabilito che in materia di esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice territorialmente competente risulta quello del luogo ove il minore ha la residenza abituale al momento della domanda, e a tale accertamento concorrono una pluralità di indicatori da valutarsi anche in chiave prognostica, per individuare, oltre al luogo idoneo a costituire uno stabile centro di vita e di interessi del minore, il giudice che, alle condizioni in essere al momento della domanda, possa dare la risposta più idonea alle esigenze correlate. Nella fattispecie nella quale il trasferimento della residenza del minore risulti giustificato (come, per esempio, si è ritenuto ove l'allontanamento sia dovuto per l'esigenza della madre di allontanare sé stessa e i minori dai continui e violenti litigi che turbavano gravemente il contesto familiare), e il genitore abbia agito in modo da fare ragionevolmente presumere la volontà di stabilirsi in modo duraturo nella nuova dimora, deve essere dichiarata la competenza in capo al giudice di quest'ultima ⁽⁴⁾.

La discrezionalità giudiziale deve, dunque, essere orientata a indagare, con ogni mezzo a disposizione e se necessario anche attraverso indici presuntivi, la concretezza del trasferimento effettuato e la serietà del sottostante progetto di vita.

1.3. La residenza del minore nelle norme europee e la sottrazione internazionale illecita di minori.

Anche regolamenti europei prevedono il riferimento costante e primario alla residenza abituale del minore: ci si riferisce agli artt. 3 e 8 ss., reg. n. 2201/2003, e artt. 3 e 7, reg. CE 25 giugno 2019, n. 1111/2019, in vigore dal 1° agosto 2022.

In particolare, l'art. 7, reg. n. 111/2019, come l'art. 8, reg. n. 2201/2003, assegna competenza giurisdizionale generale, per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, alle autorità dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, con l'effetto che può verificarsi una suddivisione di competenze fra vari Stati nell'ambito di un medesimo giudizio.

In particolare, circa la competenza, l'art. 8, n. 1, reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201/2003/Cons., prevede, per le domande relative alla responsa-

⁽³⁾ Si veda Cass., 1° luglio 2022, n. 21054, in *De Jure*.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 26 maggio 2022, n. 17089, in *De Jure*; Cass., 7 giugno 2021, n. 15835, *ibidem*.

bilità genitoriale su un minore, la competenza internazionale dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui il minore stesso risiede abitualmente alla data della domanda, dettando in tal modo un principio ispirato all'interesse superiore del minore stesso e al criterio della vicinanza. A tal fine, per residenza abituale si deve intendere il luogo dove il minore trova e riconosce, anche grazie a una permanenza tendenzialmente stabile, il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua vita di relazione. In altri termini, la residenza abituale corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare, e, ai fini del relativo accertamento, rilevano una serie di circostanze che vanno valutate in relazione alla peculiarità del caso concreto: la durata, la regolarità e le ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro, la cittadinanza del minore, la frequenza scolastica e, in generale, le relazioni familiari e sociali⁽⁵⁾.

Con riferimento alla sottrazione internazionale di minore che, al momento della proposizione della domanda abbia pochi mesi di vita e che sia effettivamente custodito dalla madre in uno Stato membro differente da quello in cui risiede abitualmente il padre e dal quale la madre si è allontanata con il bambino, ai fini dell'individuazione della sua dimora abituale, occorre verificare — tenuto conto della dipendenza totale del minore dalla madre — delle ragioni, della durata e dell'effettivo radicamento di quest'ultima nel territorio del primo Stato, in particolare verificando se tale soggiorno denoti un'integrazione apprezzabile nell'ambiente sociale della madre, della quale partecipa anche il minore, pur non potendosi trascurare l'altro genitore con il quale il minore mantenga contatti regolari⁽⁶⁾.

La giurisprudenza ha chiarito che, in tema di sottrazione internazionale da parte di uno dei genitori del figlio minore, la sua residenza abituale deve essere determinata tenendo conto di tutti i dati che presenta la fattispecie concreta, avuto riguardo, fra l'altro, sia alla durata della permanenza presso uno dei genitori che ai motivi che hanno determinato lo spostamento dalla precedente residenza, avendo tali motivi importanza tanto minore quanto più lunga è la durata della permanenza. Per questo, se la valutazione in ordine

⁽⁵⁾ Così, Cass., sez. un., 10 febbraio 2017, n. 3555, in *De Jure*.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass., 2 novembre 2022, n. 32194, in *De Jure*, che ha cassato la pronunzia del tribunale per i minorenni che, senza tenere in considerazione gli elementi indicati, aveva ritenuto integrata la fattispecie sottrattiva per un minore che la giovane madre italiana aveva avuto da un uomo spagnolo, conosciuto durante la permanenza per ragioni di studio in Spagna.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 3

CONDIZIONE GIURIDICA DEL MINORENNE NEI REGOLAMENTI EUROPEI E NELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI

di *Giuseppe Musolino*

SOMMARIO: 1. La famiglia e il soggetto minore nel diritto comunitario. — 2. I diritti del minore. — 3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 4. La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo. — 4.1. Aspetti generali. — 4.2. I diritti riconosciuti al minore. — 4.3. I diritti di libertà e il *munus genitoriale*. — 4.4. I diritti sociali del minore. — 4.5. Il miglior interesse del fanciullo.

1. La famiglia e il soggetto minore nel diritto comunitario.

Premesso che delle norme europee e internazionali si è già trattato, di volta in volta, nei capitoli precedenti, nella considerazione dei diversi temi fino ad ora considerati, occorre, comunque, soffermarci in maniera specifica sulle fonti menzionate.

A livello europeo, la famiglia, in cui il minore nasce e cresce, sviluppando la propria personalità, trova riconoscimento nell'art. 9, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore, con i limiti che esamineremo, con il Trattato di Lisbona ⁽¹⁾. Secondo la norma menzionata, il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

La disposizione menzionata si basa, a sua volta, sull'art. 12, CEDU, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848. Secondo l'art. 12 menzionato, a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

⁽¹⁾ Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 303/17-14 dicembre 2007.

La normativa e le iniziative europee riguardanti in particolare il minore vedono, oltre alla disposizione specifica in seno alla Carta dei diritti fondamentali Ue (che, in base all'art. 6 della versione consolidata del Trattato sull'Unione, possiede il medesimo valore giuridico degli stessi trattati, con le notevoli limitazioni, tuttavia, che stiamo per esaminare), anche le Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri il 17 novembre 2010 (2), e l'Agenda europea per i diritti dei minori, presentata dalla Commissione il 15 febbraio 2011, oltre, per esempio, al Rapporto "Giustizia a misura di minore: prospettive ed esperienze di professionisti", presentato dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), in collaborazione con la Commissione europea nel 2015.

Con tali provvedimenti ci si propone il fine di giungere ad un'effettiva tutela dei soggetti minorenni, mediante l'adeguamento dei sistemi giudiziali e non giudiziali statali rispetto ai diritti, agli interessi e alle esigenze specifiche dei minori.

Si segnala, poi, la direttiva n. 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, il cui obiettivo consiste nello stabilire garanzie procedurali affinché i minori indagati o imputati nei procedimenti penali siano in grado di comprendere e seguire il procedimento, esercitare il loro diritto a un equo processo, evitare la recidiva e promuovere il loro reinserimento sociale.

Meritevole di menzione in questa sede è anche il Manuale circa i minori privati delle cure genitoriali trovati in uno Stato membro dell'UE diverso dal proprio. Tale documento mira a rafforzare la risposta di ogni soggetto coinvolto nella protezione dei minori. La protezione di questi fanciulli è di primaria importanza ed è un obbligo per gli Stati membri dell'UE sancito dal quadro giuridico internazionale e dell'UE. Il manuale dedica un'attenzione particolare ai soggetti minori vittime della tratta e ai minori a rischio, dando applicazione a un'azione definita nella comunicazione della Commissione europea sull'intensificazione dell'azione dell'UE di lotta alla tratta degli esseri umani del 2017, e tiene conto dei modelli individuati, anche rispetto alla specificità di genere che caratterizza il reato.

Con uno sguardo di insieme della normativa Ue e della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, si è osservato che "la tutela del minore viene sviluppata all'interno di ambiti caratterizzati da una forte dimensione economicistica collegata alla tutela dei consumatori e alla libera circolazione —

(2) Riguardo alla materia processuale, si veda L. QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 452.

delle merci e delle persone — nell'ottica dell'integrazione dello spazio europeo e del rafforzamento del mercato interno. In questo senso, la prospettiva, per certi versi, principale è quella della circolazione degli *status* e delle tutele del minore nell'area Ue.

La Corte di Strasburgo a sua volta continua, almeno parzialmente, ad avere un approccio individualistico al tema, nonostante l'ampia giurisprudenza Edu in materia di tutela della vita privata e familiare, al punto tale che l'interesse preminente del minore costituisce un criterio definibile (quasi) in un'ottica gerarchica e diretto a ordinare e comporre, in alcuni casi, la magmatica conflittualità familiare e, in altri, a modellare gli obblighi positivi degli Stati in funzione di una tutela effettiva e tempestiva della posizione giuridica del minore nato anche a seguito di maternità surrogata sia di tipo 'altruistico' che di tipo 'commerciale'.

Lo 'statuto costituzionale' del minore, nella giurisprudenza costituzionale (n.d.r. italiana), si concretizza, invece, in ultima analisi, nella garanzia del suo 'diritto a relazioni personali', primariamente, con i genitori, cui corrisponde, dall'altro lato, il dovere-diritto di questi, come complesso di situazioni soggettive che si realizzano nelle relazioni con il figlio, allo stesso tempo, ambito materiale e modalità di estrinsecazione della sua tutela" ⁽³⁾.

2. I diritti del minore.

È l'art. 24, Carta dei diritti fondamentali Ue, a individuare in sede europea, le posizioni soggettive attive in capo al minore, basandosi sulla Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a New York, il 20 novembre 1989.

Sulla base dell'art. 24 menzionato, il minore ha diritto alla protezione e alle cure necessarie per il proprio benessere. Egli ha la possibilità di esprimere liberamente la propria opinione e questa viene presa in considerazione sulle questioni che lo riguardano in funzione della sua età e della sua maturità (co. 1).

Viene, quindi, preso in considerazione l'interesse superiore del minore, che deve essere considerato preminente in ogni atto relativo ai soggetti minori, sia esso compiuto da autorità pubbliche o da istituzioni private (co. 2) ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ In questi termini, si esprime C. Di COSTANZO, *La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni*, Torino, 2023, 316.

⁽⁴⁾ Anche con riguardo alle norme europee si possono riferire le considerazioni inizialmente svolte da J. CARBONNIER, *Note sous Paris*, 30 avril 1959, in *Dalloz*, 1960, 675, e

Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse (co. 3).

L'art. 24, co. 3, tiene conto del fatto che, nell'ambito della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la normativa dell'Unione nelle materie civili che presentano implicazioni transnazionali (nei limiti in cui la competenza è conferita dall'art. 81 TFUE, circa la cooperazione giudiziaria in materia civile ⁽⁵⁾) può comprendere, fra l'altro, i diritti di visita che

riprese e sviluppate, fra gli altri, da L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 86, il quale rileva che l'interesse del minore appare dotato di valore taumaturgico, nel senso che “ogni decisione, qualunque ne sia il contenuto, acquista subito un connotato di valore positivo per il solo fatto di essere qualificata come ‘conforme all’interesse del minore’, come fosse toccata da una bacchetta magica”.

⁽⁵⁾ L'art. 81 TFUE (*ex art. 65 TCE*) prevede che l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (co. 1).

Il comma successivo specifica che, ai fini del comma 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

- a) il riconoscimento reciproco fra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;
- b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali;
- c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;
- d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;
- e) un accesso effettivo alla giustizia;
- f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;
- g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;
- h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

Per quanto, in particolare, rileva in questa sede, si precisa che, in deroga al co. 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (co. 3).

Inoltre, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (co. 4).

I parlamenti nazionali sono informati in precedenza di cui al secondo comma. Se un

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 4

LA FAMIGLIA E LO STATUS DI FIGLIO

di *Mimma Moretti*

SOMMARIO: 1. Premessa: il concetto di famiglia. — 2. Segue: lo *status* di figlio.

1. Premessa: il concetto di famiglia.

Nulla a prima vista, soprattutto qualche decennio fa, poteva sembrare più semplice che affrontare questo argomento.

Sia qui sufficiente pensare all'evoluzione legislativa, ma soprattutto consuetudinaria e linguistica del termine "famiglia" ⁽¹⁾.

Nessun dubbio poteva sorgere, infatti, che famiglia fosse solo quella formata da due coniugi e dai loro figli e parenti, tanto in linea retta, quanto collaterale. Si aveva così la famiglia nucleare, considerando solo i primi, e la famiglia allargata, dando atto tanto dei parenti, quanto degli affini ⁽²⁾.

Ad avallare tale interpretazione risultavano definitivi tanto l'art. 29 Cost. ⁽³⁾, quanto il previgente testo dell'art. 74 c.c. ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Pare superfluo ricordare come a lungo si sia parlato delle trasformazioni indotte nel diritto della famiglia dal venir meno, già a livello della coscienza sociale, del tradizionale legame tra famiglia e matrimonio. Seppur in tema di adozione, si vedano le chiare parole di L. LENTI, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 911.

⁽²⁾ Al fine di ribadire il concetto che la famiglia era sostanzialmente quella già delineata nel codice del 1865, si veda, per tutti, G. CATTANEO (Aggiornamento di M. DOSSETTI), *Introduzione*, in *Tratt. Dir. Fam.*, diretto da G. Bonilini, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, p. 9 ss.

⁽³⁾ Art. 29 Cost: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio". La famiglia viene qui intesa come gruppo unitario, come formazione sociale e l'espressione "società naturale" pare quasi alludere ad un ordinamento giuridico preesistente all'ordinamento dello Stato. Così C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Comm. Sist. alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei-Levi, Firenze, 1950, I, 295 ss.

⁽⁴⁾ Il testo dell'art. 74 c.c., prima della riforma del 2012, prevedeva infatti, che la parentela fosse costituita dal "vincolo fra le persone che discendono dallo stesso stipite", senza far menzione, come avviene nel testo ora vigente, della circostanza che la sussistenza del

Il passaggio per così dire intermedio tra la concezione di “famiglia” come nucleo basato solo sul vincolo coniugale e la indubbia apertura che ora può ben dirsi espressa anche dal nuovo testo dell’art. 74 c.c. si è certamente avuto con la Riforma del diritto di famiglia del 1975: cominciano a trasparire i dubbi se per famiglia si debba intendere anche quel nucleo composto da genitori non coniugati ma conviventi e dai loro figli riconosciuti, nei confronti dei quali, dunque, sia stato creato lo *status filiationis*.

Fermo restando l’art. 29 Cost. che richiama, come detto, la sola “famiglia legittima”, alcune norme in tema di filiazione hanno fatto sì che si cominciasse a parlare di “famiglia non fondata sul matrimonio”.

Si devono così ricordare la piena equiparazione nel primo grado di parentela tra figli legittimi e figli naturali riconosciuti⁽⁵⁾, nonché l’attribuzione, a norma dell’art. 317 bis c.c., della potestà ad entrambi i genitori che avessero riconosciuto il figlio e che fossero conviventi; si è infatti introdotto un nuovo concetto là dove era proprio la presenza di figli riconosciuti e il fatto della convivenza, pur senza alcun vincolo matrimoniale, che portava a giustificare l’ampliamento della nozione di “famiglia”, cui si aggiungeva l’aggettivo di “naturale” proprio al fine di distinguerla da quella legittima, fondata sulle nozze.

Dubbi restavano ancora sulla possibilità di considerare “famiglia” la convivenza tra due soggetti: la mancanza di figli riconosciuti, che comportava un vincolo giuridico tra i genitori, non diretto, ma pur sempre mediato dall’esercizio della potestà comune sui figli stessi, induceva i più a ritenere non corretto il ricorso all’espressione “famiglia di fatto”⁽⁶⁾, cui si preferiva quella certo più corretta di “convivenza *more uxorio*”.

Al fine di cercare di individuare l’evoluzione e lo sviluppo del concetto di famiglia non si può non ricordare come, già prima della Riforma del diritto di famiglia del 1975, sia stato introdotto nel nostro ordinamento il divorzio, con la legge n. 898 del 1970, in seguito modificata dalla legge n. 74 del 1987. Pare evidente che con lo scioglimento del vincolo coniugale non può certamente più parlarsi di famiglia rispetto agli ex coniugi, ma altrettanto certo è che l’ovvio perdurare del rapporto con i figli faccia sì che essi, seppur con ciascuno dei genitori, formi una famiglia. Non solo, ma la legge n. 54 del

vincolo si ha indipendentemente dal fatto che la filiazione sia avvenuta all’interno del matrimonio o fuori di esso, nonché in presenza di filiazione adottiva, ad eccezione della sola adozione di maggiorenni come fonte del rapporto di parentela.

⁽⁵⁾ Art. 261 c.c.: “Il riconoscimento comporta da parte del genitore l’assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi”. Si ricordi peraltro che tale norma è stata poi abrogata dal d.lgs. n. 154/2013.

⁽⁶⁾ Sul punto, si veda, per tutti, V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984.

2006, sancendo la sicura preferenza per il cosiddetto affidamento condiviso, esteso anche in caso di cessazione della convivenza tra genitori non coniugati, ha chiaramente indicato come il concetto di famiglia in un certo senso permanga anche in caso di crisi tra i genitori, posto che ogni decisione deve essere presa nell'interesse dei figli. Ne è testimonianza anche la menzione, all'art. 1 legge n. 54 del 2006, della necessità che i minori conservino "rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale": ecco che riaffiora quel concetto di famiglia allargata che comprende anche i parenti.

Momento cruciale nell'evoluzione del concetto di famiglia, a mio avviso, è inoltre senza dubbio la legge 20 maggio 2016, n. 76, con la quale si è dato pieno riconoscimento alle unioni civili, ossia all'unione tra soggetti dello stesso sesso.

Se è pur vero che in tutto il testo normativo non viene mai utilizzata la parola famiglia né viene usato il temine matrimonio per indicare il vincolo che sorge tra i soggetti, altrettanto vero è che la legge, oltre a richiamare espressamente la necessaria presenza dell'ufficiale civile e della registrazione ai fini del sorgere del vincolo, fa espresso riferimento alle norme in tema di invalidità del matrimonio e utilizza i medesimi concetti e termini indicati dall'art. 143 c.c., fatta eccezione per il dovere di fedeltà: dunque, quei "Diritti e doveri dei coniugi" — assistenza morale e materiale, coabitazione e contribuzione — che costituiscono l'essenza del matrimonio — sono gli stessi cui sono tenuti i *partners* dell'unione civile⁽⁷⁾.

Non è certo questa la sede per ricordare la palese affinità tra la disciplina del matrimonio e quella delle unioni civili, ma si rende necessario rilevare come la stessa legge n. 76 del 2016 abbia ad oggetto anche la convivenza tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso.

Il comma 36, infatti, dispone chiaramente che sono "conviventi di fatto" "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale".

In questa ipotesi, inoltre, sembra potersi affermare che la "registrazione anagrafica" di cui viene fatta menzione nel successivo comma 37, non debba considerarsi elemento costitutivo della fattispecie, bensì elemento probatorio

⁽⁷⁾ Altrettanto dicasì per la previsione della fissazione della residenza comune e per l'attuazione dell'indirizzo concordato (art. 144 c.c.). In generale su diritti e doveri dei *partners* nell'unione civile, cfr. BONILINI, *L'unione civile*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini, vol. IV, II ed., Milano 2022, pp. 3 e ss.

della stabile convivenza come peraltro dice la norma che parla esplicitamente di “accertamento” ⁽⁸⁾.

A fronte di questo brevissimo — e certo non esaustivo — *excursus* normativo in materia familiare ⁽⁹⁾ una certezza mi pare possa emergere: ciò che caratterizza oggi la “famiglia” non è, o non solo, il vincolo del matrimonio, ma la convivenza sorretta da diritti e doveri reciproci, dai vincoli affettivi e di solidarietà ⁽¹⁰⁾.

In altri termini, può e deve essere considerato nucleo familiare quell’insieme di persone che convivono in modo stabile, organizzando la loro vita insieme, in base ad un indirizzo comune di vita, proiettato verso il futuro ⁽¹¹⁾.

2. Segue: lo *status* di figlio.

Un discorso del tutto differente deve invece essere fatto per quanto riguarda il rapporto di filiazione. Se nel caso della famiglia abbiamo visto come questo concetto attualmente possa dirsi prescindere dalla sussistenza di un vincolo giuridico, dovendosi invece richiamare fatti quali convivenza, reciproca assistenza e collaborazione, nella filiazione è necessario, ed elemento costitutivo del rapporto, che si crei uno status, che vi sia un “legame giuridico” tra genitore e figlio: in altri termini, la titolarità del rapporto di filiazione.

Con ciò non si vuol certo negare che la discendenza biologica di per sé considerata non abbia valore, ma essa non è sufficiente alla creazione dello status, ossia del rapporto di filiazione giuridicamente rilevante ⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ M. MORETTI (M.L. JABÈS), *Il mantenimento del convivente*, in *L’assegno nella separazione e nel divorzio. Nuovi orientamenti giurisprudenziali*, a cura di A. Cagnazzo, Milano 2019, p. 110.

⁽⁹⁾ Il diritto di famiglia è stato, inoltre, riformato, quanto agli aspetti processuali, sia nell’ambito della riforma Cartabia (D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) che con il successivo correttivo (d. lgs. 31 ottobre 2024, n. 164).

⁽¹⁰⁾ Per un moderno concetto di “famiglia” si veda, per tutti LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, p. 646, il quale dà conto di un “modello di rapporto matrimoniale comunemente accettato nella società contemporanea, fondato sull’amore e sull’accordo, nel quale il fattore decisivo che assicura al gruppo la coesione è dato dai vincoli affettivi, piuttosto che dai vincoli giuridici”.

⁽¹¹⁾ Sulla necessità di non escludere che vi siano altri mezzi, oltre al matrimonio, per condurre una vita familiare, si veda, per tutte Corte europea diritti dell’uomo, 2 marzo 2010, n. 13102, in *Fam. e dir.*, 2010, 873 nota di C. DANISI, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia?* (adattato da J. van der Kooij, *Decision alla corte di Strasburgo*, in *Dir. fam. e dir.*, 2010, 873).

Termino estratto capitolo

Acquista
qui

Parte II
IL DIRITTO CIVILE MINORILE

CAPITOLO 1

I DIRITTI DEL MINORE E LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

di *Stefano Molfino*

SOMMARIO: 1. Lo “statuto” dei diritti del figlio. — 2. Il diritto al mantenimento. — 3. Il diritto all’educazione. — 4. Il diritto all’istruzione. — 5. Il diritto alla bigenitorialità. — 6. Il diritto ad essere ascoltato. — 7. La responsabilità genitoriale.

1. Lo “statuto” dei diritti del figlio.

L’art. 315 *bis* c.c. è l’articolo codicistico “principe” sui diritti della prole. Coniato nella riforma degli anni 2012-2013, esso riprende in parte il previgente e meno dettagliato art. 315 c.c., ma elenca per la prima volta in modo preciso ed esaustivo i diritti dei figli, mettendoli al primo posto: per questo è stato soprannominato dalla dottrina lo “statuto” dei diritti del figlio ⁽¹⁾.

Per la prima volta, inoltre, il rapporto genitore-figlio viene ricondotto alla categoria del diritto soggettivo ⁽²⁾: diritto che il figlio vanta direttamente nei confronti di ciascun genitore e a prescindere dall’accertamento dello stato ⁽³⁾.

L’art. 315 *bis* c.c. si inscrive, dunque, nel più esteso ripensamento della configurazione giuridica della relazione genitoriale che trova nel successivo art. 316 cod. civ. la sua centrale conferma: la sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale, infatti, consacra questo cambiamento di prospettiva ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, ed. 7, a cura di M. Bianca e Sirena, 376; parla invece dell’art. 315 *bis* c.c. come “manifesto dei diritti del minore” BELELLI, *I diritti e i doveri del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, 394.

⁽²⁾ Cfr. G. GIACOBBE, in *Filiazione, Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, 109.

⁽³⁾ L’art. 279 c. c., come modificato dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, riconosce al figlio nato fuori dal matrimonio, in ogni caso in cui non possa promuovere la dichiarazione giudiziale, la possibilità di agire per ottenere mantenimento, educazione, istruzione.

⁽⁴⁾ Cfr. *infra*, par. 7 del presente capitolo.

È sintomatico, infatti, che la riforma abbia per la prima volta attribuito al figlio precisi diritti — e non come in precedenza — in luogo dei doveri genitoriali, mutando il punto di osservazione dell'operatore del diritto: si passa dunque da una prospettiva c.d. adultocentrica ad una c.d. figliocentrica (o puerocentrica), che ha spostato il *focus* da una visione paternalistica (e patrimonialistica) del rapporto genitore-figlio ad una concezione personalistica.

È vero che il previgente art. 147 c.c., infatti, contemplava già in precedenza mantenimento, educazione ed istruzione della prole, quali però doveri e diritti reciproci dei coniugi nei loro rapporti interni; tuttavia la riforma del 2012-2013 ha coordinato proprio l'art. 147 c.c. e l'art. 315 *bis* c.c., suo corrispettivo filiale, aggiungendo il diritto all'assistenza morale e la precisazione che i quattro obblighi vanno adempiuti nel rispetto di inclinazioni, capacità e aspirazioni secondo quanto previsto dall'art. 315 *bis* c.c. (5).

In ultimo è bene ricordare che, per quanto l'art. 315 *bis* c.c. non distingua fra figli minorenni e figli maggiorenni, si ritiene che il contenuto dei singoli diritti vada modulato in base all'età della prole: pertanto, al variare dell'età del figlio, taluni obblighi genitoriali potranno automaticamente venire meno — ad esempio l'obbligo di educazione — altri potranno attenuarsi progressivamente (6).

2. Il diritto al mantenimento.

Il diritto al mantenimento della prole e il conseguente obbligo di mantenimento gravante sui genitori è cristallizzato nell'art. 147 c.c. (7), accanto agli obblighi di istruzione ed educazione, e nell'art. 315 *bis* c.c., come detto il vero e proprio “statuto dei diritti del figlio”.

(5) Cfr. C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione: alcune note di lume* (*Giust. civ.* 2013, II, 440), interrogandosi sulla sopravvivenza della norma più antica, rileva che l'art. 147 cod. civ. configura un diritto, nascente dal matrimonio, specifico del coniuge che potrebbe agire *iure proprio* per l'adempimento; la distinta titolarità (genitore, figlio) del medesimo diritto rende ragione, per la coppia coniugata, del contenuto del rapporto coniugale, al punto che la violazione figura tra le possibili cause di separazione coniugale.

(6) Cfr. BELLELLI, *I diritti e i doveri del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, 394.

(7) L'art. 3, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ha sostituito l'articolo. Il testo recitava: « Il matrimonio impone ad entrambi coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole ».

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 2

LA FILIAZIONE

di *Vera Tagliaferri*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del rapporto di filiazione. — 2. *Segue:* la procreazione medicalmente assistita. — 3. La maternità surrogata. — 4. *Segue:* il cognome dei figli.

1. L'evoluzione del rapporto di filiazione.

Il concetto di filiazione, come quello di famiglia, ha subito un cambiamento strutturale e sostanziale importantissimo. In effetti, fino agli anni duemila, tolta la svolta della possibilità dello scioglimento del matrimonio, non molto era mutato nel concetto di famiglia del secolo scorso ⁽¹⁾.

Negli ultimi quindici anni, però il legislatore ha modificato radicalmente la struttura giuridica della famiglia accogliendo le istanze sociali e ha posto al centro delle nuove forme familiari la filiazione ⁽²⁾. Inoltre, con la riforma del

(¹) Fino agli anni Duemila, il concetto di famiglia era sostanzialmente quello già delineato sin dal codice del 1865; per tutti, G. CATTANEO (Aggiornamento di M. DOSSETTI), *Introduzione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. BONILINI, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, 9 ss.; V. TAGLIAFERRI, *Modifiche in materia di successione dei figli in Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 155 ss.; V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. e dir.*, 2013, 226; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2013, 525.

(²) La struttura delle famiglie è figliocentrica: il figlio naturale oggi instaura rapporti di parentela non solo con il genitore che lo ha riconosciuto, ma anche con la famiglia del genitore. Cfr. A. CAGNAZZO, *La parentela*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 60 ss. Di conseguenza, per esemplificare, il padre del padre diventa a tutti gli effetti il nonno; il fratello del padre o della madre diventa lo zio, con diritto di succedergli per rappresentazione nel caso di sua morte seguita da rinuncia all'eredità da parte del padre; il figlio del padre che lo ha riconosciuto (eventualmente nato da altra relazione) diventa a tutti gli effetti suo fratello; in caso di morte di quest'ultimo, pertanto, succede in concorso con tutti gli altri fratelli, ferma rimanendo la distinzione tra la quota spettante al fratello germano e quella spettante al fratello unilaterale, pari alla metà del primo. Cfr A. CAGNAZZO, *La parentela*, cit.. La Corte Costituzionale (Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79), afferma l'illegittimità, per violazione degli artt. 3, 31 e 117 (in

2012/2013⁽³⁾, lo *status* di figlio è divenuto unico, togliendo tutte quelle forme di sottile discriminazione possibile derivanti da diverse modalità di formazione o di accertamento⁽⁴⁾.

Il figlio è figlio, comunque sia nato e in qualsiasi modo sia stato costituito il suo *status*⁽⁵⁾.

Con tale rivoluzione sostanziale, il legislatore ha rivolto la sua attenzione alle varie forme di procreazione medicalmente assistita, nonché di surroga-

relazione all'art. 8 CEDU) Cost. dell'art. 55 l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300 comma 2 c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induca alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, in *ius.giuffrefl.it*, con nota di A FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*.

⁽³⁾ Il legislatore è, da ultimo, intervenuto in materia di famiglia attraverso il D. Lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (c.d. correttivo Cartabia), consolidando il nuovo rito ordinario, che ha sostituito il disorganico ventaglio di modelli prima esistenti nell'area familiare e minorile; rito che ora viene correttamente esteso anche alle domande di risarcimento per illeciti endofamiliari, mentre, con dubbia opportunità, escluso per le domande di scioglimento della comunione legale. Dal punto di vista dei soggetti, la riforma ha delineato i protagonisti della scena processuale e i loro ruoli, risultando opportuna non solo per la messa a sistema dei poteri del giudice (che sono più incisivi rispetto a quelli previsti per il rito ordinario, data la partecipazione di "soggetti deboli", meritevoli di una più accentuata tutela) ma anche per il più puntuale delineamento dei poteri del Pubblico Ministero e delle facoltà dei difensori, tutte perimetrati seguendo una serie specifica di doveri (lealtà, trasparenza, autoresponsabilità e collaborazione). Di fondamentale importanza è, in aggiunta, la figura del curatore speciale del minore e del ruolo centrale che essa ha assunto, figura che, dal punto di vista della teoria generale del processo ha colmato una vistosa lacuna e, nella prassi, si è dimostrata preziosa per rappresentare in modo più corretto e compiuto i bisogni e le istanze del minore.

⁽⁴⁾ L'accertamento della filiazione rimane l'unico elemento di differenza fra la filiazione matrimoniale e la filiazione non matrimoniale: la filiazione matrimoniale ha accertamento automatico per effetto dell'operatività delle presunzioni di legge, mentre i genitori non uniti in matrimonio effettuano un accertamento di *status* essenzialmente volontaristico ed individuale.

⁽⁵⁾ G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 533 ss.; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 291 ss.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 203 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838; M. DOSSETTI, *La parentela*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, 25 ss.; F. PROSPERI, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 278 ss.; M. PORCELLI, *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Il dir. di fam. e delle persone*, 2013, 654 ss.; G. MORANI, *L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, ivi, 746 ss.; G. CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione. Gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corr. del merito*, 8-9/2013, 817 ss.; FERRANDO G., *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 3, 132 ss.

zione di maternità, per permettere ai figli di avere uno *status* certo e la tutela dei loro diritti primari.

Naturalmente in un quadro composito come quello attuale, cambiano le regole di ingaggio per definire le modalità di costituzione dello *status*, le prove e l'accertamento della filiazione⁽⁶⁾.

2. Segue: la procreazione medicalmente assistita.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono evolute in maniera straordinaria, sia sotto il profilo tecnico sia sotto il profilo della loro diffusione ed utilizzo⁽⁷⁾. La pratica della PMA è divenuta molto frequente e spesso si assiste ad un *picking* internazionale, per recarsi nei paesi in cui lo studio medico si è particolarmente dedicato alla materia.

La normativa italiana è tutta contenuta nella legge n. 40 del 2006, un unico corpo di norme⁽⁸⁾, particolarmente scarno e non troppo moderno⁽⁹⁾, che ha subito numerosi ritocchi ad opera della Corte Costituzionale.

Una prima pronuncia ha provveduto a rimuovere il divieto di produzione di più di 3 embrioni, abbinato all'obbligo di impianto contemporaneo di tutti gli embrioni prodotti: vige, pertanto, attualmente, la possibilità di creare più embrioni, trasferire quelli strettamente necessari, e crioconservare gli embrioni non utilizzati per un altro impianto⁽¹⁰⁾.

(6) Con la riforma della Filiazione del 2012, pur restando fermo il giudizio di riprovevolezza delle relazioni sessuali tra parenti, il legislatore ha abolito il divieto di riconoscere figli incestuosi: esso, infatti, costituiva un divieto punitivo non nei confronti dei genitori, ma del figlio, vittima passiva e inconsapevole. Cfr. C. CICERO, *La filiazione non riconoscibile* in *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 2015, 124.

(7) Si ha procreazione medicalmente assistita tutte le volte in cui il concepimento avviene indipendentemente dall'unione fisica dell'uomo con la donna, bensì attraverso l'intervento, più o meno ampio, di strutture sanitarie. Cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2022.

(8) La legge 19 febbraio 2004, n. 40 disciplina tutta la materia, prevedendo, in generale, che l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia consentito alle sole coppie eterosessuali, maggiorenne, coniugate o conviventi con problemi di infertilità e di sterilità.

(9) Per fortuna, la l. n. 40/2004, pur enunciando il divieto di fecondazione eterologa, ha trasformato in norma, nel disposto dell'art. 9, comma 1, la soluzione interpretativa adottata in precedenza dalla giurisprudenza della Cassazione (Cass. 16 marzo 1999, n. 2315), la quale aveva escluso che il marito, il quale avesse preventivamente acconsentito alla pratica di fecondazione eterologa, potesse successivamente esercitare l'azione di disconoscimento della paternità.

(10) La Corte Costituzionale, con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151 in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 8-9, 684, nota di FANTETTI, ha modificato l'art. 14, commi 2 e 3 della legge 19 febbraio

Nel 2008 è stato eliminato il divieto di diagnosi pre-impianto, limitatamente alle coppie non fertili, rimosso con sentenza del Tar Lazio del 2008, che sostanzialmente ha annullato per eccesso di potere le Linee Guida per il divieto di indagini cliniche sull'embrione (11).

Nel 2014, la Corte Costituzionale ha eliminato, nei casi di infertilità assoluta, il divieto di donazione dei gameti, ovvero la fecondazione eterologa di cui all'art. 4 comma 3 (quella cioè che utilizza il seme di persona diversa dal marito o convivente della donna fecondata, ovvero ovociti provenienti da persona diversa dalla donna fecondata) (12).

Nel 2015 la Corte Costituzionale ha stabilito come la diagnosi pre-

2004, n. 40: «È costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. La caducazione dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", pur mantenendo fermo il principio per cui non devono essere creati embrioni in numero superiore a quello necessario, secondo accertamenti demandati al medico, nella fattispecie concreta, esclude, però, l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e il numero massimo di embrioni da impiantare: ciò introduce una deroga al principio generale del divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dello stesso art. 14, con conseguente necessità di ricorso alla tecnica di congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica, e comporta la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 14, comma 3".

⁽¹¹⁾ T.A.R. Lazio Roma, Sez. III *quater*, Sentenza, 21 gennaio 2008, n. 398 in *Fam. e Dir.*, 2008, 5, 499, nota di FIGONE.

(12) Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162 in *Corriere Giur.*, 2014: viene dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 (limitatamente alle parole “*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*”) e 12, comma 1, l. n. 40/2004, nei quali era vietata e sanzionata la realizzazione di interventi di fecondazione eterologa. La Corte ha quindi riconosciuto il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione eterologa, nei casi in cui la fecondazione omologa risulti inefficace o non praticabile a causa della sterilità o dell'infertilità assoluta ed irreversibile della coppia. La corte di Appello di Milano, con sentenza 3395 del 15 agosto 2015, alla luce della Corte Cost. 162/2014 che ha riconosciuto il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione eterologa, nei casi in cui la fecondazione omologa risulti inefficace o non praticabile a causa della sterilità o dell'infertilità assoluta ed irreversibile della coppia, ritiene che la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità per difetto di veridicità ex art. 263 c.c. da parte di “*chiunque vi abbia interesse*”, in tema di fecondazione eterologa, debba essere considerata incoerente se non in contrasto anche con i principi ispiratori della stessa l. n. 40/2004, quando afferma all'art. 1 che le disposizioni che seguono sono poste “*al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana*”. Nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale e dottrinaria, il dato formale del rapporto familiare, basato in precedenza sul legame meramente biologico, assume sempre meno rilievo, valorizzando la famiglia quale primaria comunità ove si realizza e si sviluppa la continuità dell'identità e della sua identità (cfr. Trib. Roma,

CAPITOLO 3

L'ADOZIONE E L'AFFIDAMENTO FAMILIARE

di *Vera Tagliaferri*

SOMMARIO: 1. Quadro normativo. — 2. Affidamento familiare. — 3. Adozione. — 4. Linee guida giurisprudenziali sulla selezione delle famiglie adottive.

1. Quadro normativo.

La riforma del 2022, insieme al correttivo. d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, ha finalmente portato a compimento il sistema, adottando anche nella dimensione processuale quella prospettiva paidocentrica ⁽¹⁾, che la riforma della filiazione del 2012/2013 aveva già individuato dal punto di vista sostanziale; in particolare, la tutela del minore riceve un nuovo impulso attraverso la valorizzazione del curatore speciale ⁽²⁾.

L'impatto della riforma pone il minore al centro delle decisioni che lo riguardano e in parte, seppur solo processualmente, tocca anche la disciplina delle adozioni.

La riforma Cartabia, inoltre, lascia aperta la questione relativa al procedimento di adozione delle persone maggiori di età, che fino alla riforma aveva

⁽¹⁾ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Prospettazione “paidocentrica” e attuazione dei doveri genitoriali nella nuova giustizia familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2024, 103 ss; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 7, 2021, 763 ss.

⁽²⁾ Ai sensi dell'art. 473 bis.8 c.p.c. il curatore speciale del minore deve infatti essere “nominato a pena di nullità rilevabile d’ufficio in tutti i casi in cui i diritti e più in generale i complessi interessi del minore rischino di essere pregiudicati, e precisamente:

a) nei casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza della responsabilità genitoriale di entrambi genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell’altro;

b) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss., l. 4 maggio 1983, n. 184....”.

In dottrina, cfr. M.G. RUO (a cura di), *Curatore speciale e avvocato. Cosa cambia dopo la Riforma del giudice e del processo per persone, minori e famiglie*, Rimini, 2023; F. DANOV, *Norme immediatamente efficaci: ripartizione di competenza tra Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario e curatore speciale del minorenne*, in *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*, a cura di M.G. Ruo, Santarcangelo di Romagna, 2022, 43 ss.

seguito il rito camerale (pur se in parte anomalo, in quanto *ex art. 313 c.c.* destinato a concludersi con sentenza) e che proprio per tale ragione potrebbe ancora considerarsi escluso dalla sfera di incidenza del nuovo rito.

La valutazione va effettuata anche considerando, da un lato, l'espresso riferimento tra le esclusioni contemplate nell'art. 473 *bis* c.p.c. ai soli procedimenti di adozione di minori di età e, dall'altro, la formula generale inclusiva, per la quale il procedimento unitario si applica a tutti i procedimenti relativi allo stato delle persone, entrambi dati testuali che sembrano deporre nel senso di un utilizzo del nuovo rito unitario anche per i procedimenti di adozione delle persone maggiori di età⁽³⁾.

Proprio l'adozione, in questo quadro normativo anche recentemente ristrutturato, mostra come le molteplici tutele attivabili siano attualmente avviate verso l'elaborazione di modelli di adozione sempre più flessibili nel *modus operandi* e mitigati negli effetti, in vista della effettiva tutela del preminente interesse del minore.

Al fine di comprendere le tendenze evolutive del sistema, non bisogna dimenticare l'affermarsi dell'indirizzo giurisprudenziale in tema di adozione mite, che impone un raffronto sia con l'adozione piena, sia con ulteriori soluzioni interpretative, come l'adozione aperta, che mirano tutte a realizzare il risultato di mantenere la relazione tra la famiglia d'origine e il minore adottato⁽⁴⁾.

Emerge chiaramente come il sistema normativo vigente, sempre fondato sulla l. n. 184/1983, imponga di valutare la dichiarazione di adottabilità del minore come l'*extrema ratio*, legata al ricorrere del presupposto dell'accertata irreversibilità della incapacità genitoriale, concretizzatasi nella mancanza di assistenza sia morale che materiale⁽⁵⁾.

Questa impostazione si basa sulla centralità del principio secondo cui il minore ha diritto di crescere nell'ambito di una famiglia, primariamente quella d'origine⁽⁶⁾. Tale assunto sostanziale si riflette nel principio proces-

⁽³⁾ M. DOGLIOTTI, *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie tra certezze ed incertezze*, in *Fam. e Dir.*, 2023, 927 ss.

⁽⁴⁾ C. SARTORIS, *La moltiplicazione dei modelli adozionali e i loro rapporti sostanziali e procedurali* in *Fam. e Dir.*, 1, 1 gennaio 2024, 42.

⁽⁵⁾ Cass., Sez. I, 8 novembre 2023, n. 31038 in *CED Cassazione*, 2023; Cass., Sez. Unite, 17 novembre 2021, n. 35110 in *CED Cassazione*, 2021; Cass., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476 in *Corriere Giur.*, 2021, 3, 430; Cass., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643 in *Fam. e Dir.*, 2020, 11, 1063, nota di THIENE.

⁽⁶⁾ Cass., Sez. I, 14 febbraio 2024, n. 4019 in www.onelegale.wolterskluwer.it per cui in sede di giudizio volto all'accertamento delle condizioni per lo stato di abbandono del minore e la conseguente adottabilità, svolte le indagini di cui all'art. 10, c. 1, ed 11 c. 1 l. n. 184 del 1983, ove il tribunale per i minorenni, venga a conoscenza dell'esistenza di un genitore

suale che attribuisce al giudice di merito il compito di operare una valutazione prospettica diretta a verificare l'effettiva possibilità di recupero delle capacità dei genitori⁽⁷⁾, tenendo conto di una serie di indici, quali le condizioni di lavoro, reddituali e abitative, nonché la loro età e le loro condizioni fisiche e psichiche⁽⁸⁾.

La l. n. 184/1983, nel perseguire l'obiettivo, programmaticamente enunciato all'art. 1, di assicurare al bambino una famiglia in cui crescere armonicamente, consegna due strumenti: l'adozione e l'affidamento familiare. Quest'ultimo, come meglio *infra*, è la misura temporanea funzionale a proteggere il minore in particolari momenti di difficoltà e di fragilità della

biologico, è tenuto a dare avviso della pendenza del procedimento e della facoltà di proporre istanza di sospensione del processo *ex art.* 11, c. 2, al fine di far accettare giudizialmente lo *status genitoriale* asserito, in ogni caso, a pena di radicale nullità della sentenza di dichiarazione di adottabilità e di quella successiva di adozione, oltre che dell'affidamento preadottivo; Cass., Sez. I, 2 settembre 2021, n. 23797 in www.onelegale.wolterskluwer.it; BIANCA C. M., *Diritto civile, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, 415, 423 ss.; Cass., Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26204 in *CED Cassazione*, 2013, per cui in tema di adozione, l'art. 1 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (nel testo sostituito dalla legge 28 marzo 2001, n. 149), attribuisce carattere prioritario all'esigenza del minore di crescere nella famiglia di origine. Ne consegue che la condizione soggettiva ed oggettiva del genitore e la sua idoneità non devono essere valutate alla stregua di un giudizio comparativo con la famiglia collocataria, che rappresenta una situazione temporanea e prevedibilmente non problematica, ma esclusivamente in base ad un giudizio prognostico, di natura definitiva, relativo alla possibilità per il genitore di prestare al minore "assistenza materiale e morale", con riferimento alle sue condizioni personali, di salute, economiche e culturali.

(7) Il giudizio che conduce alla dichiarazione di adottabilità deve conseguire ad un'indagine rigorosa ed attuale dei genitori e dei familiari disponibili entro il grado previsto dalla legge, ponendo al centro dell'esame la relazione con il minore nel suo sviluppo diacronico, tenuto conto che il legislatore nella l. n. 184 del 1983, art. 1 ha stabilito in via predeterminata il prioritario diritto del minore stesso di rimanere nel nucleo familiare anche allargato di origine, in quanto tessuto connettivo della sua identità. La natura non assoluta ma bilanciabile di tale diritto impone, tuttavia, un esame approfondito delle condizioni di criticità dei genitori e delle altre figure *ex lege* coinvolte perché disponibili all'affido e delle loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socioculturale di riferimento cfr. Cass., Sez. I, 14 settembre 2021, n. 24717.

(8) Cass., Sez. I, 6 aprile 2023, n. 9501 in *CED Cassazione*, 2023: il giudice di merito, nell'accettare lo stato di adottabilità di un minore, deve esprimere una prognosi sull'effettiva ed attuale possibilità di recupero, attraverso un percorso di crescita e sviluppo delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento, in primo luogo, alla elaborazione, da parte dei genitori, di un progetto, anche futuro, di assunzione diretta della responsabilità genitoriale, caratterizzata da cura, accudimento, coabitazione con il minore, ancorché con l'aiuto di parenti o di terzi, ed avvalendosi dell'intervento dei servizi territoriali; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2022, n. 4996, in www.onelegale.wolterskluwer.it; Cass., Sez. I, 31 dicembre 2021, n. 42142 in www.onelegale.wolterskluwer.it.

famiglia nucleare (9). Quando, invece, i genitori biologici non vi sono più o sono ignoti o anonimi ovvero tengono comportamenti stabili, siano essi attivi od omissivi, di privazione della dovuta assistenza morale e materiale, si configura una situazione di abbandono che giustifica la pronuncia dello stato di adottabilità da parte del Tribunale dei minorenni (10).

2. Affidamento familiare.

L'affidamento familiare è l'istituto di protezione del minore, che, sul presupposto di una temporanea difficoltà del nucleo d'origine, garantisce al minore il diritto di crescere comunque all'interno di una famiglia o di una comunità di tipo familiare (11).

L'affidamento si caratterizza — secondo la disposizione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 184/1983 — per il fatto di avere come destinatario il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1; lo stesso art. 2 indica i criteri da seguire per ciò che riguarda la collocazione del

(9) Per un primo studio sull'istituto dell'affidamento familiare v. G. MANERA, *L'adozione e l'affidamento familiare*; Id., *L'affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. fam.*, 1996, 235 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983; L. SACCHETTI, *L'affidamento dei minori*, Rimini, 1984; G. CATTANEO, voce *Affidamento*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, 1, 155 ss.; G. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, Milano, 1990; Id., *L'affidamento familiare e il giudice tutelare*, in *Dir. fam.*, 1992, 82 ss.; Id., *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in questa *Fam. e Dir.*, 2015, 12, 1107 ss.; J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1432 ss.; G. FERRANDO, *I diritti dei minori nelle famiglie in difficoltà*, in *Fam e Dir.*, 2010, 1174 ss.; A. CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 255 ss.

(10) Per un inquadramento generale v. G. CATTANEO, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 94 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Adozione*, I, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.; M.R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 1 ss.; L. FADIGA, *L'adozione*, Bologna, 2003; M. DOGLIOTTI, voce *Adozione*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004, 1 ss.; L. LENTI, *L'adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, *Le riforme*, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, L. LENTI - M. MANTOVANI (a cura di), Milano, 2019, 415 ss.; G. BONILINI - M. BOSELLI, *L'adozione dei minori di età*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini G., II ed., III, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2022, 507 ss.

(11) Cass., Sez. I, 4 novembre 2019, n. 28257: il giudizio e l'eventuale istruttoria da svolgersi dal giudice del merito in ordine all'adeguatezza, o meno, del familiare prescelto quale affidatario in via temporanea, ai sensi dell'art. 333 c.p.c., a soddisfare le esigenze del minore e a salvaguardarne il suo benessere, nonché il suo diritto all'infanzia, va accuratamente svolto, con particolare attenzione alle circostanze specifiche del caso.

Termino estratto capitolo

Alessandra Cagnazzo
(*a cura di*)

DIRITTO MINORILE

Orientamenti giurisprudenziali
e processuali



AGGIORNATO
AL CORRETTIVO
RIFORMA CARTABIA
(D.LGS. N. 164/2024)